



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Perspectiva cognitiva, *Nudge* público y Actuación administrativa conductual.

La Arquitectura de la Elección en el modelo de semáforo nutricional

Juan Pedro López Pulido

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

TESI DOCTORAL

**Perspectiva cognitiva, *Nudge* público y
Actuación administrativa conductual.**

La Arquitectura de la Elección en el modelo de semáforo nutricional.

JUAN PEDRO LÓPEZ PULIDO

DIRECTOR
DR. VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ

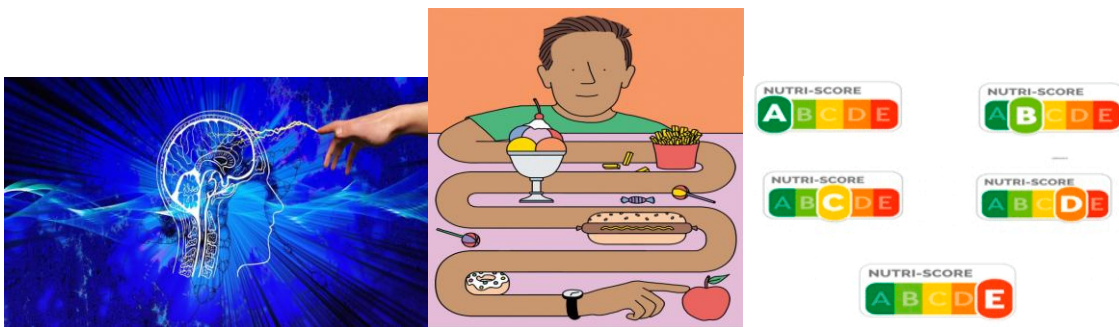


Fig.1

Fig.2

Fig.3

Fig.1. La misma entrada sensorial puede desencadenar una emoción negativa o positiva, dependiendo de los recuerdos asociados con ella. Imagen extraída de *Comment nos émotions affectent notre sensibilité au burnout et à la maladie* (<https://sain-et-naturel.ouest-france.fr>). Photos d'illustration: Pixabay

Fig.2. Debido a que el cerebro forma hábitos de manera inconsciente, las decisiones correctas rara vez funcionan. Imagen extraída de *Can Brain Science Help Us Break Bad Habits?* | *The New Yorker*. Illustration by Jan Buchczik

Fig.3 Logotipo Nutri-Score, o semáforo nutricional, en el que mediante colores y letras se identifica si el alimento es más o menos saludable, con lo que se favorece una elección de la opción más beneficiosa para la salud del consumidor. Francia tiene registrada la propiedad intelectual y establece sus condiciones de uso actualizadas. Fuente *Nutri-Score* (www.santepubliquefrance.fr).



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	7
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.....	10
RESUMEN.....	14
RESUM.	16
ABSTRACT.....	18
PALABRAS CLAVE	20
INTRODUCCIÓN.....	21
A. PREGUNTAS OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....	36
B. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN.....	41
C. METODOLOGÍA.....	49
D. SEGOS DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN.....	63
PRIMERA PARTE.- CUESTIONES PRELIMINARES Y FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.	67
A... Objeto de la investigación, delimitando sus contornos.....	67
1. Las formas jurídicas y la relación jurídico-administrativa, en la actuación de la Administración.....	73
2. Marco conceptual y ordenación jurídica del “nudge”.....	96
3. La discrecionalidad como fundamento en la actuación de ordenación directiva de la Administración pública y su control judicial.....	132
4. La Arquitectura de la elección y la utilización del “nudge” como técnica jurídica.....	148
5. El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona como parámetros constitucionales. La Perspectiva cognitiva en la actuación administrativa de carácter conductual.....	170
6. La actuación administrativa informal de carácter conductual...	194
7. Encuadre en la función constitucional de ilustración como tarea de la Administración.....	204
SEGUNDA PARTE.- LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE ILUSTRACIÓN EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, RESPECTO A LA ELECCIÓN POR UNA ALIMENTACIÓN SALUDABLE, DESDE LAS RELACIONES ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD.....	210
B. La función constitucional de ilustración en la actuación de la Administración pública, para la efectividad del derecho a una	

TESI DOCTORAL

alimentación saludable, desde el respeto al libre desarrollo de la personalidad.....	210
1. La Ilustración, el Liberalismo y la Burocracia weberiana en la mutación de la Administración respecto a la evolución de los fines del Estado.....	210
2. La proyección de la dignidad de la persona y del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, en la función constitucional de ilustración y en el derecho de autodirección informativa, en la toma de decisiones informadas.....	251
a. La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, como autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.....	252
b. La función constitucional de ilustración como tarea de la Administración.....	274
c. El derecho de autodirección informativa, en la toma de decisiones informadas.....	287
3. El derecho a la protección de la salud y a una alimentación saludable, en el Estado social y democrático de Derecho.	296
a. Derecho a la protección de la salud, como bien público global y derecho social esencial. Proyección en el derecho a una alimentación saludable.....	297
b. La exigibilidad del derecho a una alimentación saludable, a partir de las obligaciones de los Estados en relación al derecho a la protección de la salud.....	340
4. La actuación de la Administración pública, en cuanto a su proyección como manifestación de derecho imperativo o indicativo.....	368
a. La actuación de la Administración pública, en cuanto a su proyección como manifestación de derecho imperativo.....	379
b. La actuación de la Administración pública, en cuanto a su proyección como manifestación de derecho indicativo en la Información, Advertencias o Recomendaciones.....	391
TERCERA PARTE.- LA PERSPECTIVA COGNITIVA EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA CONDUCTUAL, MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA DEL “NUDGE” EN LA ARQUITECTURA DE LA ELECCIÓN.	426
C. El “nudge” y la permeabilidad del Derecho administrativo ante las ciencias de la conducta, las neurociencias, la semiótica y la lingüística cognitiva, en el diseño de la Arquitectura de la elección.....	426



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

1. El sincretismo metodológico aplicado a la Arquitectura de la elección. La racionalidad ante la heurística y los sesgos cognitivos relevantes para el Derecho.	428
La Arquitectura de la elección y los sistemas cognitivos.....	434
Las heurísticas y los sesgos cognitivos relevantes para el Derecho.....	452
a. Las heurísticas relevantes para el Derecho.....	458
b. Los sesgos cognitivos relevantes para el Derecho.....	467
2. La proyección de la Economía conductual, la Neurociencia, la Semiótica y la Lingüística cognitiva, en el proceso de adopción de decisiones individuales y en el comportamiento colectivo. Los marcos mentales.	501
La proyección de la Economía conductual, en el proceso de adopción de decisiones individuales y en el comportamiento colectivo.....	501
La proyección de la Neurociencia en la toma de decisiones individuales y en el comportamiento colectivo.....	508
La proyección de la Semiótica y de la Lingüística cognitiva en la toma de decisiones individuales y en el comportamiento colectivo. Los Marcos mentales.....	521
3. La arquitectura institucional de la Perspectiva cognitiva en la evaluación de la actuación de la Administración pública, y su recepción por el Derecho administrativo	532
La arquitectura institucional de la Perspectiva cognitiva.....	532
Patologías que afectan a la equidad y a la libertad individual.....	543
Los diseños oscuros y la manipulación digital.....	555
Directrices para la evaluación de la arquitectura institucional de la Perspectiva cognitiva.....	574
a. Directrices desde el plano funcional.....	579
b. Directrices desde el plano organizativo.....	586
c. Directrices desde el plano evaluativo.....	590
4. Construcción doctrinal del “nudge público” como concepto jurídico. Su afectación a los derechos reconocidos en la CE y principios que lo informan	592
Elementos estructurales del concepto jurídico.....	594
Parámetros doctrinales de la ordenación jurídica del “nudge público”..	608
a. La ordenación jurídica de la técnica del “nudge” desde el concepto de regulación.....	613
b. La ordenación jurídica de la técnica del “nudge” desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva.....	617



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

c. La ordenación jurídica de la técnica del “nudge”, desde las técnicas de control de la conducta. El nuevo panóptico.....	623
La afectación del “nudge público” en el derecho de libertad de empresa reconocido en la CE, y principios que lo informan.....	625
Los principios esenciales en la intervención conductual, en cuanto a su afectación a los derechos y libertades reconocidos en la CE.....	636
5. Caja de herramientas de “nudges públicos”.	653
6. Ilustración 4.0: Perspectiva cognitiva, “Nudge público” e inteligencia artificial. La actuación administrativa conductual.	671
Ilustración 4.0.....	679
Sobre la actuación de la Administración de carácter conductual.....	685

CUARTA PARTE.- LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA CONDUCTUAL MEDIANTE “NUDGES” Y EL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN SALUDABLE, ANTE EL MODELO DE SEMÁFORO NUTRICIONAL, “NUTRI-SCORE”..... 694

D. La intervención administrativa mediante la técnica del “nudge”, para garantizar el derecho de autodirección informativa, en la implantación en España del semáforo nutricional “NUTRI-SCORE”.....	695
1. El Derecho de la Unión Europea, respecto a las propiedades saludables en los alimentos y las obligaciones de información alimentaria al consumidor, para la adopción de decisiones que beneficien su salud.....	717
a. Las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos. Reglamento (CE) 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006.....	717
b. La información alimentaria facilitada al consumidor. Reglamento (UE) 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011.....	722
2. La regulación de las obligaciones de información alimentaria al consumidor, en la normativa estatal española.	731
3. El semáforo nutricional “Nutri-Score”, como modelo de la Administración General del Estado para la efectividad del derecho a una alimentación saludable, mediante la identificación visual de la calidad nutricional de los alimentos.	740



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

a. El modelo de etiquetado frontal de información nutricional en la Unión europea. El semáforo nutricional.....	740
b. El modelo de semáforo nutricional Nutri-Score, de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición.....	754
4. Corolario. Desarrollo del semáforo nutricional como un “nudge público”, manifestación de una actuación administrativa de carácter conductual.....	763
1. Propuesta de ficha técnica para el análisis de impacto cognitivo, en la implantación del «semáforo nutricional» Nutri-score.....	764
2. Propuesta de Guía de la intervención de carácter conductual.....	772
QUINTA PARTE.- CONCLUSIONES.....	787
A. DESDE EL PLANO METODOLÓGICO.....	787
B. DESDE EL PLANO SUSTANTIVO.....	788
C. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS SUSCITADAS.....	797
COLOFÓN.....	806
BIBLIOGRAFÍA.....	807
NORMATIVA CONSULTADA DE MAYOR RELEVANCIA.....	851
DOCUMENTOS CONSULTADOS CON MAYOR RELEVANCIA.....	855
REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.....	861
FIGURAS.....	872
ANEXOS.....	875



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

AGRADECIMIENTOS.

Esta Tesis doctoral responde a un diálogo entre la ciencia, la técnica y el Derecho administrativo, en el que ha tenido un papel especialmente relevante su director, el catedrático de Derecho Administrativo Dr. Vicenç Aguado i Cudolà, que desde su magisterio, amistad y apoyo absoluto e incondicionado, ha sabido orientar mi conocimiento hacia una utilidad crítica y reflexiva para el debate jurídico. Sus indicaciones y consideraciones, siempre adecuadas y oportunas, forman parte del contenido de esta Tesis doctoral, enriqueciéndolo. He podido compartir en nuestras pláticas tutoriales, el discurso aristotélico sobre la felicidad, partiendo de la máxima que Aristóteles recoge en su *Ética Nicomaquea*, citando un verso de Teognis, “de las personas buenas nada se saca que no sea bueno” (final del Capítulo 12, del Libro Noveno), por eso mi agradecimiento a su dirección es inconmensurable.

Vicenç forma parte de una tradición de juristas con un reconocido prestigio académico e intelectual, en España y allende las fronteras, miembros de la sección departamental de Derecho Administrativo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Entre ellos, sus catedráticos Tomás Font i Llovet, Joaquín Tornos Mas, María Jesús Montoro Chiner, José Esteve Pardo o Elisenda Malaret García, además de haber citado alguna de sus obras en esta Tesis, y con la impronta que dejó Rafael Entrena Cuesta, han conformado el acervo de mi formación jurídica, como la de tantos otros administrativistas, algunos, como Vicenç, Juli Ponce Solé, Alfredo Galan Galan y Maria Belen Noguera de la Muela, actuales catedráticos y profesores de la misma sección.

TESI DOCTORAL

A todos ellos les debo, además de mi agradecimiento, un tributo personal que espero haber satisfecho en una pequeña parte, con esta obra.

Pero esta Tesis es, en gran medida, el resultado de quien, como aedo en la Antigua Grecia, ha construido un relato y un argumentario, a partir del pensamiento y doctrina de autoras y autores que han dedicado un tiempo valioso para la sociedad, a la reflexión crítica y al conocimiento en las diferentes disciplinas sobre las que la Tesis se aproxima. Al igual que Vicenç, todas esas autoras y autores citados o referenciados en la bibliografía, son corresponsables de las reflexiones que puedan constituir una ventana de oportunidad para seguir reflexionando críticamente sobre el objeto de la Tesis que, como aprendiz de aedo, he desarrollado. A todas y todos ellos, teniendo en cuenta que algunos nos han dejado su pensamiento como herencia para la humanidad, mi agradecimiento, con el enorme respeto que me merecen por su trabajo intelectual, que ha alimentado mi conocimiento.

Esta Tesis también es tributaria del tiempo. El tiempo parece detenerse cuando se asume la realización de un proyecto que requiere una dedicación tan intensa, cuando el pensamiento recorre un camino circular, porque se inicia y acaba en el mismo espacio, el de nuestra mente. Y en ese recorrido, Vicenç y determinadas personas, han dejado una huella profunda, alguna con una intensa luz, facilitando el camino que he recorrido, con reflexiones y consejos más o menos críticos, y en general, con ánimos de complicidad que han comportado, en muchos momentos, el apoyo necesario para continuar con entusiasmo, un halo de inspiración o una profunda reconsideración de ideas que parecían bien acomodadas en mi estructura mental, con un agradecimiento

TESI DOCTORAL

muy especial a Mercè, como a Francesc Xavier, Àlex, Xavier, Almudena, Verónica, Héctor, Marta, Mari Carme, Domenec, Ricard, Maria Teresa, Marc, Josep, Natxo, Laura, Àngels y Rafa, así como a mis alumnas y alumnos que en estos tres años han escuchado por primera vez el término de “nudge”, en asignaturas que he impartido como profesor de Derecho administrativo. Una dedicación muy especial es para mi familia, especialmente para Ana e Irene, para quienes no ha sido fácil esta parada en el tiempo que nos ha sustraído de poder compartir muchos más momentos en el último año. Para todos, mi agradecimiento también es inconmensurable.

Finalmente, mi agradecimiento lo es a la memoria de mis padres, especialmente de mi madre, sus arraigados valores de esfuerzo y honestidad, presiden mi vida.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AESAN	Agencia española de Seguridad Alimentaria y Nutrición
AP / AAPP	Administración Pública / Administraciones Públicas
art.	Artículo
BIT	Behavioral Insights Team / Equipo de Análisis (percepción) del comportamiento
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
(CE)/CEE	Comunidad Económica Europea
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CORA	Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
EAC	Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya
Et al.	Y otros
etc.	Etcétera
FAO	Food and Agriculture Organization of the United Nations / Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
F D	Fundamento de Derecho

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

F J	Fundamento Jurídico
IA	Inteligencia Artificial
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
LGSP	Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud pública
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público
M P	Magistrado/a Ponente
Núm.	Número
OCDE / OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos / Organisation for Economic Co-operation and Development
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OES	Office of Evaluation Science / Oficina de Ciencias de la Evaluación
OMS / WHO	Organización Mundial de la Salud / World Health Organization
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p. / pp.	página / páginas
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RC	Recurso de Casación
RD	Real Decreto
SCAN	Social Cognitive and Affective Neuroscience / Neurociencia afectiva, social y cognitiva



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

s.f.	Sin fecha
TC / STC / SSTC	Tribunal Constitucional / Sentencia del Tribunal Constitucional / Sentencias del Tribunal Constitucional
TEDH / STEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE / STJUE / SSTJUE / STJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea / Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea / Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea / Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TRLEBEP	Real Decreto legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público
TRLGDCU	Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias
TRLGDPD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social
TS / STS / SSTS	Tribunal Supremo / Sentencia del Tribunal Supremo / Sentencias del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

Se recogen las abreviaturas y acrónimos que se pueden encontrar en este trabajo, aunque en alguna circunstancia, en que se ha querido destacar para una mejor comprensión del texto, su funcionalidad, se ha expresado sin la sigla

TESI DOCTORAL

o acrónimo, con el objetivo que los términos utilizados permitan, de forma precisa, una más adecuada comprensión.

TESI DOCTORAL

RESUMEN

Esta Tesis responde a la construcción e integración de un concepto, el “nudge”, en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo. Tiene su génesis en la Economía conductual y en los procesos regulatorios y de control del gasto, de las políticas públicas ejecutadas por parte de la Administración federal de los Estados Unidos y de sus Agencias. Su recepción se realiza a partir de la obra de Richard H. Thaler y Cass R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (2008).

Los elementos que constituyen el nexo de este trabajo de investigación los anclo en un mismo fundamento jurídico, la función constitucional de ilustración, como tarea en la actuación de la Administración pública, mediante lo que denomino la Arquitectura de la elección, como proceso cuya funcionalidad identifiqué como instrumento público que define el diseño e intervención sobre el plano de la racionalidad y su afectación en el proceso decisional del individuo y en el comportamiento colectivo.

La finalidad de la actuación de la Administración pública, que en este supuesto la considero de carácter conductual, es corregir las decisiones erróneas de los individuos, motivadas por las heurísticas y los sesgos cognitivos que puedan perjudicarles, respetando su libertad de elección, para la consecución de una finalidad pública de interés general, que le beneficie. Dicha finalidad, en el objeto de la Tesis la focalizo en el marco del derecho a la protección de la salud, en cuanto a su proyección en el derecho a una alimentación adecuada y

TESI DOCTORAL

saludable, mediante el análisis de la herramienta del “semáforo nutricional”, Nutri-Score, como información nutricional frontal en un producto alimenticio.

Junto a la Arquitectura de la elección y la técnica del “nudge” desarrollo el enfoque de la Perspectiva cognitiva, en la actuación de la Administración de carácter conductual, que se proyecta sobre las diferentes formas, modos o tipologías que puedan caracterizar la actuación de las Administraciones públicas. Perspectiva cognitiva, como elemento nuclear de esta investigación, que construyo jurídicamente, como aportación original de la Tesis, a partir del referente de la Perspectiva de género. Enfoque que identifíco como un instrumento jurídico que determine la validez de toda la actuación administrativa que pueda condicionar el comportamiento del individuo o de la colectividad. Analizo el enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración pública, respecto a su intervención en el proceso decisional de los individuos y en el comportamiento colectivo, ya sea como resultado de una concreta política pública conductual o en el supuesto de no serlo, cuando sus efectos sobre el individuo se correspondan con los resultados estudiados por las ciencias de la conducta, la neurociencia, la semiótica o la lingüística cognitiva, sobre el comportamiento humano.

Asimismo, elaboro la construcción del régimen jurídico del “nudge” como técnica de intervención que se proyecta sobre las diferentes formas de actuación administrativa, estudiando y sistematizando los diferentes parámetros sobre los que he construido el análisis doctrinal de su ordenación jurídica.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

RESUM.

Aquesta Tesi respon a la construcció i integració d'un concepte, el “nudge”, al nostre ordenament juridicoadministratiu. Té la seva gènesi a l'Economia conductual i als processos regulatoris i de control de la despesa, de les polítiques públiques executades per part de l'Administració federal dels Estats Units i de les seves Agències. La seva recepció es realitza a partir de l'obra de Richard H. Thaler i Cass R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, Happiness* (2008).

Els elements que constitueixen el nexa d'aquest treball de recerca s'ancoren en un mateix fonament jurídic, la funció constitucional d'il·lustració, com a tasca en l'actuació de l'Administració pública, mitjançant el que anomenem l'Arquitectura de l'elecció, com a procés, la funcionalitat del qual l'identifico com a instrument públic que defineix el disseny i la intervenció sobre el pla de la racionalitat, i la seva afectació en el procés decisonal de l'individu i en el comportament col·lectiu.

La finalitat de l'actuació de l'Administració pública, que en aquest supòsit considero de caràcter conductual, és corregir les decisions errònies dels individus, motivades per les heurístiques i els biaixos cognitius que els puguin perjudicar, respectant-ne la llibertat d'elecció, per a la consecució d'una finalitat pública d'interès general, que en beneficiï. Aquesta finalitat, a l'objecte de la Tesi, la focalitzo en el marc del dret a la protecció de la salut, quant a la seva projecció en el dret a una alimentació adequada i saludable, mitjançant l'anàlisi

TESI DOCTORAL

de l'eina del semàfor nutricional, Nutri-Score, com informació nutricional frontal en un producte alimentari.

Al costat de l'Arquitectura de l'elecció i de la tècnica del nudge desenvolupo l'enfocament de la Perspectiva cognitiva en l'actuació de l'Administració de caràcter conductual, que es projecta sobre les diferents formes, modes o tipologies que puguin caracteritzar l'actuació de les Administracions públiques. Perspectiva cognitiva, com a element nuclear d'aquesta investigació, que construeixo jurídicament, com a aportació original de la Tesi, a partir del referent de la Perspectiva de gènere. Enfocament que identifico com un instrument jurídic que determini la validesa de tota l'actuació administrativa que pugui condicionar el comportament de l'individu o de la col·lectivitat. Analitzo l'enfocament de la Perspectiva cognitiva en l'actuació de l'Administració pública, respecte a la seva intervenció en el procés decisional dels individus i en el comportament col·lectiu, ja sigui com a resultat d'una política pública conductual concreta o, en el supòsit de no ser-ho, quan els seus efectes sobre l'individu es corresponguin amb els resultats estudiats per les ciències de la conducta, la neurociència, la semiòtica o la lingüística cognitiva, sobre el comportament humà.

Tanmateix, elaboro la construcció del règim jurídic del nudge com a tècnica d'intervenció que es projecta sobre les diferents formes d'actuació administrativa, estudiant i sistematitzant els diferents paràmetres sobre els quals he construït l'anàlisi doctrinal de la seva ordenació jurídica.

TESI DOCTORAL

ABSTRACT.

This Thesis responds to the construction and integration of a concept, the "nudge", in our legal-administrative system. It has its genesis in Behavioral Economics and in the regulatory and expenditure control processes, of the public policies executed by the United States Federal Administration and its Agencies. Its reception is based on the book of Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (2008).

The elements that constitute the nexus of this research work are anchored in the same legal basis, the constitutional function of illustration, as a task in the performance of the Public Administration, through what we call the Architecture of the election, as a process whose functionality is identifies as a public instrument that defines the design and intervention on the level of rationality and its impact on the decision-making process of the individual and on collective behavior.

The purpose of the action of the Public Administration, which in this case is considered behavioral in nature, is to correct the erroneous decisions of individuals, motivated by heuristics and cognitive biases that may harm them, respecting their freedom of choice, in order to achieve of a public purpose of general interest, which benefits him. This purpose, in the object of the Thesis, we focus on the framework of the right to health protection, in terms of its projection in the right to adequate and healthy food, through the analysis of the

TESI DOCTORAL

nutritional traffic light tool, Nutri-Score, as front nutritional information on a food product.

Together with the Architecture of choice and the "nudge" technique, the approach of the Cognitive Perspective is developed in the performance of the Administration of a behavioral nature, which is projected on the different forms, modes or typologies that can characterize the performance of the Public Administrations. Cognitive perspective, as a nuclear element of this research, which is legally constructed, as an original contribution of the Thesis, from the reference of the Gender Perspective. Approach that is identified as a legal instrument that determines the validity of all administrative action that may condition the behavior of the individual or the community. The approach of the Cognitive Perspective in the performance of the Public Administration is analyzed, with respect to its intervention in the decision-making process of individuals and in collective behavior, either as a result of a specific behavioral public policy or in the event that it is not, when its effects on the individual correspond to the results studied by behavioral sciences, neuroscience, semiotics or cognitive linguistics, on human behavior.

Likewise, the construction of the legal regime of the "nudge" is elaborated as an intervention technique that is projected on the different forms of administrative action, studying and systematizing the different parameters on which the doctrinal analysis of its legal order has been built.

TESI DOCTORAL

PALABRAS CLAVE:

Perspectiva cognitiva. Arquitectura de la elección. Administración pública. *Nudge*. Paternalismo Libertario. Ilustración. Racionalidad. Potestad discrecional. Actuación administrativa conductual. Actuación administrativa informal. Nutri-Score.

KEYWORDS:

Cognitive Perspective. Choice Architecture. Public Administration. *Nudge*. Libertarian Paternalism. Illustration. Rationality. Discretionary Power. Behavioral Administrative Action. Informal Administrative Action. Nutri-Score.

TESI DOCTORAL

INTRODUCCIÓN.

“Nihil est in intellectus quod prius non fuerit in sensu” (Aristóteles), “nisi intellectus ipse” (Leibniz)¹.

El objetivo de esta introducción es enmarcar la estructura de la investigación, la metodología utilizada, los sesgos del proceso de investigación, y las preguntas a responder que son objeto de la investigación.

El objeto de esta Tesis es significativamente concreto y original por no existir ningún trabajo académico o de investigación en el mismo sentido, abordar analíticamente el régimen jurídico de la actuación de la Administración de carácter conductual, mediante la técnica del “nudge”, como manifestación de dicha actuación. Ello lo realizo bajo el enfoque de la Perspectiva cognitiva, que construyo y desarrollo de forma innovadora y original, tanto jurídicamente como respecto a su gobernanza. He tenido en cuenta la regulación y gobernanza del enfoque de la Perspectiva de género, a partir de su incorporación al ordenamiento jurídico español. Considero el enfoque de la Perspectiva cognitiva, como determinante en la actuación de la Administración de carácter conductual, en el marco de la Arquitectura de la elección por una alimentación saludable, a partir del modelo francés del semáforo nutricional, Nutri-Score.

¹“Nada hay en el conocimiento que no haya estado antes en los sentidos” (Aristóteles, en *Sobre el Alma*), “solo el conocimiento mismo” (Leibniz, en *Nuevos ensayos sobre la comprensión humana*). En Nota 6 se explica el sentido y contexto de la frase que abre esta Tesis doctoral.

TESI DOCTORAL

Utilizo el adjetivo «conductual», a partir de la definición de «conducta», como la manera en que las personas se comportan en su vida y acciones². Adjetivo que es sinónimo de «comportamiento», definido como la manera de comportarse³.

A lo largo de esta Tesis, utilizo indistintamente los términos «ciencias conductuales» como «ciencias del comportamiento», en un sentido amplio, como ocurre en la diferente literatura científica, de la ciencia política y jurídica, no asociándolo al «conductismo» como escuela psicológica. Dichos términos engloban la economía conductual, las diferentes ramas de la psicología que estudian el comportamiento individual y colectivo, así como la forma en la que los individuos obtienen la información, elaboran sus juicios y adoptan sus decisiones, como podrían ser la psicología social, la psicología cognitivo-conductual, o la psicología que estudia el juicio de incertidumbre y la toma de decisiones (en el mismo sentido Sibony, Helleringer, Alemanno, 2016: 317), a las cuales añado la semiótica y la lingüística cognitiva.

Asimismo, en este trabajo de investigación me refiero a que la actuación de la Administración pública tiene carácter conductual, cuando la misma utiliza herramientas que responden a evidencias científicas de las ciencias que estudian el comportamiento a las que he hecho referencia (psicología, economía o sociología), de la neurociencia cognitiva, de la semiótica o de la lingüística cognitiva, cuya finalidad sea la comprensión y modificación de la

² Definición consultada en el Diccionario de la Lengua española de la RAE, en fecha 10/07/2022. Consultable en: [conducta | Definición | Diccionario de la lengua española | \(https://dle.rae.es\)](https://dle.rae.es).

³ Definición consultada en el Diccionario de la Lengua española de la RAE, en fecha 10/07/2022. Consultable en: [comportamiento | Definición | Diccionario de la lengua española | \(https://dle.rae.es\)](https://dle.rae.es).

TESI DOCTORAL

conducta individual o colectiva para la consecución de un fin público, de interés general.

Herramientas para cuya aplicación no se requiere que deba existir un instrumento jurídico aprobado por el órgano competente, pues también pueden ser consecuencia de la actuación informal, o de una acción material o técnica, o los estudios experimentales pueden identificar dicha herramienta conductual en un instrumento jurídico, cuando el órgano competente de la Administración, del poder público o del ente del sector público eran desconocedores de dicho carácter.

Los parámetros de análisis que realizo son amplios, pues en primer lugar se requiere concretar si nos encontramos ante conceptos jurídicos, lo cual analizo desde la propia sistemática académica de formación de conceptos en el Derecho público, para establecer su régimen jurídico desde parámetros comprensibles en el Derecho Administrativo.

La posible afectación sobre el libre albedrío, desde los conocimientos de la psicología, la neurociencia cognitiva, la semiótica o la lingüística cognitiva, requiere establecer un marco jurídico que garantice las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, como valores superiores del ordenamiento jurídico, sean reales y efectivas como prevén los arts. 1.1 y 9 de la CE. Libertad que se proyecta en el derecho a la dignidad previsto en el art. 10.1 CE, por el que se reconoce la autonomía del individuo para elegir entre diferentes opciones vitales, según sus propios intereses y preferencias. Por lo que la actuación de la Administración, del resto de poderes públicos y entes del sector público, cuando utilicen dicha técnica,

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

debe estar presidida por los principios de proporcionalidad, de buen gobierno y transparencia, de buena fe y confianza legítima, y de igualdad y no discriminación, a partir de normas y reglas que deben regir la actuación de la Administración, resto de poderes públicos y entes del sector público, sin olvidar la relevancia de la equidad y principios éticos y de integridad en el comportamiento de los profesionales y autoridades que conforman los órganos administrativos. Aspectos que desarrollaremos a lo largo de la Tesis.

En España existe un relativo interés por los estudios doctrinales monográficos desde la dogmática jurídico-administrativa, que analizan la técnica del “nudge”⁴.

⁴ En esta Tesis utilizamos la acepción de “doctrina”, recogida en el Diccionario panhispánico del español jurídico de la RAE, como “opinión sostenida en las obras de juristas de reconocido prestigio”, haciéndose extensiva a la recogida por juristas respecto a tesis comúnmente aceptadas en la academia. Consultado en 11/06/2022 en: *Definición de doctrina - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE* (<https://dpej.rae.es/lema/doctrina>). Y, respecto a otras disciplinas, se acoge la acepción contenida en el Diccionario de la Lengua española, de la RAE, como “conjunto de ideas u opiniones sustentadas por una persona o grupo”, lo cual se predica de las Escuelas o corrientes de pensamiento, como ocurre en el ámbito de la Psicología de una forma destacada. Consultado en 11/06/2022 en: *doctrina | Definición | Diccionario de la lengua española |* (<https://dle.rae.es/doctrina>).

En los últimos años, en el ámbito del Derecho administrativo, o en relación indirecta con el Derecho administrativo, se han presentado dos Tesis doctorales sobre los “nudges”, y las dos en la Universidad de Salamanca dirigidas o codirigidas por el catedrático de Derecho administrativo de dicha Universidad, Dr. Ricardo Rivero Ortega. La primera en el año 2019, desde el enfoque de las Instituciones y Órganos públicos de control externo, como el Tribunal de Cuentas y los Organismos asimilados autonómicos, presentada por el ya doctor Santiago A. Martín Nájera, con el título *Mejora de la eficacia de las políticas públicas a través de la aplicación del análisis conductual en las Instituciones de control externo*; y la segunda, en el año 2021, desde el enfoque de la comunicación y la información, presentada por la ya doctora Marta Cerezo Prieto, con el título *Nudges y promoción de hábitos saludables*. En marzo de 2021, un número monográfico de la Revista Gestión y Análisis de Políticas públicas, del Instituto Nacional de Administración Pública, del Gobierno de España, se dedicó a *Los nudges y el diseño conductual de políticas públicas*. En 2022, se ha publicado un libro, en el marco de una red temática de investigación transdisciplinar, “El Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación”, que ha sido coordinado por el catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona, Dr. Juli Ponce Solé, titulado *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público*

TESI DOCTORAL

No se trata de una mera moda pasajera, sino que se van identificando ciertas actuaciones que no pueden encuadrarse en los parámetros e instituciones clásicas y a los que debe darse una respuesta desde los diversos ámbitos científicos, entre los que se encuentran las ciencias jurídicas, así como desde el propio ordenamiento jurídico. También resulta de interés el estudio de la técnica del “nudge” por la relevancia que van adquiriendo las ciencias conductuales en diferentes ámbitos del Derecho.

Pero ello no ocurre sobre la actuación administrativa de carácter conductual, pues las referencias se han centrado en el Derecho conductual, por influencia de autores anglosajones, o en la Administración conductual, aspectos sobre los cuales me distancio de forma razonada en esta Tesis. Ni tampoco se han centrado los estudios realizados en el enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración, en ejercicio de una función constitucional de ilustración, como tarea de dicha actuación, la cual se estudia y construye de forma original e innovadora en este trabajo de investigación. Estos parámetros son originales de esta Tesis doctoral, así como el enfoque que se le da a la técnica del “nudge público”, de una forma integradora con los mismos.

privado. Moreu (2022: 86, 105), en dicha obra, considera que “el nudge está de moda y se ha instalado en nuestro lenguaje jurídico (p. 86)..es posible que los actores jurídicos como las administraciones públicas empleen *nudges* sin ser conscientes de ello (p. 86), ../. 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” (p. 105). Más adelante se citan diferentes proyectos de investigación, y en la bibliografía, diferentes artículos doctrinales desde el Derecho Administrativo, que han sido referente en la elaboración de la presente Tesis, si bien que no deja de ser un panorama de la dogmática jurídico-administrativa española que resulta escaso respecto a otros ámbitos y materias del Derecho administrativo.

TESI DOCTORAL

La motivación de llevar a cabo esta investigación tiene su génesis en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, que se transpone por España, en parte (pues en aplicación de una técnica jurídica híbrida, la Ley se aplica conjunta y complementariamente con el Reglamento de la Unión europea), en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales.

En los arts. 7 y 8 del Reglamento y en los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica, se requiere, cuando deba existir el consentimiento de la persona afectada, que éste sea expreso, entendiéndose el consentimiento como “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen” (art. 6.1 LO 3/2018). Dicho marco normativo, de una forma todavía más explícita, determina la imposibilidad de la utilización por las Administraciones, el resto de poderes públicos y entes del sector público, de la regla de la «opción por defecto», en relación al consentimiento de las personas afectadas por el tratamiento que pudiera utilizarse de sus datos personales, al rellenar solicitudes varias para acceso a servicios o equipamientos, en los que expresamente debían pronunciarse en negar el tratamiento que pudiera realizarse, autorizándolo en caso de no manifestarse expresamente en contra, como una manifestación de consentimiento implícito. Normativa que ha motivado la elaboración de una Guía de Protección de Datos por Defecto, elaborada en el año 2020, por la Agencia Española de Protección de Datos, que da respuesta a las reglas

TESI DOCTORAL

predeterminadas que otorgan efectos jurídicos a la falta de respuesta expresa por parte de los individuos.

Reglas predeterminadas que, a efectos de este trabajo de investigación, han sido diseñadas en el seno de la correspondiente organización para la consecución de sus objetivos. Objetivos que, en el ámbito de las Administraciones públicas, del resto de poderes públicos y de los entes del sector público, se identifican en la consecución de finalidades de interés general, mediante la utilización de la Arquitectura de la elección, como modalidad de intervención administrativa mediante técnicas cognitivas, con la que se intervendrá en el proceso decisional de los individuos y de la colectividad, para poder incitar la conducta individual y el comportamiento colectivo, actuando sobre la estructura interna de dicho proceso y sobre su proyección en las diferentes opciones a elegir, o no oponiéndose a la única opción, cuando ésta sea la propuesta por la Administración en la utilización de sus servicios, o en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, o en la utilización de sus infraestructuras y equipamientos.

La normativa citada me llevó a replantearme profesionalmente la necesidad de revisar las diferentes normas, acuerdos y documentos aprobados o utilizados por la Administración local en la que presto servicios como operador jurídico, que incluían la regla de la «opción por defecto». Así como a intentar entender si detrás de una herramienta jurídica, existía un trabajo experimental y de evidencia científica cuyo conocimiento motivaba la utilización de la misma.

Para ello me fue de gran importancia el artículo de Moreu (2018: 466), en el que siguiendo a Sunstein, nos explica el “nudge” de “las «opciones predeterminadas» (defaults) o de la «opción por defecto», que parte del

TESI DOCTORAL

consentimiento implícito del ciudadano, orientado a romper las inercias vinculadas con el sesgo de la aversión a las pérdidas o de conservación del *statu quo*”.

Sunstein, nos explica la autora, considera que “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”. Lo explica poniendo como ejemplo que la Universidad de Rutgers (Estados Unidos) 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.

A partir de entonces me introduje en la literatura sobre los “nudge”, estudiando la obra conjunta e individual de Richard H. Thaler y especialmente, de Cass R. Sunstein, sobre los “nudge”, de Daniel Kahneman y Amos Tversky, sobre los juicios en la toma de decisiones bajo incertidumbre, las heurísticas y los sesgos, así como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2016, sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”.

Por otro lado, la impartición de docencia en Derecho a la protección de la salud y Seguridad alimentaria, me llevó al estudio de la normativa de la Unión europea respecto a las propiedades saludables en los alimentos y las obligaciones de información alimentaria al consumidor, así como sobre la implantación del modelo Nutri-Score, en Francia y progresivamente en diferentes países de la Unión europea, junto a otros modelos de información

TESI DOCTORAL

nutricional, cuyo objetivo no era informar de los aspectos nutricionales sino de lo saludable del alimento.

Esta es la justificación que me ha llevado a orientar el trabajo de investigación que se corresponde con la elaboración de una Tesis doctoral, hacia la actuación de la Administración de carácter conductual, y la proyección del enfoque de la Perspectiva cognitiva en dicha actuación, por parte de las Administraciones públicas, a través de la técnica del “nudge”, así como hacia el análisis de las características del diseño de la Arquitectura de la elección, en la implementación del semáforo nutricional en España.

Tesis que anudo en el ideario de la Ilustración que dimana de la Revolución científica y de la Era de la Razón, como se denomina a partir de los siglos XVII y XVIII, al momento histórico en el pensamiento europeo, en el que destaca la racionalidad y la búsqueda del conocimiento, y que se desarrolló hasta el liberalismo clásico del siglo XIX. Ideario, que a través de las diferentes épocas y transformaciones que se han producido en la sociedad, en los modelos de Estado e Instituciones de Gobierno, y, en general, en el pensamiento social, económico, político y jurídico, así como en el Derecho, me ha llevado a desarrollar las bases para su reformulación como Ilustración 4.0. Ello lo realizo en un momento en el que en la literatura científica y económico-social, con diferente acogida, se identifican con un dígito.0 (que se enumera desde el inicio del hecho social o referencial), que surge como identificación del ciberlenguaje en internet más allá del lenguaje binario referenciado a 0 y 1⁵, el estudio de la

⁵ El término Web 2.0 se recoge en la base de datos de publicaciones de la Biblioteca Nacional de España, con diferentes referencias bibliográficas, como el término Web 3.0, así como su

TESI DOCTORAL

agrupación en diferentes sectores de las grandes transformaciones sociales vinculadas, directa o indirectamente, con las tecnologías de la información y de la comunicación, y con el comportamiento humano.

Considero que desde la tarea del investigador que intenta plantearse las preguntas que le permitan llevar a cabo un proceso analítico y reflexivo, se deben identificar los parámetros a partir de los cuales se puedan formular los razonamientos que permitan llegar a las respuestas, o a nuevos enfoques de reformulación, con lo que la tarea del investigador permite un desarrollo siempre abierto a una reformulación constante de sus planteamientos desde unas bases que permitan identificarlos a partir de conceptos o instituciones fácilmente comprensibles, para asegurar el avance del conocimiento, la comprensión y en la medida de lo posible, como finalidad de cualquier investigación, que pueda ser de utilidad para la mejora de la condición humana y el progreso de la sociedad.

En dicho sentido, esta Tesis doctoral responde a un diálogo entre la ciencia, la técnica y el Derecho administrativo. Como nos recuerda Rossi (2004: 11-12), “la ciencia consiste en la búsqueda del aumento de los conocimientos. Conocimientos en el sentido más amplio, comprensivo por tanto de las concienciaciones, de las comprensiones de hechos, de reglas, de conexiones;

aceptación en temas relacionados como aspectos políticos sociales o diccionarios entre otros. Consulta efectuada en <https://datos.bne.es>.

La codificación .0, se ordena a partir del ordinal 1, y se ha vinculado al entorno digital y de la Inteligencia artificial (referenciado en la red internet, actualmente, en la Web 4.0), a la evolución del Derecho administrativo, ante la utilización de herramientas conductuales (3.0), o al impacto de un nuevo paradigma socioeconómico (Revolución industrial 4.0). Sobre este planteamiento desarrollaremos un apartado específico, el último de la Parte Tercera.

TESI DOCTORAL

también de problemáticas: individualizar una problemática es un resultado que tiene valor científico. Esto quiere decir que el trabajo científico parte de un no-conocimiento y, tras haber asumido su concienciación, intenta llegar al conocimiento, a entender, a conocer lo que no ha sido ya conocido, entendido.” De la conjunción entre la técnica y el Derecho, como técnica jurídica, Rossi considera que “la técnica jurídica, en cambio, concierne a la utilización de la instrumentación del Derecho: individualización de los supuestos de hecho, de las normas, de la jurisprudencia, de los procedimientos, de los modos de interpretación.”

El trabajo de investigación se estructura en cuatro partes. Los elementos que constituyen el nexo entre las cuatro partes de este trabajo de investigación se anclan en un mismo fundamento jurídico, la función constitucional de ilustración, como tarea en la actuación de la Administración pública, mediante lo que denominamos, a partir de la obra de Thaler y Sunstein, referente de esta Tesis, la Arquitectura de la elección. Concepto que se corresponde con un proceso, cuya funcionalidad se identifica como instrumento público que define el diseño e intervención sobre el plano del proceso decisional del individuo y de comportamiento colectivo, mediante la técnica del “nudge”. Técnica que se materializa en diferentes herramientas que actúan sobre la racionalidad humana (que en los estudios de Psicología iniciados a partir de los años 60 del siglo XX, se considera limitada), y que cuando actúa en el juicio bajo incertidumbre en que se toman decisiones, sobre el Sistema 1, intuitivo y no reflexivo del individuo (que explicaremos ampliamente en la Parte Tercera de esta Tesis), a partir de resultados experimentales (realizados, principalmente, desde la Psicología, la Economía conductual, la Neurociencia cognitiva, la

TESI DOCTORAL

Semiòtica y la Lingüística cognitiva), tiene como finalidad corregir las decisiones erróneas motivadas por las heurísticas y los sesgos cognitivos que puedan perjudicarle.

La intervención mediante la técnica del “nudge público”, parte de un conocimiento experimental de la respuesta que pueden dar un determinado porcentaje de individuos que actúen condicionados por su Sistema 1 o intuitivo, ante la herramienta que se utilice. Dicha herramienta se corresponderá con una opción que se le ofrece a dicho individuo cuya finalidad es la consecución del interés general, sin eliminar otras opciones diferentes. Opciones que libremente ha de poder escoger el individuo. Asimismo, dicha opción puede materializarse en entornos o actuaciones en las que el individuo o la colectividad se relacionan directamente con la Administración. Entornos o actuaciones predefinidos por ésta, y en todos esos escenarios, la opción diseñada por la Administración se corresponde con la consecución de una finalidad pública de interés general que la Administración tiene como tarea proteger. Asimismo, la actuación de la Administración puede dirigirse únicamente el Sistema 2 o reflexivo del individuo, mediante una orientación directiva de su comportamiento, cuya finalidad es que en el proceso decisional del mismo reciba los «impulsores» necesarios (término introducido por Medina-Molina et Al. -2018- a partir de su desarrollo por Grune-Yanoff y Hertwig -2016-, y del Informe de la OCDE -2017- *Behavioral Insights and Public Policy*) que le refuercen su capacidad cognitiva y de conocimiento para tomar decisiones, en la medida de lo posible, informadas, mediante el desarrollo de la infraestructura social de la Educación, a la cual nos referiremos en la Primera Parte, mediante la Transparencia, mediante la Publicidad activa o mediante la emisión de

TESI DOCTORAL

Informes, Recomendaciones o Advertencias, a los cuales me refiero ampliamente en la Tercera parte de este trabajo de investigación. La finalidad de estos «impulsores» es facilitar que el individuo actúe a partir de su Sistema 2 o reflexivo como garantía del derecho de autodirección informativa, que en el objeto de esta Tesis dirigimos hacia la toma de decisiones por una alimentación saludable, en el ejercicio del derecho a la salud como derecho fundamental, esencial para la vida humana. Derecho reconocido como tal en los Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de Derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea, conectándose con el Convenio de Roma de Protección del los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, así como en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional español, en su conexión con el derecho a la vida y a la integridad física.

Finalmente, junto a la Arquitectura de la elección y la técnica del “nudge público”, el tercer fundamento en que se ancla esta Tesis, se corresponde con la relevancia de adoptar un enfoque desde la Perspectiva cognitiva en el desarrollo de la actuación de la Administración de carácter conductual, que desarrollaremos en la Tercera Parte de esta Tesis, y que se proyecta sobre las diferentes formas, modos o tipologías que puedan caracterizar la actuación de las Administraciones públicas. Su relevancia, que desarrollaré ampliamente, se encuentra en que la actuación de la Administración pública, la del resto de poderes públicos y la de los entes del sector público, puede responder, ya sea de forma consciente, como resultado de un análisis, estudio y valoración, de los

TESI DOCTORAL

órganos y agentes que forman parte del procedimiento administrativo de adopción de acuerdos o de su ejecución; ya sea de forma inconsciente, sin responder a ese procedimiento previo de análisis, estudio y valoración, a la utilización de técnicas a través de sus correspondientes herramientas, estudiadas empíricamente, y cuyos resultados demuestran que su utilización incide directamente sobre la conducta individual y el comportamiento colectivo, pudiendo modificarlos, sin que el individuo sea consciente, cuando adopte su decisión. Decisión que le ha sido incitada por el conocimiento empírico cognitivo de su comportamiento.

Perspectiva cognitiva, como elemento nuclear de esta investigación, que elaboro a partir del referente de la Perspectiva de género, y que identifico como un instrumento jurídico que determine la validez de toda la actuación administrativa que pueda condicionar el comportamiento del individuo o de la colectividad.

Actuación administrativa, ya sea formalizada o informal, cuando la misma responda (mediante el diseño por parte de la Administración) o pudiera responder (si no ha existido dicho diseño) al resultado experimental de estudios sobre la racionalidad, que identifiquen determinadas técnicas y las correspondientes herramientas cuya utilización se encuentre prevista y sea resultado de un análisis y diseño, o que en el momento de su aplicación o aprobación, no estén identificadas como herramientas de intervención, e incluso no se conozca que su aplicación y efectos se corresponde con los resultados de estudios derivados, principalmente, de las ciencias del comportamiento y neurociencias, sobre el proceso de toma de decisiones del individuo y el comportamiento colectivo.

TESI DOCTORAL

Dichos elementos nucleares de la Tesis, lo proyecto como estudio de caso, en la efectividad del derecho a una alimentación saludable, mediante la implantación del semáforo nutricional “Nutri-Score”, para incidir en la toma de decisiones responsables e informadas, respecto al efecto que sobre el individuo y la colectividad tiene el exceso de macronutrientes en el consumo de productos alimenticios. Tendré en cuenta las actuaciones de la Administración pública española en su implantación, así como su génesis en el Reino Unido y su desarrollo en Francia. Modelo registrado en Francia que ha sido acogido por la Administración española como medida dirigida a los productores y consumidores, respecto a la incitación sobre la producción y consumo responsable de productos alimenticios saludables. Procederé al análisis de cómo evaluar el desarrollo de la Arquitectura de la elección en el diseño del semáforo nutricional, a partir del enfoque de la Perspectiva cognitiva.

La investigación la realizo teniendo en cuenta la incidencia de la regulación de carácter indicativo, que se corresponde con el “soft law” o actuación administrativa informal, en relación a decisiones no vinculantes de la Administración, pero que gozan de una amplia aceptación en sus destinatarios. Asimismo se tiene en cuenta la incidencia de la regulación de carácter imperativo, cuando la actuación de la Administración resulta jurídicamente vinculante. Regulaciones efectuadas desde los Organismos internacionales, desde la Unión Europea y desde el ordenamiento jurídico español, sobre la afectación por exceso de macronutrientes en el consumo de productos alimenticios, así como respecto a la protección del derecho a una alimentación saludable, mediante las declaraciones nutricionales y de propiedades

TESI DOCTORAL

saludables en los alimentos, y la información alimentaria facilitada al consumidor.

Recogeré las conclusiones, dando respuesta a las preguntas formuladas, así como la bibliografía, documentos y bases de datos consultadas. Se acompañarán como Anexos, el documento del Gobierno francés sobre el semáforo nutricional, llamado Nustri-Score, del cual tienen la propiedad intelectual y que España, en una decisión no formalizada, ha decidido aplicar, si bien que como recomendación, que identificamos como técnica de “soft law” o derecho indicativo, y la Guía del etiquetado frontal de indicadores nutricionales, aprobado por el Reino Unido (Front of Pack Traffic Light Signpost Labelling, del Reino Unido), como antecedente reconocido en el modelo francés.

A. PREGUNTAS OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.

La exposición efectuada me lleva a formularme diferentes preguntas a las que pretendo dar respuesta en esta Tesis.

El “nudge” (empujón suave), como técnica utilizada por la Administración pública, para dar relevancia, en la configuración de la Arquitectura de las elecciones individuales y del comportamiento colectivo por una alimentación saludable, a partir del enfoque de la Perspectiva cognitiva, a la opción considerada más beneficiosa para el individuo y/o para la colectividad, sin modificar el número, ni la naturaleza de las diferentes opciones de que se disponga, ni impida o dificulte su libre elección, me suscita las siguientes preguntas:



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

- a) **¿podría identificarse como una técnica de carácter jurídico, de una nueva modalidad de actividad administrativa, como podría denominarse a una “actuación administrativa de carácter conductual”, o debe reconducirse en alguna de las clasificaciones tradicionales de la doctrina científica?**
- b) **¿requiere su recepción en el ordenamiento jurídico español de una regulación específica?**
- c) **¿qué relevancia tiene el enfoque de la Perspectiva cognitiva, respecto de la actuación de la Administración?**
- d) **¿qué régimen de garantías propias del Derecho administrativo español, se puede establecer en cuanto a su aplicación?**
- e) **¿cómo evaluar la implantación del semáforo nutricional desde la Arquitectura de la elección?**

Resultados esperados.

El proyecto de Tesis parte de un problema de fondo a resolver, como un problema jurídico al cual se pretende dar respuesta, en el sentido de identificar la relevancia jurídica de la actuación de la Administración cuando se proyecta en orientar y condicionar, en determinados supuestos, conductas beneficiosas para los individuos y la colectividad, a partir del resultado de estudios empíricos realizados desde la psicología, la neurología, la economía, la sociología, la semiótica, la lingüística cognitiva o la IA. Actuación administrativa que interviene sobre los denominados fallos o errores en la cognición de los individuos, desde el conocimiento de una racionalidad limitada, con una

TESI DOCTORAL

finalidad de interés general, predeterminando determinados resultados comportamentales que los individuos asumen como decisiones propias.

La Administración interviene ante determinados estímulos o a partir de un enmarcado en entornos determinados y predefinidos, pero con datos estadísticos y empíricos sobre respuestas comportamentales a los mismos. Intervención que no precisa regular, coaccionar, o fomentar un comportamiento determinado, en definitiva, no comporta necesariamente dictar actos administrativos con efectos jurídicos sobre terceros, ya sean de estímulo, coactivos o habilitantes. Tampoco se requiere aprobar disposiciones de carácter general o cualquier otro tipo de instrumento jurídico resultado de la tramitación de un procedimiento reglamentado que finalice en el mismo. La única finalidad de la intervención administrativa es modificar la conducta a partir de datos experimentales obtenidos de estudios empíricos de las Ciencias conductuales, la Neurociencia cognitiva, la Semiótica, la Lingüística cognitiva, o la Inteligencia artificial.

Espero poder concluir que nos encontramos ante una técnica de intervención del Derecho sobre la cognición y en esencia, sobre la racionalidad que se considera limitada, a partir del conocimiento de las reglas heurísticas, los sesgos cognitivos y las conexiones neurales⁶ en el individuo, con una finalidad

⁶ El término neural se define como “perteneciente o relativo al sistema nervioso o las neuronas”. Definición consultada en fecha 16/12/2021, en [neural | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#). La acepción utilizada en esta investigación se corresponde con el análisis de la neurología sobre el proceso de toma de decisiones y la relación entre racionalidad y emociones, según estudios científicos realizados en el Instituto Tecnológico de Massachusetts, en Cambridge, Estados Unidos, por Ann Graybiel, Institute Professor and a faculty member in the Department of Brain and Cognitive Sciences at the Massachusetts Institute of Technology, an investigator at the McGovern Institute for Brain Research; y por Jill Crittenden, Scientific Advisor at the McGovern Institute for Brain Research, Massachusetts

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

social de interés general, que se concreta en que las elecciones del individuo y

Institute of Technology. Como ha puesto de manifiesto el neurocientífico Eagleman (2021: 229 y 232), adjunct professor at the Stanford University School of Medicine, and director of The Center for Science & Law, “quizá es demasiado pronto para decir si algún día se verá que todos los aspectos del comportamiento humano están más allá de nuestra volición”, teniendo en cuenta que **“la neurociencia está comenzando a arañar la superficie de cuestiones que hasta ahora pertenecían exclusivamente al dominio de los filósofos y los psicólogos, cuestiones acerca de cómo la gente toma decisiones y si son realmente “libres”..., cuestiones que conformarán el futuro de la teoría legal y el sueño de una jurisprudencia basada en la biología”**.

El término cognición se define con las acepciones de “conocimiento, entendimiento, inteligencia, razón natural”. Definición consultada en fecha 04/01/2022, en [cognición | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

El término racionalidad se define con la acepción de “racional”, como “relativo a la razón”, que se define como “acto de discurrir el entendimiento”. Definición consultada en fecha 04/01/2022, en [racionalidad | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

Desde la filosofía de la mente se anuda en Aristóteles que la cognición se construye a partir de la experiencia, habiendo puesto de manifiesto Casaban y Candel (2013: 94) que se están realizando “enormes avances en el estudio, con métodos científicos estándar, de los procesos mentales en todo aquello que es observable desde fuera. La gnoseología clásica, sin entrar en contradicción con los hallazgos de la ciencia cognitiva, puede, en cualquier caso, aportar claridad conceptual y, sobre todo, la necesaria cautela para no incurrir en reduccionismos ontológicos que vayan más allá del inevitable reduccionismo metodológico”. Como Aristóteles expuso en su obra *Sobre el Alma -Περὶ Ψυχῆς-* (aprox. 350 a.C.), en la versión latina de sus comentaristas, *De Anima* “nihil est in intellectus quod prius non fuerit in sensu” (nada hay en el conocimiento o entendimiento -como traduciríamos intelecto, como suprema facultad cognitiva humana- que no haya estado antes en los sentidos). A partir de dicha máxima aristotélica se ha desarrollado a lo largo de la historia de la filosofía un vínculo entre la cognición y la experiencia, destacándose entre otros a Averroes, en su obra *Comentario mayor al De Anima de Aristóteles. Libro III* (1180); o a Tomás de Aquino, en su obra *Quaestiones disputatae de veritate* (1256); tomándose dicha máxima como fundamento en el empirismo, a partir del siglo XVII, con John Locke, en su obra *Ensayo sobre la comprensión humana* (1689), que Leibniz rebatió en su obra *Nuevos ensayos sobre la comprensión humana* (1704), añadiendo a la máxima aristotélica, para complementarla, “nisi intellectus ipse” (solo el conocimiento – intelecto- mismo), vinculando, como Immanuel Kant en su *Crítica de la Razón Pura* (1781), si bien que desde categorías filosóficas bien diferenciadas, la apercepción empírica de los fenómenos que ofrece la sensibilidad que, una vez percibidos, constituyen materia para el ejercicio de la conciencia reflexiva, a la apercepción pura de la conciencia, esencia del pensamiento. Consulta efectuada el 09/04/2022, en [Apercepción en el Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano / 1887 \(filosofia.org\)](#).

Desde la psicología, Jean Piaget ha considerado que “no hay sólo experiencias de hechos, sino también una especie de experiencia «interna» de la propia acción del sujeto, de la que éste extrae los esquemas de tal acción y a partir de ellos construye las estructuras lógicas del pensamiento” Quintanilla, M.A. (1976): *Diccionario de filosofía contemporánea*. Salamanca: Sígueme, 1976, p. 120-121, citado en [EMPIRISMUS Empirismo \(hispanoteca.eu\)](#).

TESI DOCTORAL

de la colectividad, lo sean en la efectividad del derecho a la protección de la salud, y su proyección en el derecho a una alimentación adecuada y saludable. De esta forma se da respuesta afirmativa a la primera pregunta que se formula, que nos encontramos ante una técnica de intervención administrativa caracterizada por la aplicación, esencialmente, de las Ciencias conductuales, la Neurociencia cognitiva, la Lingüística cognitiva, la Semiótica o la Inteligencia artificial, en el diseño del comportamiento colectivo, que tiene identidad propia como actuación administrativa conductual.

Creo que esta Tesis incidirá en términos de transferencia del conocimiento, pues podrá incorporar el análisis incipiente que se realiza desde la recepción del “nudge”, como técnica nacida en la literatura jurídica y en la economía conductual estadounidenses.

Asimismo, analizaré hasta qué punto se pueden encontrar antecedentes históricos en el cameralismo y en el liberalismo, y su conexión con parámetros que hace tiempo se han establecido en la doctrina administrativa continental, desde el derecho alemán, en la construcción doctrinal de la teoría de las formas y de la actividad administrativa informal. También se analiza la afectación del derecho indicativo, como construcción a partir de la actuación de las Instituciones de la Unión Europea en relación a decisiones no vinculantes de la Administración, pero que gozan de una amplia aceptación en sus destinatarios, en contraposición al derecho imperativo, que se proyecta cuando la actuación de la Administración resulta jurídicamente vinculante. Asimismo se analiza la teoría de la doctrina alemana de la ilustración del público que reorienta en esta investigación como función constitucional de ilustración en la

TESI DOCTORAL

actuación de la Administración, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el derecho de autodirección informativa, construcción también de la dogmática administrativa alemana, que se proyecta en el libre desarrollo de la personalidad, reconocido como principio constitucional en la Constitución española y como derecho fundamental en la Constitución alemana.

Finalmente, destacaré la relevancia de las Instituciones comunitarias para orientar las políticas públicas de los Estados hacia la aplicación de dicha técnica.

B. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN.

PRIMERA PARTE.- CUESTIONES PRELIMINARES Y FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.

El objetivo de las Cuestiones preliminares y fundamentos de la investigación es delimitar el alcance de la misma que se contiene en esta Tesis doctoral, enmarcando doctrinalmente sus contornos y cimientos en cuanto a su objeto y objetivos.

Explico en esta parte, de forma introductoria, la construcción doctrinal, a partir de las tesis alemanas, de la teoría de las formas jurídicas y la relación jurídico-administrativa en la actuación de la Administración pública; el marco conceptual en el que se ordena jurídicamente el “nudge”; la relevancia del concepto de discrecionalidad como fundamento en la actuación de ordenación directiva de la Administración pública y su control judicial; los rasgos que permiten

TESI DOCTORAL

configurar la Arquitectura de la elección y la utilización del “nudge” como técnica jurídica; el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona como parámetros constitucionales, que conforman la esencia que debe caracterizar la actuación de la Administración, desde la perspectiva cognitiva; la identificación de la actuación administrativa informal de carácter conductual; y el encuadre de la investigación en la función constitucional de ilustración como tarea de la Administración.

SEGUNDA PARTE.- LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE ILUSTRACIÓN EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, RESPECTO A LA ELECCIÓN POR UNA ALIMENTACIÓN SALUDABLE, DESDE LAS RELACIONES ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD.

En esta parte pretendo estudiar los antecedentes históricos en la función constitucional de ilustración, como finalidad en la actuación de la Administración pública, respecto a la ordenación por el Estado de las relaciones con el individuo y con la sociedad. La relevancia para el objeto de la Tesis doctoral del estudio de los antecedentes históricos se centra en conocer la incidencia de las tesis de la Ilustración en la construcción de las finalidades del Estado, su evolución y su manifestación hasta nuestros días, en la actuación de la Administración pública como poder público, para poder identificar las tendencias de su desarrollo en el tiempo y como se ha proyectado en el Derecho administrativo. Considero que el devenir histórico ayuda a comprender las instituciones jurídicas actuales y su propia evolución así como su receptividad y afectación ante instituciones jurídicas de otros ordenamientos jurídicos o afectadas por el influjo de otras disciplinas, a partir

TESI DOCTORAL

de una síntesis científica que se realiza en el proceso de investigación, en el que se incorpora como novedad, la teorización de la ilustración como concepto jurídico que se caracteriza por la que se identifica como función constitucional, en un doble plano. En primer lugar, en cuanto a la incidencia del derecho a la educación para la toma de decisiones informadas por parte de los individuos, y en segundo lugar, a partir de la relevancia del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona, como garantías en la actuación de la Administración, cuando interviene sobre el proceso de decisión de los individuos, actuando sobre una voluntad que se considera limitada, a partir del conocimiento empírico de errores cognitivos y de cómo actuar para modificarlos, con el objetivo de la consecución de una finalidad pública en defensa del interés general, que beneficie al propio individuo, pero de la que se pueda apartar fácilmente.

Asimismo, analizo los límites en la actividad administrativa respecto al derecho a la dignidad de la persona y el respeto a los derechos que le son inherentes, así como al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad.

También analizo la dimensión de la protección del derecho a la salud y a una alimentación saludable en el Estado social y democrático de Derecho, para enmarcar constitucionalmente el objeto de la tesis e identificar el diseño y régimen jurídico de la Arquitectura de la elección, desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva, mediante la utilización de la técnica del “nudge”, a través de las diferentes herramientas en que se manifiesta. Análisis que se realiza a partir de la intervención administrativa de carácter conductual, sobre el entorno y su encuadre por la Administración, con la finalidad de que en el proceso

TESI DOCTORAL

decisional en que el individuo procede a la elección de sus diferentes opciones, tome decisiones que le sean favorables, orientadas a la consecución de los objetivos de protección del interés público en el ámbito del derecho a la salud y su proyección en el derecho a una alimentación saludable. Desarrollo los principios y directrices sobre el derecho a la protección de la salud y su proyección en el derecho a una alimentación adecuada y saludable, contenidos en la regulación indicativa de Organismos internacionales y Tratados internacionales.

Finalmente, expongo los parámetros generales sobre los que se ha abordado el intento de sistematización de las formas de entender la actuación de la Administración y los tipos o modalidades de actividad administrativa, en cuanto a sus fines y funciones en las relaciones Estado y sociedad, en cuanto a su proyección como manifestación del derecho imperativo o indicativo teniendo en cuenta la actuación administrativa informal, tanto desde su manifestación en información, advertencias, recomendaciones u otras manifestaciones de actuación que se correspondan con el derecho indicativo y no imperativo, como cuando su finalidad es la de ilustración, como función constitucional, que se proyecta cuando la actuación de la Administración se materializa mediante su carácter conductual.

TERCERA PARTE.- LA PERSPECTIVA COGNITIVA EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA CONDUCTUAL, MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA DEL “NUDGE” EN LA ARQUITECTURA DE LA ELECCIÓN.

TESI DOCTORAL

Estudiaré la recepción de las Ciencias del comportamiento, de la Neurociencia cognitiva, de la Semiótica, de la Lingüística cognitiva, y de la Inteligencia artificial, por el Derecho administrativo, para entender cómo su comprensión por parte de los poderes públicos, les permite diseñar políticas públicas que definan la intervención administrativa sobre el individuo y sobre el entorno, para que los individuos y la colectividad dispongan de las opciones más convenientes. Opciones coincidentes con el interés general, que se tendrán en cuenta a la hora de tomar sus decisiones, y entre ellas, se les incite a las que les benefician, en coincidencia con la consecución de objetivos dirigidos a la consecución de una finalidad pública.

Analizo el enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración pública, respecto a su intervención en el proceso decisional de los individuos y en el comportamiento colectivo, ya sea como resultado de una concreta política pública conductual o en el supuesto de no serlo, cuando sus efectos sobre el individuo se correspondan con los resultados estudiados por las ciencias conductuales, la neurociencia cognitiva, la semiótica o la lingüística cognitiva, sobre el comportamiento humano. En el supuesto de la utilización de la técnica del “nudge”, estudio el proceso de diseño, implementación y aplicación de dicha técnica para incitar la conducta, en una determinada dirección que se corresponda con una finalidad pública de interés general, cuando dicha actuación sea resultado de estudios experimentales sobre el comportamiento humano, a partir del conocimiento empírico del funcionamiento de los sesgos y las heurísticas en el juicio bajo incertidumbre del proceso de toma de decisiones, como manifestación de una racionalidad limitada.

TESI DOCTORAL

Analizo la obligación, con efectos jurídicos, de requerir un informe desde la Perspectiva cognitiva como se requiere el informe desde la Perspectiva de género, para determinar si en la actuación de la Administración se incita la conducta, mediante alguna afectación sobre la cognición de los individuos o sobre el entorno, que incida en su proceso decisional, identificando una opción coincidente con el interés público.

Tengo en cuenta, de una forma destacada, el análisis económico del derecho, y la recepción práctica de la neurociencia cognitiva por el Derecho.

Analizo la proyección del “nudge” desde la semiótica y la lingüística cognitiva, con la relevancia del establecimiento de marcos mentales, en los que se encuadra el proceso de elección para que la decisión sea articulada, dirigida y orientada por el arquitecto público. La semiótica y la lingüística cognitiva nos permiten conocer las características en la intervención de la Administración, cuando comunica y la forma en que comunica su actuación, para entender los procesos que nos permitan comprender el significado de esa comunicación a partir de la relevancia de los diferentes sistemas de signos, como se explicará en esta Parte. Ambas disciplinas nos permiten entender el enmarcado, como funcionamiento en el proceso de toma de decisiones individual de los marcos de referencia o de metáforas, a partir de los cuales los estudios empíricos han demostrado que incidiendo sobre ellas, se incide sobre la conducta del individuo y sobre el comportamiento colectivo. Teniendo en cuenta, respecto a la lingüística cognitiva, que permite la comprensión de la descripción de las estructuras conceptuales y de su relación con el significado léxico, explicando cómo el contenido y la forma en que se comunica incide sobre la conducta del

TESI DOCTORAL

individuo y sobre el comportamiento colectivo. Ello me lleva a entender que su utilización por parte de la Administración, en su actuación, a partir de la evidencia científica, es relevante para el Derecho Administrativo.

Asimismo, elaboro la construcción del régimen jurídico del “nudge” como técnica de intervención que se proyecta sobre las diferentes formas de actuación administrativa, estudiando y sistematizando los diferentes parámetros sobre los que se ha construido el análisis doctrinal de su ordenación jurídica.

Procederé a elaborar el concepto de “nudge”, identificando sus elementos y características a partir de su estructuración. También desarrollaré los parámetros del sistema jurídico de responsabilidad y la afectación a derechos y libertades públicas recogidos en la Constitución.

Analizo la limitación en la intervención de los poderes públicos, para preservar la libertad de elección individual, con ayudas que permitan a los individuos y a la colectividad, corregir los posibles errores cognitivos que se puedan dar en la evaluación, el razonamiento, o en su voluntad, como componentes del proceso decisional de la opción que sea más beneficiosa y que se sienta como propia, con una finalidad pública. En ese marco, tengo en cuenta la iniciativa de “soft law” o derecho indicativo más destacada de la Unión Europea, para la integración de los “nudges” en la actividad de los poderes públicos, que se

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

recoge en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 2016⁷.

Finalmente, como corolario de esta Parte desarrollo el concepto de Ilustración 4.0, como determinante de la que se denomina actuación de la Administración de carácter conductual y su proyección sobre cualquier forma de actividad, modalidad o tipología de actuación administrativa de carácter conductual, en la que se integra la técnica del “nudge público”.

CUARTA PARTE.- LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA CONDUCTUAL MEDIANTE “NUDGES” Y EL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN SALUDABLE, ANTE EL MODELO DE SEMÁFORO NUTRICIONAL “NUTRI-SCORE”.

Enmarcaré la aplicación de la técnica del “nudge público” en el derecho a una alimentación saludable, a partir de los principios y directrices contenidos en la regulación indicativa o imperativa de las Instituciones de la Unión Europea sobre la información al consumidor. Complemento la Parte Segunda de esta Tesis, en la que desarrollamos los principios y directrices sobre el derecho a la protección de la salud y su proyección en el derecho a una alimentación

⁷ En los Apartados 5.2 a 5.4 del Dictamen, se hace mención a las iniciativas de Reino Unido, Estados Unidos y Francia. Pro (2017: 302), nos recuerda la proximidad a Francia que motiva por la influencia predominante, en los albores del siglo XIX, en la construcción de un modelo de Estado en España, que se podría identificar con funciones de “tutor” sobre la sociedad, un Estado uniforme y centralista que se materializa en la división provincial, que actúa directamente a través de la Administración pública y que se identifica con ella. En ese modelo, el Estado aparece como único representante legítimo de los intereses colectivos, estando llamado, mediante la Ley y la Administración, a reconstruir la realidad del país en una dirección determinada. Ese sustrato histórico ha motivado introducir también la experiencia de semáforo nutricional, que Francia ha regulado y patentado como “Nutri-Score”.

TESI DOCTORAL

adecuada y saludable, contenidos en la regulación indicativa de Organismos internacionales y Tratados internacionales.

Por otro lado, expongo la regulación y las medidas recogidas en el ordenamiento jurídico español, respecto a la actuación de la Administración General de Estado, en relación a la implantación de la información nutricional frontal mediante el semáforo nutricional Nutri-Score, para la efectividad del derecho a una alimentación saludable.

C. METODOLOGÍA.

Hecha la introducción y planteados los objetivos y preguntas a las que se pretende dar respuesta a lo largo de esta Tesis, enuncio el método que pretendo utilizar para dar respuesta a las preguntas planteadas.

1. Metodología.

Respecto a la metodología, he tenido en cuenta la crítica de la metodología de los juristas, expresada por G. W. Friederich Hegel, en su obra *Principios de Filosofía del Derecho* (1821), recogida por Aguado (2021: 23), “por cuanto no se centraba en alcanzar la idea de las instituciones a través de la formación de conceptos, sino simplemente se limitaban a describirlos de manera superficial a través de lo que denominamos nociones o meros conceptos”. Crítica que Aguado complementa, siguiendo a Francis-Paul Bénéoit (1995), diferenciando entre noción y concepto, según los efectos en la metodología a utilizar, poniendo de manifiesto que “de esta forma la noción permite calificar los

TESI DOCTORAL

hechos y en consecuencia declarar el régimen jurídico que les resulta aplicable. En cambio el concepto exprime la realidad de una institución, de forma que permite el conocimiento de su realidad y la comprensión de cómo se ha gestado, de su evolución”.

En este trabajo de investigación, me he establecido como objetivo el desarrollo de conceptos y nociones, desde el prisma de Bénéoit, acogido por Aguado, si bien que respecto a los conceptos jurídicos, he complementado el criterio utilizado, con la tesis de Díez (2018: 100-107), que siguiendo la dogmática alemana pone de manifiesto que el contacto con otras ramas de conocimiento, como ocurre en este trabajo de investigación, exige al jurista operar con conceptos que no se han desarrollado en un contexto jurídico.

Esa capilaridad en la utilización de algunos conceptos, como ocurre en la química cuando “la superficie de un líquido en contacto con un sólido se eleva o deprime según aquél moje o no a éste” (definición contenida en la RAE), me ha permitido abordar construcciones que de forma adaptable a sus acepciones en las diferentes disciplinas o lingüísticas, permitan otorgar seguridad jurídica a la actuación de la Administración. Considerando Díez que “para determinar que un concepto es jurídico, se tendrá en cuenta su relación con el derecho por distintas vías”. En dicho sentido, destaca que existen diferentes formas conceptuales, como “los conceptos clave o los conceptos puente, entre otros, que se ajustan mejor a las necesidades de explicar un Derecho plural, cambiante, que debe abrirse a los conocimientos procedentes de otras disciplinas” (p.103). Lo cual le lleva a concluir que “son conceptos jurídicos aquellos conceptos que, con independencia del objeto de la realidad al que se

TESI DOCTORAL

refieran, de las circunstancias en las que se hayan elaborado y de su proceso de formación, son capaces de cumplir funciones útiles en la mejora de la ordenación, comprensión o aplicación del Derecho” (p. 107).

Considero que el “nudge público”, sería un «concepto jurídico clave», desde la tesis que realiza Díez, por su valor metodológico, tal como explicaré en el apartado referido al concepto de dicho término, puesto que el mismo, tal como desarrollaré, es relevante para el Derecho administrativo, en cuanto cumple una función útil para la construcción teórica y el razonamiento jurídico que se realiza en esta Tesis doctoral, sin que “necesariamente se requiera de un anclaje normativo ni una finalidad clasificatoria y prescriptiva” (p. 107), en cuanto a la actuación de la Administración pública, del resto de los poderes públicos y de los entes del sector público, a partir de la función constitucional de ilustración, del enfoque de la Perspectiva cognitiva, de la Arquitectura de la elección, y de la actuación administrativa de carácter conductual.

En base a lo expuesto, parto del sincretismo metodológico, como análisis que se efectúa desde el Derecho administrativo respecto a una materia determinada, alejado de la teoría pura⁸ del derecho de Kelsen, y teniendo en cuenta los estudios sobre la materia objeto de la Tesis, en otras áreas de conocimiento como la psicología y la neurociencia, la sociología, la economía o la ciencia política, la semiótica y la lingüística cognitiva o la Inteligencia artificial,

⁸ Díez (2018: 100), nos explica que una herencia del método jurídico, de la dogmática jurídica, ha sido la búsqueda de la pureza del Derecho, idea que penetró en la definición de los conceptos jurídicos, los cuales se obtenían mediante un proceso de abstracción realizado por los juristas a partir de material estrictamente jurídico, como los enunciados normativos o la jurisprudencia, motivo por el cual los conceptos son puros, porque tienen una genética genuinamente jurídica.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

en cuanto a las consideraciones no solo descriptivas sino también explicativas y valorativas. La finalidad que pretendo conseguir, es la de abordar la cuestión con un enfoque holístico, analizando los temas desde las múltiples interacciones que los caracterizan, desde todos los ángulos posibles, pero cuyos parámetros de referencia se concretan en la psicología (desde las ciencias de la conducta) y la neurociencia, en la economía conductual y en las políticas públicas, en la Inteligencia artificial, y en la semiótica y en la lingüística cognitiva, si bien que en menor medida.

Las referencias a los estudios y construcciones elaborados desde la psicología, las he realizado teniendo en cuenta aquellos estudios que detallan la metodología utilizada, recogiendo los procesos psicológicos que encuentren su apoyo en los datos empíricos, tal como ha puesto de manifiesto Collins (2022)⁹, las críticas de Nathan Berg y Gerd Gigerenzer¹⁰ “a la metodología utilizada

⁹ En una entrada de su “post” recoge una lista crítica de lecturas sobre psicología económica y ciencia del comportamiento económico, con críticas generales y metodológicas, estudios como contrapuntos a los sesgos, o críticas a los “nudge”, como aplicaciones de la psicología económica, en el sentido de que: los que diseñan las políticas públicas, a menudo, equiparan erróneamente políticas conductistas con “empujoncitos” y, sin embargo, los “empujoncitos” son sólo una parte y ni siquiera la más importante de la revolución conductista; el principal fallo de la racionalidad humana no se encuentra en las empresas y los consumidores que consumen energía, sino en los propios reguladores; la Psicología Económica está siendo utilizada con finalidades políticas al permitir a los que diseñan las políticas tener que aplicar las soluciones más dolorosas pero más efectivas basadas en la teoría económica tradicional; un análisis amplio de la literatura más general sobre los incentivos monetarios sugiere, entre otras cosas, que existe un enorme sesgo de publicación, pues sólo se publican los estudios que dan resultados que confirman la existencia del fenómeno que se está estudiando. Consultable en *A critical behavioral economics and behavioral science reading list* – <https://www.jasoncollins.blog>.

¹⁰ Berg y Gigerenzer en el artículo *As-if Behavioral Economics: Neoclassical economics in disguise* (History of Economic Ideas Vol. 18, No. 1 (2010), pp. 133-165), realizan una importante crítica sobre diferentes estudios de psicología económica, y sobre la teoría de la prospección, por su falta de realismo en lo que a la descripción de los procesos mentales implicados en la

TESI DOCTORAL

frecuentemente en estudios del ámbito de la Psicología económica, en los que se utilizan argumentos del tipo “como si”, esto es, basados en la suposición de que los individuos actúan en la vida real de una forma determinada, para justificar modelos psicológicos que añaden nuevos parámetros para hacer encajar los resultados de las decisiones, en lugar de describir en detalle los procesos psicológicos que sean más realistas o que encuentren más sustento en los datos empíricos, y que expliquen de verdad los resultados obtenidos”.

Soy consciente de las limitaciones metodológicas que ello comporta. La utilización de dichas disciplinas lo es desde una perspectiva estrictamente instrumental, con parámetros comprensibles en Derecho Administrativo. Considero que desde el punto de vista científico no se pueden desarrollar críticamente, como se correspondería con una investigación doctoral especializada en cada una de dichas disciplinas, los conceptos de las mismas. Como tampoco abordar las diferentes visiones entre las diferentes corrientes o Escuelas de pensamiento para posicionarme de forma razonada, puesto que ello requiere un apoyo experimental. Dejo, en todo caso, constancia de las referencias a otras disciplinas académicas, sin profundizar en ellas, para poder comprender su recepción por el Derecho administrativo, en cuanto a la delimitación de los contornos jurídicos de una técnica híbrida.

Asimismo, utilizo la técnica de la «argumentación», a partir del diálogo que, como explica Carrillo (2007), “se establece entre el discurso y su contexto, en

toma de decisiones se refiere. Consultable en *AS-IF BEHAVIORAL ECONOMICS: NEOCLASSICAL ECONOMICS IN DISGUISE?* on <https://www.jstor.org>.

TESI DOCTORAL

el que el propósito fundamental es formular un mensaje para que funcione con efectividad como acto comunicativo. La argumentación se caracteriza por unas razones o significaciones que apoyan una afirmación o una tesis, en la que las premisas explícitas se plasman en el texto y las premisas implícitas están situadas en el marco del discurso”.

En dicho sentido, en esta Tesis utilizo la dogmática jurídica elaborada por diferentes autores, como argumentación de base colaborativa para construir un discurso en dicho contexto. Cuando se incorporan aspectos de diferentes autores mediante frases o textos entrecomillados, se realiza para construir una coherencia argumental en apoyo del razonamiento y del significado entendido como sentido que se quiere dar a la tesis que se elabora. Estos criterios utilizados, me llevan a entender con Pemán (2005: Presentación) la posibilidad de utilización por parte del investigador, de una variedad de enfoques o planteamientos metodológicos, que se complementan en el resultado de una argumentación discursiva, como he expuesto en el párrafo anterior.

Desde este enfoque se podrá comprobar que a lo largo de toda la Tesis se entremezcla, en la metodología utilizada, tal como expone Pemán, el análisis conceptual y sistemático, con el análisis normativo vinculado a la temática de la misma, así como el de instrumentos de “soft law” o derecho indicativo, tanto de Organismos internacionales como españoles, con aportaciones que tienen un “fuerte componente prospectivo o de futuro, con reflexiones o planteamientos de *lege ferenda*”, y con la exégesis jurisprudencial sobre sentencias de relevancia para los diferentes aspectos del objeto de la Tesis, tanto a nivel español, como de la Unión europea y del Tribunal europeo de Derechos humanos, así como de derecho comparado. Jurisprudencia que se

TESI DOCTORAL

corresponde, principalmente, con los ordenamientos jurídicos continentales de Alemania, Francia e Italia. Pero también he incluido destacadas referencias jurisprudenciales de Holanda, Estados Unidos y Japón.

Coherencia que complemento con la utilización de la definición de términos, cuya elaboración del concepto la he realizado a partir de la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, así como en su edición del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. La interpretación de las normas según el sentido propio de sus palabras, se aplica a partir de la previsión contenida en el art. 3.1 del CC, pero también he tenido en cuenta la analogía, respecto a los términos utilizados como relevantes jurídicos. Dicho sentido etimológico lo he integrado en un criterio teleológico y sistemático¹¹ en cuanto a la finalidad del término dentro del contexto utilizado.

No es objeto ni motivo del proceso de investigación que desarrollo en esta Tesis, llevar a cabo una concatenación resumida o seleccionada de la dogmática jurídica a través de las ideas de la doctrina o incluidas en los textos que se utilizan, sino que existe una finalidad consciente, componer un hilo argumental con la tesis que se propugna, con la que puede no coincidir la del autor citado, pero que su incorporación comporta un reenfoque de esa idea o texto para que conforme el argumento que se desarrolla en esta investigación.

¹¹ Los criterios teleológico y sistemático de interpretación de las normas que se utilizan analógicamente en cuanto a la interpretación de los términos sobre los cuales no existe una definición legal o elaborado un concepto jurídico, los acojo de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (RC 898/2917), en su Fundamento jurídico Tercero.3.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Debo poner de manifiesto la premisa que orienta el análisis que efectúo en la investigación: nos encontramos ante el supuesto de la actuación conductual de la Administración, cuando interviene sobre el comportamiento poblacional, para alinearlo con medidas que beneficien al individuo y a la colectividad, desde la consecución de una finalidad pública, a partir de un diseño del comportamiento¹² mediante la Arquitectura de la elección. Comportamiento

¹² Armayones (2020: 22, 25), nos da noticia que “la **técnica de «diseño del comportamiento»** se empezó a desarrollar a partir del año 1988 tras la publicación del libro *La psicología de los objetos cotidianos*, de Donald Norman, profesor de la Universidad de California en San Diego, que le sirvió al psicólogo Brian Jeffrey Fogg, profesor de la Universidad de Stanford y director del Laboratorio de Diseño del comportamiento, para desarrollar en 2007, un **modelo teórico sobre el comportamiento humano, estableciendo que para conseguir un objetivo comportamental deben establecerse pautas para que las personas lo puedan realizar de una forma simple, rápida y fácil. En ello se centra el diseño del comportamiento sobre el cual estableció una fórmula, en la que justificaba que el Comportamiento se basaba en la Motivación, la Habilidad o Aptitud, y el Estímulo o Incitación (B=MAP, Behavior = Motivation, Ability, Prompts)**”. Consultable en <https://behaviormodel.org>. Asimismo, dicho autor también nos da noticia de un estudio publicado en la revista *Nature Human Behavior*, en 2020, por investigadores de la Universidad de Yale, Harvard y Stanford en relación a la pandemia por el COVID-19, en el que se pone de manifiesto que “los conocimientos de las ciencias sociales y del comportamiento humano pueden utilizarse para ayudar a ajustar el comportamiento humano a las recomendaciones de los epidemiólogos y los expertos en salud pública” (2020: 22).

Según la Organización Mundial de la Salud (cuyos acrónimos en español e inglés son OMS/WHO), la enfermedad por coronavirus (COVID-19) es una enfermedad infecciosa provocada por el virus SARS-CoV-2. La OMS tuvo noticia por primera vez de la existencia de este nuevo virus el 31 de diciembre de 2019, al ser informada de un grupo de casos de «neumonía vírica» que se habían declarado en la ciudad china de Wuhan. Consultado el 30/10/2021 en [Nuevo coronavirus 2019 \(who.int\)](https://www.who.int/news-room/feature-stories/new-coronavirus-2019).

Los estudios de Fogg llevaron a la profesora de psicología de la salud del Colegio Universitario de Londres, la psicóloga Susan Michie, a desarrollar en 2011 la «**rueda de cambio del comportamiento**», que se fundamenta en la **fórmula del Comportamiento basado en la Capacidad o Aptitud, Oportunidad y Motivación (COM-B, Behavior = Capability Opportunity, Motivation)**. Consultable en: [The COM-B Model for Behavior Change – https://thedecisionlab.com](https://thedecisionlab.com).

“La capacidad se define como las facultades psicológicas y físicas del individuo para participar en una actividad”; “la motivación son todos los procesos que energizan y dirigen el comportamiento, no solo los objetivos, sino también la conciencia y la toma de decisiones; “la oportunidad incluye los factores externos al individuo que hacen posible o impulsan el comportamiento” (Armayones, 2020: 25).

TESI DOCTORAL

sobre el cual se incita de una forma no imperativa, ni únicamente regulatoria, ni únicamente de estímulo o fomento, sino que responde a una manifestación de la intervención administrativa, cuyos fundamentos pueden ser sociológicos, psicológicos, económicos e incluso de política pública, pero que se nutre del conocimiento de los procesos cognitivos a partir de una base experimental. En dicho supuesto, el Derecho ha de jugar un papel decisivo, por la obligación constitucional de la Administración de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirviendo con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE).

Premisa que no desconoce la importancia de los principios vectores que informan la técnica del “nudge público” ante el derecho de autodirección informativa, en la elección de un estilo de vida saludable.

Asimismo, utilizo el método jurídico comparado, limitado a la comparación de un aspecto determinado del sistema jurídico y su tratamiento en diferentes ordenamientos y organismos supraestatales, para comprobar cómo éstos le han dado respuesta, pero también dentro del ordenamiento jurídico español, a nivel estatal. El Derecho comparado se restringe al conocimiento empírico del Derecho extranjero procedente de sistemas jurídicos diversos cuyas referencias se incorporan tanto en el texto principal de esta Tesis, como en notas de referencia, según su relevancia para el argumento jurídico que se expone. La comparación jurídica la proyecto hacia el “exterior” y atiende a la dimensión horizontal entendida como la confluencia entre ordenamientos jurídicos estatales heterogéneos. Pero no se contemplará la dimensión diacrónica, circunscrita a la confrontación del instituto o categoría jurídica, a lo largo de los diversos estadios temporales sucedidos, dentro de uno o diversos países adscritos al mismo período histórico. Tampoco se observará la

TESI DOCTORAL

dimensión vertical que se fundamenta en las relaciones dimanantes entre los ordenamientos jurídicos estatales y los sistemas jurídicos internacionales, regionales o supranacionales, dado la mayor o menor obligatoriedad que se predica del Estado de garantizar e implementar las obligaciones resultantes de los vínculos contractuales o supranacionales contraídos¹³.

En todo caso, respecto al Derecho comparado y la construcción teórica del “nudge” en Estados Unidos, nos encontramos con que no existe una regulación legal del mismo. La única referencia normativa se encuentra en la Orden ejecutiva 13707, de 15 de septiembre de 2015, de la Presidencia de Estados Unidos, para “la aplicación de las ciencias del comportamiento en la elaboración de políticas públicas y en la actuación de la Administración y las Agencias federales”. Pero ello no nos impide, tal como considera la doctrina, que utilicemos la ordenación jurídica de dicha técnica, a partir de su desarrollo doctrinal y de su posible regulación, en el marco de su aplicación a la actuación de la Administración, del resto de poderes públicos y entes del sector público, de las ciencias conductuales. Ello, a partir de que “la diferencia de sistemas jurídicos no comporta un impedimento para su recepción, construcción del concepto jurídico y de su régimen jurídico, teniendo en cuenta que los sistemas jurídicos se enfrentan a los mismos problemas, de una forma y con una metodología similar”¹⁴.

Finalmente, analizaré exclusivamente fuentes documentales, mediante la herramienta de investigación de tipo empírico-cualitativo, por lo que se

¹³ Santana (2010).

¹⁴ Auby (2007: 57).

TESI DOCTORAL

pretende elaborar un marco conceptual-teórico¹⁵, complementándose la investigación con la metodología de análisis de caso, aplicando el método inductivo, que a diferencia del deductivo, como indica Rossi (2004: 14), se basa en el fenómeno estudiado del que se obtienen los principios y “no en la centralidad del principio, del que se deduce la comprensión de los fenómenos”, como ocurre en el deductivo.

Análisis de caso que realizo sobre una experiencia concreta y real, la implantación del semáforo nutricional en España, que me permita realizar un análisis empírico para dar respuesta a las preguntas que me formulo, desde el análisis y comprensión de los resultados y la causa que los rige.

El método de investigación a través del caso, respecto al último apartado de la investigación lo considero apropiado, pues el objetivo en este apartado es comprender o explicar un fenómeno, utilizando diferentes fuentes de información sobre diferentes supuestos, vinculados al que es objeto del caso, verificando si los datos obtenidos convergen y guardan relación entre sí. Por la doctrina se ha puesto de manifiesto que la revisión de documentos, que hacen referencia al caso estudiado, representa una de las fuentes de información más

¹⁵ Bunge (2007 y 2009). Para dicho autor, la función del marco conceptual teórico de una investigación, puede concretarse en:

- a) Conecta la investigación con la ciencia precedente.
- b) Proporciona los instrumentos conceptuales y categorías jurídicas sobre los que se fundamenta el estudio.
- c) Establece una base explicativa para el objeto del estudio y un modelo teórico para interpretar los resultados obtenidos.
- d) Fija el enfoque epistemológico de la investigación, de vital importancia en objetos de estudio, de carácter interdisciplinario y multidisciplinario.
- e) Previene de errores cometidos en otras investigaciones.

TESI DOCTORAL

utilizadas en el método del caso proporcionando coherencia, fiabilidad y solidez a los datos¹⁶.

2. Normas de citación y de presentación.

He utilizado la Guía de normas APA, en su séptima edición, de acceso libre en internet¹⁷, por ser las normas de citación de referencia en ciencias sociales y en psicología, sin perjuicio de que puedan ser útiles otros criterios de citación o normas de estilo.

Me he apartado de dichas normas APA, por no dar unos criterios específicos cuando la referencia bibliográfica o documental citada está referenciada en otra cita. En dichos supuestos he reproducido tal como figura en la cita, y la misma no la he reproducido en la bibliografía, al no ser una fuente consultada directamente. Respecto a la cita de los diferentes autores, he establecido tres criterios. De acuerdo con las normas APA, cito solo el primer apellido, cuando el autor figura en la bibliografía referenciada. Y los dos apellidos cuando existe coincidencia en el primero por parte de diversos autores. Cito el nombre y apellidos completos en dos supuestos, cuando la referencia del autor no lo es respecto a ninguna obra referenciada sino por destacarlo respecto a su área de

¹⁶ Enrique (2018: 8), siguiendo a Coller (2005), considera que “La revisión de documentos, elaborados por otras personas y que hace referencia al caso estudiado, ya sean artículos de prensa, documentos gráficos, artículos académicos u otros escritos, representa una de las fuentes de información más utilizadas en el método del caso como parte de la estrategia de triangulación de éste, proporcionando coherencia, fiabilidad y solidez a los datos”.

¹⁷ El acrónimo APA se corresponde con las iniciales de la asociación American Psychological Association, que elabora el manual de estilo más utilizado en la redacción científica, en el campo de las ciencias sociales y de la conducta, teniendo como objetivo estandarizar los textos académicos. Proporciona una guía sobre las normas para citar en el texto y para la elaboración de las referencias bibliográficas. Consultable en *Normas APA – 7ma (séptima) edición (normas-apa.org)*, en español y en inglés en *APA Style*.

TESI DOCTORAL

conocimiento, o porque la referencia no se corresponde a una obra citada en la Bibliografía, por su relevancia para la investigación.

He utilizado ampliamente la técnica de la paráfrasis, como “explicación o interpretación amplificativa de un texto para ilustrarlo o hacerlo más claro o inteligible”¹⁸, que las normas APA contemplan como «parafrasear». El motivo, tal como se ha expuesto anteriormente en la metodología, se debe a que me he encontrado con citas y aportaciones doctrinales de diferentes ámbitos de conocimiento que se corresponden con diferentes disciplinas, de las que no soy conocedor y mi aproximación lo ha sido para facilitar la comprensión conceptual desde parámetros del Derecho administrativo.

Cuando he abordado estudios de Derecho administrativo en los que he reformulado la posición del autor, esta la he adaptado cuando he considerado que en parte podía ser coincidente con el objeto de la Tesis. Ello ha motivado que en una parte importante del argumentario que se contiene en este trabajo de investigación, haya utilizado la paráfrasis respecto al texto del autor original para hacerlo comprensible e identificable con el objeto de la Tesis. Por dicho motivo, cuando se ha dado este supuesto no he procedido a entrecomillar el texto, sino a identificar al autor cuyo postulado reformulo, y la página o páginas que he tenido como fuente de dicha reformulación.

Debo incidir en que, cuando expongo las opiniones de los diferentes autores, realizo un «estado del arte»¹⁹ o «estado de la cuestión», que desarrollo desde

¹⁸ Definición contenida en el Diccionario de la Lengua española de la RAE. Consulta efectuada el 02/06/2022: <https://dle.rae.es/paráfrasis>.

¹⁹ Según las normas APA, “el «estado del arte» proviene originalmente del campo de la investigación técnica, científica e industrial, y comporta identificar la situación de una determinada tecnología. Esta noción ha pasado a los estudios de investigación académica como “el estado o situación de un tema en la actualidad. Es una forma de aludir a lo que se

TESI DOCTORAL

mi propia aportación al sistematizar el conocimiento actual sobre un tema o temática.

Asimismo, cuando he utilizado un término en otro idioma, ya sea en el texto principal o en una nota al pie, lo he entrecomillado con comillas inglesas, excepto si es en latín, en que he utilizado siempre la cursiva. Pero cuando dicho término lo he utilizado dentro de una frase o párrafo entrecomillado con comillas inglesas (“ ”), he utilizado entonces la cursiva, utilizándose las comillas angulares (« ») para destacar un término concreto dentro de dicha frase o párrafo entrecomillado con comillas inglesas, así como para destacar una palabra o frase en español, en un párrafo sin comillas.

Respecto a las normas de presentación, he aplicado las establecidas en el Acuerdo de la Comisión de Doctorado de 25 de marzo de 2015, utilizándose el tpo de letra “Arial”, con una medida de cuerpo 12, y un interlineado de 1,5 espacios, excepto en las citas dentro del texto principal, cuyo interlineado es de 1 espacio. Respecto a las citas a pie de página, el cuerpo de letra es dos puntos inferior, de 10, y el interlineado de 1 espacio. Los márgenes superior e inferior son de 2,5 cms. y los laterales de 3 cms, justificados a derecha e izquierda. La numeración de las páginas se contiene en la parte inferior, con la misma tipología y medida del cuerpo del número.

sabe sobre un asunto, lo que se ha dicho hasta el momento que ha sido más relevante. La finalidad es hacer una recopilación de fuentes importantes, ideas, conceptos, opiniones que el investigador puede refutar o complementar. Este desarrollo investigador es común en los estudios de especialización o doctorales.” Consultable en: *¿Qué es el estado del arte?* (<https://www.normasapa.net>)



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

D. SESGOS DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN.

Para identificar los sesgos que podrían afectar el proceso de investigación he tenido en cuenta el Informe *The Behavioral Insights Team* (Hallsworth, M., Egan, M., Jill Rutter, J. i McCrae, J., 2018), así como el documento de Vázquez (*Limitaciones y sesgos en el procesamiento de la información: Más allá de la teoría del hombre como científico*, 1985). He identificado los sesgos de concepto, disponibilidad, confirmación, selección e información, y recojo en cada uno de ellos la intervención realizada para limitar y evitar sus efectos.

Sesgo de concepto. “Enmarcar es el proceso de seleccionar y destacar algunos aspectos o características de una situación a expensas de otras” (Informe The Behavioral Insights Team, 2018: 20). Para evitar el sesgo de concepto y enmarcar que la investigación se ajuste a los objetivos planteados en la misma, la inicio con unas Cuestiones preliminares a modo de introducción, para que se pueda conocer desde el inicio, el objeto de la investigación, su delimitación y método empleado, así como sus limitaciones y fundamentos.

Sesgo de disponibilidad. “Ante la tendencia a pensar que un problema es importante porque se piensa en ello fácilmente” (Informe The Behavioral Insights Team, 2018: 24), al no tener un profundo conocimiento de aspectos metodológicos y de la dogmática jurídica, por ser la primera vez que abordo un proceso de investigación que afecta a diversas ramas de conocimiento, soy consciente que ello comporta un riesgo y, con toda probabilidad, “la existencia de determinados sesgos en la evaluación de la probabilidad para transformar la

TESI DOCTORAL

información a la que se accede en el proceso de investigación” (Vázquez, 1985: 116). Los mismos se ven condicionados por mi formación en derecho administrativo y mi condición de operador jurídico, como responsable jurídico en una Administración pública, integrada en un Estado compuesto, el Estado de autonomías español, con un importante ámbito competencial de las diferentes administraciones territoriales que lo configuran, entre ellas, las entidades locales, e integrado en la Unión Europea. A partir de dichas características, he focalizado la investigación en aquellos ámbitos que permitan entender el análisis que se efectúa desde los parámetros del Derecho administrativo y su diálogo con el Derecho público y el Derecho de la Unión europea.

Sesgo de confirmación. Soy consciente de que “el proceso de investigación tiende a confirmar las expectativas que se crean por el investigador, al buscar, interpretar, juzgar y recordar información de una manera que respalde las opiniones e ideas personales” (Informe The Behavioral Insights Team, 2018: 29, 31). Para incidir sobre dicho sesgo, he realizado una lectura crítica de las diferentes opciones teóricas y doctrinales, así como he procedido en el proceso de la investigación, a realizar una reevaluación de las diferentes posiciones doctrinales. El enfoque analítico que he realizado, lo es esencialmente desde la perspectiva dogmática del Derecho administrativo y del Derecho constitucional, como patrones del proceso de investigación. He tenido en cuenta la influencia de la dogmática alemana, y de los estudios efectuados sobre el “nudge”, por parte de los autores norteamericanos Thaler y Sunstein que lo han teorizado y desarrollado, así como los que a partir de ellos ha realizado la doctrina española, francesa e italiana, que aparecen ampliamente referenciados en la

TESI DOCTORAL

bibliografía y correspondientes citas. No he estado condicionado para salvar dicho sesgo, por un impulso de reproducción de las fuentes de la literatura sobre el “nudge”, ya sean en inglés o en su traducción al español, ni por reproducir la casuística de todas sus manifestaciones, ni tampoco por realizar un estudio de derecho comparado, más allá de las influencias en el ordenamiento jurídico español, para identificar su nivel de permeabilidad.

El condicionante de entender la técnica que se estudia a partir de una comprensión de la evolución del Estado y de la Administración, así como de la propia doctrina científica, me ha condicionado el análisis en el proceso investigador, al referenciar el sustrato histórico con el que se puede conectar la técnica estudiada.

Sesgo de selección. La perspectiva de análisis desde el enfoque de la legislación indirecta o derecho indicativo o blando, cuya génesis se encuentra en los organismos e instituciones internacionales o europeas, la recepción desde los parámetros dogmáticos del Derecho administrativo, para evitar la deriva dogmática hacia la ciencia política u otras disciplinas.

Sesgo de información. Teniendo en cuenta la información documental a la que he tenido acceso, en relación a la doctrina administrativa española existente sobre la materia objeto de investigación, he intentado salvar dicho sesgo desde una perspectiva de análisis que se construye a partir de un razonamiento crítico orientado a la evaluación e identificación de los argumentos y fuentes de información. No me considero condicionado por la reproducción de lo ya teorizado, para no perder la originalidad que la investigación pueda aportar a un debate jurídico en construcción sobre una

TESI DOCTORAL

técnica de intervención en la actuación de la Administración pública, cuya implantación es incipiente y trae causa de unos fundamentos político-constitucionales diferenciados de cualquier forma o modalidad de actuación de las Administraciones públicas.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

PRIMERA PARTE.- CUESTIONES PRELIMINARES Y FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.

“Para advertir los retos no hay que mirar hacia atrás, sino hacia delante. En ciencia, al mirar hacia delante se le llama investigación.

Son precisamente los fenómenos nuevos, a los que no estamos acostumbrados, nos gusten o no —porque veamos en ellos una amenaza que pueda hacer saltar por los aires aquello con lo que estamos familiarizados—, los que reclaman el interés investigador. Todo lo que en cada momento exista en la realidad de las Administraciones públicas merece ser considerado, sistematizado y puesto en relación con los conocimientos precedentes por parte de la ciencia del Derecho administrativo” Schmidt-Assmann²⁰.

A. Objeto de la investigación, delimitando sus contornos.

El objetivo de las Cuestiones preliminares y fundamentos de la investigación²¹ es delimitar el alcance de la misma que se contiene en esta Tesis doctoral,

²⁰ Schmidt-Assmann (2006: 8).

²¹ Para estas Cuestiones preliminares he tenido como referencia doctrinal a Alejandro Nieto en las diferentes versiones de su obra *Derecho Administrativo sancionador* (consultada la edición de Tecnos, 2012), en la que dedica su Introducción a desarrollar diferentes apartados para especificar de lo que trata y no trata dicho libro. La otra referencia ha sido normativa, la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad alimentaria y nutrición, norma de referencia en el objeto de la Tesis, que dedica el primer Capítulo de su parte dispositiva, a un Capítulo que denomina «preliminar», en el que se recogen las disposiciones generales en las que se enuncia el propósito de la ley y los elementos esenciales del contenido y fin de la norma.

Por otro lado, la utilización del sustantivo “fundamentos”, que proviene del latín *fundamentum*, tiene como primera acepción en el diccionario de la Real academia Española de la Lengua, el significado de principio y cimiento en que estriba y sobre el que se apoya un edificio u otra cosa (consulta efectuada en fecha 20/01/2022, en <https://dle.rae.es/fundamento>). Este es el objetivo de la Primera Parte, ser el cimiento de la investigación.

TESI DOCTORAL

enmarcando doctrinalmente sus contornos y cimientos en cuanto a su objeto y objetivos.

En los contornos del objeto de la investigación y con el objetivo de situar los “nudges públicos” dentro de la actuación de la Administración pública y no respecto a su eficacia social o en las políticas públicas en que se implanten, explico de forma introductoria la construcción doctrinal, a partir de las tesis alemanas, de la teoría de las formas jurídicas y la relación jurídico-administrativa en la actuación de la Administración pública. El motivo se encuentra en que entre las preguntas que me he formulado en la investigación me planteo si en la aplicación de la técnica del “nudge”, nos encontramos o no ante una forma de la actividad administrativa, o ante una modalidad de las formas de acción administrativa. Por ello, he considerado necesario encuadrar históricamente el substrato del debate que se dio en la doctrina alemana relativo a las formas jurídicas y la relación jurídico-administrativa, en las diversas manifestaciones de la actividad de la Administración pública y del que se hizo eco parte de la doctrina española, pues estos son los cimientos, desde la dogmática jurídica, sobre los que se asienta la construcción que realizo en esta investigación.

Un resumen de estas Cuestiones preliminares se repartió a los miembros de la sección de Derecho administrativo, del Departamento de Derecho Administrativo, Derecho Procesal y Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Barcelona, de la que forman parte entre su profesorado, entre otros, los catedráticos Aguado, V. –director de la Tesis-; Esteve, J.; Font, T.; Galan, A.; Malaret, E.; Noguera, M.B.; Ponce, J.; y Tornos, J., y se presentó en modo híbrido, presencial y no presencial, en fecha 08/06/2021, como requisito previo para ser admitido el proyecto de investigación por la Comisión de doctorado. Se destacaron los elementos nucleares de la Tesis y su anclaje constitucional en los arts. 1.1, 9.2 y 10.1 de la CE, respecto al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona y el respeto a los derechos que le son inherentes, en un marco jurídico que garantice las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y la de los grupos en que se integra, como valores superiores del ordenamiento jurídico, sean reales y efectivas.

TESI DOCTORAL

Díez (2018: 121), considera que “la doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa constituye un catálogo de conceptos dogmáticos de carácter clasificatorio. Su fuerza ordenadora ha sido tan importante que no ha conseguido superarse en la actualidad. Permite simplificar, ordenar y asociar efectos jurídicos a realidades muy diversas”. Muñoz Machado (2015a: 18), nos recuerda que “alrededor de los conceptos de regulación y garantía puede ordenarse el núcleo fundamental de la acción administrativa, como pretendió también la vieja doctrina de las «formas de la actividad». No comprende la totalidad de la actividad de los poderes públicos, pero sí es capaz de explicar la mayor parte de la misma con conceptos claros y acomodados a la concepción actual de las relaciones del Estado con la sociedad”. Pero como manifiesta Díez (2018: 122), esta doctrina se encuentra limitada, pudiendo suponer incluso restricciones para encontrar acomodo en el Derecho, de nuevos fenómenos de la realidad, por ello nos referiremos a dicha teoría en las cuestiones preliminares, para analizar cómo la utilización de la técnica del “nudge”, no encuentra respuesta en la doctrina clásica de las «formas de la actividad» administrativa.

Asimismo, en estas Cuestiones preliminares, identifico los elementos nucleares de la investigación, que como si del Preámbulo, Exposición de Motivos o Título Preliminar de un texto normativo se tratara, justifican la misma, como son:

- a) el encuadre conceptual y la ordenación jurídica del “nudge”;
- b) la relevancia de la potestad discrecional como fundamento de la actuación de ordenación directiva de la Administración pública y su control jurisdiccional;



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

- c) la arquitectura de la elección de opciones, como técnica jurídica de intervención administrativa sobre la conducta del individuo, sin coacción, ni regulación o fomento, ni la adopción de un acto administrativo con efectos jurídicos directos, orientando la misma sin condicionarla y de la que libremente se pueda apartar o no elegirse como opción en la decisión individual;
- d) la relevancia del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona, como parámetros constitucionales en el objeto de la investigación que se realiza;
- e) la identificación con la actuación administrativa informal en las manifestaciones de la utilización de la técnica del “nudge”; y
- f) el encuadre de la investigación en la función constitucional de ilustración como tarea de la Administración, a partir del enfoque de la Perspectiva cognitiva.

En esta investigación analizo una técnica que como tal no se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, desde los elementos estructurales del mismo ni desde la ordenación política y social.

Elementos y ordenación característicos de cualquier institución regulada por el Derecho, que permitirían su integración como un todo orgánico que forma parte del sistema social, pero también como unidades fundamentales “que distribuyen y coordinan el ordenamiento jurídico”, al incidir en la regulación de las relaciones jurídicas, constituyendo herramientas “que tienen una especial fuerza explicativa de ciertos fenómenos ordenados mediante un cuerpo concreto de normas../.., como es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad, el principio de legalidad, la discrecionalidad de la Administración, la potestad

TESI DOCTORAL

administrativa e, incluso, del silencio administrativo” (Díez, 2018: 109-111). Teniendo en cuenta, como ha puesto de manifiesto Auby²², que “el Derecho no es «inicial», es una «consecuencia», se manifiesta dando cobertura a cosas, es «secuencial», se transforma a partir de su interconexión internacional, en la que emergen actores que no son Estados, no es el todo del funcionamiento jurídico. La globalización (nos dice dicho autor), significa interconexión, multiplicación de situaciones transnacionales y significa extraterritorialidad jurídica, pues las normas de un determinado sistema jurídico nacional pueden producir efectos fuera del control territorial de ese sistema jurídico nacional, en un contexto de relaciones intersistémicas respecto a cada régimen jurídico que se caracterizan como elementos destacables, por la permeabilización e interconexión entre sistemas jurídicos, por la competición entre los sistemas jurídicos ante la movilidad entre sistemas por diferentes actores internacionales, y por la armonización de los derechos en los diferentes ámbitos del Derecho, aceptándose conceptos comunes”. Elementos que se anudan al concepto de «relevancia», que Auby destaca de la obra “El ordenamiento jurídico” de Santi Romano, en la que se analiza el mismo y las relaciones entre sistemas jurídicos internacionales, nacionales y locales. En esta Tesis pongo de manifiesto dichas relaciones, en el supuesto que se

²² Jean-Bernard Auby, en sesión impartida el 19/10/2021, en Seminario sobre “Nuevos retos del derecho comparado y global”, organizado por el Vicedeganat de Recerca i Relacions Internacionals de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, analizó desde la globalización jurídica, los parámetros y dogmática jurídica que se recogen en esta Tesis. El diccionario panhispánico del español jurídico, de la Real Academia de la Lengua española, establece dos categorías conceptuales del término Derecho. Define en su segunda categoría el concepto de «Derecho», como “conjunto de principios, normas, costumbres y concepciones jurisprudenciales y de la comunidad jurídica, de los que derivan las reglas de ordenación de la sociedad y de los poderes públicos, así como los derechos de los individuos y sus relaciones con aquellos. En este sentido derecho es una noción equivalente a ordenamiento o norma general.”

TESI DOCTORAL

analiza en la Cuarta Parte, respecto a la utilización en el ordenamiento jurídico español del logotipo de información nutricional frontal correspondiente al modelo de «semáforo nutricional», Nutri-Score, regulado en el ordenamiento jurídico francés.

Complementando esa proyección del Derecho como ordenador de los elementos estructurales del ordenamiento jurídico, Morell Ocaña (2000: 1246-1247) nos recuerda la disociación entre norma jurídica y saberes técnicos y no jurídicos, a partir de que en ambos se encuentra “con la misma cotidianeidad una necesidad de discernir y valorar, a efectos de tomar la decisión más adecuada”, noción que se desprende de reglas de conducta no jurídicas. El Derecho positivo materializa la incorporación como propia de la solución técnicamente más adecuada, matizándola y limitándola.

Dicho autor, respecto a los saberes no jurídicos y su recepción por el Derecho, se refiere a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, en los que la norma jurídica hace suyo y proporciona un valor jurídico o nociones extralegales que al proporcionar “un contenido exacto a la noción, la convierte en jurídicamente determinada”. Conceptos jurídicos indeterminados que se analizan como técnica reductora de la discrecionalidad, en la que la indeterminación inicial genera una gama de opciones de decisión a favor de la Administración. Como destaca Morell Ocaña, “la certeza del saber no jurídico presta su exactitud al concepto jurídico que se ha remitido a aquél”, teniendo en cuenta que no existe una certeza objetiva y que las respuestas que proporciona pueden ser alternativas, facilitando una facultad de opción al sujeto.

TESI DOCTORAL

A partir de dichas premisas, no procedo a realizar una traducción de los supuestos en que se ha aplicado dicha técnica del “nudge”, o de la configuración doctrinal de la misma por sus autores. No existe una regulación legal de la misma en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos en el que se teoriza, ni en el del Reino Unido, que es el primero en crear una Unidad de Análisis del comportamiento adscrita inicialmente al Gabinete del Primer Ministro. El objeto de esta investigación es identificar dicha técnica, analizar los elementos que podrían configurar su régimen jurídico en nuestro ordenamiento, e integrarla en las formas o modalidades de actuación de las Administraciones Públicas, aunque la misma pueda ser utilizada por los diferentes poderes públicos y entes del sector público, a partir de la relevancia de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración, que la caracteriza como conductual.

1. Las formas jurídicas y la relación jurídico-administrativa, en la actuación de la Administración.

Schmidt-Assmann ha puesto de manifiesto que “la ciencia jurídico-administrativa tiene un reto analítico singularmente importante al enfrentarse a las diversas manifestaciones que presenta la actividad de la Administración Pública, en el Estado social y democrático de Derecho, destacando que la doctrina de las formas jurídicas ordena el Derecho Administrativo considerando diferentes tipos de actuación, mediante el procedimiento de seleccionar y encauzar la compleja realidad de la actividad administrativa en formas jurídicas (como el acto, el contrato, o la norma), mediante un proceso de conformación y

TESI DOCTORAL

atribución de consecuencias sistemáticas fijas, en que la orientación por los efectos jurídicos adecuados a la acción administrativa que se derivan no es determinante, sin tener en cuenta cómo se conforman, mediante su manifestación en la regulación unilateral en el acto administrativo, de forma cooperativa en el contrato o en el propio contenido de la norma” (1993: 10-13). Asimismo, Schmidt-Assmann mantiene una posición crítica desde la doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa, respecto al significado que sobre la misma pueda tener la relación jurídico-administrativa (1993: 26-28) y la actuación informal (1993: 29-31), si bien que dicha posición crítica ha sido reconsiderada posteriormente en la reformulación de dicha doctrina de las formas o modalidades de la actividad administrativa, cuando analiza nuevas formas, como la actividad administrativa de dirección o de mediación vinculadas a la responsabilidad de los poderes públicos y cómo afecta la actuación administrativa en terceros que no forman parte de la relación jurídica en que se materializa la actuación administrativa (2003: 179-188 y 337). En concreto, considera la acción informal de la Administración, como “aquella que no se encuentra sujeta a los presupuestos estructurales de la teoría de las formas de actuación jurídico-administrativa, pero que aparece como alternativa respecto al procedimiento jurificado y las relaciones de intercambio que se dan respecto a los que participan o se ven afectados por la acción administrativa” (2003: 332-338), tal como se verá en la actuación administrativa informal.

Ante dicha posición, Bauer (1993) ha explicado la evolución de dicho enfoque desde la perspectiva de las relaciones jurídicas y su concreción en la relación jurídico-administrativa, en las que participan varios sujetos de Derecho con un

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

carácter multipolar²³, desde la posición del ciudadano en el Derecho administrativo, proyectándose mediante relaciones prestacionales, a partir del establecimiento de derechos y obligaciones recíprocas, pudiendo materializarse tanto en el Derecho administrativo procedimental como en la actividad administrativa informal y material, concluyendo que “las formas jurídicas y las relaciones jurídicas no son elementos contrarios, sino complementarios del Derecho administrativo” (p.160).

Como ha destacado Malaret (2003: 568) siguiendo a Prosper Weil, “si el Derecho es siempre la búsqueda del equilibrio, ello todavía está más presente en una concepción del Derecho administrativo que se concibe como articulación de las garantías de los derechos particulares (que provocan la limitación y el control) y la necesaria eficacia del quehacer estatal (que suscitan la concesión de privilegios y garantías)”. Debe tenerse en cuenta que Prosper Weil (1966), consideraba que el Derecho administrativo no busca asegurar en la acción administrativa los medios que le permitan realizar sus fines de interés general, sino que también tiene como finalidad proteger al individuo de las actividades de un poder que puede afectar de una forma crítica los derechos y libertades individuales. Dicha finalidad del Derecho administrativo convierte a

²³ Utrilla (2020:112-113), considera que en ámbitos en los que las relaciones jurídicas multipolares entre Estado-ciudadano, en los que la Administración asume un rol de garante, o en supuestos caracterizados por una relación jurídica material en que la actividad administrativa formal no existe, o ha reducido su presencia, “en estos ámbitos la teoría de la relación jurídico-administrativa puede desempeñar un rol crucial, no solo en cuanto a la interpretación y aplicación de los correspondientes programas normativos y su ordenación dogmática, sino también por lo que respecta a su configuración positiva mediante leyes, disposiciones generales, planes y programas”. Bauer (1993: 147-148), ya había desarrollado “la insuficiente captación de las relaciones jurídicas multilaterales”, constatando la existencia de relaciones jurídicas en las que participan una pluralidad de sujetos de Derecho, en algunos sectores de la Administración prestacional, como en los Derechos de la economía y del Medio ambiente, que materializan unas complejas situaciones de intereses jurídico-materiales, difíciles de encajar en el marco conceptual de la doctrina de las formas de actuación.

TESI DOCTORAL

los individuos en ciudadanos y no en sujetos, y se complementa con otros objetivos del Derecho administrativo como lo es el control interno de la Administración, a partir de los principios de competencia o jerarquía, al que añadiríamos el de legalidad, que se proyecta constitucionalmente en el sometimiento pleno de la actuación de la Administración a la Ley y al Derecho, y el respeto a otros principios como el de eficacia, descentralización, desconcentración y coordinación, desde un enfoque de servicio con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 CE). En contraposición al derecho administrativo francés, Prosper Weil orienta la doctrina administrativa en el camino de la transparencia y la participación ciudadana. Más allá de encerrar la acción administrativa en una densa red de reglas de Derecho, postulaba que los interesados debían ser oídos en el estadio previo a la elaboración de las reglas de Derecho, imponiéndose la participación ciudadana como una obligación de la Administración, en un marco de limitación de la acción administrativa por la obligación de respetar determinadas reglas de Derecho, impuestas por el principio de legalidad, que permitirán el control del juez administrativo, asegurando al justiciable la protección a la que tiene derecho.

Principio de legalidad que se complementa con el de eficacia que requiere, como ha planteado Parejo Alfonso (2020: 11) en su sustrato constitucional anclado en los arts. 103, 105 y 106 CE, que “la actuación administrativa se oriente a la realización efectiva del interés general con sometimiento a los fines que la justifican, y a la Ley y al Derecho, de acuerdo con los principios de libertad e igualdad del art. 9.2 CE, en el que se establece como obligación que corresponde a los poderes públicos, la de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, para lo cual deben remover los obstáculos que impidan o

TESI DOCTORAL

dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Obligación que en relación con el principio previsto en el art. 10.1 CE, comporta que los poderes públicos, la Administración pública y los entes del sector público, en su actuación, deben respetar y garantizar la dignidad de la persona, así como los derechos inviolables que le son inherentes, y el libre desarrollo de la personalidad, pues han de proyectarse como fundamento del orden político y la paz social, desde un contenido normativo directivo de la actuación administrativa, dirigido a la solución de los problemas sociales”. Motivo por el cual, Parejo Alfonso (2020: 15) considera que “la cultura administrativa legalista está hoy en retirada..., (pues) las normas se entienden como programa de actuación que proporcionan el contexto de la formación de la decisión solucionadora del problema social, normalmente complejo, de que se trate (lo que comporta la revalorización de la organización y del procedimiento administrativo)”.

Complementando el anterior análisis, Velasco Caballero (2020: 131-137), considera que la actividad administrativa se puede estructurar en diferentes tipologías que ordenan o sistematizan el Derecho administrativo²⁴, a partir de

²⁴ Velasco Caballero parte de la existencia de diferentes Derechos Administrativos a partir de la idea de diversidad, considerando que ha perdido sentido hablar de la Administración Pública y del Derecho Administrativo como categorías universales, aunque estén presentes algunos rasgos comunes, existiendo tipos y modelos teóricos de Administración y de Derecho Administrativo caracterizados por su diversidad (2020: 27-29). Ante dicha tesis, se manifiesta de forma discrepante Jean-Bernard Auby (en sesión impartida el 27/10/2021, en Seminario de Derecho Administrativo comparado, organizado por la sección de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona), considerando que los elementos configuradores de los diferentes Derechos Administrativos son en general comunes, estableciendo la paradoja de la “Glocalización”, según la cual los contextos jurídicos, son a la vez más similares y diferentes, al mismo tiempo que desde un criterio de “Homotecia” (término utilizado en geometría, pero aplicable a la deformación de una figura que se hace más grande o pequeña según una referencia a un punto de igualdad), en base a una visión funcionalista

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

dos tipologías funcionales esenciales, la primera que distingue la Administración de intervención o de policía y la Administración prestadora, en la doctrina alemana, o la actividad de autoridad y la de servicio público, en la doctrina francesa; y la segunda, que distingue entre actividad de autoridad o poder y la de gestión, que se ha asimilado a la prestacional.

Asimismo, la evolución de los fines del Estado ha comportado que desde la doctrina alemana se recompongan las tipologías funcionales teniendo en cuenta formas de actividad que se proyectan en la Administración de prestación, ordenadora y directiva, o como ocurrió en la doctrina administrativista española, a mitad del siglo XX, en la Administración de policía, de fomento y de servicio público²⁵.

sobre los mecanismos del sistema, o estructuralista sobre la estructura del sistema jurídico, Auby también discrepa de Velasco Caballero pues considera que los problemas esenciales del Derecho Administrativo son comunes, siendo el Derecho Administrativo producto de la construcción del Estado moderno, de carácter burocrático, lo cual no evita que un mismo principio pueda tener diferente alcance en diferentes sistemas jurídicos. Ello ocurre con el principio de transparencia, o la forma en que un problema concreto sea tratado en las fuentes del Derecho, pueda tener también un alcance diferente en varios sistemas jurídicos, como ocurre con el conflicto de interés y su asociación o disociación con la corrupción. En todo caso, Auby considera que su enfoque metodológico lo es a partir de una comparación del Derecho Administrativo desde una perspectiva positivista, centrada en la legalidad, la jurisprudencia y la doctrina, o más abierta, a partir del contexto social, político, económico e histórico.

²⁵Jordana (1949), es el primero que en la doctrina española estableció una clasificación de las formas de actividad administrativa en policía, fomento y de servicio público, que en líneas generales se sigue manteniendo por una parte importante de la doctrina, la cual ha ido añadiendo otras modalidades que la completan, si bien que un enfoque mayoritario ha reformulado el propio concepto de clasificación de actividades, centrándose en identificar funciones o tareas que realiza la Administración, en un marco cada vez más complejo para identificar la actuación de la Administración en tipologías o modalidades concretas.

Garrido (1983: 150-153), nos da noticia de que dicha clasificación tripartita de Jordana tiene sus antecedentes en Presutti, E. (*Principii fondamentali di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1903: 47 y ss.), y Bonnard R. (*Précis de Droit administratif*, París, 1935: 12-15), si bien que se puede decir que no ha tenido en la doctrina administrativa de Francia e Italia, la influencia tan clara que ha tenido en España, manteniéndose hoy en día en la mayoría de Manuales de Derecho Administrativo.

García de Enterría y Fernández (2020 –Capítulo XIV, del Título IV, del Tomo I-), desde las primeras ediciones de su Curso de Derecho Administrativo, acogen como manifestaciones de

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

la actividad jurídica de la Administración, los Reglamentos, los actos administrativos, los contratos y la coacción, que se complementan con actos materiales y técnicos que no implican la modificación de situaciones jurídicas, ni producen efectos jurídicos específicos, al proyectarse sobre la gestión, en aplicación de lo que denominan *regulae artis* y no de postulados jurídicos, si bien que desde la aplicación del principio constitucional de eficacia previsto en el art. 103 CE.

Respecto a la definición de los conceptos de «servicio público, policía y fomento» Jordana (1949: 44-46), define el «servicio público» como “una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de una manera directa por órganos de la propia Administración creados al efecto y con exclusión o concurrencia de los particulares”; la «policía», cuyo concepto por Santi Romano hace suyo, la define como “la actividad administrativa que, por medio de limitaciones eventualmente coactivas de la actividad privada, se dirige a prevenir los daños sociales que de esta puedan derivarse”, destacando de Adolf Merkl, que la «policía» es una función no un órgano de la Administración, cuyo fin es el orden público y que se caracteriza por el empleo de la coacción como medio, y como ultima ratio, para prevenir los riesgos, y restablecer el orden coactivamente en caso de ser perturbado; el «fomento» cuya acción por parte de la Administración la considera como “una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate”, lo define como “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”. Diferencia el «fomento» de la «policía», en que “mientras ésta previene y reprime, el fomento protege y promueve, sin hacer uso de la coacción”. Y diferencia el «fomento» del «servicio público», en que la Administración con esa modalidad, realiza directamente y con sus propios medios el fin perseguido, mientras que en el fomento se limita a estimular a los particulares para que sean ellos los que, por su propia voluntad, desarrollando una actividad determinada, cumplan indirectamente el fin que la Administración persigue”. Jordana (1949: 50), considera imposible establecer un catálogo de las formas que puede revestir la administración de fomento, por su flexibilidad en la adaptación a las circunstancias, destacando su finalidad de “convencer para que se haga u omita algo”, y por mucho que la técnica jurídico-administrativa establezca una lista de medios que se puedan emplear con ese fin, la elección considera que es “propia política”, que hoy entendemos, como discrecional. Jordana (1949: 51-53) intenta una clasificación de dichos medios o formas, según el carácter positivo o negativo de sus efectos, estableciendo como positivos, los que otorgan prestaciones, bienes o ventajas, y como negativos los que comportan obstáculos o cargas creadas para dificultar por medios indirectos aquellas actividades o establecimientos contrarios a los que el gobernante quiere fomentar, o según sus características, como honoríficos (distinciones y recompensas como público reconocimiento y proclamación de un acto o conducta ejemplar, como condecoraciones, tratamientos, títulos, preeminencias, emblemas, símbolos, trofeos, diplomas.), económicos (la percepción de una cantidad o la dispensa de un pago, como las subvenciones, primas, premios en metálico, anticipos y préstamos, garantías de interés, exenciones y privilegios de carácter fiscal.) o jurídicos (otorgamiento de una condición privilegiada que de modo indirecto representa ventajas económicas o seguridad). Clasificación, fin y características, en las que

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

hoy en día, se argumenta en esta Tesis que no tendría encaje la técnica del “nudge público”, ni la Arquitectura de la elección, como una actividad de fomento sofisticada y científicamente informada (Ponce, Montolio, Rozas, 2021: 12-13), puesto que la actuación de la Administración mediante técnicas de incitación para conseguir un fin público, de carácter individual o colectivo, se centra en el proceso de elección, como una opción más, la pública, pero a partir del conocimiento experimental y la evidencia científica que permiten orientar el comportamiento, teniendo en cuenta cómo funcionan la cognición humana y los fallos de la racionalidad caracterizados en los sesgos y heurísticas, es decir, en una actuación de la Administración de carácter conductual, condicionada por la Perspectiva cognitiva que impida la manipulación de la voluntad de los individuos. Como ha indicado Martín Mateo (2012: 375-376), la “heterogeneidad y diversidad de actividades encomendadas al poder público impide agotar en cualquier clasificación al uso todas las manifestaciones” posibles de la acción administrativa. Teniendo en cuenta la realidad de la actuación de las Administraciones públicas en la que nos encontramos en el siglo XXI, caracterizada, como ha manifestado Esteve (2016: 352-353), por el hecho de que “es la propia dinámica y versatilidad de las fórmulas e instrumentos de la actividad administrativa, que no pueden adscribirse ya con carácter exclusivo a una supracategoría conceptual de la actuación de las Administraciones públicas. Se ha roto la conexión entre categorías conceptuales y fórmulas o técnicas jurídicas que a ellas se adscribían”, puesto que “la actividad administrativa, su radio de acción y sus modalidades, siempre y necesariamente se delimitan por su correlación con la actividad de los particulares, de los agentes privados”, teniendo en cuenta que “la correlación entre estas dos realidades, el radio de la Administración, y el radio de acción de los particulares, han variado considerablemente en función del entorno social, político, económico, tecnológico en que se plantean”.

Respecto al concepto y evolución de «servicio público» en Francia y su recepción por la doctrina española, Quezada (2021:146-147), explica siguiendo a Chevallier y otros, la evolución y noción del “service public” francés, como “una noción «saturada de significaciones múltiples», que se superponen, se entrecruzan, reenvían unas a las otras, y entre las cuales existe un deslizamiento constante. Se trata, según el mismo autor, en primer lugar, de una verdadera entidad social que engloba diversas actividades y estructuras bajo la dependencia de colectividades públicas, constitutivas de la «esfera pública», que presentan un conjunto de especificidades que impiden toda asimilación a las empresas privadas. Luego, explica que también es una noción jurídica que implica la aplicación de reglas jurídicas específicas y derogatorias del derecho común, las cuales condensan y resumen aquello que constituye el particularismo del derecho administrativo francés. Finalmente, señala, es también un operador ideológico, que esculpe el mito de un Estado generoso, finalizado hacia el bienestar de todos. Sería un «principio axiológico» que se enmarca y guía la gestión pública, una finalidad a la cual se deben referir los gobernantes y funcionarios, y de la cual depende la legitimidad de sus actuaciones. ../.. El sustantivo adjetivado «service public» tiene en Francia una larga historia y se vincula a nociones vecinas como «utilité publique e intérêt général». En efecto, su origen se remonta al latín, de las palabras *servitium*, que designaba la condición de esclavo; y *publicus*, que refería a aquello que concierne al pueblo, a la colectividad en su conjunto. ../.. También adquiere connotaciones ideológicas bajo el Antiguo Régimen, pues «da la impresión que aquellos que gobiernan, que aquellos que administran, incluso aquellos que detentan un monopolio de explotación, son los servidores de la colectividad, y no unos ‘déspotas’ que

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

En todo caso, Velasco Caballero considera que “las tipologías no pueden dissociarse de las diferentes tareas con las que el marco constitucional configura la actuación de la Administración, y que se proyectan, entre otras, en la actividad de regulación, arbitral, industrial, de gestión patrimonial, o de gestión de la información y de bancos de datos públicos, y en la configuración de la Administración garante”. Dicho autormantiene que en esta nueva tarea de la Administración, orientada por nuestra integración en la Unión Europea “se traslada al ámbito privado la realización de tareas que eran de titularidad pública estableciéndose las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que el servicio universal es la más típica y característica en la nueva función del Estado, y la aparición de los denominados servicios económicos de interés general (definidos en la Comunicación de la Comisión de la Comunidad Europea, núm. 96/C, 281/03, sobre los Servicios de interés general en Europa), ante una cierta retirada de la Administración prestacional, como resultado de la

abusan de sus poderes por satisfacer sus propios deseos o intereses». Posteriormente, en los tiempos revolucionarios pareciera haberse mantenido, más o menos, en los mismos términos, pero, esta vez, como predicado de autoridades dotadas de una nueva legitimación. Incluso será positivada en el texto constitucional de 1791, en su art. 12. ../.. La Comuna de París de 1871 será un hito decisivo, pues ahí nace un nuevo discurso. ../.. A juicio de Koubi, los «preceptos e ideas concebidos, compuestos, afirmados, desarrollados y a veces aplicados durante los meses de marzo, abril y mayo de 1871 marcaron subrepticamente, pero profundamente, la concepción del servicio público en Francia: en cierto modo, podrían considerarse como la raíz de la concepción laica y republicana del servicio público, que aún persiste hoy en día». Sería el momento en el cual, de la aspiración a la construcción de una República social, se sigue la relación necesaria entre el servicio público y la satisfacción de las necesidades de los sectores desfavorecidos bajo el supuesto de la igualdad. Por ello, por ejemplo, la educación pública, gratuita e integral deviene en un servicio público de primer orden.”

En relación a la recepción de la doctrina francesa del servicio público, Quezada nos indica, siguiendo a Villar Palasí, que “es con Adolfo de Posada —a quien luego seguirían Royo (1927), Gascón (1928), Jordana (1924), García Oviedo (1927) y, definitivamente, Fernández de Velasco (1930)— con quien tiene traducción la doctrina francesa del servicio público, que luego la jurisprudencia recogerá aceptando en sus considerandos las definiciones teóricas”.

TESI DOCTORAL

mayor relevancia de una proyección de control, mediante actividades de regulación, inspección o sanción, y una proyección de información”. Respecto a la tesis de la prevalencia de la Administración garante y la retirada de la Administración prestacional, la posición que mantengo en esta Tesis, pasa por la revaloración del Estado social, revitalizándose el mismo. Así ha quedado de manifiesto ante la pandemia ocasionada por la COVID-19, en la que el Estado social, con un fuerte anclaje constitucional y en la Carta europea de Derechos Fundamentales, no se puede dar por finiquitado, como se podría derivar de las tesis de la prevalencia del Estado y la Administración garante. El Estado social, reconocido en la CE, no solo garantiza servicios, también los presta y tiene la obligación constitucional de crear las infraestructuras sociales necesarias para llevar a cabo las prestaciones que debe asumir.

Respecto a la proyección del concepto de regulación en la actuación de la Administración pública, Tornos (2000: 1341-1342), analiza la proyección del derecho imperativo y del derecho indicativo en la actividad de regulación, considerando que el concepto de regulación nos remite “a un tipo de actuación administrativa caracterizado por su fin, la búsqueda del equilibrio, y por la importancia del caso concreto frente a la aplicación abstracta de la norma general”. Actividad reguladora que puede llevarse a cabo a través de “técnicas administrativas de diverso signo, como el reglamento, la autorización, la sanción o los actos ejecutorios, de carácter imperativo, pero también y de forma principal, mediante otros que no tengan dicho carácter”, y que identificamos en esta Tesis como proyección del derecho indicativo que se puede manifestar en instrumentos jurídicos como el informe, la propuesta, la mediación, el arbitraje, o el convenio. Dicho autor identifica la regulación como



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

un conjunto de poderes de actuación cuya unidad se encuentra en el fin que se persigue con su ejercicio, la búsqueda del equilibrio o la ordenación no exclusivamente imperativa, pues también considera dicho autor que para regular, también se puede “incitar, mediar o arbitrar”.

Velasco Caballero (2020: 136) considera que nos encontramos ante una diversidad de la realidad jurídica que dificulta establecer tipologías o modalidades funcionales estancas, pues “impide identificar cualquier forma de actuación de la Administración en alguna de las tipologías que la doctrina ha ido estableciendo a lo largo de los años”.

Considero que nos hallamos ante configuraciones jurídicas líquidas, es decir adaptables en un entorno social en que tiene relevancia que la actuación de los poderes públicos, entes del sector público, y en concreto, de la Administración, se orienten a la promoción de la autonomía y la libertad, promoviendo la conciencia, el entendimiento y la responsabilidad del individuo²⁶.

En dicho sentido Parejo Alfonso (1991a: 22-27), siguiendo a Heiko Faber, nos referencia la formulación de la concepción de un nuevo Derecho Administrativo, a partir de la concepción de la Administración como «infraestructura» del conjunto de la vida social, en el que “el marco de la acción administrativa ya no está formado por la ordenación y la coacción, ni por las prestaciones o la suma de éstas, sino más bien por el perfil del conjunto de dichas prestaciones como sistema integrado y la utilidad social del mismo”. Asimismo, se hace eco de la doctrina alemana de las formas jurídicas y la relevancia en su evolución, respecto a la utilización de las formas de actuación que se identifican

²⁶ Bauman (2012: 223), siguiendo a Ulrich Beck, destaca la relevancia del concepto de democracia desde la sociología, en que la toma de decisiones por el individuo sea abierta sobre si desea una vida con las condiciones que se ofrecen desde los poderes públicos,

TESI DOCTORAL

conceptualmente como «blandas», porque “su incidencia sobre el ciudadano es indirecta y que se materializan en diferentes manifestaciones jurídicas, como las informaciones, las recomendaciones, la publicidad, la incentivación, el concierto o el acuerdo, en un contexto social cada vez más complejo y en constante evolución, destacando el papel de los destinatarios de la acción administrativa y de los ciudadanos en general, para el éxito de la misma, a partir de su intervención y su participación en los procesos administrativos de toma de decisiones”. Por ello, la utilización de formas «blandas», en la actuación de la Administración, tiene relevancia para el Derecho cuando incide sobre la esfera jurídica de los particulares o reconfigura el diseño funcional de las autoridades y agentes públicos, como ocurre cuando se utiliza la técnica del “nudge público” con el objetivo de incitar conductas en los individuos o en la colectividad, para la consecución de una finalidad pública concreta. Técnica que se caracteriza por un análisis experimental previo y la evidencia científica sobre el comportamiento individual y colectivo, para identificar herramientas que lo orienten, incitando la decisión con el objetivo de la consecución de una finalidad pública.

Dicha relevancia para el Derecho, se ha destacado por García-Andrade (2021: 160-161), cuando nos encontramos ante una práctica administrativa, por la que mediante actuaciones directas de la Administración se pretende “orientar o influir en la conducta de los ciudadanos, a través de recomendaciones, admoniciones, cartas y otros instrumentos que carecen de naturaleza jurídica formal”, pero que establecen relaciones jurídicas en las que los vínculos entre la Administración y los ciudadanos con la materialización de dicha actuación, y

eliminando los riesgos o interpretándolos para hacerlos desaparecer, para lo cual tiene una gran relevancia la mediación del conocimiento.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

que se identifican como “soft law”²⁷, derecho indicativo o legislación indirecta, por corresponder a actuaciones no vinculantes, que no crean obligaciones o

²⁷Mazuelos (2004: 6 y 39), considera que la utilización del concepto de “soft law” desde su acepción en el Derecho internacional público, en el que surge, se corresponde con fenómenos controvertidos oponibles jurídicamente, pero que *per se* no originan obligaciones jurídicas inmediatas al no tener carácter vinculante. Dicha autora fundamenta su posición en M. Virally (1981) en “A propos de la Lex ferenda”, respecto a la consideración de legislación indirecta, y en J. Sztucki (1990), en relación al concepto jurídico y eficacia del “soft law”. Respecto a su génesis en el Derecho internacional público, dicho término fue acuñado por Lord Arnold Duncan McNair (profesor de la Universidad de Cambridge y juez -1946 a 1952- y presidente -1952 a 1955- de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, y posteriormente, primer presidente -1959 a 1965- del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), que lo utilizó para asociarlo a principios operativos abstractos que eran consecuencia de la interpretación judicial de las normas, abstracción cuya aplicación directa para solucionar una situación dada era bastante difícil.

El diccionario panhispánico del español jurídico, define el “soft law” en relación al Derecho internacional público, como “los actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contiene las pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa”, consultable en *Definición de soft law - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE*.

Sarmiento (2008: 28 y 178), nos pone de manifiesto que para referirse a “soft law”, se utilizan principalmente, los conceptos de derecho dúctil, derecho blando, derecho suave o derecho débil. La expresión “soft law” se identifica en relación a decisiones no vinculantes de la Administración pública, pero que gozan de una amplia aceptación en sus destinatarios. Para dicho autor, el “soft law” tiene como límites, el de que la interpretación de la actuación que comprenda no puede desembocar en una conclusión *contra legem*, y el de que el principio de legalidad prohíbe “que el *soft law* constituya gravámenes para los particulares, o sirva como instrumento para agavar la situación jurídica de éstos”.

En el Derecho de la Unión europea se ha identificado el “soft law”, como **derecho indicativo, que se caracteriza por no ser jurídicamente vinculante**, en contraposición al **derecho imperativo, que se proyecta cuando la actuación de la Administración resulta jurídicamente vinculante**. En dicho sentido, podemos encontrar en las Conclusiones del Abogado general, Michal Bobek, presentadas el 12 de diciembre de 2017 en el asunto C-16/16 P, Reino de Bélgica contra Comisión Europea, la definición de Derecho indicativo, coincidente con la que se correspondería con “soft law”, cuando se manifiesta que “Existe un amplio abanico de instrumentos en el Derecho de la Unión (aunque no solo en éste), con múltiples denominaciones y formas (directrices, comunicaciones, códigos de conducta, notificaciones, recomendaciones, dictámenes, acuerdos interinstitucionales, conclusiones, declaraciones, resoluciones, etc.), que, en general, reciben el apelativo de «Derecho indicativo». Pueden adoptarse en cualquier ámbito, en todas las posibles fases del proceso de toma de decisiones, bien en las fases anteriores de consulta a los interesados, bien en las fases posteriores de aplicación de los actos legislativos. De este modo, esos instrumentos pueden ser tanto prelegislativos como postlegislativos... Quizá existen dos elementos sobre los que existe un consenso general entre los diversos enfoques, muy distintos, con respecto a dichos

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

cargas en los destinatarios de las mismas, como “en principio tampoco crea *per se* derechos, ni posiciones activas en ellos que estos puedan exigir de la Administración o de terceros, ya que tampoco estos quedan vinculados por el *soft law*”. Este criterio lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en sentencia 42/2014, de 25 de marzo²⁸, al establecer que “lo jurídico no se agota en lo vinculante”, en los supuestos en que la Declaración, o cualquier otra forma de actuación “blanda” que puedan efectuar los poderes públicos, no permite entender limitados sus efectos al terreno estrictamente político en el caso del

instrumentos de Derecho indicativo. En primer lugar, el Derecho indicativo no encaja fácilmente en la distinción binaria (blanco o negro), de los efectos jurídicos obligatorios y no obligatorios. En segundo lugar, ha cobrado auge en las dos últimas décadas, siendo progresivamente más frecuente.../.. En el ámbito de la Unión merece la pena destacar tres tipos de efectos jurídicos de las recomendaciones (uno de los actos jurídicos de la Unión Europa que no son vinculantes): i) generar confianza y expectativas legítimas; ii) desempeñar una función interpretativa, y iii) poder dar lugar a un conjunto de normas paralelo que preceda al proceso legislativo y que, por consiguiente, incida en el equilibrio institucional” (Apartados 81, 82 y 89). En derecho comparado, el Consejo de Estado francés ha establecido las características del “soft law”, que traduce como “droit souple” (derecho suave o derecho indicativo), en su Estudio anual para 2013, de 2 de octubre de 2013, en el que establece que se deben reunir tres condiciones cumulativas: su finalidad debe ser la de modificar u orientar el comportamiento de sus destinatarios fomentando, en la medida de lo posible, su apoyo; no crean por sí mismos derechos u obligaciones para sus destinatarios; presentan, por su contenido y su modo de elaboración, un grado de formalización y estructuración que se asemeja a las normas de derecho.

Alarcón (2010: 276), nos recuerda que la figura ahora conocida como “soft law”, ya era conocida en el derecho romano bajo la calificación de *Lex imperfecta*. Iglesias (1979: 48-49), en relación a la eficacia de la *lex* que define como “declaración normativa que descansa en un acuerdo”, nos explica que puede ser *publica* o *rogata* y *privata*. Respecto a la “*lex publica* o *rogata*”, se caracterizaba porque la proponía el magistrado como *rogatio*, en asamblea comicial en la que estaba representado el pueblo, que la aceptaba”. Siguiendo a Ulpiano, Iglesias nos explica que “se clasifican las *Leges* en *perfectae*, *minus quam perfectae*, e *imperfectae*”, identificando los efectos de las *leges imperfectae*, en aquellas actuaciones normativas “que nada proveen en orden a la infracción”; identificando los efectos de las *leges perfectae*, en aquellas actuaciones normativas “que declaran nulos los actos contrarios a sus disposiciones”; e identificando los efectos de las *leges minus quam perfectae*, en aquellas actuaciones normativas “que imponen penas a sus transgresores”.

²⁸ Sentencia dictada sobre la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña.

TESI DOCTORAL

Gobierno o del Parlamento, cuando se reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas, entonces esa actuación sí es susceptible de control (FJ 2).

Nos encontramos así, con un intento de sistematización de tipologías funcionales de la actividad administrativa, en una integración de sus formas jurídicas que se materializan desde las clásicas acto, contrato o norma, en la relación jurídico-administrativa, a partir del establecimiento de derechos y obligaciones recíprocas, en un concepto abstracto pero más amplio de actuación de la Administración, en un marco ordenador comprensivo de todas las formas posibles de la misma, respecto de las tareas con proyección constitucional que le son asignadas por el legislador, participando en la creación del Derecho. Las mismas se manifiestan en diferentes tipologías o modalidades de actividad administrativa, cuya sistematización no es pacífica, ni cerrada y viene condicionada por el contexto social en que actúa la Administración según los fines del Estado que el legislador identifica en cada momento histórico. Momento histórico que en la actualidad no puede desconocer lo que Masucci (2011: 34-35) pone de manifiesto, evidenciando un proceso de transformación de la acción administrativa. Dicho autor considera que “conjugando informática y sistemas de telecomunicaciones, se ha puesto en marcha un proceso de transformación de la acción administrativa que hace posible el gran diseño de la Administración en red, del «e.Government». La realización de este diseño permite superar los vínculos con el espacio y el tiempo a los que está sometida la actuación administrativa en sus formas tradicionales. Esto es así porque la actuación administrativa en red borra las distancias físicas entre las distintas Administraciones y entre éstas y el

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

ciudadano, y al mismo tiempo hace posible que estas relaciones transcurran en tiempo real. Se realiza una Administración «any place», «any time».”²⁹

Ello nos permite considerar como vigente en la actualidad, lo que ya apuntó Nieto (1975: 15) en su día, que “el Derecho administrativo real no es, por descontado, el de los Boletines Oficiales, pero tampoco el de los repertorios

²⁹ Dicho autor, en un estudio sobre la formación y evolución del Derecho Administrativo en Francia y Alemania, nos explica que “en los años ochenta y noventa del siglo XX, el mundo experimenta una gran explosión tecnológica. Ello no podía dejar de reflejarse también en la realidad administrativa. En Francia, Alemania y Austria se inició un gran proceso de transformación de las formas de desempeño de la actividad administrativa. Las conquistas de la tecnología informática y de la ciencia artificial han sido utilizadas como apoyo de la transformación de la acción administrativa (Maurer, 2011: 459-466). Aparece una nueva figura de acto administrativo que da lugar a una problemática del acto profundamente distinta de la tradicional, la cual refleja la peculiaridad de la se denominó «maquinización» del procedimiento decisional. De una teoría del acto que gira sobre la «decisión» del funcionario se pasa a una teoría del acto que se concentra sobre el acto-software (el acto-programa) que «gobierna» el procedimiento decisional del ordenador. Pero, además, junto al fenómeno de la automatización de la actividad administrativa, rápidamente se consolida en estos países la experiencia de la «digitalización» de la acción administrativa, conocida como «e.administration»”.

Este proceso se ha materializado en España en diferentes normas. Así en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, desde su primer redactado, se regula en su art. 98, la utilización de tecnologías informáticas y telemáticas, previendo que la Administración tributaria promoverá la utilización de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que la Constitución y las leyes establezcan. Posteriormente, en el año 2015, la LRJSP, en su art. 41, regula la actuación administrativa automatizada, vinculada a la tramitación de un procedimiento administrativo, estableciendo que la actuación administrativa automatizada, se caracteriza por la existencia de cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público. En el art.42 del mismo texto legislativo se regulan los sistemas de firma para la actuación administrativa automatizada, y en el art. 46, el archivo electrónico de documentos. Requiriéndose su regulación en una norma, con la correspondiente salvaguardia de derechos y libertades, por los arts.18 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y 22 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, reconoce a las personas físicas el derecho a no verse afectadas por una decisión automatizada, salvo que —dejando a un lado los supuestos de ejecución contractual o consentimiento explícito, ciertamente infrecuentes en el ámbito administrativo—, dicha

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

jurisprudenciales. A mi entender, lo fundamental aquí es la Administración en marcha o, si se quiere, la actividad jurídica de la Administración. Cuando la Administración actúa puede chocar con los derechos e intereses de los ciudadanos”. Comprendiendo, asimismo, la actividad informal, en la que se encuadraría la técnica del “nudge”, como la de otras actuaciones, incluso omisiones de la Administración, hasta la actuación material³⁰ cuando actúa sin

posibilidad se encuentre prevista por una norma y se establezcan medidas adecuadas de salvaguardia de los derechos y libertades.

³⁰ Se utiliza el concepto de “actuación material”, desde su desarrollo jurisprudencial (SSTS de 22/09/2003 –RC 8039/1999-, y 29/10/2010 –RC 1052/2008-), que se expresa en la vía de hecho, como “construcción del Derecho Administrativo francés que desde lejos viene distinguiendo dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece –«manque de droit»- o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad –«manque de procédure»-” (FD Tercero, STS 29/10/2010 –RC 1052/2008-). Actuación material de las Administraciones públicas, que se produciría cuando no se ha adoptado previamente una decisión declarativa que sirva de fundamento jurídico o se dé un exceso o desproporción del ámbito al que le da cobertura, desbordando los límites que impone el acto o disposición de carácter general, previos (FD Cuarto, STS 29/10/2010 –RC 1052/2008-). Si bien que el Tribunal Constitucional también se ha referido al concepto de “actuación material”, cuando nos encontramos ante “la inexistencia de una actuación jurídicamente formalizada” (STC 138/2015, de 11/06/2015, FJ 2). Para evitar una confusión conceptual, en el presente trabajo de investigación, se diferencia la actividad material de la informal, según la Administración actúe o no con la cobertura jurídica correspondiente.

En consecuencia, no se parte del concepto de “actuación material” cuya acepción más amplia sería aquella que se realiza sin que exista una “actuación jurídicamente formalizada”, a la cual se asocia la actuación informal, como concepto jurídico construido en la doctrina alemana (Maurer, 2011: 413-421), según el cual, la actividad material de hecho o simple actividad de la Administración, “son todas aquellas medidas administrativas que no se dirigen a lograr un resultado jurídico, sino un resultado fáctico”, no teniendo el carácter normativo típico del acto administrativo, al no limitarse a “casos concretos, ni siendo necesariamente unilateral”. Dicho autor distingue dos categorías, las “declaraciones de conocimiento” (que las diferencia con un valor heurístico, de las declaraciones de voluntad, las cuales se dirigen a la obtención de un resultado jurídico), como lo serían las notificaciones, advertencias, informes o comunicados de la Administración; y las “tareas de hecho”, como la limpieza de una calle, la utilización de un vehículo oficial, una vacunación preventiva, la construcción de un edificio administrativo, el mantenimiento de una escuela, o el pago de una cantidad de dinero.

“Tareas de hecho”, que García de Enterría y Fernández (2020 –Capítulo XIV, del Título IV, del Tomo I-), identifican como “actividad material o técnica” de la Administración en la que la persona jurídica Administración no es propiamente la autora de dicha actividad, sino que lo es el agente físico que forma parte de la estructura organizativa de dicha Administración, sin

TESI DOCTORAL

la cobertura jurídica del correspondiente título habilitante, o desbordando los límites del acto previo de cobertura o del procedimiento establecido, o sin la atribución de la competencia.

Sobre la actuación en general de la Administración, el legislador español, en una redacción con una cierta confusión dogmática que incluye tanto las formas jurídicas de la misma, como la referencia a modalidades o tipologías de la actividad administrativa, ha establecido que pueda existir un control judicial, unificando conceptualmente formas jurídicas y modalidades o tipologías de actuación de la Administración, en base a la expresión de una voluntad, cuando en la Exposición de motivos de la LJCA manifiesta que “no toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos

corresponderse con sus órganos, que son los que expresan la voluntad de la Administración, que es la que a través de dichos órganos, organiza, ordena, dirige y recepciona dicha actividad, respondiendo por ella, como persona jurídica. Maurer, dentro de la actividad material incluye la actividad informal, que a partir de la inexistencia de *numerus clausus*, en cuanto a las formas de actividad de la Administración, considera que se trata de acuerdos y demás contactos entre la Administración y los ciudadanos, antes de la adopción de una decisión o en lugar de adoptar la misma.

Tesis que en España se ha seguido por Agudo (2013) que integra los conceptos de actuación material e informal, en la concertación, y acoge la definición de Ossenbühl como “toda actividad administrativa que no se pueda incluir en ninguna de las formas de actividad habituales y jurídicamente formalizadas de la Administración”, lo cual incluye no solo “acuerdos y demás formas de interacción entre Estado y ciudadanos, sino también la actividad oficial unilateral: advertencias oficiales, recomendaciones, informaciones, etc., además de otras medidas más incisivas, como las formaciones de reglas y normas administrativas al margen del procedimiento constitucionalmente establecido para la creación del Derecho”.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones. Por eso la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas” (Exposición de motivos, Apartado II).

Control que en un plano sustantivo y formal, Parejo Alfonso (1991a: 52-53), siguiendo a Hermann Hill, considera en un reenfoque del mismo, que “en el plano material estaría presidido por la interdicción de la arbitrariedad, la prohibición del abuso o desviación de poder³¹ y la exigencia de conformidad al

³¹ En relación a la desviación de poder y su control judicial mediante el recurso por exceso de poder, se pronunció en su día el Consejo de Estado francés, en “Arrêt de 26 de noviembre de 1875, Pariset” (se instalaba el monopolio de la fabricación de cerillas, en aplicación de una Ley de 2 de agosto de 1872, en beneficio de la implantación de un servicio financiero del Estado, y se cerraban las fábricas existentes en virtud de los poderes de policía que le conferían las leyes y los reglamentos en materia de establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres, pero sin que la justificación de dicho cierre fuera a asegurar la protección de los intereses que estas leyes y reglamentos se proponían garantizar, procediendo a expropiarse la actividad industrial indemnizando a sus propietarios, excepto a los que no tuvieran todos los permisos y autorizaciones), comentado en Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés, como sentencia que sentó las bases en el siglo XIX del control judicial de la desviación de poder. Se establecen los fundamentos jurídicos que han permanecido hasta nuestros días, considerándose que “la desviación de poder –que se asocia a menudo con la teoría civilista del abuso del derecho y se caracteriza por el ejercicio de una facultad con *una finalidad distinta a aquella por la que fue otorgada* por la Ley –es una figura admitida por la jurisprudencia en relación con *tres grandes categorías de casos*–: Cuando el acto administrativo es ajeno a todo interés público; cuando el acto administrativo se realiza para favorecer el *interés público*, pero con un *objetivo distinto* a aquél por el que le fueron reconocidas a su autor las facultades necesarias para realizar dicho acto; y cuando se adoptan medidas destinadas a revocar una decisión judicial, en las que la ilegalidad reside tanto en el menosprecio de la autoridad de cosa juzgada, como en la utilización de los poderes para una finalidad que no es la suya. La Administración puede tener la intención legítima de resolver un litigio que la enfrenta a un particular, o incluso unos litigios entre particulares, pero ello no significa que esté legitimada para utilizar con esta finalidad las facultades que no le fueron otorgadas con este objeto. No obstante, la presunción de que existe un interés general y, más concretamente, una voluntad

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

«sistema» de la acció administrativa concreta”. Control que se proyecta asimismo, en el ámbito de las obligaciones o deberes, en el que se centraría en la “adecuada conexión de la acción administrativa con los fines legales” y, desde un plano formal, en la garantía de una actuación de acuerdo con el principio constitucional de objetividad³², cuyo canon de control comportaría analizar la inexistencia o no de colisión de intereses y la aplicación del principio de neutralidad en la definición del interés público. En dicho sentido, el Tribunal Supremo, ha considerado que “la característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a la imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no criterios subjetivos”³³.

de alcanzar un objetivo que se ajusta a aquél por el que le fueron otorgados unos poderes a la Administración, representan argumentos en favor de esta última” (Grands Arrêts 2017: 61-66).

³²Respecto al principio de objetividad previsto en el art. 103.1 CE, cuando establece que “la Administración sirve con objetividad los intereses generales” (como principio positivizado en el texto constitucional como clave de bóveda de la actuación de la Administración, al servicio a los intereses generales, al introducirse con antelación a los principios que enumera a continuación y rigen su actuación, frase que fue incorporada en el debate constitucional, por el Grupo parlamentario Vasco y por el diputado Laureano López Rodó, como se recoge en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 81, de 6 de junio de 1978: 2.959), el mismo actúa como legitimador de la Administración en un Estado Democrático de Derecho (Miguez, 2011-A: 12), encontrándose intensamente vinculado a los principios de neutralidad e imparcialidad en su proyección interna, respecto a la formación de la voluntad y la propia actuación de la Administración, y vinculado al principio de legalidad, al definir el “modo como ha de quedar vinculada la Administración a la Ley”, condicionando la actuación discrecional, “para lograr que la intensidad de la vinculación de la Administración al principio de legalidad sea plena o, al menos máxima, al eliminar el margen de apreciación que en la interpretación y aplicación de la legalidad siempre dispone el funcionario, imponiéndole la obligación de que sus labores hermenéuticas, y aplicativas se ajusten a la voluntad normativa” (García Costa, 2011: 34-35).

³³ FD Segundo, de la STS de 19/05/1988, en Recurso de revisión contra sentencia del Tribunal Supremo núm. 408.705, de 29/12/1986. En dicha sentencia se anuda el principio de objetividad en el de igualdad y en el de legalidad, cuando en el mismo Fundamento de Derecho se establece que “Ello constituye el reflejo de dos principios acogidos ambos en la Constitución, uno general, el de igualdad de todos, con múltiples manifestaciones de las que el artículo 14 es sólo núcleo, sin agotarlas. El otro principio es inherente a la concepción contemporánea de la Administración Pública, y consiste en el «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», principio

TESI DOCTORAL

Y en ese encaje constitucional anudo el “nudge público”, que no se corresponde con un acto administrativo, ni con un contrato, ni con un convenio, ni con un plan, ni con una norma. Todos ellos son instrumentos jurídicos que forman parte o son consecuencia y resultado de la tramitación de un procedimiento e inciden directamente en la esfera jurídica de los individuos en el marco de la relación jurídica *ad extra* de la Administración. Relación que integra los derechos de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración. Derechos que se encuentran protegidos mediante instrumentos reactivos como lo son el sistema de recursos y control jurisdiccional, y preventivos, a través del propio procedimiento en el diseño de la Arquitectura de la elección, como expresión de la sumisión plena a la Ley y al Derecho de la actuación de la Administración, “constituido por una serie de cauces formales que han de garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y las empresas que deben ejercerse en condiciones básicas de igualdad”, tal como se manifiesta el Preámbulo de la LPACAP (Apartado II). Procedimiento en la fase de diseño, que se proyecta como instrumento fundamental de garantía de los derechos e intereses legítimos de quienes estén afectados en su esfera jurídica por la actuación de la Administración, que debe estar regida por el principio de eficacia, en su sumisión plena a la Ley y al Derecho, ante la relevancia del Derecho, por la alterabilidad de la Ley, que condiciona el proceso decisional de la Administración a través de una

de legalidad (art. 103). No rige aquí la autonomía de la voluntad y menos aún el voluntarismo o decisionismo, ni por supuesto la arbitrariedad. Un segundo punto de orientación es la eficacia, mencionado no sólo como referencia para la actuación administrativa en general, sino también para su vertiente económica (art. 31). Todo lo dicho nos sitúa en la función del procedimiento como garantía y como instrumento para asegurar «la legalidad, acierto y oportunidad» de las disposiciones”.

TESI DOCTORAL

ordenación jerarquizada, descentralizada o desconcentrada de sus órganos que en todo caso deben actuar desde la coordinación, asegurando la racionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa³⁴.

Sin embargo, el “nudge público” tiene como elemento común con las diferentes modalidades o tipologías en que se manifiesta la actividad administrativa, que surge en la ordenación normativa directiva³⁵ por parte de los poderes públicos, y en concreto por la Administración, del comportamiento de individuos y colectivos, como técnica orientada a la realización efectiva del interés general con sometimiento a los fines que la justifican. Fines establecidos por el legislador en el ejercicio competencial de las tareas, con anclaje constitucional, asignadas a los poderes públicos, y en concreto a la Administración. Y aunque se pueda anudar a la tramitación de un procedimiento en su fase previa de diseño, en el que se manifieste la voluntad de la Administración a través de su órgano competente en la utilización de dicha técnica y su concreción, o se autorice el gasto que la pueda hacer efectiva, si fuera necesario, no es la consecuencia jurídica de dicho procedimiento con efectos vinculantes sobre terceros.

Por dicho motivo, considero que nos encontramos ante una técnica que es manifestación de un derecho indicativo, aunque también puede existir en los efectos que denominaremos derivados de la manifestación de un derecho imperativo (una Ley que regula una opción por defecto en alguna de sus materializaciones jurídicas), que se proyecta sobre la cognición del individuo en

³⁴ Míguez (2011b: 124), concluye en que “el procedimiento administrativo objetiva las actuaciones de la Administración de contenido jurídico al servir de cauce de integración de todos los intereses involucrados en las mismas, públicos y privados, así como aquellos de carácter supraindividual colectivos o difusos”.

³⁵ Velasco Caballero (2020: 19), se refiere al “nudging” como una “forma administrativa de dirección blanda de la conducta que complementa las decisiones y actuaciones autoritarias”.

TESI DOCTORAL

su proceso de toma de decisiones, a partir de estudios y datos empíricos sobre el comportamiento humano, en base a una racionalidad limitada (Simon, 1956 y 1979). Racionalidad que se caracteriza por dos sistemas de pensamiento de los individuos, el automático e intuitivo –Sistema 1, pensamiento rápido- y el deliberativo y estadístico –Sistema 2, pensamiento lento- (Kahneman, 2021), y cómo influyen en dicha racionalidad las heurísticas y los sesgos (Kahneman y Tversky, 1974), así como las conexiones neurales, aspectos y conceptos a los que nos referiremos más adelante.

Postulo en esta Tesis, que es una característica esencial de la utilización de la técnica del “nudge público”, la intervención administrativa que se dirige a la cognición del individuo, a partir de análisis sobre estudios y datos empíricos respecto al comportamiento humano en base a una racionalidad limitada, y el hecho de no corresponderse, como regla general, con un acto administrativo, o cualquier manifestación de la actividad administrativa con efectos jurídicos directos sobre un tercero. A no ser que, en este último supuesto, dicho acto o instrumento responda a un enfoque híbrido en que el mismo produzca efectos jurídicos sobre terceros, que caracterizamos como derivados, al responder, además, a dar cumplimiento a una herramienta conductual, como ocurre con una norma o un acto administrativo que incorpore una “opción por defecto o predeterminada”. Ello diferencia dicha técnica de cualquier modalidad y forma de actividad administrativa, y nos permite poner el foco de análisis jurídico, en la función constitucional de ilustración, como tarea en la actuación de la Administración pública, respecto a la ordenación por el Estado de las relaciones con el individuo y con la sociedad, garantizando la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, así como el principio

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

constitucional de libre desarrollo de la personalidad, como fundamentos del orden público y la paz social.

2. Marco conceptual y ordenación jurídica del “nudge”.

El objeto de esta Tesis es significativamente concreto, abordar analíticamente el régimen jurídico de la intervención administrativa mediante la técnica³⁶ del “nudge”³⁷, aplicada en la Arquitectura de la elección que se focaliza como

³⁶ Término que tiene varias acepciones, en este supuesto como habilidad para ejecutar cualquier cosa o conseguir algo. Definición consultada en el diccionario de la lengua española en línea, de la Real Academia española, en fecha 30/10/2021: [técnico, técnica | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

³⁷ Dicho concepto aparece y se desarrolla en una obra de gran éxito a nivel internacional, publicada en el año 2008, cuyos autores son Richard H. Thaler, catedrático de economía y ciencias del comportamiento en la Universidad de Chicago, que recibió el premio Nobel de economía en el año 2017, por sus contribuciones en el campo de la economía conductual, y Cass R. Sunstein, catedrático de derecho en la Universidad de Harvard, donde dirige el programa de economía conductual y políticas públicas, que también fue profesor en la de Chicago, y que entre 2009 y 2012, fue director de la Oficina de Información y Asuntos regulatorios de la Administración Obama, integrada en la Oficina de Gestión y Presupuestos, en Estados Unidos, encargada de supervisar la regulación federal, que se crea en la Administración de Ronald Reagan, con la Ley de Reducción de trámites de 1980 (Paperwork Reduction Act of 1980 -44 U.S.C. Chapter 35, § 3503. Office of Information and Regulatory Affairs, established in the Office of Management and Budget-), teniendo como asesor y consejero económico a Milton Friedman (como también lo fue de Margaret Thatcher, en Reino Unido) uno de los precursores de la Escuela de Chicago y de las políticas monetarias del liberalismo económico, caracterizadas por la desregulación y la mínima intervención de la Administración en la economía y la sociedad. Dicha obra (consultada en su traducción española, primera edición, reimpresión de 2020), se titula *Un pequeño empujón (nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. La misma ha sido revisada en el año 2021, en una nueva edición *Nudge. The final Edition* (Allen Lane-Penguin Random House). En ella introducen y desarrollan el concepto a nivel doctrinal. Pero teniendo en cuenta, que el título original de su obra en la primera edición es *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*, debe destacarse, que la traducción libre que se efectúa en su versión en castellano, no se corresponde con la versión inglesa “Improving decisions”, que debería traducirse como “MEJORANDO LAS DECISIONES”, sin referenciarlo al “impulso”, traducción que como veremos se corresponde mejor con el marco conceptual que se desarrolla en la obra. En un sentido similar, la traducción francesa por la editorial Vuibert, en 2010, como *Nudge. La méthode douce pour inspirer la bonne décision (Nudge. El método*

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

estudio de caso, en el modelo de «semáforo nutricional», cuya implantación, tiene como objetivo incitar hábitos de alimentación saludable en España, como elemento relevante del derecho a la salud. Arquitectura entendida como el diseño de la acción pública que interviene en un proceso decisional, mediante la incitación³⁸ sobre la función cognitiva, a partir de datos analíticos sobre la racionalidad en la conducta del individuo, que puede ser limitada y, en todo

suave para inspirar la decisión correcta), en que se focaliza la traducción en la actuación externa a la decisión. En dicha obra se define el “nudge”, como “cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos” (p. 20) “...de acuerdo con nuestra definición, un nudge es cualquier factor que altera de forma significativa la conducta de los humanos, aunque sería ignorado por los econs” (p.23). Utilizan el concepto “humanos” (que asocia al homo sapiens), que definiría al ser humano con dificultades para adoptar decisiones correctas, pero que responden a los incentivos y a la influencia de los “nudges”, que para considerarse como tales deben tener costes cognitivos bajos (como el ejemplo con el que sostienen su tesis, en materia de vida saludable en la alimentación escolar, utilizar como nudge la acción de colocar la fruta en un lugar más visible que los caramelos, lo cual comporta un mayor coste cognitivo para escoger los caramelos, y menor para escoger la fruta, es decir el “nudge” sería la intervención sobre el orden en que se muestran ambas opciones); en contraposición a “econs” (que asocia al homo economicus), que definiría al ser humano que siempre piensa y escoge correctamente, y que responden principalmente a los incentivos (en el mismo ejemplo anterior, en ellos no funcionaría el lugar donde colocar el caramelo y la fruta, sino un impuesto sobre los caramelos -pp. 21-23-).

³⁸ Se considera que dentro de las diferentes acepciones en español del término “nudge”, la de incitación es la que mejor responde a su finalidad, la de “influir vivamente en una persona para que haga cierta cosa”. Definición consultada en fecha 10/12/2021, en *Definición de incitar - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE*. Influencia intensa que lo puede ser sobre el entorno o encuadre en el que se debe tomar la decisión, o sobre el propio proceso de elección, pero sin que se condicione o se imponga la misma y debiendo ser relativamente fácil no tomar dicha opción incitada.

Ese mismo término de incitación es al que se refiere el Dictamen del comité Económico y Social europeo, “Integrar los nudges en las políticas europeas”, en su Apartado 3.1, cuando se refieren a la obra de Thaler y Sunstein sobre los “nudges” consideradno que la misma “se fundamenta en la idea de que los cambios de comportamietno deben basarse en «incitaciones suaves». Asimismo, en derecho comparado, es acogido para definir el “nudge green”, que en Francia se ha traducido oficialmente por France-Terme del Ministerio de Cultura, como “émulation écologique”, por incitación sobre un grupo para que se adopte un comportamiento respetuoso con el medio ambiente. Consultable en *émulation écologique / FranceTerme / Ressources / Accueil - Culture.fr*. La doctrina administrativa francesa también acoge la definición del término “nudge” como “incitación suave” (Markus, 2022: 85).

TESI DOCTORAL

caso, previsible, a partir de la evidencia científica basada en estudios empíricos. En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 2016, en sus Apartados 2.1 a 2.3, se establecen los elementos cognitivos que caracterizan el estudio del comportamiento a partir de los factores que inciden en una racionalidad limitada. Se considera que existe “un desfase entre la sensibilización de las personas y sus comportamientos diarios. La causa de esta discrepancia entre las intenciones y la acción han sido analizadas por la economía y las ciencias del comportamiento, disciplina que se ha especializado en la comprensión de los factores que influyen en los comportamientos de los individuos. Según los investigadores de esta disciplina, las 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”. Decisiones y comportamientos que, en última instancia, surgen del Sistema 1, como ha identificado y teorizado Kahneman, “una manera de pensar, en gran parte inconsciente, automática, ultrarrápida que nos permite tomar múltiples decisiones diarias minimizando nuestro esfuerzo y ahorrando recursos de atención, pero que se alimenta de estereotipos y asociaciones y nos suele alejar de una racionalidad matemática”.

Dicha intervención se produce durante el proceso de elección individual entre diferentes opciones³⁹. Tiene como objetivo orientar la decisión, sin que el individuo se sienta obligado o condicionado de forma directa respecto a la

TESI DOCTORAL

opción sobre la que actúa el “nudge público”, de tal forma que su decisión responda a una elección libre sobre cualquier opción. Debe destacarse que esta elección es sentida como propia por el individuo, incluso en el caso de que la opción escogidaseas el resultado de la intervención a través del mencionado “nudge público”. La finalidad es conseguir que su decisión le comporte un beneficio, coincidente con el interés público que motiva la intervención de la Administración y, en general, la del resto de los poderes públicos y entes del sector público. Diferenciándose la «Arquitectura de la elección», respecto a la técnica del “nudge” que integra, puesto que la «Arquitectura» se corresponde con un proceso de diseño de los elementos ambientales o físicos en los que se identificará la acción con la que se llevará a cabo la intervención de la Administración, que permitirá integrar y elegir el “nudge público”, teniendo en cuenta datos empíricos sobre los elementos y situaciones que limitan la racionalidad de la conducta y el grado de percepción y comprensión por parte del individuo.

La herramienta en la que se manifestará el “nudge público” se aplicará sin ningún tipo de coacción, imposición o condición, y sin limitar otras opciones a elegir, para que la decisión del individuo, que debe sentir como propia, le comporte un beneficio coincidente con el interés público. En dicho sentido el “arquitecto de la elección” (órgano administrativo de la Administración pública), tiene la responsabilidad de organizar el contexto en el que la persona debe adoptar su decisión, puesto que “la arquitectura de la elección es inevitable y, por lo tanto, cierto influjo sobre las elecciones también lo es, sea este

³⁹ Definición de elección consultada en el diccionario panhispánico del español jurídico de la lengua española en línea, de la Real Academia española, en fecha 08/12/2021: *Definición de*

TESI DOCTORAL

intencional o no, (*sobre*) el resultado de cualquier tipo de diseño consciente”, lo cual tiene como resultado el hecho de que “los funcionarios del gobierno pueden mejorar la vida de la gente si están alerta a los fallos conductuales del mercado y diseñan arquitecturas de la elección que proporcionen salud, riqueza y bienestar” (Sunstein, 2017: 41 y 43). Debe tenerse en cuenta que el subtítulo del libro de Thaler y Sunstein (2020) sobre el “Nudge”, tanto en su edición en inglés, como en su traducción española, se corresponde con una “técnica para mejorar las decisiones de las personas en salud, dinero y felicidad”.

Respecto a la máxima, la “búsqueda de la felicidad”, Muñoz Machado (2015b), expuso en el discurso con ocasión de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Córdoba, que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776, redactada por Thomas Jefferson, la contempla como un derecho individual e inalienable de los hombres, al cual se anudaban como elementos que la caracterizan, la propia felicidad, la buena salud y la libertad. Muñoz Machado considera que “se establecía la obligación de los poderes públicos de asegurar la realización efectiva de dicho derecho, respetando que su efectividad concernía a cada individuo que debía procurarse la felicidad según su mejor criterio, teniendo en cuenta que la idea de progreso en aquél momento histórico de la Declaración de Independencia, se asociaba a la buena salud, la igualdad de oportunidades, el derecho a una educación básica, a un trabajo digno y a poder elegir a los representantes”. La máxima, “búsqueda de la felicidad”, pasó a caracterizar, también en Europa, el pensamiento de la Ilustración (en España se recoge en escritos políticos de Gaspar Melchor de Jovellanos, en su *Discurso económico*

TESI DOCTORAL

sobre los medios de promover la felicidad de Asturias, dirigido a su Real Sociedad, o en Valentín de Foronda en sus Cartas sobre la policía), introduciéndose junto al derecho a la felicidad, el concepto de bienestar y su refrendo constitucional como fundamentos de la acción de los poderes públicos, como se recoge en el art. 13 de la Constitución española, promulgada en Cádiz, el 19 de marzo de 1812, cuando se establece que “el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los ciudadanos que la componen”. En ese substrato histórico recogido en la Declaración fundacional de los Estados Unidos de América, hay que entender la referencia en el subtítulo de la obra, así como su ideario, en Thaler y Sunstein (2020), respecto a la toma de mejores decisiones del individuo y la colectividad sobre salud, dinero y felicidad, como orientación de los poderes públicos en la utilización de la técnica del “nudge público” sobre ese proceso individual de adopción de las mejores decisiones.

Ello motiva la dificultad de identificar la técnica del “nudge público” y el proceso de la “Arquitectura de la elección”, con alguna modalidad de actividad administrativa, y se procederá a analizar su encuadre conceptual desde “las tareas y funciones con las que el marco constitucional configura las formas de actuación de la Administración como «infraestructura» del conjunto de la vida social” (Parejo, 1991a: 22-27).

En dicho sentido, los parámetros de análisis son amplios, pues en primer lugar se requiere concretar si nos encontramos ante un concepto jurídico, lo cual se analiza desde la propia sistemática académica de formación de conceptos en el

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Derecho público⁴⁰, para establecer su régimen jurídico desde parámetros comprensibles en el Derecho Administrativo. El “nudge”⁴¹, cuya traducción del

⁴⁰ Se ha tenido como referencia el libro de Díez (2018).

⁴¹ El “nudge” como término asociado al concepto definido por Thaler y Sunstein, es reconocible como tal por la doctrina administrativa en los diferentes estudios, donde en general, se suele mantener el anglicismo, pero para su definición se procede a su traducción en el idioma correspondiente, como “coups de pouce” en francés (Flückiger, 2018) o “spinta gentile” en italiano (Cassese, 2015; Galletti, Vida, 2018). En España se ha buscado un término diferente a su traducción de “empujón suave” o “empujoncito” y a la utilización del mismo como anglicismo, para asociarlo a dicho concepto, como el de “acicate” definido como incentivo o estímulo ([acicate | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#)), propuesto en el año 2016, por la Fundación del Español urgente (promovida por la Real Academia de la Lengua española –RAE-, y la Agencia de noticias EFE y creada en el año 2005, por EFE y el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria –BBVA-, con el asesoramiento de la RAE), acogido por la doctrina (Ponce, 2021: 58-72). Sin embargo hay que tener en cuenta que Thaler y Sunstein se refieren en su obra expresamente al incentivo o acicate, que es como se traducen del inglés dos de las acepciones del término “incentive”, traduciéndose acicate también por “spur”, para referirse a una de las diferentes manifestaciones de la motivación del “nudge”, como también utilizan los términos estimular (“stimulate”), inducir (“induce” or “lead”), influir (“influence”), orientar (orient) o facilitar (“facilitate” or “provide”), pero que no se incorporan a la definición del concepto jurídico-económico que desarrollan. Término de acicate que traducido como “spur” no se utiliza por Thaler y Sunstein, que sí utilizan el de “incentive”, en su obra en inglés, siendo su traducción en español el que lo recoge en relación al ejemplo del estímulo que comporta una apuesta, utilizada como un “nudge” cuyo efecto es el de actuar como un acicate, en un ejemplo de una apuesta para perder peso en la que tenía que pagarse una cantidad económica por quien no la conseguía, penalidad que se corresponde con un acicate y cuyo objetivo sería ayudar a afrontar los problemas de autocontrol (Thaler y Sunstein 2020: 64). En dicha traducción, cuando se utiliza en la edición española, acicate, se realiza en una traducción libre, pero no textual, en una frase en la cual, en su edición inglesa, no se hace ninguna referencia, ni a “nudge”, ni a “incentive”, ni a “spur”, pues se dice, “Notice that as in the case of David’s thesis bet, Dean and John were acknowledging that without the bet to encourage them, they would have eatentoo much, even though they still would have wanted to lose the weight” (Thaler y Sunstein 2021: 56), frase que en la edición española se traduce como “Hay que señalar que, como en la tesis de David, Dean y John reconocían que, sin el acicate de la apuesta, habrían comido demasiado aunque quieran perder peso” (cuya traducción libre textual sería, Obsérvese cómo en el caso de la tesis de David, Dean y John reconocían que sin la apuesta para alentarlos, habrían comido demasiado, aunque hubieran querido perder peso). En todo caso, se refuerza la posición que se mantiene en esta investigación de no utilizar el término acicate en lugar del término “nudge” en inglés, o su traducción española por empujón suave, pues los propios autores de forma expresa y reiterada (2021: 12), diferencian en su obra en inglés, el término incentivo o acicate como acepciones de “incentive”, del término “nudge”, como ocurre cuando manifiestan “Humans respond to incentives too, but they are also influenced by nudges” (cuya traducción libre sería, Los humanos responden a los incentivos –o acicates-, pero también están influenciados por los empujones suaves), o en otra frase del

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

inglés se correspondería con “empujón suave”⁴², nace como resultado de diferentes estudios empíricos de la psicología social y clínica, así como de la economía conductual y de la sociología, sobre determinantes de la racionalidad, para condicionar el comportamiento individual y colectivo, motivo por el cual su traducción en español, como empujón suave, o los sinónimos propuestos en diferentes estudios doctrinales, desde la ciencia política a la economía conductual o el derecho administrativo, como acicate, estímulo, o incitación, entre otros, que no dejan de ser características de una traducción etimológica de un término, sobre el cual no se ha incorporado todavía una acepción en inglés, en diccionarios ingleses y norteamericanos de referencia, citados en esta investigación, como los de las Universidades inglesas de Cambridge y Oxford o la estadounidense de Stanford, que recoja una definición del término “nudge”, que se corresponda con la construcción doctrinal

mismo párrafo, “By properly deploying both incentives and nudges” (cuya traducción libre sería, Mediante el despliegue adecuado tanto de incentivos –o acicates-, como de empujones suaves).

⁴²Definición consultada en el diccionario en línea de la Universidad de Cambridge, en fecha 29/07/2020: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/nudge>. Dicha definición se completa en el Diccionario de la Universidad de Oxford, en el que encontramos algunas acepciones sobre las que se referencia su significado. Se define como “A gentle push or prod, esp. with the elbow, usually intended as a prompt or hint to someone; (also) a slight shove given to an object, esp. to dislodge or free it” (que en una traducción libre, se correspondería con “Un suave empujón o pinchazo, especialmente con el codo, por lo general, con la intención de indicar o insinuar algo a alguien; (también), un ligero empujón dado a un objeto para desalojarlo o liberarlo”); y como verbo transitivo, se define como “To push or prod (a person) gently, esp. with the elbow, for the purpose of attracting attention, etc. Also: to give (a thing, etc.) a slight shove or series of shoves” (que en traducción libre significaría “Empujar a una persona suavemente con el codo, con el fin de llamarle la atención. También, darle a una cosa un ligero empujón o varios empujones”). Consulta efectuada en fecha 02/02/2022, mediante la licencia de la Universidad de Barcelona: [Quick search results: Oxford English Dictionary \(ub.edu\)](#). Respecto al término empujón, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, lo define, en una primera acepción, como “impulso que se da con fuerza para apartar o mover a alguien o algo”, definición que se corresponde con la primera acepción del Diccionario de Oxford. Consulta efectuada en fecha 02/02/2022: [empujón | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

TESI DOCTORAL

específica realizada por Thaler y Sunstein, que identifica una técnica de intervención de los poderes públicos, asociada a un conocimiento de la conducta humana, en base a estudios experimentales efectuados desde la psicología, la economía conductual y la sociología, principalmente, para orientar decisiones, en un proceso de elección no condicionante, pero que en determinados individuos puede ser determinante de su decisión, sin ser conscientes de ello, aunque su finalidad sea la consecución de un fin público. Dicho concepto no tiene correlación con el significado de términos sinónimos como estímulo, incentivo, acicate o cualquier otro término o palabra, en que su aplicación comporta que el individuo sí es conocedor y receptor consciente según su significado léxico.

El Comité Económico y Social de la Unión Europea define el “nudge” a partir de la obra de Thaler y Sunstein (2020), como “cualquier aspecto de la arquitectura de la elección que modifica de forma previsible el comportamiento de la gente sin prohibir ninguna opción ni modificar de forma significativa los incentivos económicos”, requiriéndose que el acto deba poder evitarse fácilmente, dado que los “nudges” no tienen carácter coercitivo⁴³.

Finalmente, también se motiva que se mantenga el término en inglés, como lo hace la Unión Europea y en general toda la doctrina científica (tanto en el ámbito del Derecho, como en el de la Ciencia política, la Economía, la Psicología o la Neurología, como se puede comprobar realizando una búsqueda por internet en diferentes países), en la aplicación del criterio de la

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

equivalencia funcional, como metodología utilizada en el ámbito de la traducción jurídica para alcanzar la equiparación jurídica de términos respecto a conceptos e instituciones en diferentes ordenamientos jurídicos, entre el sistema jurídico de partida, en este supuesto el estadounidense, y el de llegada, el español⁴⁴, al responder a un concepto jurídico-económico creado específicamente por sus autores a partir de dicho término, para identificar una técnica que consideran de regulación⁴⁵, y que consiste en “intervenir a través

⁴³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, ponente Thierry Libaert, aprobado por el Pleno en fecha 21/01/2016 (Dictamen de iniciativa 2017/C 075/05). Conclusión 3.1.

⁴⁴ Šarčević (1997: 236) considera un “equivalente funcional a aquella palabra o término jurídico que designa un concepto o una institución del sistema jurídico de llegada y que tiene la misma función en aquella palabra o término en que se traduce respecto al concepto o institución en el sistema jurídico de partida. Una vez identificado el equivalente, el paso siguiente es comprobar su aceptación (“acceptability”) a través de una comparación para conseguir establecer el nivel de equivalencia”. Identifica la teoría de la relatividad de los conceptos jurídicos (“theory of relativity of legal concepts”), según la cual “el significado de una palabra o término jurídico se elige sólo después de un proceso de interacción entre hecho y efecto dentro de la estructura de sistema jurídico, así pues, el traductor tiene también que investigar los efectos jurídicos del equivalente funcional en el sistema de llegada” (p. 246). Se fundamenta en los trabajos del “Internationales Institut für Rechts-und Verwaltungssprache” (Instituto Internacional para el Lenguaje Jurídico y de la Administración, de Berlín). Osoro (2000: 65), considera que “con frecuencia no existe un equivalente funcional y, por tanto, es necesario acudir a la ampliación o a alternativas para compensar la incongruencia terminológica, de tal forma que se satisfaga de forma primordial la fidelidad a las intenciones jurídicas que se desprenden del análisis del texto origen”.

⁴⁵ En dicho sentido se complementa el concepto jurídico de regulación, que utilizan Thaler y Sunstein (2020: 19), en relación a la intervención de las Instituciones públicas y privadas para “orientar las decisiones de las personas en direcciones que mejoren sus vidas”, construido a partir de un enfoque desde la Ciencia económica de intervención sobre el comportamiento humano, con el enfoque que se construye en la Ciencia política que focaliza la regulación en la actividad de los poderes públicos y su incidencia sobre la sociedad, con el enfoque desde el Derecho administrativo que focaliza la regulación en la elaboración de normas o aprobación de actos administrativos. En este último enfoque, Muñoz Machado (2015: 54), configura la regulación como una potestad, cuando considera que “las potestades administrativas de regulación bien son de carácter normativo o bien consisten en decisiones o actos administrativos. A veces implican la utilización de convenios, contratos u otras fórmulas bilaterales o plurilaterales de actuación. Es decir, que en la actividad de regulación se proyectan todas las clases de potestades que el ordenamiento jurídico reconoce a las Administraciones públicas para la satisfacción de las misiones de interés general que tienen

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

confiadas”. Esteve (2010: 305), considera la regulación, a partir de la doctrina alemana, con un marcado componente garantista, que se enmarca en un “macroconcepto que se presenta como calificativo del Estado en su conjunto, el “Gewährleistungsstaat”, el Estado garantista o Estado garante. Un modelo de Estado que se presenta como alternativa o sucedáneo al Estado prestacional. El Estado garante deja de ser prestador directo de servicios, al abandonar su titularidad y posición de dominio sobre los mismos, para replegarse estratégicamente y ocupar, o pretender ocupar, la posición de garante. El Estado no presta servicios, los garantiza. Ése es al menos el objetivo, otra cosa su consecución efectiva. En ese entorno se sitúa y explica la regulación, hasta tal punto que al concluir su concepto de regulación, Ruffert lo reformula con un enunciado más sintético y rotundo: «la regulación es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de tareas públicas en el Estado garante». Dicho concepto en el enfoque del Derecho administrativo, debe complementarse desde su proyección como intervención pública en la economía de mercado en materia de competencia, al definirse el concepto de “regulación” y su alcance, a partir de la definición dada en la Conferencia permanente de la Organización de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ley Tipo de Defensa de la competencia, capítulo VII, 2017 (United Nations Conference on Trade and Development –UNCTAD- 16º período de sesiones, Ginebra –Suiza-, 5 a 7 de julio de 2017), estableciéndose que “El término «regulación» se refiere a los diversos instrumentos de que se valen los Gobiernos para prescribir normas a empresas y ciudadanos. Abarca, pues, leyes, decretos, reglamentos, órdenes, **orientaciones administrativas** y normas subsidiarias de todos los niveles de la administración, así como normas de organismos no gubernamentales o profesionales autónomos en los que los Gobiernos hayan delegado facultades de regulación”. Baiges y otros (2009: 10), en relación al concepto de “regulación” desde el enfoque dado por la UNCTAD, consideran que “En el sentido más amplio del término, regular es una intervención pública en una economía de mercado, justificada por algún motivo que, básicamente, suele estar relacionado con aspectos de eficiencia, de equidad o de ambos”.

Montero (2014: 5 y 41-42), a partir de la construcción doctrinal de Maria Mercè Darnaculleta Gardella, Santiago Muñoz Machado, Gaspar Ariño Ortiz y José Esteve Pardo, entre otros, aporta un enfoque que integraría en cierta medida los tres, al definir la regulación “como la actividad de la administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración”, destacando la existencia de un amplio poder discrecional que requiere de la “aplicación de un exigente juicio de proporcionalidad que demuestre que las disposiciones y actos reguladores en efecto resultan adecuados para satisfacer el interés general oportunamente definido, necesarios y limitados en su contenido ablatório a lo estrictamente necesario para satisfacer el interés general. La efectividad del juicio de proporcionalidad depende de una serie de garantías formales, entre las que destacaría la participación de los interesados, por ejemplo mediante vistas, y la detallada motivación de los actos, en concreto especificando la aplicación del juicio de proporcionalidad”.

Pero es en Bruno Lasserre, vicepresidente del Consejo de Estado francés, en quien encontramos un concepto integrador más acorde con la realidad jurídica en la que se encuentran los poderes públicos dentro de la Unión Europea, cuando en su discurso sobre el “Estado regulador”, manifiesta que **la regulación que no es ni reglamentación, ni legislación, ni autonormación, ni la preparación de textos normativos, no excluyéndose**

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

de impulsos que no fuerzan a nadie a hacer nada y que no afectan la libertad de elección, siendo respetuosos con el libre mercado y con la libertad individual, permitiendo que la persona haga las cosas a su manera, pero poniendo el acento en que los individuos se pueden equivocar, con lo que viene bien un poco de ayuda para que las decisiones se tomen en entornos en los que previamente han intervenido las instituciones públicas y privadas para corregir dichas equivocaciones, como resultado del análisis de las formas de pensar y actuar de los seres humanos”⁴⁶.

una cierta actividad normativa que va desde la asignación de recursos escasos, hasta el arbitraje, la sanción o el “soft law”, da respuesta a una nueva forma de normatividad, que responde a la necesidad de adaptarse a situaciones cambiantes para las que las formas habituales de manifestación del Derecho resultan ineficaces o insuficientes, mediante instrumentos jurídicos más o menos flexibles, como Recomendaciones, Códigos de conformidad, Directrices, o Códigos deontológicos (“La régulation, nous l’avons dit, ce n’est pas la réglementation ou la législation. Réguler ce n’est donc pas préparer des textes de loi ou des décrets. Ce n’est pas non plus faire soi-même. En revanche, cela n’exclut pas une certaine activité normative allant de l’allocation des ressources rares à l’arbitrage entre les différends, voire à la sanction, en passant par le droit souple. La régulation recouvre ainsi une nouvelle forme de normativité qui découle de la nécessité de s’adapter à des situations évolutives pour lesquelles les formes habituelles de la loi et du règlement sont inefficaces ou insuffisantes. Sous ce « nouveau pavillon de la normativité » décrit par le professeur Yves Gaudemet, la régulation s’appuie en particulier sur des instruments de droit plus ou moins souple allant des recommandations aux codes de conformité, en passant par les lignes directrices, les contrats de performance et les chartes de déontologie” (Discurso ante los alumnos de la École National d’Administration, Estrasburgo –Francia-, 25 de enero de 2019), consultable en [L’État régulateur”: discours de Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d’État \(conseil-etat.fr\)](https://www.conseil-etat.fr).

⁴⁶ Sunstein (2014a: 20-21), considera en su obra (*más Simple*) *El futuro del Gobierno*, a los **“nudges” positivos “como una parte fundamental de la simplificación y de la regulación analítica, ..., cuyo fundamento estriba en un análisis preciso de las formas de actuar y de pensar de los seres humanos... (siendo que) los mejores nudges presentan costes reducidos y beneficios elevados. La arquitectura de la decisión es el entorno social en que tomamos nuestras decisiones”**. Se refiere indistintamente a los planos diferentes de decisión o elección, al formar parte de un proceso en la toma de decisiones sobre diferentes opciones. Considera que “no es posible prescindir del entorno social y, por ende, la arquitectura de la decisión es una parte consustancial a nuestras vidas, aunque a menudo sea invisible para nosotros, (por lo que) los buenos nudges mejoran la arquitectura de la decisión (individual)”.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Así pues, nos encontramos con un término creado doctrinalmente desde el sistema jurídico estadounidense y desde la teoría económica conductual, por Thaler y Sunstein, que es propio de una realidad jurídica y de un sistema regulatorio en el que se construye, cuyo concepto jurídico no tiene equivalencia en el sistema jurídico español. Es objeto de este trabajo de investigación establecer cómo se integra en la estructura del sistema jurídico administrativo español, motivo por el cual se ha optado por no traducirlo⁴⁷ y establecer su régimen jurídico e integración desde la equivalencia funcional del concepto jurídico del término “nudge” construido en el marco regulatorio del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos⁴⁸.

⁴⁷ Šarčević (1997: 233), ha identificado como “system-bound terms” (términos unidos al sistema), aquellos términos cuyos conceptos e instituciones son propios de una realidad jurídica o de un sistema relacionado con ésta, que con frecuencia, se consideran intraducibles. Encontramos varios antecedentes en el ordenamiento jurídico español, tanto en el ámbito del Derecho mercantil, con determinadas figuras bancarias como el “Leasing”, “Renting” “Conforming”, como en el Derecho Penal con afectación mercantil, como ocurre con el “Compliance”, como en el derecho informático, como ocurre con el “Big Data” o el “Block-chain”, o en el Derecho internacional público y Derecho administrativo, como ocurre con el término “Soft Law”. Algunos de ellos, recogidos en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la RAE, como el “Big Data” el “Contratos de Leasing o Renting”, y términos todos ellos incorporados por la doctrina jurídica española en sus estudios en diferentes ramas del Derecho, así como algunos de ellos se han recepcionado por determinadas normas, además de ser de aplicación en la práctica jurídica contractual, con efectos jurídicos sobre las partes. Como ejemplo, la *Norma UNE 19601 que establece los requisitos para sistemas de gestión de “compliance” penal*, en la certificación de las empresas españolas, a partir de las reformas del 2010 y 2015 del Código Penal, en que se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que podrán quedar eximidas si han implantado modelos de prevención de delitos y cumplen determinados requisitos, a los que da respuesta la norma UNE 19601, si se ha certificado con la misma a la empresa que la implante. Y encontramos un ejemplo en la recepción jurisprudencial de alguno de estos términos que afectan a la rama del Derecho administrativo, como en la sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017 (RC 88/2017), en relación al “soft law”, como criterio interpretativo para la resolución de la controversia (FFDD Tercero, Quinto, Octavo y Décimo).

⁴⁸ Ver Nota 37. Muñoz Machado (2015: 31) en relación a los fundamentos de la regulación considera que “La seguridad de que el mercado tiene fallos sirve para justificar la intervención pública. Pero es igualmente evidente que el Gobierno incurre en fallos serios, algunas veces debidos a la falta de información de los reguladores, y otras a la mencionada circunstancia de

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

No se puede obviar que ambos autores surgen de la Universidad de Chicago, en la que se desarrolló la Escuela Económica de Chicago⁴⁹, caracterizada

su captura por los grupos de interés (Friedrich August von Hayek -*que recibió el Premio Nobel en Ciencias económicas en 1974, por sus trabajos en el campo de la teoría monetaria, las fluctuaciones económicas, y los análisis de la interdependencia de la economía, la sociedad y las instituciones, defendió, frente a Keynes, la necesidad de evitar la intervención del Estado en la economía, considerando que solo la economía liberal podía garantizar la libertad del individuo-, comentario no incluido en la cita*). La teoría de los fallos del Gobierno ha permitido el desarrollo de las denominadas «teorías del interés privado». Tratan de cómo es mejor la iniciativa privada y de los dudosos beneficios de la intervención pública en la economía. Según los postulados de la Teoría de la Regulación de la Escuela de Chicago, la regulación es la respuesta de los reguladores a las demandas de los grupos de interés. Estos, como explica Stiglitz, pueden convencer al Gobierno para que ejerza sus potestades en su beneficio; la regulación sería entonces la respuesta a la demanda de aquellos grupos, para maximizar su beneficio. La Escuela de Chicago ha criticado no solo la existencia de empresas públicas, sino también la amplitud de la regulación: esta no siempre persigue intereses generales; el comportamiento de los reguladores está a veces motivado por su deseo de permanecer en el poder. Los grupos de interés compiten ofreciendo apoyo político a cambio de una regulación favorable: el resultado es que la regulación está basada en el beneficio de los grupos de interés mejor organizados y que vayan a obtener mejor ganancia de la regulación. En las proximidades de estas teorías está la de la «elección pública» (public choice) que supone que los verdaderos protagonistas de la acción de gobierno son los burócratas que persiguen su propio interés por encima de cualquier otra consideración. Si no se corrige ese interés, la oferta de servicios públicos tenderá a incrementarse y ser excesiva, aunque ineficiente porque los burócratas gestionarán un presupuesto más grande y sacarán de ello ventajas políticas o materiales (sus autores más relevantes son Downs, Buchanan, Stiegler, Olson y Niskanen). Dicha teoría dominó el pensamiento económico y muchas políticas públicas durante los años 80 y 90 del siglo XX, en los que tuvo una gran relevancia en la economía, por el impacto de la crisis del petróleo de la década anterior, en los años 1973 y 1979. Su afectación en el Derecho Administrativo se materializó en la implantación de modos de gestión privada de los bienes públicos y en la doctrina de la Nueva Gestión pública, que justificaba y propugnaba la titularidad empresarial de los servicios públicos y un marco jurídico favorable a las privatizaciones (Jiménez Blanco, 2018: 337). Otra teoría relevante es la de los costes de transición, cuyo concepto aparece en R. Coase, o la doctrina de los derechos de propiedad, que supone que los servicios pueden proveerse por la Administración, sin necesidad de que la misma los produzca directamente. Chomsky (2002: 161) considera que la construcción del *homo oeconomicus* se impulsa por académicos de la conocida como Escuela de Chicago, cuya concepción económica tiene como objetivo alejarse del “enfoque intervencionista gubernamental identificado con John Maynard Keynes y hacia una actitud más escéptica acerca de la capacidad de los políticos de dirigir con precisión la economía.”

⁴⁹ De la Universidad de Chicago han surgido varios premios Nobel en Ciencias económicas (Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel, comúnmente conocido como Premio Nobel de Economía, establecido en 1968 por una donación del banco central sueco, a la Fundación Nobel para conmemorar el 300 aniversario

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

desde los años setenta del siglo XX, en reducir al mínimo la intervención del Estado y sus estructuras en la sociedad y en la economía, defendiendo el liberalismo económico frente a la regulación de la Administración federal.

A partir del año 2008, en los Estados Unidos, con la publicación de la obra *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, de Thaler y Sunstein, se impulsa la génesis del marco regulatorio en el que se construye el “nudge”, así como su gobernanza mediante unidades administrativas que se crean para intervenir sobre el comportamiento de los ciudadanos, teniendo en cuenta los estudios experimentales de la psicología y de la economía conductual. En el Reino Unido, dicha gobernanza se estableció con el Gobierno

del banco, pero que no fue establecido por Alfred Nobel en su testamento en 1895), desde 1976, cuando se lo dieron a Milton Friedman, que junto al siguiente premio Nobel George Stigler, que lo recibió en 1982, lideraron la Escuela de Chicago, que se caracterizó por rechazar las ideas del Keynesianismo (que se mostraban a favor de la intervención del Estado), para promover el libre mercado y las ideas del monetarismo, bajo la convicción de que la economía de mercado es inherentemente estable y que las perturbaciones (como depresiones o crisis económicas) serían el resultado de una intervención inadecuada del Estado. La Escuela de Chicago defensora del liberalismo económico frente a la regulación gubernamental, consideraba que la intervención del Estado generaba ineficiencia y entorpecía el crecimiento, propusieron una serie de medidas en favor del libre mercado, destacando la desregulación, privatización, gestión mediante concesión por empresas privadas de los bienes públicos, eliminación de subsidios y ayudas, o reducción de la burocracia para hacer más eficiente la Administración. Otros premios Nobel de la Escuela de Chicago fueron Theodore W. Schultz (1979), Merton H. Mille (1990), Ronald H. Coase (1991), Gary Becker (1992), o Robert E. Lucas (1995), como principales defensores del pensamiento monetarista, y desde la microeconomía, Richard Thaler (2017), por sus aportaciones a la economía conductual, en el análisis económico y psicológico de la toma de decisiones por parte de los individuos, explorando aspectos respecto a cómo la racionalidad limitada, la percepción de justicia, las preferencias sociales y la falta de autocontrol afectan a las decisiones de las personas y los resultados de los mercados, desempeñado un papel crucial en el desarrollo de la economía del comportamiento, constatando en sus estudios que la gente no toma las decisiones solo mirando lo que es beneficioso para ellos, estando preparados para privarse de un beneficio material con tal de mantener lo que ellos perciben como una distribución justa. Datos consultados en fecha 28/11/2021, en [Richard Thaler, Premio Nobel de Economía 2017 \(larazon.es\)](#), [Richard H. Thaler, Premio Nobel de Economía 2017 | Economía | EL PAÍS \(elpais.com\)](#), [Premios NOBEL de Economía - Consejo General de Economistas](#).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

de David Cameron y la creación y adscripción al Gabinete del Primer Ministro, en el año 2010, del *Behavioral Insights Team* (-BIT- Equipo de Análisis «Perspectivas» del Comportamiento), conocido como “Nudge Unit”. Esta unidad, que en el año 2014 se privatizó, da apoyo de carácter conductual en la elaboración de las políticas públicas por parte de los Gobiernos de varios países, además de las del Reino Unido. En la Unión europea, se crea en el año 2014, la *Behavioural Foresights Team* (Equipo de Previsión del Comportamiento), formando parte del *Joint Venture Center* (Centro de investigación conjunta), unidad de la Comisión europea que asegura la conexión entre la investigación científica y la Comisión. Y en Estados Unidos, donde Thaler y Sunstein teorizan el concepto de “nudge”, con la Administración de Barack Obama, creándose, con la Orden ejecutiva de 15 de noviembre de 2015, sobre el Uso de los conocimientos de la Ciencia del comportamiento para servir mejor al pueblo americano (*Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People*)⁵⁰, el Equipo de Ciencias sociales y del

⁵⁰ En la Nota informativa de la página oficial de la Casa Blanca, sobre la aprobación de la Orden ejecutiva, publicada el mismo día, se pone de manifiesto que la misma tiene como objetivo simplificar y facilitar los formularios gubernamentales, incorporándose la declaración del Presidente con motivo de su aprobación, en el sentido de que “la adopción de los conocimientos de la ciencia del comportamiento ayudará a llevar a nuestro gobierno al siglo XXI en una amplia gama de formas, desde brindar servicios de manera más eficiente y efectiva; a acelerar la transición hacia una economía de energía limpia; para ayudar a los trabajadores a encontrar mejores trabajos, obtener acceso a oportunidades educativas y llevar una vida más larga y saludable”. Con dicho objetivo se informa que “para ayudar con la implementación de la Orden ejecutiva, la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (*Office of Information and Regulatory Affairs –OIRA-*) y la Oficina de Políticas de Ciencia y Tecnología (*Office of Science and Technology Policy –OSTP-*) están emitiendo una guía sobre cómo las agencias pueden usar los conocimientos de las ciencias del comportamiento para hacer que los formularios federales sean más simples y fáciles de completar para el pueblo estadounidense. El documento de orientación sugiere formas en que las agencias pueden priorizar las modificaciones a los formularios que impactan sustancialmente al público y las operaciones de la agencia. El SBST apoyará estos esfuerzos proporcionando ejemplos de conocimientos de las ciencias del comportamiento que las agencias pueden usar para

TESI DOCTORAL

Comportamiento (*The Social and Behavioral Sciences Team –SBST-*), dependiente del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (*The National Science and Technology Council –NSTC-*). En la Sección Primera de dicha Orden ejecutiva se establece la directiva de la política de aplicación de los conocimientos de la ciencia del comportamiento, por parte de las Agencias y Departamentos federales:

- (i) identificar políticas, programas y operaciones donde la aplicación de los conocimientos de las ciencias del comportamiento puede producir mejoras sustanciales en el bienestar público, los resultados del programa y la rentabilidad del programa;
- (ii) desarrollar estrategias para aplicar los conocimientos de las ciencias del comportamiento a los programas y, cuando sea posible, probar y evaluar rigurosamente el impacto de estos conocimientos;
- (iii) reclutar expertos en ciencias del comportamiento para que se unan al Gobierno Federal según sea necesario para lograr los objetivos de esta directiva; y
- (iv) fortalecer las relaciones de la agencia con la comunidad de investigación para utilizar mejor los hallazgos empíricos de las ciencias del comportamiento.

Nos encontramos con el hecho de que las iniciativas de creación de unidades de análisis del comportamiento y aplicación de sus resultados y estudios en diferentes políticas públicas, que se materializan en la actuación por parte de la Administración y de las Agencias gubernamentales, con relevancia jurídica, se desarrollan en un momento histórico, que se caracteriza por estallar la identificada como “burbuja inmobiliaria” en Estados Unidos. Hecho que se

mejorar los formularios federales, trabajando directamente con las agencias en el rediseño de formularios y facilitando las interacciones entre las agencias y los expertos en investigación que pueden ayudar en la revisión y redacción de formularios mejorados.” Documentos consultables en: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/15/fact-sheet-president-obama-signs-executive-order-white-house-announces>.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

mimetizó en una gran mayoría de países industrializados, cuyas consecuencias se derivaron de una importante inversión en la vivienda de propiedad, desarrollándose dicho sector, con un importante incremento de hipotecas identificadas como “subprime”, por otorgarse a familias con ingresos muy bajos, lo que las convertía en activos financieros con una alta probabilidad de impago. Hipotecas que habían sido concedidas a interés variable, con unos tipos de interés muy bajos, incentivadas por la Administración Bush y la Reserva Federal de Estados Unidos, en el año 2002, para estimular el mercado de la vivienda y el mercado de capitales. Entre los años 2005 y 2006, la especulación de los vendedores e inversores sobre las viviendas y la evolución de los mercados financieros, llevaron a un incremento todavía mayor de los precios de los inmuebles, del que ya se estaba produciendo desde 1997, y las hipotecas pasaron a tener un tipo de interés muy alto, sin posibilidad de refinanciación, lo que tuvo como consecuencia inmediata un alto índice de morosidad, que comportó que los productos financieros cuyos valores estaban respaldados por hipotecas conocidas como “subprime” perdieran su valor, al perder el valor los inmuebles sobre los que se habían concedido, lo que comportó una reducción masiva de la liquidez en los mercados de crédito, primero en Estados Unidos y a continuación a nivel global, con la consecuencia de la quiebra de muchas empresas (Sunstein y Thaler, 2020, 277-282). La quiebra del banco de inversión Lehman Brothers, el 15 de septiembre de 2008, así como la de varias entidades financieras a nivel mundial que se encontraban expuestas a estos productos financieros, dio como resultado una de las mayores crisis financieras, con un impacto directo en las economías a nivel global, lo que derivó en una enorme crisis en la zona euro a partir de 2010. Crisis motivada, entre otras causas, por una desregulación de los mercados

TESI DOCTORAL

financieros y una gran exposición de las entidades financieras a productos derivados, de gran riesgo, sobre hipotecas del mercado inmobiliario, principalmente en Estados Unidos. Dicha crisis comportó una enorme aportación de dinero público, mediante planes de rescate financieros y bancarios, como respuesta a la crisis de liquidez bancaria que se generó, aprobados por la mayoría de Gobiernos, como ocurrió en el año 2009, por el de los Estados Unidos, con la Administración de Barack Obama y por el del Reino Unido, con el Gobierno de Gordon Brown. Ello afectó a su déficit público, y comportó la adopción de importantes medidas de ajuste y reducción del gasto público, que en el caso del Reino Unido motivó que en el 2010 ganara las elecciones el partido conservador, eligiéndose como primer ministro a David Cameron.

En este entorno económico y financiero, se impulsan y desarrollan las unidades para intervenir sobre el comportamiento de sus ciudadanos, que tenían como finalidad conseguir resultados acordes con el interés público, pero con reducidos costes económicos, por el importante déficit público existente. Cabrales y Rey (2021: 44), consideran que los argumentos a favor del enfoque “nudge”, en el supuesto de la unidad creada por el Gobierno de Reino Unido, el Behavioral Insights Team (-BIT- Equipo de Análisis «Perspectiva» del Comportamiento), tenía en parte como objetivo, “blanquear los recortes presupuestarios en muchas políticas sociales y no hacer suficientes esfuerzos en atacar realmente las raíces profundas de importantes problemas sociales”. Thaler y Sunstein (2020: 280-282), consideran que se podría haber evitado la crisis que se motivó en los productos financieros conocidos como hipotecas “subprime”, aplicando “nudges” por parte de los reguladores, para “ayudar a la

TESI DOCTORAL

gente a afrontar la complejidad, resistir la tentación y evitar verse engañada por las influencias sociales”. Dichos autores anudan el incremento de los precios de la vivienda a partir de 1997, cuando se había mantenido estable desde 1960, y que creció exponencialmente entre 2005 y 2006 en Estados Unidos, de una forma totalmente incongruente con los datos que se tenían de las tendencias históricas, en la racionalidad limitada, la falta de autocontrol y las influencias sociales. Racionalidad limitada porque muchos de los prestatarios no comprendían las condiciones de sus préstamos, como muchos de los directivos cambiarios no comprendían los riesgos de los productos financieros complejos que crearon. Falta de autocontrol que se manifestó en que se optó por parte de los prestatarios por refinanciar la hipoteca en vez de cancelarla, o suscribir otras hipotecas, opciones facilitada por las propias entidades financieras, sin evaluar los riesgos, ante unos tipos de interés que cada vez eran más bajos, que subieron de forma inesperada. Influencias sociales que se nutrieron de un optimismo general sobre el incremento constante del precio de la vivienda, que según los medios de comunicación seguiría una línea alcista de forma indefinida, lo que no ocurrió, sino al contrario. La teoría de los “nudges”, como nos recuerdan Thaler y Sunstein, incorpora parte de los postulados de la profesora de Derecho Elisabeth Warren, que propugnó que Estados Unidos debería crear “una comisión de Seguridad de los Productos Financieros, uno de cuyos objetivos sería proteger a los consumidores creando completas bases de datos estadísticos y difundiendo oportunamente sobre los riesgos y tendencias”. Consideran dichos autores que ello no debe llevarse a cabo a partir de incrementar la burocracia, sino a partir de exigencia de transparencia en la actuación de las entidades financieras, poniendo como ejemplo “la información nutricional que deben contener los

TESI DOCTORAL

envases de los alimentos que se venden en los supermercados”, que permiten que el mercado funcione mejor, por mucho que sea ignorada por una parte importante de los consumidores. En base a dichos postulados proponen como “nudges”, no la imposición de mandatos y prohibiciones, sino que las hipotecas y otros instrumentos financieros contemplaran la “provisión simple por defecto”, estableciéndose explícitamente el producto financiero que se le recomendaba, a no ser que de forma explícita el consumidor escogiera otra alternativa. Y solo si el consumidor se desviaba de la norma por defecto, asociar a la opción de mayor riesgo la información necesaria para la decisión a adoptar, dentro de un proceso evaluativo para meditar su decisión, con “provisiones para desvincularse”. “Provisión simple por defecto” que se correspondería con un “nudge” al dirigirse como un estímulo a la decisión que no le perjudique sus intereses de inversión; y asociación de la información, transparencia y evaluación del producto financiero, con la posibilidad de separarse de dicha provisión, que actuaría como un impulsor que se dirige a reforzar la capacidad de conocimiento del inversor, para la adopción de decisiones informadas.

El ordenamiento jurídico español ha materializado dichos postulados en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, norma que tal como recoge en su Preámbulo, “desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que se introducen las obligaciones correspondientes para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones. A estos efectos, se ha diseñado un sistema basado en la evaluación de la solvencia, que tiene

TESI DOCTORAL

como objetivo la valoración del riesgo de impago a efectos de la posible concesión de un préstamo y cuyo desarrollo no debiera, en ningún caso, suponer una barrera de acceso al crédito a la población, sino un estímulo legal al comportamiento más sano y prudente de entidades y clientes”.

La función constitucional de ilustración que, como pongo de manifiesto cuando procedo a explicarla, se vincula con el derecho fundamental a la educación previsto en el art. 27 CE, en relación con el art. 10.1 CE, para conseguir el objetivo del pleno desarrollo de la personalidad humana, y se anuda en los arts. 1.1, 23.1 y 105.b) CE, respecto al modelo de Estado como Social y Democrático de Derecho y los valores superiores del ordenamiento jurídico, respecto la participación ciudadana en los asuntos públicos, y respecto a la transparencia en el acceso a los archivos y registros de la actuación administrativa. En este caso, para la adopción de decisiones financieramente responsables, orienta la finalidad de la norma. Finalidad que, de acuerdo con el Preámbulo, "trata de actualizar el conjunto de previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito. De este modo, en línea con las reformas acometidas en buena parte del Derecho comparado, nuestro país mejora las exigencias en materias tales como información relativa a tipos de interés y comisiones, comunicaciones con el cliente, información (pre)contractual, servicios financieros vinculados, etc. La orden incluye, asimismo, una mención expresa al asesoramiento, con el fin de garantizar que la prestación de este servicio bancario se realice siempre en mejor interés del cliente, y valorando adecuadamente su situación y el conjunto de servicios disponibles en el mercado. De este modo, se distingue tal servicio de la directa comercialización

TESI DOCTORAL

por parte de las entidades de sus propios productos, actividad ésta, sometida al régimen general de transparencia y explicaciones adecuadas”.

La técnica del “nudge” no se incorpora por Tahler y Sunstein a una tesis que motive una actividad de más regulación en la intervención de los poderes públicos, con el enfoque desde la Ciencia económica que focaliza dicha intervención sobre el comportamiento humano para adoptar mejores decisiones, sino como una mayor simplicidad en dicha intervención sin generar incertidumbre, lo cual exigirá un “aumento de la discrecionalidad en algunos ámbitos y una mayor claridad de las exigencias que impongan en otros”⁵¹.

La relevancia de la técnica del “nudge” ha llevado a que diversos textos de “soft law” en el ámbito de la Unión europea permitan establecer los parámetros para su identificación, a partir de diferentes elementos que considero fundamentales o nucleares para delimitar de una forma determinante sus contornos jurídicos. En dicho sentido merece destacarse especialmente el Dictamen sobre *Integrar los “nudges” en las políticas europeas*, del Comité Económico y Social Europeo de 15 de diciembre de 2016.

Dichos parámetros identificativos de la técnica del “nudge”, los clasifico en los siguientes:

- a) La existencia de un control no coactivo ni manifestación del derecho imperativo.
- b) Su carácter aleatorio, sin dirigirse a un individuo, empresa o entidad en concreto.
- c) Su carácter directivo, orientando la decisión del individuo.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

- d) Su carácter focalizado, desplegando efectos únicamente en quien se encuentre ante la situación en que se materialice la herramienta de la técnica del “nudge”.
- e) Su carácter limitador de la libertad individual. La elección que se adopta por el individuo se hace sentir como propia, teniendo en cuenta que dicha técnica que se fundamenta en la idea de que los cambios de comportamiento deben basarse en incitaciones suaves, tiene como finalidad facilitar elementos para la adopción de mejores decisiones individuales o colectivas que comporten un beneficio coincidente con el interés público. Y ello, a partir de la aplicación de una técnica que se fundamenta en la comprensión de los factores que influyen en el comportamiento de los individuos, desde el resultado de análisis experimentales sobre la cognición y la racionalidad limitada, y cómo afectan los sesgos y las heurísticas al proceso decisional.
- f) Su finalidad en la consecución de un resultado determinado, que responde a una finalidad pública en el ejercicio de una competencia atribuida por la normativa a la Administración que diseña la Arquitectura de la elección, en la que se aplicará dicha técnica y la herramienta en la que se manifieste.
- g) Que se tenga como objetivo la obtención de un ahorro de costes en el ámbito material sobre el cual se aplica, y una mayor simplificación en la actuación y relaciones con la Administración.
- h) Actuar incidiendo en la corrección de desigualdades sociales que puedan afectar la toma de decisiones en cuanto a su orientación en la

⁵¹ Sunstein (2014a: 23-24).

TESI DOCTORAL

consecución de fines de interés público, a partir de diferencias socio-educativas, cognitivas, o de discapacidad, evitando su discriminación.

- i) No se corresponde a la función de información pública de la actuación de la Administración, puesto que es el resultado de análisis experimentales sobre la cognición y la racionalidad limitada, y cómo les afectan los sesgos y las heurísticas. Su finalidad no es la de comunicar para tener conocimiento de algo, sino la de incitar una conducta determinada, mediante el diseño de la Arquitectura que debe incorporarse a un proceso de información y transparencia, que permita poner a disposición del individuo de elementos que le permitan la evaluación de la opción pública, como herramienta en la que se materializa dicha técnica.
- j) No se corresponde a lo que podría identificarse con una actividad de fomento sofisticada y científicamente informada, no basada en incentivos económicos, respecto a la actuación de la Administración para condicionar y estimular una conducta determinada. Como he expresado es el resultado de análisis experimentales sobre la cognición y la racionalidad limitada, y cómo les afectan los sesgos y las heurísticas, no produciendo efectos jurídicos sobre terceros que vinculen a la Administración, debiendo existir capacidad de elección entre diferentes opciones, o respondiendo a un enmarcado establecido por la Administración en el que se desarrolle la conducta voluntaria del individuo.
- k) No se corresponde a lo que podría identificarse con una actividad de regulación, desde su construcción doctrinal en nuestro ordenamiento jurídico, relativa a una cierta actividad que va desde la normativa, la

TESI DOCTORAL

ablatoria, de garantía de prestaciones, o de prestación de servicios, hasta el arbitraje, o la asignación de recursos escasos, mediante instrumentos jurídicos más o menos flexibles. Su finalidad no se orienta a establecer una ordenación con efectos jurídicos, en la que los individuos deben tomar sus decisiones, sino a introducir factores de corrección sobre la racionalidad limitada, diseñando opciones motivadas en el interés público. Opciones que puedan facilitar la correspondiente elección entre otras opciones, o le configuren un marco con una única opción, en el proceso decisional del individuo, a partir de análisis experimentales sobre la cognición y la racionalidad limitada, y cómo le afectan los sesgos y las heurísticas. En todo caso, la aplicación de la técnica del “nudge público”, en la intervención administrativa en el proceso decisional de los individuos o colectivos, tendrá carácter normativo, más allá del concepto de norma, en base a sus efectos condicionantes de la conducta en cuanto a un entorno o documento predefinido, cuando con la herramienta que se manifieste, se advierta de una consecuencia jurídica no imperativa, en el marco de un encuadre en el que la decisión individual no pueda excluir el entorno o marco cuya arquitectura ha desarrollado la Administración (la forma y contenido en que se presenta un documento o la señalización vial).

El carácter público del “nudge” se manifiesta cuando dicha técnica es adoptada por una autoridad pública integrada en un poder público que ejerce las competencias que tiene atribuidas por la norma de su creación. Asimismo su utilización debe tener relevancia jurídica, puesto que su fin ha de ser orientar el comportamiento de los individuos. La utilización de dicha técnica debe ser el

TESI DOCTORAL

resultado de una decisión pública que diseñe, a partir de análisis experimentales sobre la conducta y la cognición, efectuados en el ámbito de la economía, de la sociología, de la psicología, de la neurología, de la semiótica o de la lingüística cognitiva, la Arquitectura de una intervención administrativa sobre el proceso de decisión de los individuos.

Dicha intervención debe ser distinta a la coacción, al control, a la regulación (aunque dicha arquitectura también debe incidir sobre la misma y sobre los reguladores, a los efectos de que la intervención administrativa sea la opción menos restrictiva de los derechos individuales y colectivos), al fomento o a cualquier manifestación del ejercicio de potestades de la Administración.

Asimismo, debe tener efectos jurídicos sobre terceros, si bien que desde una intensidad muy débil, puesto que no reviste ninguna de las formas que la doctrina ha establecido en cuanto a la manifestación de la actuación de la Administración, en el marco de relaciones jurídicas en que se identifican las partes de la misma. Efectos que se materializan solo en la acción de orientar la conducta de los individuos o de la colectividad hacia el cumplimiento de una finalidad de carácter público, acorde con el interés general, desde una adecuada protección de los valores constitucionales y los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales firmados por España.

Valores superiores del ordenamiento jurídico, entre ellos el de libertad, justicia e igualdad, que permiten hacer efectiva la dignidad humana, los derechos inherentes a la misma, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y el respeto a los derechos de los demás (art.10.1 CE). Dignidad a partir de la cual adquieren sentido los derechos de la persona, teniendo en cuenta como ha expuesto Parejo (1991b: 108-116), citando a Gregorio Peces Barba, que los

TESI DOCTORAL

valores constitucionales recogidos en el art. 1.1 de la CE, encuentran en el art. 10.1 CE, “la clave misma, el suelo axiológico y, por tanto, el criterio que otorga legitimidad, sentido y estructura a la totalidad del orden constitucional material (su parte dogmática)”.

Abordo las características del “nudge público”, desde un punto de vista subjetivo y objetivo. Considero que nos encontraremos ante un “nudge público”, desde un punto de vista subjetivo, cuando dicha técnica sea utilizada por un poder público, teniendo en cuenta que en la presente investigación lo referenciaremos a cuando el mismo sea una Administración pública. Por dicho motivo, al manifestarse dicha técnica en la actuación de la Administración pública, corresponde su estudio y el establecimiento de su régimen jurídico al Derecho Administrativo. Parto, a estos efectos, de una concepción del Derecho Administrativo desde una comprensión subjetiva u organizativa, como Derecho propio de la Administración, entendida ésta como organización propia de un Estado que se caracteriza por la división de poderes y que actúa conforme a normas preestablecidas y vinculantes. El Derecho Administrativo tiene como fin ordenar la organización y actividad de la Administración, y servir a su control jurídico articulado a partir de la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y del sometimiento pleno en su actuación a la Ley y al Derecho (Velasco Caballero 2020: 58-79), simplificándola desde el establecimiento de garantías jurídicas en sus relaciones con los ciudadanos y asociando efectos jurídicos a realidades muy diversas.

TESI DOCTORAL

Considero que nos encontraremos ante un “nudge público”, desde un punto de vista objetivo, cuando se den determinados elementos característicos que nos permitirán identificarlo. Elementos que podemos encontrar en:

- los contornos jurídicos de la actuación informal de la Administración, aunque el diseño de la Arquitectura de la elección, requiera de una actuación formalizada;
- el hecho de no requerirse la existencia de un acto administrativo previo de cobertura en que se materializa la actuación de la Administración, ni su materialización pretende sustituir un acto administrativo o cualquier otro instrumento con efectos jurídicos sobre terceros;
- que no se pretende conseguir una vinculación u obligatoriedad jurídica, como la que se pueda derivar de las formas clásicas y formalizadas de actuación de la Administración;
- que se manifiesta en el proceso de elección del ciudadano, o directamente en el proceso de decisión cuando la técnica es la del enmarcado, por la que la decisión del ciudadano se realiza en el marco o entorno creado por la Administración;
- que no tiene un carácter neutral, pues la Administración utiliza dicha técnica teniendo en cuenta la información de que dispone respecto a la orientación de la conducta, a partir de estudios analíticos y experimentales cognitivos, sobre el proceso de toma de decisiones de los individuos;
- que se puede modificar la decisión de las personas al intervenir con dicha técnica, manteniendo su libertad de elección sobre diferentes opciones.

El “nudge” se configura por su carácter no vinculante, y por el hecho de que debería ser posible evitar esta técnica de intervención administrativa a través

TESI DOCTORAL

de cualquiera de las herramientas en que se manifiesta, de una manera muy simple.

Respecto a las tipologías de la técnica “nudge”, Velasco Caballero (2020: 130), apunta una “clasificación por tipos, en normativos y no normativos, y por destinatarios, los dirigidos a los ciudadanos, a las autoridades públicas y a los empleados públicos”, ante los cuales considera que “el Estado de Derecho tiene determinadas respuestas para cada tipo y destinatario”, cuyo análisis considera pendiente de realizar.

En esta Tesis desde una posición original, sigo la clasificación establecida por dicho autor, parafraseándola, pero se difiere en parte, en cuanto a su estructuración y contenido, como se procede a exponer. Así pues, considero que las herramientas en las que se manifiesta la técnica del “nudge”, se proyectan pudiendo clasificarse en función de sus efectos, de sus destinatarios o de su carácter normativo.

En función de sus efectos, nos podremos encontrar diferentes tipologías:

- a) Cuando la aplicación de dicha técnica, pueda limitar derechos y libertades reconocidos en la Constitución, para lo cual se requerirá su previsión en norma con rango de ley y su desarrollo en norma reglamentaria.
- b) Cuando la aplicación de la técnica del “nudge público” mediante las herramientas en que se manifieste, pueda afectar a individuos o colectivos determinados por características sociales de discapacidad y cognitivas, con dificultades de accesibilidad cognitiva en las actuaciones de la Administración.

TESI DOCTORAL

Ello, en aplicación de las obligaciones positivas de los poderes públicos previstas en los arts. 9.2 CE y 49 CE, respecto al establecimiento de políticas para que puedan disfrutar en igualdad, de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos en la CE, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud del desarrollo de la libertad y la igualdad del individuo.

c) Cuando la intensidad de la aplicación de la técnica del “nudge público”, en la intervención administrativa en el proceso decisional de los individuos o en el comportamiento colectivo, reduzca el nivel de opciones de elección, como ocurre en las reglas por defecto, o cuando las elecciones se encuentran predeterminadas, como ocurre con el art. Quinto.Tres de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, cuando se establece que “las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido”.

d) Cuando la aplicación de dicha técnica, financie los efectos de una decisión del individuo contraria a la finalidad pública de la herramienta en que se materialice. Ello ocurre con el aumento del IVA en las bebidas azucaradas, del 10 al 21%, mediante la modificación de la Ley del IVA, por los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2021, aprobados por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre⁵², o el establecimiento de un impuesto específico sobre bebidas azucaradas envasadas, por la Ley del Parlamento de Cataluña, 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas y financieras⁵³.

⁵²Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 31 de diciembre de 2020.

⁵³Publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, de 30 de marzo de 2017.

TESI DOCTORAL

En función de su carácter normativo, nos podremos encontrar diferentes tipologías:

a) Tendrá carácter normativo la aplicación de la técnica del "nudge público" cuando con la herramienta en que se manifiesta, se advierte de una consecuencia jurídica no imperativa, en un marco en el que la decisión individual no puede excluir el entorno o marco cuya arquitectura ha desarrollado la Administración. Ello ocurre:

(i) ante la forma y contenido en que se presenta un documento;

(ii) cuando la conducta individual se encuentra focalizada mediante la opción por defecto, (1) como en el supuesto de la donación de órganos de personas fallecidas en accidente o por causa del mismo, a la que he hecho referencia anteriormente, o (2) en el supuesto de los contratos con los consumidores y usuarios, cuando en el art. 60.bis del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en la que se establece que cuando el vínculo contractual contemple la posibilidad de pagos adicionales, se requiere previamente el consentimiento expreso del consumidor, pero se establece una penalización si dicho consentimiento se ha obtenido, no de forma expresa, sino mediante la cláusula de opciones por defecto, en la que el consumidor para que no se le aplique, debe rechazar expresamente el pago adicional, entonces tendrá derecho al reembolso del pago efectuado; o

(iii) en enmarcados y emoticonos, como ocurre en la señalización vial, cuando no se encuentran previstos en la normativa específica de señalización con carácter imperativo o coactivo, por poner algunos ejemplos significativos. Debe

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

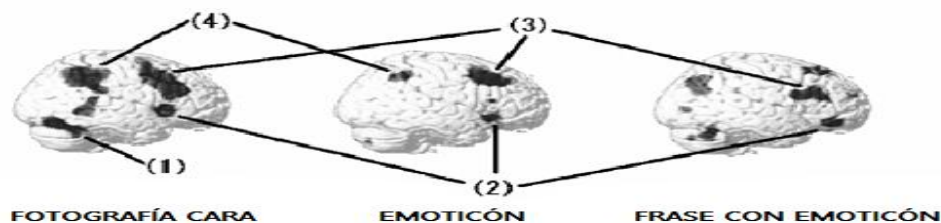
TESI DOCTORAL

tenerse en cuenta que tienen un impacto cognitivo⁵⁴ sobre las emociones, y en el ámbito de la movilidad y la circulación de vehículos, se afecta la regulación

⁵⁴ Eva María Rosa Martínez y David Martínez Rubio (2016, *El impacto de los emoticonos en la actividad cerebral*), han estudiado que los emoticonos “permiten transmitir e identificar emociones sin el uso de palabras, al mismo tiempo que enriquecen la comunicación y reducen la ambigüedad de la información, mejorando nuestras interacciones digitales. ./.. Estos iconos suplen lo que en los mensajes orales expresamos a través de los gestos y del tono de voz, enriqueciendo la comunicación digital y aumentando la satisfacción de los usuarios, lo que a su vez fomenta el uso de la mensajería instantánea, la conexión social y la expresión de la identidad de los usuarios (Hsieh y Tseng, 2015). En una investigación en la que se midió la actividad cerebral de los participantes mediante la técnica de resonancia magnética funcional se llegó a la conclusión de que los emoticonos se perciben como expresión de emociones, aunque no sean reconocidos como caras (Yuasa, Saito y Mukawa, 2006). En concreto, encontraron que el giro fusiforme derecho, que normalmente se activa en respuesta a las caras (Tong, Nakayama, Moscovitch, Weinrib y Kanwisher, 2000), no respondía a los emoticonos, pero el giro frontal inferior derecho, implicado en tareas de decisión con contenido emocional (Nakamura, 1999), se activaba tanto con las caras como con los emoticonos. Posteriormente, Yuasa, Saito y Mukawa (2011) utilizaron también la técnica de resonancia magnética funcional para estudiar el efecto de los emoticonos como información no verbal./.. Los autores concluyeron que los emoticonos constituían un recurso sencillo para mejorar la comunicación emocional a través de información no verbal, que se procesa de forma diferente a las expresiones faciales o el tono de voz./.. Conocer cómo se procesan estos elementos es un reto para la psicología cognitiva, ya que no parece existir una respuesta cerebral innata a los emoticonos, sino que se trata de una respuesta aprendida a través de la asociación con el rostro humano, una respuesta neural creada de manera cultural (Churches y cols., 2014). En resumen, la evidencia apunta a que, debido al aprendizaje asociativo, los emoticonos son capaces de activar algunas áreas cerebrales del mismo modo que los rostros humanos, concretamente, aquellas implicadas en el procesamiento de información emocional, a pesar de que no activan otras áreas cerebrales específicas del procesamiento de rostros”.

Fig.4. Las áreas sombreadas muestran las regiones cerebrales activadas: (1) giro fusiforme derecho; (2) giro frontal inferior derecho; (3) giro frontal medio derecho; (4) lóbulo parietal inferior derecho. Imagen adaptada de Yuasa y col. (2011).

Consultable en [El impacto de los emoticonos en la actividad cerebral | \(www.cienciacognitiva.org\)](http://www.cienciacognitiva.org).



TESI DOCTORAL

de la misma en el vial en que se encuentren los mismos. Dicha regulación incide sobre el conjunto de usuarios de esa vía, motivo por el cual, deberían formar parte de una disposición de carácter general, como un reglamento u ordenanza local de circulación, según la titularidad de la vía, o en un plan de movilidad, los cuales deberían contener el correspondiente informe de impacto cognitivo, pues su colocación en la vía pública no es neutral sino que responde al objetivo de reducir la velocidad en una parte importante de la población conductora, dirigiéndose a una respuesta del cerebro, activándose su campo emocional ante la visión del emoticono por el individuo conductor.

b) Tendrá carácter no normativo la aplicación de la técnica del “nudge público”, en la intervención administrativa en el proceso decisional de los individuos o colectivos, cuando con la herramienta en la que se manifiesta se permite al individuo un margen de elección entre diferentes opciones, que incluyen la correspondiente a la técnica del “nudge público”, de la que fácilmente debe poder apartarse.

Ello ocurre en cualquier actuación de la Administración en la que la opción pública sea una más de las opciones en el proceso de elección de los individuos, como en:

- los supuestos del semáforo nutricional, no regulado en España;
- las advertencias de las cajetillas de tabaco y su homogeneidad o estandarización; o
- los tributos sobre bebidas azucaradas, a los que se ha hecho referencia anteriormente.

En función de sus destinatarios, nos podremos encontrar diferentes tipologías:

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

- a) Los dirigidos a los ciudadanos en general, en abstracto, sin que se deriven efectos jurídicos directos.
- b) Los dirigidos a interesados, consumidores y usuarios vinculados con la Administración en su calidad de prestadora de servicios públicos, o en la gestión de su patrimonio.
- d) Los dirigidos a empresas y entidades que se relacionan con la Administración.
- e) Los dirigidos a empleados de la propia Administración.
- f) Los dirigidos a autoridades de la propia Administración.

Por último, respecto al carácter evaluativo asociado a la aplicación de la técnica del “nudge”, no desde la información asociada al mismo, que recibe como opción el individuo, sino desde la exigencia a la Administración del cumplimiento del requisito de motivación en el diseño de la Arquitectura de la elección, desde el enfoque de la perspectiva cognitiva, Tomás Font Llovet⁵⁵, en

⁵⁵Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona. En sesión de 7 de febrero de 2022, del Seminario de Derecho Administrativo dirigido por el catedrático Dr. Joaquín Tornos Mas, sobre “El desplegament del Codi Ètic del Servei Públic de Catalunya” (El despliegue del Código ético del Servicio público de Cataluña), que tuvo como ponente al profesor del mismo Departamento Dr. Óscar Capdeferro Villagrasa, se analizaron diferentes aspectos sobre normas de conducta ética a partir del Acuerdo de 26 de octubre de 2021, del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, aprobando la adopción del Código ético del servicio público de Cataluña. Entre diferentes aspectos, el Dr. Tomás Font Llovet destacó los organizativos, diferenciando la necesidad de existencia de órganos con funciones de autoridad o recomendación, como sería la Inspección General de Servicios, diferenciada de otros órganos de la Administración que tienen asignadas funciones de formación. Respecto a dicha Inspección General, considera que deberían tener asignadas competencias en cuanto al diseño, la implementación, el control y la evaluación del enfoque ético en la actuación de la Administración pública.

En España existe la Inspección General de Servicios en la Administración General del Estado y en la de diferentes Comunidades Autónomas, no así en la Administración local u otros poderes públicos, de una forma generalizada. Se considera relevante destacar, por el enfoque en que

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

cuanto a la evaluación del enfoque ético en la actuación de la Administración Pública, considera relevante la función a desarrollar en las Administraciones públicas, por una Inspección General de servicios, como órgano especializado en el control interno y en la evaluación de los servicios.

se orienta su ámbito funcional, de evaluación, calidad y ético en la prestación de servicios, la Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental, para la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña; o en la Ley 11/2018, de 16 de noviembre, de la Inspección General de Servicios, para la Administración de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, por poner algunos ejemplos. En la Administración General del Estado se contempla como un órgano descentralizado por Ministerios, con dependencia directa de la Dirección General de Gobernanza Pública, adscrita a la Secretaría de Estado de Función pública del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Tiene como objetivos la racionalización, la simplificación y la agilización de los procesos de trabajo y procedimientos de gestión, evaluando la eficacia y eficiencia de los servicios, y promoción de programas de formación especializada e intercambio de las metodologías y técnicas aplicadas, fijando los criterios que faciliten la atención a los ciudadanos mediante el análisis integral de quejas y sugerencias, y determinando los criterios generales para la definición de programas ministeriales. Su regulación se encuentra en el RD 799/2005, de 1 de julio, por el que se regulan las inspecciones generales de servicios de los departamentos ministeriales.

En Estados Unidos la Inspección General de Servicios y su Oficina (OIG), es un órgano, creado por la Ley del Inspector General de 1978 (Ley 95-452) como una unidad independiente responsable de promover la economía, la eficiencia y la eficacia, y detectar y prevenir el fraude, el despilfarro y la mala administración en la Oficina General, cuyo responsable debe ser ratificado por el Senado. Su Oficina interviene como una unidad independiente que tiene como misión promover la economía, la eficiencia y la eficacia, así como detectar y prevenir el fraude, la mala gestión, el mal uso y el despilfarro de los fondos públicos y, en general, la mala gestión en los programas y operaciones que desarrollan las Agencias federales y la Administración de Servicios Generales (General Service Administration –GSA-). La GSA es un organismo dependiente del Gobierno federal que fue creado por el Presidente Harry Truman, el 1 de julio de 1949, para agilizar el trabajo administrativo, dando apoyo a las Agencias federales, teniendo como misión promover las mejores prácticas de gestión, así como actuaciones gubernamentales eficientes en diferentes ámbitos, entre ellos el patrimonial y organizativo en la optimización de espacios a ocupar por los empleados federales, y el establecimiento de soluciones tecnológicas y de incremento de la eficiencia energética, mediante el desarrollo de políticas gubernamentales innovadoras y digitales. Asimismo, asume la responsabilidad en la continuidad de la Administración durante la transición interinstitucional cuando cambia la presidencia del Gobierno federal con motivo de los procesos electorales.

TESI DOCTORAL

En esta investigación postulo que en dichos órganos se podría residenciar el enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración mediante la técnica del “nudge”, a través de la asignación de funciones en materia de Análisis, Evaluaciones, Informes y Recomendaciones, sobre los efectos que puede comportar su aplicación.

La evaluación debe llevarse a cabo una vez aplicada dicha técnica a través de las diferentes herramientas en que se manifieste, con criterios de accesibilidad, transparencia e información a la ciudadanía, lo cual también se realizaría respecto a las políticas públicas en que se aplique, a los efectos de mejora de los servicios públicos, mediante actuaciones de la Administración que orienten las conductas hacia la consecución del interés general, como se ha dado en los supuestos de vacunación ante la pandemia de la COVID-19, o en el desarrollo del modelo francés de «semáforo nutricional», NUTRI-SCORE.

3. La discrecionalidad como fundamento en la actuación de ordenación directiva de la Administración pública y su control judicial.

El elemento discrecional de la intervención administrativa mediante la técnica del “nudge público”, como actuación de ordenación directiva⁵⁶ dirigida a la consecución del interés general, aparece tanto (a) en el momento del diseño de la Arquitectura de la elección en que intervendrá la Administración, que

⁵⁶ Velasco Caballero (2020: 128-129), vincula la técnica del “nudge” a nuevos sistemas y tipologías de actuación administrativa no decisoria aunque sí directiva, frente a la teoría de las formas jurídicas desarrollada por la doctrina alemana, y a la que se ha hecho referencia en el apartado 1 de estas cuestiones preliminares, vinculándola a la dirección de la conducta mediante la información, y su aparición por impulso de la psicología cognitiva, a partir de su desarrollo en Estados Unidos y Reino Unido.

TESI DOCTORAL

acogiendo la tesis que sostiene Bacigalupo (1997: 181 y ss.), nos llevaría a entender que la discrecionalidad operaría en el supuesto de hecho imperfecto, es decir, en el mismo proceso del diseño de la Arquitectura de la elección; como, (b) en el momento de aplicar la herramienta cognitiva más adecuada según el diseño efectuado en la fase previa de la Arquitectura, que se materializará dentro del proceso de elección, como una de las diferentes opciones que tiene el individuo; así como, (c) en la herramienta que se materialice, con un carácter normativo de enmarcado en la fase decisional, en la que el individuo se encuentra condicionado por la actuación administrativa, de tal forma que no puede sustraerse a la misma, y dicha actuación es el resultado del análisis experimental para la consecución de una respuesta predeterminada (como por ejemplo, en la presentación o en la forma de redactar un documento que debe rellenarse, así como en su propio contenido y terminología utilizada, o en la señalización horizontal o vertical sobre la vialidad).

Ello me permite establecer que existen parámetros comunes que integran la naturaleza jurídica del “nudge público”, a la que me he referido en el Apartado 2 de esta Primera parte, con la actuación discrecional de la Administración, ya se proyecte en su actividad de naturaleza administrativa, o en su actividad de naturaleza no administrativa por su carácter de dirección política o de gobierno⁵⁷, en cuanto a la manifestación de ésta como potestad⁵⁸, cuando

⁵⁷ En relación a los actos de dirección política o de gobierno y su control judicial, se pronunció en su día el Consejo de Estado francés en “Arrêt de 19 de febrero de 1875, Prince Napoléon” (comentado en Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés), sentencia que sentó las bases en el siglo XIX del control judicial de los mismos. “Esta sentencia marca, pues, un hito de suma importancia en la ampliación del control de los actos administrativos por el Consejo de Estado. Hasta entonces, en el marco de una justicia administrativa que empezaba

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

apenas a delimitarse, el Consejo de Estado no podía conocer de un acto si éste tenía un carácter político. A partir de ese momento, el Consejo de Estado, que ejerce desde que se dictó la ley de 24 de mayo de 1872, una justicia delegada, ya no admite que la naturaleza o la finalidad política de una decisión la sitúen al margen del control contencioso-administrativo. Más bien al contrario, la finalidad política se convierte, a partir de ese momento, en un motivo de anulación por desviación de poder o error de derecho, no estando facultada, por regla general, la Administración para adoptar sus decisiones en función de consideraciones de esta naturaleza.../... La lista de actos de gobierno ya sólo incluye hoy en día dos tipos de medidas: los actos que tienen que ver con las relaciones entre el ejecutivo y el Parlamento, y los que están directamente vinculados con las relaciones entre Francia y las potencias extranjeras o los organismos internacionales.../.. La inmunidad jurisdiccional que caracterizaba tradicionalmente al acto de gobierno afectaba a la vez al contencioso de legalidad y al de indemnidad; no se podía ni impugnar la legitimidad de la decisión ni solicitar una reparación por sus consecuencias perjudiciales.../.. La teoría de los actos de gobierno obedece fundamentalmente al deseo del Consejo de Estado de no inmiscuirse ni en las relaciones entre el poder legislativo y ejecutivo, ni en la acción diplomática considerada como una prerrogativa exclusiva y tradicional del ejecutivo. Vuelven así a aparecer, bajo un nuevo aspecto y dentro de unos límites más estrechos, las consideraciones de naturaleza política que dieron históricamente origen al concepto de «acto de gobierno»(Grands Arrêts 2017: 49-50, 59-60). En España no se recepciona en nuestro derecho positivo dicha doctrina hasta la LJCA, cuando el legislador, en el Apartado II de la Exposición de Motivos establece que “la Ley no recoge ya, entre estas exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos del Gobierno, a que se refería la Ley de 1956. Sobre este último aspecto conviene hacer alguna precisión. La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida «per se» del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera caber al respecto, la Ley señala en términos positivos una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes”.

⁵⁸ En relación a la configuración jurídica de la “potestad” como poder de la Administración, respecto a su proyección en los actos de gobierno o de dirección política, se pronuncia el pleno del Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de abril de 1997 (RC 726/1996), sobre la desclasificación de papeles del CESID, considerados como secretos oficiales, con anclaje en el art. 97 CE (FD Séptimo). Respecto a los contornos y naturaleza jurídica de las potestades administrativas, el Tribunal Supremo tiene consolidada una doctrina recogida en sentencia de

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

20 de diciembre de 1994 (RC 322/1993), en la que se establece que **“No existe potestad administrativa sin habilitación por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, toda acción administrativa, para que sea válida, ha de contener la debida habilitación..”** El Ordenamiento jurídico atribuye a la Administración potestades y la habilita para actuar, en su caso, cuando la actividad no sea en sentido propio del ejercicio de una potestad específica. De ahí que se distinga entre potestades administrativas y derechos subjetivos de la Administración, que como puntualiza la doctrina científica son especies del género poder jurídico. Entre potestad y derecho subjetivo, existe importante diferencia: Los poderes los representa el ordenamiento jurídico (del que derivan) en términos tales que no recaen sobre objeto singularmente determinado ni para resolver pretensiones concretas: Los poderes se refieren a un ámbito de actuación definido con generalidad: De ahí que el ejercicio de la potestad conforme al Ordenamiento jurídico comporte el sometimiento de los sujetos respecto de los que se ejercita; los derechos subjetivos se refieren siempre a una situación jurídica concreta, y recaen sobre un objeto determinado y frente a una persona física o jurídica que resulta sujeto obligado” (FD Tercero). Doctrina que se complementa con la recogida en sentencia de 20 de marzo de 1995 (RCA 717/1994), en la que se establece que **“Las Administraciones Públicas, mediante el ejercicio de sus potestades administrativas que les otorga el Ordenamiento jurídico, realizan sus variadas acciones administrativas para la realización del interés general.** Las potestades administrativas, como se acaba de expresar, emanan del Ordenamiento jurídico: De ahí que el ejercicio de cualquier potestad esté condicionado por el principio de legalidad, por lo que nuestra Constitución proclama, tras garantizar ese principio (art. 9.3 de la CE), que la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 de la CE). El ejercicio de las potestades administrativas, es expresión de supremacía en función del interés general a que debe tender toda acción administrativa” (FD Tercero).

Gamero (2015: 22, 32), nos define la potestad administrativa, a partir de los elementos conceptuales de la misma establecidos en su día por Santi Romano, **“como un poder jurídico unilateral, reconocido para la satisfacción del interés general, sometido a la Ley, a control jurisdiccional (judicial y constitucional) y a garantías de alcance constitucional, cuyo ejercicio es obligado para su titular, quien la ostenta en virtud de una atribución articulada conforme al principio de legalidad”**. Dicha definición, el autor la desarrolla siguiendo la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, identificando también como potestades administrativas, **“poderes funcionales cuyo ejercicio produzca efectos favorables para los ciudadanos”** (p. 41), aunque se caracterice por su naturaleza unilateral, **no requiriendo su validez la aceptación de los mismos**, por mucho que pueda afectar a la esfera de derechos e intereses de terceros. Y también considera que puede caracterizar la potestad en algunos casos, la **“innecesariedad del matiz coercitivo”**, **no dando lugar a “relaciones jurídicas inmediatas”, sobre un sujeto pasivo obligado a soportar su ejercicio (p.42).** Se considera que estas manifestaciones de las potestades administrativas, **no tan solo motivan su reconocimiento en la discrecionalidad, sino también en la aplicación respecto a la actuación informal de la Administración, de técnicas con una incidencia indirecta sobre la conducta de los ciudadanos, como ocurre en el “nudge público”**. Finalmente, Gamero destaca el **carácter irrenunciable de la potestad**, siguiendo la doctrina académica y jurisprudencial, **“cuando se presentan los correspondientes supuestos de hecho, que se anudan a su finalidad, que es la satisfacción del interés general”** (p. 45).

TESI DOCTORAL

exista una habilitación del ordenamiento jurídico respecto a la actuación de la Administración. También encuentro parámetros comunes que integran la naturaleza jurídica del “nudge público”, además de con la actuación discrecional de la Administración, con el control judicial. Control judicial que respecto de los actos de naturaleza no administrativa, se establece en una jurisprudencia consolidada, destacando la sentencia del pleno de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2013 (RC 13/2013), en materia de un indulto (como manifestación de la actividad de naturaleza no administrativa, al no considerarse el ejercicio del derecho de gracia como una actuación administrativa, ni, en consecuencia, su materialización mediante el indulto supone el ejercicio de potestades administrativas), cuando establece:

En esta STS (Pleno) de 4 de abril de 1997 se invocaba *"la importante tradición de la jurisdicción contenciosa administrativa dirigida a reducir las inmunidades del poder público"*, así como *"la dificultad de principio de negar la tutela judicial cuando alguna persona legitimada la solicite alegando una actuación ilegal del poder ejecutivo"*. De forma más explícita, en el anterior ATS de 18 de enero de 1993 ya había señalado esta Sala que el artículo 24 de la CE *"ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad"*. Por ello, resulta hoy irrelevante la tradicional e histórica construcción de los actos políticos o de dirección política ---como mecanismo de exención del control jurisdiccional--- pues su control jurisdiccional no ofrece dudas, pero, obvio es, que circunscrito a los límites o requisitos previos que haya podido establecer el legislador mediante los citados *"conceptos judicialmente asequibles"*. Por ello, en la práctica, no resulta apreciable ---situados en dicho ámbito--- ninguna diferencia entre este control jurisdiccional y el que opera respecto de los actos discrecionales, que se realiza, fundamentalmente, mediante el control de los elementos reglados.

TESI DOCTORAL

Dicho de otro modo, este tipo de actos políticos o de dirección política no son en la actualidad sino decisiones para cuya adopción el ordenamiento jurídico atribuye un amplísimo ---máximo, si se quiere--- margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo para apreciar "*los que sean de interés público*", pero sin que, en modo alguno, ello comporte una distinta naturaleza de estos actos en cuanto a su control jurisdiccional, ni merezcan, por consiguiente, una denominación diferenciada de los mismos, pues están sometidos a las reglas generales de vinculación a la Ley y al Derecho y de control judicial de los actos discrecionales de la Administración.

../.. A pesar de ello, como ya hemos expresado, de la lectura del artículo 2.a) de la misma LRJCA ---que afirma la posibilidad de controlar determinados aspectos de los mismos "*cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*"--- se deduce que el legislador admite la existencia de actos de gobierno de naturaleza no administrativa exentos del control ordinario de legalidad y sólo controlables en sus elementos reglados, cuando resulten afectados derechos fundamentales o para hacer efectiva la garantía patrimonial (FD Sexto).

Así pues, parto de una concepción de la discrecionalidad como una facultad cuyo ejercicio por la Administración produce efectos jurídicos. Requiere de una habilitación legal que se ejercita motivada en el interés público, que no es el interés de la Administración pública. Se materializa a través del órgano competente y es coincidente con el interés general reconocido en el art. 103 CE⁵⁹, al que sirve con objetividad la Administración pública, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Ello comporta, en relación con el art. 106 CE, "el control judicial de la actuación administrativa sometida a los fines que la

⁵⁹ La STC 85/1983, de 25 de octubre, establece que dicho precepto es aplicable a todas las Administraciones públicas, entendiéndose Berzosa (2011: 54), que "constituye un mandato para todos y cada uno de los que desempeñan una actividad administrativa. Por eso, **los programas de actuación de las Administraciones públicas deben elaborarse sobre la idea de servicio, tratando de imbuir la idea de que el funcionario está al servicio de la colectividad**".

TESI DOCTORAL

justifican”⁶⁰. En dicho sentido, Esteve (2017: 103-111), establece el contorno de la discrecionalidad en el “principio de legalidad, que permite a la Administración elegir entre diferentes opciones, todas ellas igual de válidas, dentro de un marco establecido en una norma, motivo por el cual los tribunales cuando efectúen el control de la actuación de la Administración a partir de la discrecionalidad, solo podrán declarar inválidas aquellas opciones que rebasen ese marco normativo de discrecionalidad, puesto que la misma, por su propia naturaleza, no es susceptible de control judicial, por serle consustancial un margen de libre decisión, exento de cualquier control”. Ello no evita, como postula Esteve, “que la propia Administración pueda reducir su margen de discrecionalidad, decisión que solo le compete a partir del principio de legalidad y la previsión constitucional de su sumisión al Derecho y al conjunto del ordenamiento jurídico, en cuanto a su proyección en el respeto a un procedimiento, si estuviera regulado; en la comprobación de los elementos que determinen la actuación de la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa; en la aplicación ponderada de los principios generales del Derecho, como el de proporcionalidad, el de igualdad, o el de confianza legítima, entre otros; en la regulación interna, limitando el alcance de la discrecionalidad en los diferentes ámbitos de actuación de la Administración; o en los elementos nucleares del ordenamiento jurídico en el ejercicio de las potestades administrativas, a las cuales se vincula el fin de la actuación de la Administración, y el control de la desviación de poder, cuando el fin es diferente”. En dicho sentido la discrecionalidad se conecta con el principio de

⁶⁰ Este postulado se planta por la Abogacía General del Estado en Dictamen 6/93, sobre los criterios para delimitar qué actividades de las Administraciones públicas constituyen el ejercicio de potestades administrativas, y en Dictamen 7/06, sobre el ejercicio de la potestad administrativa discrecional.

TESI DOCTORAL

proporcionalidad, para no convertirse en arbitrariedad, como nos indica Nieto a partir del derecho sancionador (2012: 529-531), desde un control judicial que materializa “una Justicia de razonabilidad, de racionalidad, y de parámetros semejantes, cuyo manejo no precisa de técnicas jurídicas, por lo que sus resultados tampoco pueden ser analizados de ellas”.

Para entender el alcance de la potestad discrecional, debe tenerse en cuenta, como ha puesto de manifiesto García-Andrade (2021: 170-171), la contraposición existente entre el concepto “actuación de la administración”, anudado al art. 106 CE, respecto al concepto de “actos administrativos”, anudado al art. 105 CE, que la CE se refiere a la “actuación administrativa” que debe analizarse a la luz de la función que cumple en el texto constitucional, como concepto más amplio que el de la “actividad administrativa”, que finaliza en un acto administrativo decisorio, que se entendería incluida en el art. 105 CE, cuando se refiere a que una ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, o el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas. Dicho autor considera que esta habilitación constitucional “permite que en la actuación de la Administración se puedan imponer conductas o establecer relaciones de sujeción respecto a terceros, sin que concurra su voluntad, como una manifestación jurídica que reconoce la supremacía de la Administración respecto a los ciudadanos”.

De ello se deriva que el ejercicio de la potestad discrecional requiere su fundamentación en el interés público, y debe expresarse de una forma motivada, de acuerdo con el art. 9.3 de la CE y el art. 35.1.i) de la LPACAP.

En base al razonamiento que he efectuado, considero, en consecuencia, la existencia de elementos comunes en la intervención administrativa mediante la

TESI DOCTORAL

técnica del “nudge”, con la actuación informal de la Administración de naturaleza no administrativa. Se caracteriza por la intensidad del ejercicio de la potestad discrecional en el diseño de la Arquitectura de la elección sobre el proceso decisional de los individuos, en la fase inicial de diseño y arquitectura, sobre la cual existe la posibilidad de un control por parte de los Tribunales. La actuación de la Administración pública, cuando ésta intervenga en ese proceso decisional mediante dicha técnica, responderá a “un proceso lógico que no puede resultar arbitrario, y del que ha de desprenderse que las expresadas razones no son una construcción en el vacío” (STS de 20 de noviembre de 2013, FD Octavo).

Control que, como manifestó el Alto Tribunal en la revisión del Decreto autonómico fijando la sede de la Junta de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en Valladolid, se anuda en la “culminación del proceso de perfeccionamiento del Estado de Derecho en el que el sistema de división de poderes es pieza clave, garante de libertades de los ciudadanos e impedimento para el uso arbitrario del Poder público” (STS de 30 de julio de 1987, FD Primero). El mismo se proyecta sobre la utilización de dicha técnica en la actuación de la Administración, en cuanto reviste un componente discrecional, que se referirá a “los elementos reglados que concurren en su ejercicio (competencia, procedimiento, motivación) o por haberse probado que se incurrió en desviación de poder o por falta del presupuesto para el ejercicio de esa potestad” (STS de 2 de diciembre de 2021, FD Tercero). Teniendo en cuenta que la revisión jurisdiccional de la actuación de la Administración en aplicación de una técnica que es manifestación del ejercicio de la potestad discrecional, se ve condicionada en que la sentencia, más allá de revisar los elementos reglados enunciados, en ningún caso pueda sustituir el juicio de

TESI DOCTORAL

oportunidad que exista en la motivación de la actuación discrecional de la Administración, en el supuesto en que responda el ejercicio de dicha potestad, también a actuaciones de naturaleza administrativa (STS de 2 de diciembre de 2021, FD Tercero).

En dicho sentido, considero que tendría cabida aplicar analógicamente la doctrina de los actos separables que recepciona en la doctrina española García-Trevijano (1959), de la doctrina del Consejo de Estado francés, en relación a la fase inicial del diseño de la Arquitectura de la elección, en la cual se establecerá la motivación de la utilización de la técnica del “nudge público”, a través de las diferentes herramientas en que se pueda manifestar con la finalidad pública que se pretenda conseguir, tal como se ha aplicado por el Tribunal Supremo, respecto a los actos de naturaleza no administrativa, los actos de gobierno o dirección política, ajenos a dicha jurisdicción, para controlar la justificación del procedimiento seguido y de la competencia del órgano que lo emitió, como actos separables respecto del contenido y del fondo de la cuestión (STS de 30 de julio de 1987, FD Décimo).

Dicha doctrina se ha materializado en unos parámetros orientadores de la intervención jurisdiccional en el control de la discrecionalidad y en la aplicación de la técnica de los actos separables, que los considero determinantes del control judicial de la fase de diseño de la Arquitectura de la elección, respecto a la intervención administrativa mediante la técnica del “nudge público”, a partir de los recogidos en su día por el magistrado del Tribunal Supremo, Juan Antonio Xiol Ríos, en un voto particular sobre el control de los papeles del CESID (STS de 4 de abril de 1997 –RC 726/1996-). Debe tenerse en cuenta, como en su día ya puso de manifiesto el también magistrado del Tribunal Supremo, Antonio Carretero Pérez (1970: 117), siguiendo a García de Enterría

TESI DOCTORAL

en materia de contratación, que “toda asimilación de la técnica de los actos separables debe conducir a la aplicación del principio de interpretación más favorable al derecho del ciudadano-administrado respecto al enjuiciamiento judicial de los actos administrativos, puesto que la legalidad administrativa comporta implícita la total sumisión al ordenamiento jurídico, de la conducta de los órganos administrativos que configuran la actuación de la Administración Pública, lo que debe hacerse extensivo a la actuación de la Administración que no finaliza en un acto administrativo”.

Lo anteriormente expuesto, anuda el “nudge público” a parámetros coincidentes con la potestad discrecional en sus manifestaciones de naturaleza administrativa y no administrativa, la actuación informal, la doctrina de los actos separables y la jurisprudencia consolidada sobre el control judicial en estas instituciones jurídicas, nos permiten establecer que cabrá exigir la responsabilidad de la Administración cuando de la misma se puedan derivar sacrificios a los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados internacionales, o a las obligaciones positivas recogidas en éstos últimos. Tal como ha puesto de relieve Velasco Caballero (2020: 130-131), ello procederá cuando la conducta que se “incite” dentro de las diferentes opciones elegidas por el individuo, pudiera ser contraria al derecho de propiedad, a la libertad de empresa, o a la intimidad personal. Supuestos que, junto con la afectación a cualquier otro derecho o libertad pública, reconocidos en la Constitución y Tratados internacionales, condicionan que el diseño de la Arquitectura de la elección requiera de una norma con rango de ley. Asimismo debe contemplarse como política legislativa, respecto a los daños que se produjeran, la posibilidad de exigibilidad de la correspondiente indemnización. También podría ser

TESI DOCTORAL

exigible mediante la institución de la responsabilidad patrimonial, si mediante la técnica del “nudge público” se afecta a la competencia, o a la marca de un producto, o se limita de forma discriminatoria la accesibilidad de personas con dificultades cognitivas o cualquier tipo de discapacidad, o se genera en el individuo una reacción contraria a la conducta esperada, que pueda comportarle un perjuicio objetivable.

Así pues, procedo a establecer los parámetros en que se identificaría el control judicial, teniendo como referencia los fijados por Xiol Ríos (STS de 4 de abril de 1997 –RC 726/1996-), en relación al enjuiciamiento de la aplicación de la técnica del “nudge público”:

a) La técnica de control de la discrecionalidad de los actos administrativos advierte de la necesidad de someter a fiscalización los elementos reglados del acto, así como el encaje de la potestad ejercitada en la habilitación legal conferida, lo cual defiendo en esta Tesis, que es de aplicación analógica a la actuación informal de la Administración que no finaliza en un acto administrativo.

- Se obliga a identificar cualquier indicio de arbitrariedad, es decir, de falta de razonabilidad que pueda advertirse en la motivación, integrada no sólo por los fundamentos de que se acompaña la decisión, sino también de los informes previos, de tipo jurídico y fáctico, en que el órgano se apoya. Ello comporta también una referencia instrumental a la desviación de poder.
- Además, las técnicas de control de la discrecionalidad, también condicionan el deber de distinguir el nervio de la decisión en cada caso adoptada, para examinar si tiene carácter jurídico, supuesto en el que el control judicial tendrá un grado muy elevado de intensidad, o se trata de

TESI DOCTORAL

cuestiones necesitadas de un parecer experto, por la vía del conocimiento científico, de la experiencia o de la especial información, caso en el que se debe tener en cuenta las limitaciones que aconseja el respeto a la llamada discrecionalidad técnica; o si, finalmente, la decisión tiene un núcleo no fiscalizable, por razón de la apreciación de criterios de oportunidad reconocida legalmente o de la necesidad de realizar una selección de prioridades relacionada con el nervio de la actividad informal en un sistema democrático, caso en el que el control judicial no podrá ser tan intenso, y deberá conformarse con el examen de los presupuestos de hecho, de los aspectos reglados del acto, de la competencia, de la causa y del fin; o, por decirlo en términos más familiares al derecho anglosajón, a la revisión de los aspectos jurídico-procedimentales y al test de razonabilidad de la decisión.

b) La técnica del control por la motivación de la actuación de la Administración, y de las decisiones adoptadas, constituye un elemento capital para el control jurisdiccional. No es un mero elemento formal, sino que reviste carácter sustancial, así como acreditar en la justificación, el criterio de una actuación en la que se acredite la diligencia debida. La técnica de control de los actos discrecionales nos enseña la necesidad de valorar no sólo el contenido de la motivación, sino los antecedentes que le sirven de fundamento y el grado de conocimiento, imparcialidad y competencia con que puede haber sido adoptada. Debe examinarse la motivación no en el aspecto jurídico, que parece menos asequible a un órgano del poder ejecutivo que a un tribunal, sino preferentemente respecto a los hechos necesitados de una valoración por

TESI DOCTORAL

expertos, siendo necesario valorar también la proximidad a la cuestión de quienes suministran las razones en que la decisión se funda.

la motivació no és un mer element formal, sinó que té caràcter substancial. També al tema de la diligència deguda a l'hora de justificar la seva decisió.

c) La técnica del control por los principios y valores constitucionales, la llamada interpretación principal, permite superar algunas limitaciones propias de los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control, pues no juega sólo con niveles de certeza y de determinación, sino que incorpora elementos valorativos tomados de la CE. La aplicación de dicha técnica ha de partir de dos elementos fundamentales:

- el reconocimiento del carácter capital de los derechos fundamentales, a los que se deben sacrificar, siempre que se den las condiciones de proporcionalidad exigibles, otros derechos y valores constitucionales, dado el valor informante que aquellos tienen sobre todo el sistema, y
- la incorporación para ponderar la justificación de las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales de los criterios operantes en el derecho comparado, especialmente en el marco de los tratados suscritos por España, y muy especialmente el del Convenio Europeo de Derecho Humanos. Además del valor que como tratado internacional ratificado por España tiene este convenio, debe notarse su especial incidencia en materia de interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la CE, en virtud de lo expresamente previsto en su art. 10. Dicho Convenio no sólo contiene apelaciones a la legitimidad de ciertas limitaciones necesarias en una sociedad democrática en relación con la libertad de expresión (art. 10) y con las libertades de reunión, asociación y sindicación (art. 11), sino que contiene también, referencias similares en relación con la publicidad de los

TESI DOCTORAL

procesos (art. 6), con el respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia (art. 8) y con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9).

d) La técnica del control a partir de la fijación de estándares y anticipación de criterios que, sin salirse del ámbito propio del examen y la resolución de la controversia judicial, permita hacer uso del valor orientador de la jurisprudencia, cuya autoría, sin otra referencia suprema que la reconocida en materia de garantías constitucionales en favor del Tribunal Constitucional (artículo 123 de la CE), está asignada a los Tribunales. En la actuación informal de la Administración, no estamos ante un sistema organizado por la ley, sino ante un sistema ordenado por sí mismo, cuyos supuestos rasgos característicos resultan tanto de las previsiones como de las ausencias legales. La noción de asequibilidad en relación a la actuación directiva y ordenadora de la Administración y, en cuanto a su contenido, respecto a la naturaleza de la materia sobre la que dicha actuación se proyecte, así como la impredecibilidad de las decisiones judiciales, afecta en su esencia a valores constitucionales básicos como la igualdad y la seguridad jurídica, motivo por el cual debe ser mayor el esfuerzo de construcción del nivel de control judicial, respecto al correcto funcionamiento, para la subsistencia misma, del sistema del Estado en el que se integran la Administración pública, el resto de poderes públicos y entes del sector público.

Ello justifica la relevancia de la motivación en una actuación en que la técnica de ordenación directiva, pero que lo es de orientación, como tal, no responde a la finalización de un procedimiento administrativo, aunque sí pueda responder

TESI DOCTORAL

su génesis en el proceso que elabore el marco para aplicarla, ni la actuación de la Administración comporta su materialización en un acto administrativo con efectos jurídicos directos sobre terceros, aunque no se exija desde los parámetros de la motivación de un acto administrativo previstos en la LPACAP. Motivación que sí deberá encontrarse en las actuaciones previas correspondientes al diseño del proceso en que intervendrá la Administración, sin que pueda el órgano jurisdiccional en su intervención, si fuera el caso, sustituir el juicio de oportunidad, ni los defectos de motivación, centrándose únicamente en los aspectos formales que se concretan en los elementos reglados, pero sin que se pueda extender el control jurisdiccional a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo, si los hubiera, por la tipología del "nudge público" utilizado, como ocurre en las actuaciones de naturaleza no administrativa, como en el supuesto del indulto.

Se trata, pues, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, de "un control jurisdiccional meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si la actuación administrativa cuenta con soporte fáctico suficiente, cuyo contenido no es revisable mientras no exista una afectación a derechos fundamentales, para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas en la actuación de la Administración en ejercicio de sus competencias y potestades, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica". Ello obliga a la Administración a "aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican (SSTS de 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985); ../.., la lógica jurídica en dicho proceso de

TESI DOCTORAL

decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 de la CE , ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho../.” (STS de 20 de noviembre de 2013 - RC 13/2013-, FD Octavo).

4. La Arquitectura de la elección y la utilización del “nudge” como técnica jurídica.

Se analiza el “nudge” como una técnica jurídica utilizada por parte de los poderes públicos, que se puede materializar a través de un conjunto de diferentes manifestaciones, con efectos jurídicos que permitan la realización del derecho con una finalidad pública determinada, pudiendo estar “conformadas por reglas técnicas⁶¹ que prescriben un procedimiento organizado para asegurar resultados más eficientes en la consecución de esa finalidad pública, para dar relevancia en la configuración de la Arquitectura de las elecciones individuales y del comportamiento colectivo por una vida saludable, a la opción considerada más beneficiosa para el individuo y/o para la colectividad, sin modificar el

⁶¹ El concepto que se utiliza de “técnicas”, complementa la acepción recogida en la Nota 36, al vincularse a reglas. Se define como un conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte. Definición consultada en el diccionario de la lengua española en línea, de la Real Academia española, en fecha 30/10/2021: *técnico, técnica* | *Definición* | *Diccionario de la lengua española* | (<https://www.dle.rae.es>).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

número, ni la naturaleza de las diferentes opciones disponibles⁶². Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que dicha técnica puede utilizarse en determinadas circunstancias en un encuadre, enmarcado o “framing”⁶³, en el que “el individuo o la colectividad no pueden salir del mismo, como ocurre en determinadas actuaciones sobre la vía pública o en documentos que debe

⁶² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”. Apartado 3.2.

⁶³ Chihu (2012) nos explica que el concepto de marco, “frame”, lo elabora el antropólogo Gregory Bateson en un ensayo “A Theory of Play and Fantasy”, presentado el 11 de marzo de 1954, ante la American Psychiatric Association (A.P.A.), en la Ciudad de México. Posteriormente el sociólogo Erving Goffman lo desarrolló en el libro “*Frame Analysis*” (1974). Se utiliza el concepto de “marco” para analizar cómo se estructuran los procesos mentales (creencias, percepciones, sentido común) en relación con el lenguaje, y a su vez, cómo los mismos pueden ser manipulados. “La clave, según Bateson, para poder hacer la distinción, consiste en la identificación de una serie de señales, que indican el principio y el final de cada tipo de actividad. Mediante la aparición de ciertas señales o signos, la actividad sería se convierte en un juego, mediante la aparición de otras señales o signos, la actividad deja de ser un juego y se convierte en algo real” (Chihu, 2012, 80). Y añade, “Goffman define al marco «frame» como la palabra que usa para referirse a los principios de organización que gobiernan los acontecimientos sociales y nuestra participación subjetiva en ellos. Y al análisis del marco «frame analysis» como el examen de la organización de la experiencia.../... Los procesos de enmarcado «framing process» de la persona en la vida cotidiana constituyen los procesos de producción de significados, a través de los cuales se asigna significado a las situaciones y luego se les interpreta. Las definiciones de una situación son construidas con base en los principios de organización que gobiernan tanto a los eventos sociales como a la participación de los actores. Mediante el concepto de marco, Goffman explica esos principios de organización. Un marco de referencia primario permite a su usuario situar, percibir, identificar y etiquetar una serie de sucesos” (Chihu, 2012, 80-81). En esta Tesis se considera que la acción de enmarcado aplicando la técnica del “nudge”, comporta que el arquitecto, órgano de la Administración pública, al desarrollar la Arquitectura de la elección desde el enmarcado, ha identificado una idea organizadora central o marco, mediante la cual se dota de sentido a la elección decisoria, por no existir alternativas, que debe adoptar el individuo o la colectividad como algo significativo para organizar la experiencia y orientar la acción individual o colectiva, de la cual solo puede apartarse, pero no optar por otra elección, al no existir dicha posibilidad. Como indica Chihu (2012, 98), “los marcos definen una situación, definen problemas, identifican los agentes causales de un problema, realizan evaluaciones morales y ofrecen remedios y soluciones para resolver el asunto en controversia”. Castells (2009: 197), siguiendo la tesis de Lakoff sobre las metáforas cognitivas, considera, a partir de los procesos fisiológicos que ocurren en el sistema nervioso para producir los marcos y su reflejo en el cerebro, que “los marcos son redes neuronales de asociación a las que se puede acceder desde el lenguaje a través de conexiones metafóricas” (ver Nota 72).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

rellenar para obtener o beneficiarse de un servicio o llevar a cabo una acción no obligatoria”⁶⁴.

Martín Mateo (1991: 416-427), al referirse al marco jurídico de la adopción de medidas por la Administración en materia de medio ambiente, que califica como acciones de tutela ambiental, considera diferentes instrumentos jurídicos cuya finalidad es la de orientar el comportamiento voluntario de determinados sujetos para que sus conductas coincidan con los intereses de la

⁶⁴ Thaler y Sunstein (2020: 54-56). Algunos ejemplos de un encuadre, enmarcado o “framing” sobre el entorno dirigido directamente a nuestra cognición, mediante una señal visual y su interpretación, que intervendrá sobre nuestro instinto natural a frenar, como “nudge” motivado en que tendemos a tomar las decisiones de forma negligente y pasiva, los encontramos en el dibujo en una carretera sobre las líneas laterales, para reducir la velocidad, como en el supuesto de determinadas marcas viales, como las denominadas “dientes de dragón”, cuyo efecto visual sobre el conductor de estrechamiento de la vía, le hará decidir de forma instantánea, una reducción notable de la velocidad de circulación en el tramo en que estén dibujadas, y las denominadas “líneas de borde quebradas”, **cuyo objetivo es concienciar al conductor** de que se aproxima a un paso de cebra, lo que le hará decidir la reducción de la velocidad, ambas **actuaciones, que no comportan ni coerción, ni obligación, ni condicionamiento en la decisión, pero que se dirigen directamente a facilitar una respuesta con una finalidad pública de seguridad vial**, para limitar los riesgos de un exceso de velocidad sobre el conductor y sobre los peatones, son “nudges” que de forma experimental, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MITMA), ha puesto en marcha, a través de la Dirección General de Carreteras, en el marco de la elaboración de una nueva normativa sobre marcas viales, en la travesía de Nava de Roa (Burgos) en la N-122, entre los km 293,652 y 294,356, con el objetivo de comprobar previamente a la incorporación a la nueva normativa la eficacia de las marcas y el grado de percepción y comprensión por parte de los usuarios. Noticia institucional consultada en la página del Ministerio, en fecha 07/01/2022: [Mitma instala nuevas marcas viales experimentales en un tramo de la Red de Carreteras del Estado | Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.](#)



Fig. 5. Dientes de dragón.



Fig. 6. Líneas de borde quebradas.

Fuente MITMA y Motorbike magazine. Travesía de Nava de Roa (Burgos) en la N-122, entre los km 293,652 y 294,356.

Otros ejemplos, los encontramos en determinados documentos redactados de tal forma que responden a la opción por defecto, que comporta que el individuo manifieste un consentimiento implícito, que se deriva del redactado del documento, teniendo que manifestar su negación de forma explícita, lo cual facilita su consentimiento, en un encuadre en el que el proceso de elección coincide con el de decisión, por no disponer de opciones.

TESI DOCTORAL

Administración, mediante estímulos que identifica “en premios, distinciones, subvenciones, incentivos fiscales, o etiquetado ecológico, que incluye entre las formas de actividad administrativa, como de fomento y regulatoria, pues finaliza en actos administrativos o disposiciones normativas, situando alguno de sus antecedentes en modalidades de información a los consumidores como derechos reconocidos en la Administración Kennedy, de Estados Unidos, en 1963”. La configuración jurídica que dicho autor efectúa de este tipo de intervenciones de la Administración, tiene elementos comunes con la técnica del “nudge”, en cuanto a la finalidad de orientar el comportamiento de tal forma que el tercero afectado actúe de forma voluntaria en coincidencia con los intereses de la Administración, si bien que se difiere del “nudge” en la utilización de herramientas que identifica de fomento o de regulación, por corresponderse con actos administrativos o disposiciones normativas con efectos directos en terceros concretos o determinados.

El análisis de la técnica del “nudge” se realiza considerándose como arquitectos (teniendo en cuenta que también se da la Arquitectura de la elección sin arquitectos⁶⁵), a los diferentes órganos unipersonales o colegiados de la Administración Pública, de los entes del sector público, y en general, de los poderes públicos⁶⁶ que interactúan en el entorno social en el que los

⁶⁵ Sunstein (2017: 143), acogiendo la tesis de Ullmann-Margalit, E., en “*Invisible hand explanations*”, considera que **el entorno social influye en las elecciones y no podemos prescindir de él, y que la arquitectura de la elección es inevitable, pudiendo haber y a menudo ocurre, arquitectura de la elección sin arquitectos, resultado de algún mecanismo como el de la mano invisible**, concluyendo que **las reglas por defecto son omnipresentes e importan, pues siempre que hay una respuesta, hay un efecto sobre los resultados**.

⁶⁶ Concepto utilizado por la Constitución española, en los artículos relativos al establecimiento de los principios rectores de la política social y económica, en los relativos a los derechos

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

individuos toman las decisiones, y se materializa como técnica de intervención en su ámbito de actuación, estableciéndose los límites a su discrecionalidad⁶⁷, en cuanto a la utilización de dicha técnica orientada a una mejor gobernanza⁶⁸. Límites que motivan un control judicial que debe tener como principios

fundamentales y libertades públicas y en el art. 9 CE, en cuanto a su sujeción a la propia CE y resto del ordenamiento jurídico, debiendo promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

⁶⁷Cassese, S. (1998), cita al juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, William O. Douglas, en la sentencia U.S. v. Wunderlich, 342 U.S. 98, 101 (1956), respecto a la relevancia del principio de legalidad, en aplicación del cual, un primer papel de la ley es el de protección de los ciudadanos frente a la Administración, limitando su actuación discrecional, cuando en dicha sentencia se pone de manifiesto que «el Derecho ha alcanzado sus momentos más altos cuando ha liberado al hombre de la discrecionalidad ilimitada de cualquier gobernante, militar, funcionario civil o burócrata. Donde la discrecionalidad es absoluta, el hombre siempre ha sufrido» (“Law has reached its finest moments when it has freed man from by he unlimited discretion of same ruler, some civil o militar official, some bureaucrat. Where discretion is absolute, man has always suffered”). García de Enterría (1962: 205), finaliza su ensayo sobre *La lucha contra las inmunidades del poder*, con unos párrafos de Alexis de Tocqueville en su obra *La democracia en América*, que resumen la tesis de control judicial sobre la potestad discrecional, y que al mismo tiempo son trasladables en cuanto a la definición de los contornos discrecionales del “nudge”, cuando se dice que “Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a este, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder a ella. Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan”.

⁶⁸ Asimismo, debe tenerse en cuenta respecto al concepto de “gobernanza” que se utiliza en el presente trabajo de investigación, el que se da en el Libro Blanco de la Comisión Europea «La Gobernanza Europea», de 25 de julio de 2001 [COM (2001) 428 final], en el que se define «gobernanza» como la capacidad de las sociedades para dotarse de sistemas de representación, de instituciones, de procesos y de cuerpos sociales, como instrumento de control democrático, de participación en las decisiones y de responsabilidad colectiva.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

generales para enjuiciar la actuación de la Administración mediante dicha técnica de intervención, dentro de los parámetros de control a los que se hizo referencia en un anterior apartado, la transparencia⁶⁹, la participación

⁶⁹ En relación a la transparencia y el acceso a la información pública, encuentran sus fundamentos constitucionales en el principio democrático del Estado de Derecho que se contempla en el art. 1.1 CE, en el art. 23.1 CE, respecto a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, y en el art. 105.b) CE en relación al derecho de acceso a archivos y registros, como substrato de la acción de los poderes públicos. Es a finales de 2013, cuando España regula en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, su régimen jurídico, incluyendo el Buen gobierno. En el primer párrafo de su Preámbulo se justifica su finalidad en que “Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”. La Unión Europea, respecto a sus Instituciones, había aprobado en el 2001 el Reglamento (CE), núm. 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, para responder a la opacidad de las mismas, lo que identificaba un déficit democrático en su funcionamiento.

Sus antecedentes se encuentran en Adams y Bentham (ver Nota 99), y a partir de principios del siglo XX, en el Juez asociado del Tribunal Supremo de Estados Unidos (1916-1939), Louis Dembitz Brandeis, cuando en 1914 expuso la frase que mejor ha definido dicho principio, “Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman” (La publicidad es justamente elogiada como un remedio para las enfermedades sociales e industriales. La luz del sol se dice que es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica es el policía más eficiente), en un libro que recogía sus diferentes ensayos *Other People's Money And How the Bankers Use It* (1914: 92, New York: Frederick A. Stokes Company Publishers), consultable en *Other people's money, and how the bankers use it: Brandeis, Louis Dembitz, 1856-1941: Free Download, Borrow, and Streaming: Internet Archive*. Dicha tesis de Brandeis, le sirvió al senador demócrata de los Estados Unidos por Florida y posterior Gobernador del mismo Estado, Lawton Chiles, en un momento marcado por el escándalo Watergate y la dimisión de Richard Nixon, el 8 de agosto de 1974, previa resolución en marzo del mismo año del Tribunal Supremo de Estados Unidos, reconociendo su responsabilidad en obstruir la acción de la justicia en el mismo, y ante la opacidad de la financiación de los partidos políticos, como referente para defender ante un Comité del Congreso y del Senado, el 21 de mayo de 1974 (en el United States Congress-Senate Committee on Government Operations. Government in the Sunshine: Hearings Before the Subcommittee on Reorganization, Research, and International Organizations, Ninety-third Congress, Second Session, on S. 260. U.S. Government Printing Office -p. 4-), una ley reguladora de mayor transparencia en la información pública y en la actuación del Gobierno federal, el Congreso y las Comisiones y otros órganos federales, que tiene como finalidad facilitar información al público sobre el proceso de toma de decisiones, *The Government in the Sunshine Act* (Ley del Gobierno a la luz del sol). Dicha Ley fue

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

ciudadana y el requisito de motivación respecto a la actuación de la Administración vinculada a la consecución de una finalidad pública, para evitar que en el diseño y desarrollo de la Arquitectura de la elección por parte de la Administración, en el que se definirá y concretará la técnica del “nudge público” que se utilizará a través de las diferentes herramientas en que se manifestará, com han apuntado Thaler y Sunstein (2020) “se pueda generar una plusvalía derivada de una persuasión oculta por parte de los que empujan, los arquitectos (nudgers), en relación a los individuos o colectivos que son empujados (nudgeds)”.

Debe tenerse en cuenta que no se puede desconocer la existencia de desigualdades sociales, pues no todos los individuos tienen acceso a la educación, a la información y a los bienes y servicios públicos, ni todos los individuos reúnen las mismas características cognitivas⁷⁰, teniendo en cuenta, además, la existencia de individuos con discapacidad⁷¹. Y ello debe tenerse en

aprobada el 13 de septiembre de 1976 (The Government in the Sunshine Act –Public Law 94–409, 90 Stat. 1241, enacted September 13, 1976, 5 U.S.C. § 552b-). Documento consultable en *Government in the Sunshine Act | GSA*.

⁷⁰ Ponce de León (2021), analiza el “nudge” desde el principio de igualdad, “como no subordinación del individuo en su toma de decisiones, considerando que nos encontramos ante un ámbito de estudio sobre dicha técnica que no se ha desarrollado, y en cuya aplicación se persigue el interés general”. Advierte de los riesgos que comporta su aplicación sobre grupos sociales desventajados en los que podría tener un efecto negativo, considerando, siguiendo a Fiss, O. M. (1976, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, 5 (2), 107-177), que “los procesos de toma de decisiones no están determinados únicamente por factores cognitivos, sino también por factores individuales y culturales”.

⁷¹ En relación a la actuación de los poderes públicos sobre el entorno para facilitar la accesibilidad de las personas con discapacidad, desde su ordenación a través de la arquitectura social, se ha desarrollado el concepto de accesibilidad cognitiva, sobre el cual Larraz (2015), considera que “carece generalizadamente de normativa reguladora, por lo que nuestra legislación no protege adecuadamente los derechos y la inclusión de las personas que necesitan determinados códigos para entender e interpretar el entorno, interactuando de modo autónomo e independiente”. Debe traerse a colación el RD 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones,

TESI DOCTORAL

cuenta, como ha indicado Ptaschunder (2020: 45-46), “para evitar la existencia de silos o burbujas determinados por las características sociales, de discapacidad y cognitivas, de los individuos a los que se dirigen los “nudges” (suaves empujones) o “wikings” (guiños), de los arquitectos públicos, consiguiendo realmente que no exista o se limite la libertad de decisión por parte de algunos individuos o colectivos, que no dispongan de recursos cognitivos, evaluativos o de acceso informado respecto a las estrategias públicas del “nudge” o “wiking”, en cuanto a la finalidad a la que se orienta su conducta”.

Considero relevante el ensayo de Rivero (2020: 61-65), en el que destaca la “literatura explicativa de la tendencia humana al error”, y siguiendo a Juan Luis Arzuaga, pone de manifiesto que el hecho de que “los rasgos que nos hacen humanos, (se encuentran) vinculados al desarrollo del talento grupal, pues la intervención con otros desarrolla nuestra inteligencia”, encontrando en “el cerebro el anclaje del autoengaño que se puede corregir aplicando una Arquitectura de la elección en la metodología a utilizar en los procesos de toma de decisiones, teniendo en cuenta los estudios realizados desde la psicología y la economía conductual: a) sobre la racionalidad grupal, por Herbert Alexander Simon (psicólogo y Premio Nobel en Ciencias económicas en 1978); b) sobre la atención y su exposición respecto a los sesgos cognitivos, que se manifiestan en errores derivados de la disponibilidad, los anclajes o la aversión a las pérdidas, por Daniel Kahneman (psicólogo y Premio Nobel en Ciencias

en cuyo preámbulo se establece que la **accesibilidad** deja “de ser considerada como un aspecto más o menos intenso de la acción social o los servicios sociales, para **ser entendida como un presupuesto esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales** que asisten a los ciudadanos con discapacidad”.

TESI DOCTORAL

económicas en 2002); o c) sobre la comprensión de las razones del error y la conducta inadecuada, que se puede prevenir y corregir a partir de la aplicación de métodos de eliminación de los sesgos, por Richard H. Thaler” (psicólogo y Premio Nobel en Ciencias económicas en 2017).

Los postulados teóricos de dichos premios Nobel, han sido criticados por ser favorecedores de una “economía de la manipulación”. Así lo ha expuesto Rivero, en base a la obra de George Arthur Akerlof (economista y Premio Nobel en Ciencias económicas en 2001) y Robert James Shiller (economista y Premio Nobel en Ciencias económicas en 2013). Dichos autores “describen, desde la economía conductual y a partir de la tesis que formulara en su día John Maynard Keynes (que los estímulos que guían a las personas no siempre son económicos, ni su comportamiento es siempre racional, estando gobernadas muchas actividades económicas por espíritus animales), cómo el mercado se aprovecha de nuestro comportamiento animal o irracional, a partir de la relevancia de factores psicológicos e irracionales en forma de intuición, miedo o desconfianza que motivan los comportamientos económicos (Akerlof y Shiller, 2009 y 2016). Destaca Shiller (2019) “la irracionalidad de las personas al tomar decisiones y la necesidad de disponer de información sobre la narrativa en la economía, a través de las tecnologías de la información y las redes sociales, para buscar el origen de las fluctuaciones económicas”, e introduciendo Akerlof “la identidad social en el análisis económico formal, basándose en la psicología social y en áreas de conocimiento externas a la economía”, sosteniendo junto a Rachel Kranton que “los individuos no tienen preferencias solamente sobre diferentes bienes y servicios, sino que también se adhieren a las normas sociales sobre cómo diferentes personas deben comportarse”, considerando

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

que las normas están vinculadas a las identidades sociales de una persona (Akerlof y Kranton, 2000).

Técnicas de “manipulación suave” que, según Rivero (2020: 64), a partir de la doctrina del “paternalismo libertario”⁷², se ha materializado en la técnica de los

⁷² Gerald Dworkin en una entrada sobre “paternalismo”, en la Enciclopedia filosófica en línea de la Universidad de Stanford (Stanford Encyclopedia of Philosophy –SEP-), considera que “el paternalismo se corresponde con la injerencia de un Estado o de un individuo en una persona, en contra de su voluntad, y se justifica en que la persona sobre la que se interviene no es completamente racional. Se manifiesta mediante una intervención a través de reglas, políticas y acciones que condicionan la voluntad de los individuos con prohibiciones, obligaciones, limitaciones de su libertad o estímulos en determinadas circunstancias, que se justifican sobre la base de que la intervención comporta una mejora del individuo o le evitará un mayor perjuicio, proyectándose sobre los medios de intervención de los poderes públicos en la voluntad del individuo, con lo que tiene una afectación aplicada sobre la ética (*“All of these rules, policies, and actions may be done for various reasons; may be justified by various considerations. When they are justified solely on the grounds that the person affected would be better off, or would be less harmed, as a result of the rule, policy, etc., and the person in question would prefer not to be treated this way, we have an instance of paternalismthe question of paternalism is one that arises in many different areas of our personal and public life. As such, it is an important realm of applied ethics”*). Dworkin diferencia un “paternalismo duro o blando, según el nivel de injerencia sobre la voluntad del individuo y su aceptación, si el individuo es conocedor de la intervención y actúa de forma voluntaria será blando, pero cuando la intervención del poder público es contraria a la voluntad del individuo, pero tiene como objeto prevenir un perjuicio para él o la colectividad, estaremos ante un paternalismo duro”, y pone el ejemplo de quien pretende cruzar un puente en malas condiciones por quien no conoce el idioma que informa del peligro, existiendo un riesgo para su vida, en este supuesto el paternalismo blando justifica una intervención que le prohíba o impida cruzar el puente, pues si tuviera la información del peligro su voluntad sería la de no cruzar; pero si fuera conocedor del peligro de cruzar el puente con riesgo para su vida, pero su voluntad es cruzarlo pues tiene un ánimo suicida, el paternalismo duro justificaría impedirle cruzar en contra de su voluntad (*“Soft paternalism is the view that the only conditions under which state paternalism is justified is when it is necessary to determine whether the person being interfered with is acting voluntarily and knowledgeably. To use Mill’s famous example of the person about to walk across a damaged bridge, if we could not communicate the danger (he speaks only Japanese) a soft paternalist would justify forcibly preventing him from crossing the bridge in order to determine whether he knows about its condition. If he knows, and wants to, say, commit suicide he must be allowed to proceed. A hard paternalist says that, at least sometimes, it may be permissible to prevent him from crossing the bridge even if he knows of its condition. We are entitled to prevent voluntary suicide”*). Respecto a cómo se proyecta el paternalismo, diferencia que “lo sea con carácter amplio o limitado, según se focalice en el supuesto del limitado, en la coerción

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

legal del Estado, o en el amplio, en cualquier tipo de intervención ya sea estatal, institucional (como en el supuesto de la política hospitalaria), o de otro individuo. También se diferencia el carácter fuerte o débil del paternalismo. En el débil se pretende adecuar los medios a los fines en connivencia con el individuo, así se impone la obligación del cinturón de seguridad en la conducción de un vehículo, porque el individuo quiere garantizar su seguridad; sin embargo en el carácter fuerte, se considera que la intervención se justifica ante los fines individuales confusos, erróneos o irracionales". Entrada consultado en fecha 01/01/2022 en: *Paternalism (Stanford Encyclopedia of Philosophy)*.

En relación al adjetivo "libertario", Bas van der Vossen, en una entrada sobre "libertarismo", en la misma SEP, considera que "se caracteriza por el valor y protección que debe tener, por parte de los poderes públicos, la libertad individual, la propiedad privada y las relaciones comerciales voluntarias en una economía de libre mercado, considerando el Estado de bienestar, sustentado en una redistribución coactiva de la riqueza, y algunas formas de regulación económica, como una actuación coactiva del Estado que no está justificada". Dicha teorización se conecta con la tradición liberal clásica que encuentra sus antecedentes en John Locke, David Hume, Adam Smith o Immanuel Kant. Consultado en fecha 01/01/2022 en: *Libertarianism (Stanford Encyclopedia of Philosophy)*.

Orobon (2013), considera que aunque podría parecer contradictorio unir los conceptos de paternalismo y libertarismo, "ambos se complementan, pues aunque el sustantivo "libertarismo", que se utiliza respecto al adjetivo de "libertario", se ancla en el liberalismo, abogando por la libertad absoluta del individuo, mientras el "paternalismo" quiere proteger al individuo de sí mismo, la teoría del paternalismo libertario de Thaler y Sunstein los integran desde una concepción del individuo como consumidor más que como ciudadano, a partir de una base empírica relativa a nuestra racionalidad y conducta, y con la finalidad de la maximización de un bien individual pero también común o global, como agregación de bienes individuales, orientando la libertad individual hacia un bienestar colectivo, que comporte un menor coste social".

Lakof (2020: 24-35), científico cognitivo, teoriza el substrato del paternalismo en Estados Unidos, en dos modelos sociales que orientan las políticas conservadoras del Partido Republicano y las progresistas del Partido Demócrata, existentes a partir de los años 50 del siglo XX. El del "padre estricto" y el del "progenitor protector" (no marcado por el género), respectivamente, y según la menor o nula (modelo padre estricto), o mayor (modelo progenitor protector) intervención de los poderes públicos sobre la sociedad y los individuos, y la relevancia que se da en las políticas y postulados conservadores del modelo de "padre estricto", a los marcos mentales y su influencia en los medios de comunicación, a partir de los estudios de la ciencia cognitiva respecto a que para que la verdad sea aceptada por el individuo debe encajar con los marcos mentales que se haya establecido él mismo, siendo que si los hechos no encajan, desaparecen, permaneciendo el marco mental, por lo que el individuo solo aceptará los hechos que encajen en él.

Thaler y Sunstein (2020: 19-20), definen el "paternalismo libertario", citando a Milton Friedman, premio Nobel cofundador de la Escuela de Chicago, con la finalidad de "que la gente sea libre para elegir". En dicho sentido lo definen como la intervención sobre los individuos, por parte de los "arquitectos de las decisiones, (*para que*) traten de influir sobre la conducta de la gente (*de tal forma que*), las instituciones, tanto del sector privado como del Gobierno, se esfuercen de forma consciente por orientar las decisiones de las personas en direcciones que mejoren sus

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

“nudges”, con la obra de Cass R. Sunstein y Richard Thaler, como pequeños empujones para mejorar las decisiones de salud, ahorro o respeto al medio ambiente, y con la implantación de Oficinas públicas especializadas en estas técnicas, advirtiendo ante las críticas a las mismas, de los “riesgos de la manipulación sobre la libertad de los individuos por parte del poder”⁷³.

Pero no se puede obviar, como me he referido anteriormente, que los que diseñan o empujan, los arquitectos (nudgers), como personas que son, y a partir de sus funciones como gobernantes, legisladores, jueces o profesionales de la Administración, no solo pueden diseñar a partir de sus propios intereses, sino que no pueden evitar diseñar a partir de sus propios sesgos, para intentar corregir los de los otros, los de los individuos o colectivos que son empujados (nudgeds). En dicho sentido, Rivero (2020: 65) se hace eco de la doctrina en el ámbito de la ciencia social, para proponer actuaciones en las instituciones, que por un lado, permitan aprovechar las posibilidades de puntos de vista diversos, para evitar los riesgos de que sus órganos estén compuestos por personas de un perfil homogéneo de carácter jurídico y especializado, y, por otro lado, la posibilidad de intervenir sobre los mapas cognitivos⁷⁴ de quienes toman las

vidas. Nos parece que una política es «paternalista», si intenta influir en las decisiones de manera que quienes deciden salgan beneficiados, *a juicio de ellos mismos (coincidiendo con Donald Van de Veer, en Paternalistic Intervention: The Moral Bounds on Benevolence -1986-)*... El paternalismo libertario es un tipo de paternalismo relativamente débil y blando, y que no supone una intromisión porque las opciones no se bloquean ni se eliminan, ni se gravan de forma significativa.../... Sin embargo el enfoque que recomendamos se considera paternalista porque los arquitectos de las decisiones públicos y privados no se limitan a intentar identificar o poner en práctica las decisiones que esperan de las persona. Más bien intentan orientarlas en direcciones que mejorarán sus vidas. Dan «nudges».

⁷³ Galletti y Vida (2018), se han manifestado de una forma crítica con la doctrina del “paternalismo libertario”, a partir de la manipulación cognitiva por parte del poder político, cuando se utilizan técnicas de intervención pública, a partir del conocimiento de la cognición humana.

⁷⁴ Rivero (2020: 65), siguiendo a Edward Tolman, define el mapa cognitivo, como “la representación mental que permite al individuo adquirir, codificar, almacenar, recuperar y

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

decisiones, los que diseñan o empujan, los arquitectos (nudgers), para poder “decidir en contextos de incertidumbre, incrementando la aceptabilidad de reglas como el principio de precaución” (Rivero, 2020: 65).

Tal como se ha manifestado el Comité Económico y Social de la Unión Europea, “con la aplicación de los instrumentos de que disponen las autoridades públicas para modificar el comportamiento de los individuos, como la información y la sensibilización, el incentivo económico, la legislación, en cuanto a su finalidad de prohibición u obligación, y la ejemplaridad, se ha comprobado empíricamente la existencia de limitaciones cognitivas producidas por el entorno, condicionantes en la relación entre comportamiento y actuación responsable⁷⁵, por múltiples factores que se han analizado desde la economía y desde las ciencias de la conducta”. Factores que se anudan en las características de los seres humanos “como seres complejos, de una racionalidad limitada⁷⁶, sumamente emocionales e influidos por los demás y por

recodificar desde su aprendizaje subconsciente sobre lugares, fenómenos, situaciones o personas”.

⁷⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”. Apartado 2.

⁷⁶ La teoría de la racionalidad limitada elaborada por Simon (1956 y 1979), economista y politólogo que estudió y se doctoró en la Universidad de Chicago, recibiendo el Premio Nobel en Ciencias económicas en 1978, por su trabajo sobre la racionalidad en la toma de decisiones, y que también enseñó psicología y ciencia de la computación, parte del axioma de que las personas tomamos decisiones de forma parcialmente irracional a causa de nuestras limitaciones cognitivas, de información y de tiempo. Teoría desarrollada en los experimentos de psicólogos que analizaron el juicio y la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre, revisados a partir de la psicología de la elección y el juicio intuitivos, desde la perspectiva de la economía del comportamiento, como Kahneman y Tversky (1974 y 2003). El primero, profesor de la Universidad de Princeton, recibió el Premio Nobel en Ciencias económicas en 2002, por haber incorporado avances de la investigación psicológica a la ciencia económica, especialmente los relacionados con los juicios y toma de decisiones bajo incertidumbre, en cuanto a la descripción de heurísticos y sesgos cognitivos. Sobre sus tesis se han evidenciado errores analíticos y de muestreos, por psicólogos cognitivos como Gigerenzer (1991 y 1996),

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

las interacciones sociales, pero también por el contexto y por el entorno en el que tomamos la decisiones”.⁷⁷

Por ello adquiere gran relevancia, en el entorno tecnológico en el que nos encontramos, el hecho de que la Administración Pública y, en general, los poderes públicos y entes del sector público, se encuentran inmersos en un proceso de digitalización que está comportando la utilización de la Inteligencia Artificial y la “Big Data”, en la gestión de grandes volúmenes de datos, tanto estructurados como no, en todos su procesos. Ello permitirá que dichas herramientas puedan mejorar la toma de decisiones de individuos y colectivos, y por ende, la intervención administrativa mediante la técnica del “nudge” en entornos digitales⁷⁸, teniendo en cuenta que a partir de dichos entornos, el

que destaca la importancia de la intuición en la toma de decisiones y considera que lo relevante se encuentra en la educación e información de los individuos respecto de los riesgos, para que se pueda llevar a cabo un proceso de evaluación en la toma de decisiones, disponiendo de herramientas cognitivas adecuadas para la resolución de problemas complejos, como alternativa a los “nudges” que se fundamentan en una irracionalidad latente, o como Pinker (2021), que incide en la relevancia de la educación, destacando la racionalidad como principal motor de la justicia social.

⁷⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”. Apartado 2.

⁷⁸ Ponce (2021b y c) en dos entradas en el blog *Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación – red temática de investigación transdisciplinar (wordpress.com)*, reflexiona críticamente sobre los acicates (*nudges*) digitales y los diseños oscuros, tal como esos incentivos se están desarrollando en la práctica en el sector privado. Se considera relevante la declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 13 de febrero de 2019 en que se ha alertado sobre el riesgo que explica (*Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes, Adopted by the Committee of Ministers on 13 February 2019 at the 1337 meeting of the Ministers’ Deputies*). Define el *nudging* digital en “el uso de elementos de diseño de interfaz de usuario para guiar el comportamiento de las personas en entornos de elección digital. Los entornos de elección digital son interfaces de usuario -como formularios web y pantallas de ERP (*Enterprise Resource Planning*)- que requieren que las personas hagan juicios o tomen decisiones”, considerando que “los diseños oscuros están hechos, pues, para aprovechar nuestros sesgos cognitivos, que como humanos y consumidores nos afectan en nuestra toma de decisiones, y nuestras emociones en nuestro perjuicio y en favor de las empresas privadas que actúan como arquitectas de nuestra elección”. Ponce, Comentando el libro de James Williams (2021c), *Clics contra la humanidad. Libertad y resistencia en la era de las distracciones tecnológicas* (edición

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

capital social de la información y la comunicación se desarrolla en el marco de las redes sociales, como un mercado en el que se comparte información que puede agrandar la desigualdad social, tanto respecto a las personas que acceden, como respecto a su estimulación cognitiva, en lo que se ha denominado por Ptaschunder (2020: 49-54), «nudging».

En dicho sentido, Rivero (2020: 65-67) realiza un análisis sobre la importancia de la información y la gestión de los datos recopilados en el proceso de toma de decisiones, sobre el que “una incompleta o inadecuada asimilación puede ser propiciadora de que interfieran en dicho proceso sesgos cognitivos”. Dicho autor, en una referencia que se podría entender respecto a la eficacia del “nudge” sobre los individuos en la Arquitectura de la elección cuando la adaptación a la complejidad informativa va a requerir de nuevas técnicas respecto a la capacidad de procesamiento para gestionar la complejidad de un enorme volumen de datos, destaca el hecho de que “los más reflexivos lograrán mejores resultados, así que el impulso favorable a los dispuestos a aprovechar tales técnicas ofrecerá resultados adaptativos, realimentando una

española en Gatopardo), y referenciando la modificación de la legislación californiana, en la *California Privacy Rights Act* (CPRA), de 2020, aprobada para prohibir los diseños oscuros, concluye que “se podría reformular la regulación europea, mejorándola e incluyéndose en ella la prohibición de cualquier sistema de Inteligencia Artificial que despliegue técnicas subliminales más allá de la conciencia de una persona para distorsionar su comportamiento con el efecto de subvertir o perjudicar la autonomía, la toma de decisiones o la elección del usuario”. Consultable en: [LOS INCENTIVOS \(nudges\) DIGITALES Y LOS DISEÑOS OSCUROS \(dark patterns\): arrojando algo de luz a la oscuridad \(primera parte\) – Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación \(wordpress.com\)](#) e [INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ACICATES: HYPERNUDGE Y NUDGING DE PRECISIÓN – Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación \(wordpress.com\)](#).

Markus (2022: 86), destaca la penetración de los “nudges” por todas partes, incluso en los algoritmos, hasta el punto que se teme por un “hyper nudging”, tal como ha expuesto por K. Yeung (2016).

TESI DOCTORAL

tendencia a valorar los hechos e informaciones reales antes de tomar cualquier decisión relevante” (Rivero, 2020: 69).

El Consejo de Europa utilizando técnicas de “soft law” o derecho indicativo, ha adoptado en fecha 13 de febrero de 2019, la Declaración del Comité de Ministros sobre las capacidades de manipulación de los procesos algorítmicos, reconociendo que la persuasión algorítmica puede tener efectos significativos en la autonomía cognitiva de los ciudadanos y su derecho a formarse una opinión y tomar decisiones independientes, siendo pilares centrales de los derechos humanos, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos como agentes morales independientes.

Asimismo, en fecha 8 de abril de 2020, también se adoptó en el seno del Consejo de Europa, la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, estableciendo determinadas obligaciones a partir del principio de cautela, “respecto a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el contexto de los sistemas algorítmicos, basadas esencialmente en la protección de datos personales, y la autodeterminación de la información (*concepto que en esta Tesis se postula que ha evolucionado hacia el de autodirección informativa, sobre el cual se hará referencia más adelante*), promoviendo actuaciones de los Estados inclusivas, por la diversidad ciudadana de raza, género, edad, o capacidad, sobre la comunicación, la información y la alfabetización digital que permitan una revisión y uso, eficaces y críticos, de los sistemas algorítmicos”.

En dicho sentido en España se ha elaborado la Carta de los Derechos digitales, dirigida por el catedrático de Derecho administrativo, Tomás de la Quadra

TESI DOCTORAL

Salcedo⁷⁹. Dicha Carta tiene sus antecedentes inmediatos en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y, en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. La Carta tiene como objetivo proteger los derechos de las personas en el mundo digital y de la Inteligencia artificial. La misma se ha elaborado sin carácter normativo, manifestación de “soft law” o derecho indicativo, como una actuación del Gobierno que viene a establecer un marco de referencia para la acción de todos los poderes públicos, con la pretensión de servir de guía para futuros proyectos legislativos y para el desarrollo de políticas públicas, generando certidumbre para la sociedad en la nueva realidad digital y aumentando la confianza de las personas ante los cambios y disrupciones que traen consigo las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

En relación a los derechos ante la IA, se establece que “la misma deberá asegurar un enfoque centrado en las personas y su inalienable dignidad y que en el desarrollo de los sistemas de IA se deberá garantizar el derecho a la no discriminación”. También “se incluyen los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías para, entre otras cuestiones, garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad, asegurar la confidencialidad y asegurar que las decisiones y procesos basados en estas tecnologías no estén condicionados por el suministro de datos”. Derechos cuya protección se recoge en el art. 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de

⁷⁹ La Carta fue presentada por el Presidente del Gobierno de España, en fecha 14 de julio de 2021, y se ha elaborado en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, a partir del trabajo realizado por el Grupo asesor de Expertas y Expertos, constituido por la

TESI DOCTORAL

abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, en relación con el art. 9 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Protección jurídica que se realiza desde el ámbito del reconocimiento del derecho y con la salvaguarda de que puedan ser necesarios para fines de interés general en el ámbito de la salud pública.

En el contexto hispanoamericano, un paso más allá lo ha dado Chile cuando ha reformado el art. 19.1 de su Constitución, por el Art. 9 Único de su Ley núm. 21.383, de 14 de octubre de 2021, agregándole un párrafo final con el siguiente contenido:

El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella.

En la línea de dicha reforma, se encuentra la Declaración de 11 de agosto de 2021, del Comité Jurídico Interamericano⁸⁰ sobre “Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos humanos: nuevos desafíos jurídicos para las Américas”, en la cual se recogen los principios básicos de la protección de los Derechos Humanos en el ámbito de la Neurociencia, en relación directa con la

Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

⁸⁰ Cuerpo consultivo en asuntos jurídicos de la Organización de los Estados americanos, encargado entre otras funciones, de la posibilidad de uniformar las legislaciones de los países del Continente. Consultable en (<https://oas.org.es> *OEA - Organización de los Estados Americanos*).

TESI DOCTORAL

utilización de datos obtenidos a partir de la utilización de la tecnología sobre el cerebro:

El marco jurídico interamericano ampara la autonomía de las personas, entendida como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad, el control de las funciones corporales y de las decisiones, y el establecimiento de las relaciones interpersonales. La libertad personal protegida en los instrumentos interamericanos incluye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. El vertiginoso avance de las neurotecnologías, especialmente aquellas para uso no médico, nos enfrenta a la posibilidad de que esta autonomía se vea en riesgo por el uso indiscriminado y no regulado de aplicaciones o dispositivos tecnológicos. La ausencia de regulaciones específicas de las neurotecnologías, así como sus alcances e impactos, genera un riesgo de manipulación ilegítima de emociones, sentimientos y decisiones desde quienes produzcan estas tecnologías y/o controlen los grandes sistemas de inteligencia artificial (IA) que decodifican la información neuronal. Asimismo, el uso de estas neurotecnologías puede llegar a romper la última frontera natural de la persona, su intimidad mental, y con ello afectar la dignidad e identidad de cada ser humano.

El desarrollo de las neurotecnologías puede conducir al condicionamiento de la personalidad y a la pérdida de autonomía de las personas, y en ese marco, una de las preocupaciones más urgentes tiene que ver con las conductas maliciosas de quienes acceden a los datos de la actividad cerebral de las personas con fines de penetrar en su mente, condicionarla o aprovecharse de tal conocimiento. En tal sentido, es necesario buscar respuestas frente a la falta de desarrollo e implementación de un marco normativo específico de la protección de la privacidad de los datos neuronales, tanto conscientes como inconscientes.

Asimismo, se encuentra establecido firmemente como principio el respeto de la finalidad de la recolección para la utilización de datos personales; sin embargo, ante las posibilidades de las neurotecnologías, genera inquietud que no se hayan desarrollado garantías adecuadas para que la información neuronal obtenida para fines médicos y de

TESI DOCTORAL

investigación científica, sea utilizada sólo para este fin, limitando la aplicación de las técnicas de descodificación que permitan identificar a una persona o hacerla identificable y, como consecuencia de desbordar esos límites, violar el santuario más profundo de su intimidad mental.

Documento en el que se establecen entre otras Recomendaciones a los Estados:

Anticiparse a estas preocupaciones y prestar especial atención al desarrollo de estas tecnologías mediante regulaciones, que ofrezcan salvaguardas suficientes para que su desarrollo e implementación progresiva no constituyan amenazas a los derechos y libertades protegidos en el marco jurídico.

En el mismo sentido se ha regulado la protección de la indemnidad y privacidad genética, mental y de los neurodatos, en el derecho comparado continental, en la Ley francesa 2021-1017, de 2 de agosto de 2021, relativa a la Bioética⁸¹, en sus arts. 16 a 19, del Título III, mediante una reforma del Código civil y del Código de Salud pública franceses. En dicho sentido se ha modificado el art. 14 del Código civil y se ha introducido un Art. 1151-4 en el Código de Salud pública:

Art. 16-14.- Les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique ou dans le cadre d'expertises judiciaires, à l'exclusion, dans ce cadre, de l'imagerie cérébrale fonctionnelle. (*Las técnicas de imagen cerebral solo pueden utilizarse con fines médicos o de investigación científica o en el marco de la pericia judicial, con exclusión en este contexto de la imagen funcional del cerebro –traducción libre-*).

Art. L. 1151-4. – Les actes, procédés, techniques, méthodes et équipements ayant pour effet de modifier l'activité cérébrale et présentant un danger grave ou une suspicion de danger grave pour la

⁸¹ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

TESI DOCTORAL

santé humaine peuvent être interdits par décret, après avis de la Haute Autorité de santé. Toute décision de levée de l'interdiction est prise en la même forme. *(Los actos, procesos, técnicas, métodos y equipos que tengan por efecto modificar la actividad cerebral y presenten un peligro grave o se sospeche de un peligro grave para la salud humana, podrán ser prohibidos por Decreto, previa consulta de la Alta Autoridad Sanitaria. Cualquier decisión de levantar la prohibición, requerirá el mismo procedimiento –traducción libre-).*

Concluyo este apartado estableciendo lo que debe entenderse, a mi juicio, por Arquitectura de la elección, que complementaré posteriormente con la elaboración de las ciencias conductuales y la neurociencia, y que integra la técnica del "nudge público" como técnica jurídica explicada anteriormente. En la introducción he establecido sus parámetros, definiéndola como un proceso, cuya funcionalidad se identifica como instrumento público que define el diseño e intervención sobre el plano del proceso decisional del individuo y de comportamiento colectivo, mediante la técnica del "nudge", a través de diferentes herramientas que actúan sobre la racionalidad humana, teniendo como finalidad corregir las decisiones erróneas motivadas por las heurísticas y los sesgos cognitivos que puedan perjudicar al individuo. La intervención mediante la técnica del "nudge público", parte de un conocimiento experimental de la respuesta que pueden tener un determinado porcentaje de individuos que actúen condicionados por su Sistema 1 o intuitivo, ante la herramienta que se utilice.

El diseño de la Arquitectura de la elección tiene como finalidad incitar una conducta determinada sin condicionar la libertad de elección, mediante una intervención cuya finalidad es estimular la decisión del individuo y la conducta de la colectividad.

TESI DOCTORAL

Dicha actuación de la Administración, puede ser complementaria o alternativa a (i) otras medidas formalizadas o no, como normas, regulaciones, prohibiciones, coacciones, incentivos, o (ii) actuar como impulsores reforzando la capacidad cognitiva de los individuos en su proceso de toma de decisiones, mediante la educación, la información la sensibilización, la ejemplaridad u otras. Todas ellas como proyección del derecho imperativo o indicativo.

La diferenciación de la Arquitectura con el resto de actuaciones y formas de intervención de la Administración, se encuentra en que se fundamenta en los resultados experimentales y en la evidencia científica, respecto al conocimiento de los procesos cognitivos, desde el comportamiento individual y colectivo, a partir de la constatación de una racionalidad limitada y de una conducta humana condicionada por sesgos y heurísticas que dificultan la adopción de decisiones individuales que resulten beneficiosas. Ello requiere, como he expuesto que se corresponde con la posición de Thaler y Sunstein, de la transparencia, a la que complementamos con la publicidad activa, por parte de la Administración en el diseño de la Arquitectura de la elección, y la consecuente utilización de la técnica del “nudge público” así como su manifestación en diferentes herramientas conductuales con efectos sobre el proceso de elección de los individuos o directamente sobre su toma de decisiones, permitiéndole la libertad de apartarse del “nudge público”. Transparencia y publicidad activa que deben actuar como límite ante la posibilidad que de otra forma la actuación de la Administración pueda comportar una manipulación del comportamiento individual, al ser elementos que caracterizan el enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración, que permitirá a la propia Administración, mediante el

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

establecimiento de los correspondientes controles o del control judicial, corregir, teniendo en cuenta la aplicación de principios éticos, la intervención administrativa.

5. El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona como parámetros constitucionales⁸². La Perspectiva cognitiva⁸³ en la actuación administrativa de carácter conductual.

⁸² Ponce, en fecha 10 de junio de 2021, comentando el libro de James Williams (2021), *Clics contra la humanidad. Libertad y resistencia en la era de las distracciones tecnológicas* (edición española en Gatopardo), ha acogido el anclaje constitucional del “nudge” en el art. 10.1 CE, considerando en la entrada de 10 de junio de 2021, “la manipulación digital contra el derecho a la libertad de pensamiento, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y contra el Estado Social y Democrático de Derecho”, vinculando la afectación a la libertad y a la autonomía de la voluntad, ante la posibilidad de manipulación a gran escala por el diseño digital. Realiza una referencia a la STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019 en relación con la libertad ideológica “respecto al derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones”. En la entrada efectuada en fecha 11 de noviembre de 2021, comentando el libro de Thaler y Sunstein (2021), *Nudge, The final edition* reitera el mismo anclaje constitucional considerando que “un acicate que aproveche nuestros sesgos para manipularnos y captar nuestra atención, sea público sea privado, podría llegar a afectar a nuestro derecho constitucional a la libertad de pensamiento, íntimamente vinculado con el valor dignidad y el libre desarrollo de nuestra personalidad (art. 10.1 CE)”. Consultables ambas referencias en las entradas del blog: [Publicación del libro «Nudge. The Final Edition» – Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación \(wordpress.com\)](#).

⁸³ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, define “Perspectiva”, en una de sus acepciones, como el “punto de vista desde el cual se considera o se analiza un asunto”, consulta efectuada en fecha 29/01/2022 en [perspectivo, perspectiva | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#). Concepto que me permitirá integrar en su análisis la forma en la que se crea y perdura la actuación de la Administración, a partir de un determinado **enfoque, condicionado en cómo influye dicha actuación en la cognición del individuo, y sobre el fundamento de la búsqueda de la igualdad para evitar situaciones de discriminación, marginación, manipulación o inequidad, ésta última en el supuesto de no tener en cuenta las diferentes circunstancias de los individuos a los que se dirige la actuación de la Administración.**

Los fundamentos de la Perspectiva cognitiva los encuentro en el cognitivismo, que como se recoge en el Diccionario de Términos Clave, del Centro Virtual Cervantes, es una teoría psicológica cuyo objeto de estudio es cómo la mente interpreta, procesa y almacena la información en la memoria, definida ésta como la capacidad mental para procesar, almacenar y recuperar información durante periodos de duración variable. Dicho de otro modo, se interesa

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Con la técnica del “nudge” que analizo desde parámetros constitucionales, se trata de poner a disposición de los ciudadanos, ya sea en su proyección como consumidores y usuarios, como interesados, cuando se establezca una relación jurídica con la Administración, o como miembros de la comunidad a la que se dirige la actuación de la Administración, elementos de juicio que les permitan realizar un proceso de elección entre diferentes opciones, hacia la decisión sobre la que la Administración considera la mejor, para el individuo y/o para la colectividad.

Teniendo en cuenta la posible afectación sobre el libre albedrío desde el conocimiento de la psicología y la neurociencia en relación a la racionalidad limitada, se requiere establecer un marco jurídico que garantice las condiciones para que la libertad y la igualdad⁸⁴ del individuo y de los grupos en que se

por la forma en que la mente humana piensa y aprende. Por un lado, se encuentra la ciencia cognitiva como punto de encuentro de la psicología cognitiva y la inteligencia artificial, interesada en estudiar la forma en que las personas y las máquinas asimilan los nuevos datos, los procesan y actúan en consecuencia. Entre sus diversos objetivos, se encuentra construir modelos (estructuras cognitivas basadas en experiencias pasadas que filtran y dan forma a las percepciones y cuya función principal consiste en ayudar a procesar, organizar y comprender las informaciones y experiencias nuevas) que permitan explicar cómo funciona, en oposición a las máquinas, la mente humana, cómo interpreta la nueva información y cómo la guarda en la memoria. Por otro lado, se encuentra el constructivismo (teoría psicológica del aprendizaje que evoluciona desde del cognitivismo), destacando el psicólogo Jean Piaget, interesado fundamentalmente por la forma en que el individuo intenta dar sentido personal a su mundo y, por lo tanto, aprende. La premisa fundamental es que los individuos se implican activamente en la construcción de una comprensión personal de los nuevos datos que van adquiriendo, para lo que resulta fundamental partir de la experiencia propia. Consulta efectuada en fecha 28/01/2022 en [CVC. Diccionario de términos clave de ELE. Cognitivismo. \(cervantes.es\)](http://CVC.Diccionario.de.termos.clave.de.ELE.Cognitivismo.cervantes.es). Por último, existe la llamada lingüística cognitiva que, como tal, nace a finales de los años 80 del siglo XX, en California, de la mano de Lakoff (2020), que desarrolla la importancia de las metáforas cognitivas y la relación entre la estructura lingüística y las emociones, como sistema conceptual constituido principalmente por metáforas, para que los seres humanos comprendan la realidad y puedan pensar y actuar.

⁸⁴ En el FD Décimo de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2016, se reproduce la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, el cual no sólo exige en el supuesto de existencia de una diferencia de trato que resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. En dicha sentencia se establece que "Como recuerda la STC 122/2008: "Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es "su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas" (STC 181/2000, de 29 de junio , FJ 10) y, de otro, que "las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). (...) razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en "una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos" (ATC 209/1985, de 20 de marzo , FJ 2) "

-Por otro lado, la desigualdad no resulta contraria a la Constitución si aparece provista de un fundamento objetivo y razonable. En su temprana sentencia 22/1981, el Tribunal Constitucional ya vino a establecerlo así: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El art. 14 del Convenio Europeo -declara el mencionado Tribunal en varias de sus Sentencias- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida".

Resume el Tribunal Constitucional su doctrina en la STC 200/2001, de 4 de octubre: "El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los upuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en elación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

integra, como valores superiores del ordenamiento jurídico, sean reales y efectivas como prevén los arts. 1.1 y 9 de la CE. Libertad que se proyecta en el derecho a la dignidad de la persona⁸⁵, los derechos inviolables que le son inherentes, y el principio de libre desarrollo de la personalidad como

principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 2009/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2 ; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas)."

⁸⁵ La STC 53/1985, de 11 de abril, se pronunció en el sentido que **la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás, por lo que los poderes públicos debían tratar al individuo como persona, no como objeto para la consecución de una finalidad, es decir como un fin, no como un medio.**

La primera Constitución que incorpora la dignidad como derecho constitucional es la Constitución del Imperio Alemán de 11 de agosto de 1919 (conocida como Constitución de Weimar), en su art. 151, referido al régimen de la vida económica, prevé en su primer párrafo que la organización de la vida económica debe responder a principios de justicia y asegurar a todos una existencia digna del hombre, y en su segundo párrafo proscribía la coacción legal, declarando que no es lícita sino para hacer efectivos los derechos amenazados o para servir exigencias imperiosas del bien público. Posteriormente, se recoge en el art.6 de la Constitución de Portugal de 11 de abril de 1933, y en el Preámbulo de la Constitución de Irlanda de 1937, en la cual se establece como objetivo el de promover el bien común, garantizando la dignidad y la libertad del individuo. No se recogía en la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787, ni en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En lo que se refiere al rango del derecho fundamental de la dignidad humana, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, ha considerado este derecho como uno de los presupuestos básicos de la existencia individual y social del ser humano que deben conservarse. En la previsión que se efectúa en el art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en relación con el principio del Estado social, se deduce la **obligación del Estado de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo una vida acorde con la dignidad humana** (sentencia de 21 de junio de 1977, BVerfGE 45, 187, Sala Primera –1BvL 14/76–. Jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán, 2009:55).

TESI DOCTORAL

fundamentos del orden político y la paz social, previstos en el art. 10.1 CE, como fundamento constitucional, por el que se reconoce la autonomía del individuo para elegir entre diferentes opciones vitales, según sus propios intereses y preferencias. Basile (1981: 265) destaca la relevancia nuclear del principio constitucional de la dignidad de la persona en el Estado Social y Democrático de Derecho, al considerar que “puede constituir por sí mismo el fundamento ideológico no sólo de los derechos de libertad civil –o sea, del Estado de Derecho-, no solo de los derechos de participación –o sea, del Estado democrático-, sino también de las iniciativas de intervención pública para la corrección de los desequilibrios implícitos en el sistema social, a los que se alude cuando se habla de Estado social”.

Sobre dichas premisas, en el ámbito del derecho a la protección de la salud, desde su proyección en la actuación médica, he identificado elementos comunes con la función constitucional de ilustración como tarea de la Administración, respecto a dicho derecho recogido en el art. 43 CE, cuando en su apartado 3, se establece una obligación a los poderes públicos de proteger la salud, fomentando la educación sanitaria y la educación física, con la relevancia de la educación en la actuación de la Administración pública, y en general de todos los poderes públicos. Aspecto que complemento con actuaciones que se manifiestan como impulsores dirigidos a reforzar el conocimiento del individuo, para la adopción de decisiones informadas y, por lo tanto, en las que sea responsable de su decisión. Supuestos en los que no se actúa mediante un estímulo sobre la decisión para incidir sobre los errores cognitivos que puedan traer causa de sesgos y heurísticas. Actuaciones que se concretan en la información dirigida al paciente, cuando se le ilustra entre

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

diferentes opciones que ofrece la ciencia médica, incluso sobre la posibilidad de no someterse a ningún tratamiento o intervención⁸⁶, desde la relevancia jurídica del consentimiento como concepto jurídico y como proceso de comprensión de las características con las que expresar una voluntad, no viciada, y su vinculación con el concepto de “diligencia” evaluativa⁸⁷, tanto

⁸⁶ En dicho sentido se pronuncia la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2001 (RC 3688/1995), sobre **consentimiento informado**, manifestando: “Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, **en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias** - sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio- en el artículo 9.2, en el 10.1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. **El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida** y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo” (FD Primero).

⁸⁷ La Sala Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 2018 (RC 3603/2015) recepcionando la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en la defensa de los consumidores y usuarios en el ámbito de los contratos sobre productos financieros en el sector bancario, ha establecido una doctrina sobre el **error vicio en el consentimiento por falta de información, vinculándolo a una obligación de diligencia debida, a partir de los parámetros del test de conveniencia y el test de idoneidad en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas**, manifestando que “Hay error vicio ./, cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Para invalidar el consentimiento, el error ha de

TESI DOCTORAL

desde la actuación de la Administración como del individuo en el proceso de toma de decisiones.

Anudo el concepto de “responsabilidad” del individuo en relación con su conducta, teniendo en cuenta la relación entre cognición, voluntad y consentimiento, desde el plano del individuo y la información que recibe en el proceso de toma de decisiones, y cómo puede afectar el error cognitivo en dicho proceso, hasta el punto de poder condicionar su voluntad de una forma inexacta ante la representación mental que se formule en dicho proceso decisorio.

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, el concepto de “responsabilidad” se determina a partir de la culpabilidad (como actuación voluntaria del individuo en la que se quiere el resultado de la misma) y la existencia de intencionalidad, como elementos necesarios para apreciar su existencia, en relación al reproche por su conducta. Sobre dichos elementos que caracterizan la “responsabilidad” en el ámbito sancionador, se ha

recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). El **error invalidante** del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. Cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. De modo que **es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto**, y, por el contrario, **es menor cuando se trata de persona inexperta** que entra en negociaciones con un experto. En concreto, en caso de productos financieros complejos, la ley impone a la entidad comercializadora la obligación de informar al cliente minorista y la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. El **deber que pesa sobre la entidad** recurrente no se limita a cerciorarse de que el **cliente minorista conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los concretos riesgos asociados** al mismo, sino que además debe **evaluar que**, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, **es lo que más le conviene**” (FD Tercero).

TESI DOCTORAL

pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, regresando a un concepto ya superado por la misma, y también se ha pronunciado nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa y constitucional, en la concepción de la “responsabilidad objetiva” (STJUE de 6 de diciembre de 2012 - Asunto C-562/11-). Concepción que colisiona, en nuestro ordenamiento jurídico, con la previsión legal del art. 28.1 LRJSP, que contempla que solo podrán ser sancionadas conductas cuando la responsabilidad lo sea a título de dolo o culpa.

Desde esos parámetros se ha orientado, respecto a la culpa, la exigencia de diligencia, al margen de la mayor o menor claridad de la norma, por su nivel de complejidad, a partir de la constatación de la posibilidad de existencia de una comprensión errónea por el individuo de su propia conducta, aunque exista claridad en la actuación o regulación efectuada por la Administración, lo que impediría que la conducta pueda reputarse como intencionada o en su caso negligente (STS de 30 de junio de 2011 –RC 3931/2009-, FD Quinto). Dicha posición tiene su génesis en el ámbito tributario, como ha manifestado Esteve (2017: 406), en el que los tribunales han ido exigiendo un componente subjetivo de culpa o negligencia, exigiéndose la culpabilidad, cuando se establecen obligaciones complejas que debe cumplir los ciudadanos, las cuales pueden comportar un importante margen de error y desconocimiento que si bien justificarían la conducta del individuo, de la misma no se podría reprochar culpa o negligencia, motivo por el cual no se reconoce respecto a ellas responsabilidad desde el ámbito sancionador. En dicho sentido se proyecta en el Derecho administrativo la relevancia del error invalidante, cuando se corresponde con un error vicio en el consentimiento, por falta de la información

TESI DOCTORAL

y conocimiento en relación a una actuación de la Administración que le incita a una conducta, a partir del conocimiento experimental de patrones de conducta y errores cognitivos en el proceso de toma de decisiones de los individuos, y por ello se requiere que exista una evaluación en la intervención de la Administración del nivel de diligencia exigible en todo caso, teniendo en cuenta, en la aplicación de la técnica del “nudge público”, que la responsabilidad en la decisión adoptada por el individuo como propia, cuando sea coincidente con la opción incitada por la Administración, responde al resultado de una Arquitectura de la elección que incide indirectamente sobre la cognición, la racionalidad y la voluntad del individuo en su proceso de decisión.

Se establecen los parámetros de constitucionalidad para determinar los contornos jurídicos de la técnica del “nudge público”, desde el respeto a los derechos fundamentales, a partir del derecho a la educación, recogido en el art. 27 CE⁸⁸, cuyo objeto es el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Derecho fundamental al cual se anuda el derecho a la información pública, que incorpora el derecho a la transparencia que incluye el principio de publicidad activa, como derecho instrumental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos que se recoge en el art. 23 CE. Derecho que carecería de sentido si la Administración en su actuación desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva, participa en el proceso decisonal del ciudadano,

⁸⁸ En el FD Décimo de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2016, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se destaca la necesidad de que se tenga en cuenta la especial protección del derecho a la educación, su papel esencial en una sociedad democrática, y su carácter instrumental para la protección de los derechos humanos (STEDH Ponomaryovi c. Bulgaria, § 60).

TESI DOCTORAL

pero éste no está informado para conocer en todo momento las causas que motivan la actuación de la Administración pública y en el supuesto de la utilización de la técnica del “nudge”, de todo el proceso de diseño, implementación y aplicación de dicha técnica. Lo cual requiere que dicha actuación esté informada desde la Perspectiva cognitiva, como se informa desde la perspectiva de género, para determinar si en la misma se incita la conducta, mediante alguna afectación sobre la cognición de los individuos o sobre el entorno, que incida en su proceso decisional, identificando una opción coincidente con el interés público.

Debe tenerse en cuenta, como referencia jurídica de la que pueden extraerse elementos concurrentes, que la Perspectiva de género se ha incluido en la Memoria de Análisis de Impacto normativo, que se regula en el RD 931/2017, de 27 de octubre. En dicha norma se contiene una previsión específica en su art. 2.1.f), relativa al análisis y valoración de los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto normativo desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato. Pero dicha previsión, orientada a los procedimientos de elaboración de normas, también se contempla respecto a otros impactos como los de carácter social y medioambiental, el impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y el impacto que tendrá para la ciudadanía y para la Administración el desarrollo o utilización de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma. En dicho encaje genérico considero que tendría cabida el enfoque de la Perspectiva cognitiva, en cuanto al impacto que en la misma tendría la

TESI DOCTORAL

norma, debiendo hacerse extensivo el análisis de dicho impacto en la actuación de la Administración cuando utilice la técnica del “nudge”, es decir, cuando intervenga incitando la orientación de la decisión hacia una conducta determinada, a partir del conocimiento y aplicación de las ciencias de la psicología y la neurología, esencialmente. La relevancia de la evaluación del impacto normativo, lo es para la mejora de la calidad de las normas, siendo controlable judicialmente, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo (STS 12 de diciembre de 2016 –RC 903/2014- FD Séptimo):

../..la finalidad de la Memoria del análisis de impacto normativo es asegurar que los encargados de elaborar y aprobar los proyectos de disposiciones generales tengan la información necesaria que les permita estimar qué impacto tendrá en los ciudadanos y qué medios serán necesarios para su aplicación. Se contiene, así, en dicho acto la motivación de la necesidad y de la oportunidad de la norma proyectada, una valoración de las distintas alternativas existentes, un análisis de las consecuencias económicas y jurídicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán de su aplicación, así como su incidencia, en el ámbito presupuestario, de impacto de género y en el orden constitucional de distribución de competencias.

../.. cabe efectuar un control judicial sobre la suficiencia de la memoria.../... que debe acompañar a las disposiciones reglamentarias, sin que la existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria constituya un obstáculo insalvable para que los órganos judiciales puedan efectuar un efectivo e intenso control sobre los fundamentos (en este caso, de naturaleza económica o presupuestaria) en que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente. Cabe, pues, que las normas reglamentarias sean nulas no solo en los casos en que carezcan por completo de análisis económico y presupuestario, sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente de manera que no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus

TESI DOCTORAL

destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad).

Proyectando el control judicial a partir de la evaluación del impacto normativo de género, así como otros impactos de carácter social y medioambiental, del impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del impacto que tendrá para la ciudadanía y para la Administración el desarrollo o uso de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma, se parte, asimismo, de la aplicación analógica⁸⁹ de la previsión normativa de accesibilidad en las personas con discapacidad, contemplada en el art. 2.k) i l), del TRLGDPD, cuando en el mismo se definen los conceptos jurídicos de accesibilidad universal y diseño universal. Conceptos que la Ley 6/2022, de 31 de marzo, por la que se modifica el TRLGDPD, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación, ha establecido que en la accesibilidad universal se incluye la accesibilidad cognitiva. Como se establece en el Preámbulo de dicha Ley 6/2022, nos encontramos ante un Derecho humano reconocido en el Derecho internacional, cuando en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación, se establece el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, particularmente en el goce, entre otros derechos, del derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, reafirmando la accesibilidad como un aspecto social el derecho de acceso.

⁸⁹ El art. 4.1 CC, prevé la aplicación analógica cuando las normas no contemplan un supuesto específico pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

TESI DOCTORAL

En dicho Preámbulo, se anuda la accesibilidad cognitiva a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, en cuanto a garantizar la libertad de expresión y de opinión, el acceso a la información a la salud o la participación en asuntos políticos y públicos de las personas con discapacidad, por las dificultades de comprensión y comunicación en entornos cognitivamente no accesibles, caracterizados por la presencia de barreras técnicas y ambientales, barreras de un entorno que se encuentran bajo el pleno control de la sociedad, teniendo como objetivo garantizar una vida independiente y una participación plena en la sociedad.

Es objeto de la Ley 6/2022, tal como se recoge en su Preámbulo, “garantizar de forma efectiva la accesibilidad cognitiva de todas las personas con dificultades de comprensión y comunicación del entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones a disposición o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”. Su ámbito subjetivo no se centra únicamente en las personas con discapacidad, sino que “trasciende además a este sector social, extendiendo sus efectos benéficos y de mejora colectiva a otros segmentos de la comunidad como las personas mayores, personas visitantes o residentes en el país que no conocen suficientemente las lenguas oficiales y personas con reducido nivel de alfabetización, entre otros”.

En dicho sentido, se modifica entre otros, el art. 2.k) del TRLGDPD, en relación a la definición del concepto de «accesibilidad universal», en el que se incluye el de «diseño universal» y que integra la «accesibilidad cognitiva», que se define

TESI DOCTORAL

como “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.» Asimismo se incorpora un art. 29.bis al TRLGDPD, en el que se establecen las condiciones básicas de la «accesibilidad cognitiva», que quedan encuadradas en el marco de la «accesibilidad universal», y se reconocen respecto a cualquier persona, estableciéndose en su apartado 1:

Las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva son el conjunto sistemático, integral y coherente de exigencias, requisitos, normas, parámetros y pautas que se consideran precisos para asegurar la comprensión, la comunicación y la interacción de todas las personas con todos los entornos, productos, bienes y servicios, así como de los procesos y procedimientos.

Dicha modificación legal, recoge la necesidad del enfoque de la perspectiva cognitiva, para garantizar la accesibilidad cognitiva, más allá de los parámetros relativos a las personas con discapacidad, estableciéndose como condición en el diseño público de la Arquitectura de la elección, su carácter universal, que debe comportar en el “nudge”, que exista la motivación en la que se acredite que los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos,

TESI DOCTORAL

instrumentos, herramientas y dispositivos, sobre los cuales se proyecta el “nudge”, con una finalidad pública, serán comprensibles por todas las personas de la forma más autónoma posible, para que puedan realizar un juicio evaluativo, y tomar libremente la decisión que consideren más adecuada. Ello presupone que en la fase de la estrategia de diseño, éste sea universal, dirigido a todas las personas, concibiéndose o proyectándose desde el origen, y se acredite mediante el correspondiente informe emitido por el órgano administrativo competente, que se ha tenido en cuenta la perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración respecto a la afectación sobre los individuos, así como respecto al entorno en el cual se vaya a actuar y, asimismo, respecto a las circunstancias culturales y sociales de los diferentes colectivos a los que pueda dirigirse dicha actuación, para evitar cualquier forma de discriminación, garantizando el principio de igualdad como no subordinación, y la obligación de los poderes públicos, de que su actuación responde a acciones derivadas de políticas públicas de educación que faciliten un conocimiento informado y crítico⁹⁰, respecto a los entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, no condicionando su voluntad, ni su capacidad de decisión libre.

⁹⁰ La LGSP, en su Preámbulo justifica la **vinculación entre el derecho de protección a la salud y la educación**, cuando expresa que **“la salud reconoce la libertad de escoger siendo consciente de las consecuencias, para lo cual hay que proporcionar una educación que asegure la capacidad crítica, la posibilidad de madurez democrática y participativa**. Al fin y al cabo, educación y salud conforman parte de la materia prima que sustenta una sociedad democrática. Ambas se relacionan íntimamente y facilitan el deseable bienestar social y el necesario desarrollo económico sostenible” (párrafo octavo).

TESI DOCTORAL

No se puede obviar, como ha manifestado Bobbio, que una voluntad libre es una voluntad que se autodetermina, lo que comporta que tener las propias ideas requiere que las mismas se fundan dentro del foro interno del individuo en condiciones de libertad, puesto que la libertad se realiza en cuanto las actuaciones y acciones del individuo sean libres⁹¹, como elementos que sirven de parámetros para objetivar la medición del bienestar⁹².

El “nudge” o empujón suave se nos presenta como una técnica beneficiosa⁹³, que ciertamente intenta incidir en las elecciones de sus destinatarios sobre diferentes opciones, en el proceso de toma de decisiones mediante la incitación sobre aquella que le resulte más beneficiosa, a partir de un actuación administrativa que responda a una función constitucional de ilustración, con una finalidad orientada a la consecución del interés público, y lo debe hacer de tal forma que la percepción individual sea que promueve sus intereses.

Esta técnica permite obtener resultados sociales con medios relativamente suaves, mediante una intervención administrativa de baja intensidad, mínima respecto a la libertad del individuo. Intervención que no le elimine otras opciones, y a un bajo coste económico. No responde a un acto de voluntad por el que se intente imponer una conducta, ni se prevé una sanción jurídica, que es presupuesto de la existencia de un acto administrativo que ponga fin a un

⁹¹ Bobbio (2003: 304).

⁹² Sobre objetivación de la medición del bienestar y de la felicidad se han emitido diferentes informes con el auspicio de Naciones Unidas: Helliwell, Layard, and De Neve, eds. (2021). Villatoro (2012). Definiéndose “Bienestar social” por Pena-Trapero, (2009: 299), como “el conjunto de factores que participan en la calidad de vida de la persona y que hacen que su existencia posea todos aquellos elementos que den lugar a la tranquilidad y satisfacción humana”.

⁹³ Thaler y Sunstein (2020: 93 y ss)

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

procedimiento administrativo, ni se otorgan o deniegan derechos concretos⁹⁴. Pero ello no impide que sus efectos puedan ser muy relevantes, al afectar el comportamiento de los individuos.

Entre sus fines se encuentra la incitación a un comportamiento prosocial, en tanto que la conducta individual motivada en una decisión beneficiosa para el individuo, también puede beneficiar al resto de la sociedad, y en ello se anuda su finalidad pública como manifestación del interés general⁹⁵, mediante la

⁹⁴ Cuando se dan dichas circunstancias, el Tribunal Supremo entiende que no existe actividad administrativa susceptible de residenciar su control en la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como se manifiesta en sentencia de 17 de marzo de 2009 (RC 1430/2005, FD Segundo).

⁹⁵ Finalidad que, en cuanto al cumplimiento de los fines que justifican la actuación administrativa, está sometida al control jurisdiccional, como se prevé en el art. 106.1 CE, cuando establece que "los tribunales controlan .../..., la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican", artículo que debe relacionarse con el 103.1CE cuando declara que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales". Finalidad pública vinculada al concepto jurídico indeterminado de interés general, sobre el cual realizó una profunda reflexión el Consejo de Estado francés en el documento "*Réflexions sur l'intérêt général*" - Rapport public 1999, de 30 de noviembre de 1998, a partir de su evolución desde la idea del bien común como fin último de la vida social en el siglo XVIII, anudado a connotaciones morales y religiosas, desde dos concepciones, una utilitaria, como la suma de intereses particulares a partir de la búsqueda de su utilidad por los intereses económicos, y otra de carácter voluntarista que requiere la superación de los intereses particulares, como expresión de la voluntad general, correspondiendo al Estado la misión de perseguir fines que vinculen a todos los individuos independientemente de sus intereses particulares. "El liberalismo contemporáneo da una nueva formulación a la visión utilitarista, desarrollada en el siglo XVIII, según la cual el interés general puede resultar de la libertad que se deja a cada uno para movilizar sus iniciativas y dar rienda suelta a sus capacidades creativas. Al dar un lugar central a la apertura de los mercados y al principio de libre competencia, la construcción europea ha adoptado esencialmente este enfoque liberal, según el cual el mercado, lejos de ser antagónico al interés general, puede contribuir activamente a él, en particular haciendo posible obtener el precio más competitivo para una mejor calidad de servicio".../..."La concepción del Estado ordenando la sociedad civil desde fuera da paso a una nueva representación de un Estado que arbitra entre intereses".../..."La elección de los fines considerados de interés público debe estar abierta a discusión en todo momento. En cualquier momento, debe ser posible aclarar los contornos de este concepto y haber validado, a través de procedimientos democráticos, los fines elegidos como de interés general, de modo que formen parte efectivamente de la voluntad general y que el Estado, que es el encargado de definir el interés general, esté él mismo al servicio de este interés común. Solo el legislador debe tener el papel de promulgar normas impersonales y

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

sustitución, cuando sea posible, de procedimientos coercitivos por procedimientos de convicción con una mayor participación de los ciudadanos, con lo que la ecuación existente entre el coste individual de una conducta y el

generales que representen esta voluntad común".../... "Sin embargo, **si la concepción transaccional del interés general es un síntoma de la crisis que hoy afecta a la noción de interés general, la sustitución, siempre que sea posible, de los procedimientos coercitivos por procedimientos de convicción puede constituir, sin embargo, una vía de solución que permita a la decisión pública recuperar una nueva legitimidad.** Dado que el arbitraje final recae en la autoridad democráticamente investida de la competencia para formular el interés general, **la legitimidad de las decisiones tomadas se verá reforzada por una mejor participación de los ciudadanos en la elaboración y aplicación de las decisiones que les conciernen**".

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto jurídico indeterminado de "interés general", se ha analizado desde diferentes proyecciones del mismo que configurarían sus contornos y dificultad conceptual, desde el marco dogmático establecido por Nieto (1991), García de Enterría (1996), o Rodríguez-Arana (2012), concretándose en Acosta Gallo (2019), cuando concluye que "El interés general es un concepto político, porque se refiere a la vida en sociedad bajo la necesaria presencia del Estado, que es la organización política de una comunidad en un territorio para la satisfacción de los intereses comunes. El interés general es también un concepto jurídico, porque se materializa mediante la creación de normas jurídicas y su aplicación por los operadores jurídicos, bajo la supervisión de los tribunales de justicia. El interés general es también un criterio orientador de las políticas públicas y de las concretas actuaciones administrativas, pues así lo impone el art. 103.1 de la Constitución Española cuando declara que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales". También es un principio general del Derecho, en la medida en que tiene carácter informador del ordenamiento jurídico, permite interpretar las normas jurídicas y cubre las lagunas legales. Y por último, pero no menos importante, el servicio a los intereses generales es un valor democrático. No puede ignorarse que todo el Derecho Público se sustenta en un sistema de valores. Sin esos valores, la actuación del Estado pierde su legitimidad y el ordenamiento jurídico se convertiría en un cáscara hueca carente de contenido".

El Tribunal Supremo, cuando ha abordado el interés general, lo ha hecho como principio de actuación de la Administración, sin entrar a elaborar un concepto jurídico sobre el mismo y su delimitación con el interés público o interés público superior, considerándolo como un concepto jurídico indeterminado y no discrecional (STS, Sala Tercera, de 18/05/2020, RC 5668/2017). A partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y teniendo como referencia el art. 106 CE, Bandrés (2016: 685), magistrado del Tribunal Supremo, ha considerado que "competen a los Tribunales de Justicia,/, partiendo de las referencias contenidas en la Constitución y en la Ley, **determinar si la composición de intereses públicos y privados que ha realizado la Administración Pública para fundamentar su decisión, es respetuosa con el principio de legalidad administrativa y acorde con los principios de racionalidad, razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad.** Los tribunales contencioso-administrativos deben, por tanto, enjuiciar si la decisión administrativa se sustenta en una ponderación equilibrada de los

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

beneficio colectivo, que en temas de salud es determinante (como en supuestos de contagios o reducción de costes hospitalarios, por ejemplo), explica la necesidad de actuación de la Administración pública, del resto de poderes públicos y de los entes del sector público, para una necesaria protección de los bienes públicos, como el de la salud⁹⁶, que integra el derecho a una alimentación saludable⁹⁷, proyectándose sobre todas las políticas públicas, respetando su carácter autónomo y materializándose en la libertad de cada individuo de escoger⁹⁸, en ejercicio del derecho de autodirección informativa, vinculado al libre desarrollo de la personalidad, en el que la libertad de información que recibe el individuo es un bien jurídico que integra el derecho al conocimiento, que se materializa en estar informado sobre los procesos y

intereses públicos concurrentes con el objeto de evaluar si la consideración de determinados intereses como públicos, efectuada por la Administración tiene apoyo constitucional o legal”.

⁹⁶ Miller (2021: 54).

⁹⁷ En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, como se conoce al Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992 (A/CONF.151/26 Vol. I), se aprobó como Principio 1, que “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen **derecho a una vida saludable** y productiva en armonía con la naturaleza”.

⁹⁸ El art. 3 de la LGSP, establece los principios generales de acción en salud pública, teniendo en cuenta la voluntariedad del individuo, contemplando en su apartado b) el “**Principio de salud en todas las políticas**. Las actuaciones de salud pública tendrán en cuenta las políticas de carácter no sanitario que influyen en la salud de la población, **promoviendo las que favorezcan los entornos saludables y disuadiendo, en su caso, de aquellas que supongan riesgos para la salud**. Asimismo, las políticas públicas que incidan sobre la salud valorarán esta circunstancia conciliando sus objetivos con la protección y mejora de la salud.” Principio que como se recoge en el Preámbulo, responde a un concepto de “salud, definida como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar. Por ser autónoma, **la salud reconoce la libertad de escoger siendo consciente de las consecuencias, para lo cual hay que proporcionar una educación que asegure la capacidad crítica, la posibilidad de madurez democrática y participativa**. Al fin y al cabo, educación y salud conforman parte de la materia prima que sustenta una sociedad democrática. Ambas se relacionan íntimamente y facilitan el deseable bienestar social y el necesario desarrollo económico sostenible.”

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

actuación de los poderes públicos⁹⁹. Ello, tal como venimos indicando y se encuentra en los elementos nucleares de esta investigación, le facilitará poder realizar un proceso decisonal evaluativo sobre diferentes opciones, entre las que figure la que la Administración haya puesto en su conocimiento, como consecuencia de la Arquitectura para su elección, en una actuación de ordenación directiva dirigida a la consecución del interés general, teniendo como principios rectores de la actuación de la Administración pública, la consecución del bien común¹⁰⁰ y el bienestar de la comunidad. En dicho

⁹⁹ Pitschas (2006: 228-230). Si bien que la idea sobre el derecho a la educación y al conocimiento de los ciudadanos, así como a conocer los propósitos y conducta de los gobernantes, como necesarios para preservar la libertad de los individuos, y antecedente del principio de transparencia, ya estaba presente en John Adams (segundo presidente de los Estados Unidos, entre 1797 y 1801), en *A Dissertation on the Canon and Feudal Law* (No.3,30, September 1765), donde exponía que “Liberty cannot be preserved without a general knowledge among the people, who have a right, from the frame of their nature, to knowledge, as their great Creator, who does nothing in vain, has given them understandings, and a desire to know; but besides this, they have a right, an indisputable, unalienable, indefeasible, divine right to that most dreaded and envied kind of knowledge, I mean, of the characters and conduct of their rulers” (que en una traducción libre, nos vendría a decir que la libertad no se puede conservar, sin que el pueblo al que le ha sido dado el entendimiento y deseo de saber, tenga conocimiento del carácter y conducta de sus gobernantes, derecho al conocimiento que es indiscutible, inalienable e irrenunciable). Consultado en fecha 07/12/2021, en: [V. “A Dissertation on the Canon and the Feudal Law,” No. 3, 30 ... \(archives.gov\)](#). En la misma línea de publicidad y transparencia de las razones y datos que han motivado la actuación del Estado, se expresaba Jeremy Bentham, filósofo utilitarista inglés (1748-1832), que con John Stuart Mill, a partir de la filosofía de Epicuro de maximización de la felicidad, pensaba que la acción moralmente correcta es aquella que produce la mayor cantidad de bien para el mayor número de personas, considerando como tal, tanto el bien general como el propio, y para quien la publicidad era un medio primario de la legislación indirecta, aquella que manifiesta una actuación del Gobierno mediante instrumentos no jurídicos, cuando estableció que “Giving publicity to the reasons in which the acts of state have been grounded. As also to the data referred to by those reasons” (que en una traducción libre, nos vendría a decir que debe darse publicidad a las razones que han motivado los actos del Estado, así como a los datos en los que se fundan dichas razones; Galletti y Vida: 2018: 245, reproducen la cita UC 1xxxvii.110, que se corresponde con *Bentham Manuscripts at University College London -UC followed by box and page/folio no-*). Ver Nota 69.

¹⁰⁰ En relación a la relevancia del bien común, en la actuación de la Administración, encontramos su fundamento en el pensamiento occidental, en la máxima de Cicerón dirigida a los Pretores y a los Cónsules “salus populi suprema lex esto” (Cicerón, 1989: 268. De Legibus,

TESI DOCTORAL

sentido, y en base a las tesis de Forsthof, ya había apuntado Nieto (1975: 27-29) que “la vocación del Derecho administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales.../... El Derecho administrativo no opera en el vacío, sino en un contexto social determinado, que condiciona sus objetivos y evolución.”

El “nudge” se configura por su carácter no vinculante, y por el hecho de que debería ser posible evitar esta técnica de intervención administrativa a través de cualquiera de las herramientas en que se manifiesta, de una manera muy simple, que en un símil informático sería, por ejemplo, con un solo clic. Pero su implementación puede tener consecuencias dispares con diferentes fines, como ocurre en el ámbito del consumo, en que el establecimiento de un empujón suave sobre un producto tiene fines diferentes respecto a consumidores y respecto a productores y comercializadores. Es el supuesto, en el ámbito regulatorio, del semáforo nutricional. Para el consumidor, el empujón suave está dirigido a orientarle a una alimentación saludable, pero para el productor, el empujón suave está dirigido a reorientar su estrategia empresarial

Libro III, Párrafo III, 8), que se podría traducir en el sentido de que la seguridad del pueblo, como bien común, es la ley suprema, en un concepto de seguridad que va más allá del de protección y se proyecta sobre diferentes bienes de la sociedad y del individuo, como la salud. La proyección de dicha máxima sobre la salud, la encontramos en Bombillar Sáenz, F. M. (2020), *Salus publica suprema lex est: intervención administrativa y gestión de la crisis del COVID-19*, en: *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública* (Coords. Atienza Macías, E. y Rodríguez Ayuso, F. pp. 61-77. Madrid: Dykinson; y en Farrés Juste, O. (2020): *Salus populi suprema lex. Revista Bioética y Derecho*, 50.

El Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, ha aprobado el proyecto “Administración compartida y bienes comunes: derecho y políticas públicas mediante gobernanza colaborativa” (PID-2020-114735GB-I00), dirigido como investigadores principales por el catedrático de Derecho administrativo, Dr. Vicenç Aguado Cudolà y los profesores de

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

focalizando sus inversiones en la elaboración de productos dirigidos a un consumo saludable de los ciudadanos, con un efecto prosocial que responde a una finalidad pública, en la protección del derecho a la salud¹⁰¹.

Asimismo, también debe tenerse en cuenta el necesario conocimiento de esta técnica, para favorecer su aplicación por los diferentes operadores que

Ciencia política, Dr. Xavier Torrens y Dr. Joan Anton Mellón, de la Universidad de Barcelona, y en el que se integra esta Tesis doctoral.

¹⁰¹ En dicho sentido se aprobó el Reglamento (UE) N° 1169/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, que habilita a los Estados miembros a recomendar a los operadores de empresas alimentarias al uso voluntario de una o más formas de expresión o presentación de la información nutricional. En aplicación de dicho Reglamento España elaboró el Proyecto de Real Decreto, que no se llegó a aprobar, relativo a la utilización voluntaria del logotipo nutricional «NUTRI-SCORE» en los productos alimentarios, que expuso en el trámite de consulta pública en el 2020, y que aplicaba el modelo desarrollado por la Agencia Nacional de Salud pública de Francia, en el 2017, aplicado por otros países, como Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Alemania o Suiza. Actualmente dicha iniciativa relativa al etiquetado nutricional se encuentra en trámite de difusión como una de las herramientas de las políticas de salud pública para promover dietas saludables, y se puede consultar en la dirección de internet de la AESAN *Aesan - Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición*.

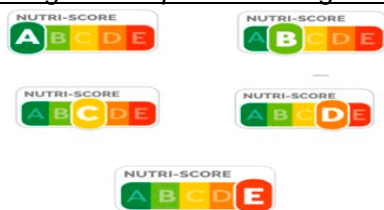


Fig. 7 Logotipo Nutri-Score, del que Francia tiene registrada la propiedad intelectual y establece sus condiciones de uso actualizadas, consultable en *Nutri-Score (santepubliquefrance.fr)*.

También encontramos ejemplos significativos en el ámbito de la vida saludable, respecto a potenciar el ejercicio físico en el espacio público o privado, como en el supuesto de estimular el acto físico de subir escaleras, informando de las calorías que se queman en cada escalón que se sube, como en la imagen de la Figura 7, del Programa SportRegie del municipio de Rotterdam y de la Universidad de Ciencias Aplicadas de Inholland Rotterdam.



Fig. 8. Fuente: Imagen libre de *Erben Wennemars doet aftrap Inholland traploopwedstrijd*

TESI DOCTORAL

intervienen en su diseño e implementación como políticos que legislan, autoridades públicas, y, en general, profesionales de la Administración, del resto de poderes públicos y entes del sector público, por su carácter transversal, para favorecer su utilización razonada y crítica.¹⁰² Sin olvidar que la técnica del “nudge”, no solo lo es de aplicación y proyección *ad extra*, en la actuación de los poderes públicos, sino también *ad intra*, tal como se ha caracterizado en cuanto a las diferentes tipologías en relación con sus destinatarios, en cuanto a la aplicación de políticas públicas organizativas internas de la propia Administración pública, del resto de poderes públicos y entes del sector público,, por lo que adquiere relevancia el hecho de que las organizaciones públicas, están conformadas por profesionales y decisores, que son los arquitectos que intervienen en el diseño de los procesos de las elecciones individuales y del comportamiento colectivo.

Para concluir este Apartado, y como reiteraremos a lo largo de esta investigación, considero, como un elemento nuclear y original en la literatura administrativa o de otras disciplinas sobre el “nudge”, que el enfoque de la Perspectiva cognitiva la configuramos como el instrumento de la Administración pública para garantizar los derechos humanos y fundamentales, derechos constitucionales y libertades públicas, los valores superiores de la Constitución, la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, exigible a la Administración en el diseño de la Arquitectura de la elección y en su actuación de carácter conductual, mediante la intervención en el proceso de toma de

¹⁰² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”. Conclusión 1.10.

TESI DOCTORAL

decisiones de los individuos y en el comportamiento de la colectividad, utilizando la técnica del “nudge público”.

El enfoque de la Perspectiva cognitiva, como se produce en el enfoque de la Perspectiva de género, requiere la existencia documental de motivación a la que me he referido en anteriores apartados, así como del derecho a la transparencia que incluye la publicidad activa, como he expresado en este, en la actuación de la Administración, en la del resto de poderes públicos y en la de los entes del sector público. En ese enfoque, la Perspectiva cognitiva considero que debe exigirse como requisito de validez de la actuación de la Administración. Exigencia que se predica de aquellos supuestos en los que se utilizan herramientas de la neurociencia o herramientas conductuales desde la psicología, la economía, la semiótica o la lingüística cognitiva, o en el ámbito de la psicología se tiene en cuenta cómo afectan las heurísticas y los sesgos cognitivos sobre la racionalidad, respecto a los juicios en la toma de decisiones bajo incertidumbre.

En el primer supuesto se encuadraría la actuación administrativa de carácter procedimental que se materializa en la aprobación de normas, actos, contratos, planes, convenios o cualquier tipo de instrumento jurídico que habilite dicha actuación en ejercicio de una competencia atribuida por la norma correspondiente, con efectos jurídicos sobre terceros.

En el segundo supuesto se encuadraría la actuación administrativa de carácter informal, a través de herramientas de carácter impulsor como Recomendaciones, Advertencias o Informes que refuercen la capacidad cognitiva y de conocimiento de los ciudadanos en su proceso decisional.

TESI DOCTORAL

Sobre ambas planos de la actuación administrativa en general, se proyecta el derecho imperativo en el primer supuesto y el indicativo en el segundo, pero ello ocurre cuando existe un carácter conductual determinante de la actuación de la Administración en ambos supuestos, dirigida a intervenir mediante la utilización de herramientas de la neurociencia o de herramientas conductuales desde la psicología, la economía, la semiótica o la lingüística cognitiva, sin que ello se refiera a la actividad administrativa ordinaria que se manifiesta en las diferentes formas, modos o tareas, o mediante relaciones jurídicas.

6. La actuación administrativa informal de carácter conductual.

En este apartado analizo el "nudge" y su proyección en la actuación administrativa informal¹⁰³ de carácter conductual, respecto a las modalidades de actividad administrativa. Su principal novedad es el recurso a los conocimientos de las ciencias de la conducta¹⁰⁴ y de las neurociencias¹⁰⁵, interviniendo sobre el entorno y sobre los sesgos cognitivos o errores sistemáticos en la racionalidad. Errores que se encuentran asociados a la heurística o reglas básicas de toma de decisiones rápidas que utilizamos para

¹⁰³ Se utiliza la construcción de "actuación de las Administraciones Públicas, como actividad informal", cuando, en general, las mismas actúan al margen de un procedimiento administrativo que finaliza en un acto administrativo, contrato, convenio, acuerdo, plan, programa o disposición de carácter general, pero sin que su actuación sea contraria a Derecho por realizarse sin título habilitante o excediendo del mismo, en ejercicio de facultades y potestades administrativas, pues entonces nos encontraríamos ante una actuación material constitutiva de vía de hecho, en la que se desbordan los límites que impone el acto o disposición general de cobertura.

¹⁰⁴ Como obras más destacadas, las de Tversky y Kahneman (1974), o las más recientes de Joule y Beauvois (2002 y 2006), y Gigerenzer (2014).

¹⁰⁵ Un análisis de la afectación de las neurociencias en el Derecho, con una extensa referencia bibliográfica, lo encontramos en Narváez (2012).

TESI DOCTORAL

simplificar nuestras elecciones diarias¹⁰⁶, con elementos que permitan establecer un contexto propicio a la adopción de un comportamiento determinado. No existe la necesidad de imponer una coacción aparente, y/o directamente sobre el individuo o la colectividad, instrumentalizando sus sesgos cognitivos, con estrategias para ayudar a afrontar los problemas de autocontrol, para empujar suavemente a mejorar las decisiones, orientadas a conductas beneficiosas social y/o individualmente. Se persigue una finalidad pública contemplada en las políticas públicas, destinada a hacer más responsables los comportamientos individuales, teniendo en cuenta que para el individuo, un “nudge” debe permitir que la opción presentada simplifique su proceso de decisión¹⁰⁷.

En la medida en que los “nudges públicos” se concretan en técnicas que permiten la realización de una evaluación en el proceso individual o colectivo de elección, de entre diferentes opciones, si las hubiera, tendente a la adopción de una decisión beneficiosa para quien la adopte, en coherencia con una finalidad pública, en el marco de una actuación administrativa, que se corresponda con la protección del interés general, pero sin que su manifestación sea resultado como decisión de un procedimiento administrativo previo, podrían calificarse como “fórmulas informales de actuación de carácter

¹⁰⁶ Estudios, hasta cierto punto contrapuestos, sobre el juicio y la relevancia de las heurísticas y los sesgos, en la toma de decisiones, los encontramos en Tversky y Kahneman (1974), y Gigerenzer (2014). Baddeley (2018), partiendo de que “la heurística son las reglas de toma de decisiones rápidas que usamos para simplificar nuestra toma de decisiones diarias y que a menudo funcionan bien, pero que en ocasiones crean sesgos, considera que el futuro de la economía conductual se encuentra en modelos computacionales basados en agente y aprendizaje automático”.

¹⁰⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”. Apartado 3.3.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

conductual”, a partir del concepto jurídico de actuación informal elaborado por la doctrina alemana¹⁰⁸.

Parejo siguiendo a Robbers, utiliza el concepto de acción técnica o real, en la que la doctrina alemana encuadra las formas informales de actuación de la Administración, a partir del desarrollo de la Administración prestacional y social, como una “categoría residual respecto a la doctrina de las formas jurídicas, que se materializan en las clásicas del acto, el contrato o la norma, sobre la cual considera que no se ha producido una construcción dogmática, desde la

¹⁰⁸ En Alemania se inició en los años 80 del siglo XX, un análisis doctrinal, sobre el significado de la “actividad informal de las Administraciones públicas”, a partir de la que se denominaba “actividad material”, diferenciando los contornos jurídicos de esta última. Debate que fue recogido por la revista Documentación Administrativa, traduciendo a sus autores más relevantes, como Shulte (1993), o Schulze-Fielitz (1993), y en obras de referencia en Derecho administrativo, también traducidas al español, como la de Maurer (2011: 413-421), o la de Schmidt-Assmann (2003: 332-338),.

En España, Carro (2015: 393-395) analiza desde una perspectiva doctrinal del Derecho comparado y español, el estado de la cuestión, considerando, siguiendo a Maurer (2011) y Velasco Caballero (1998), “que se ha acabado por adoptar una noción de carácter residual de este tipo de actividad, describiéndola como aquella actividad administrativa que no sea susceptible de ser incluida en alguna de las formas habituales y jurídicamente formalizadas de la Administración”.

En un apunte doctrinal estableciendo las características delimitadoras de la “actividad informal” respecto al concepto elaborado en la doctrina alemana de “actividad material”, se ha analizado por Velasco Rico (2021), teniendo en cuenta también el Derecho administrativo norteamericano, en relación a las actuaciones informales que llegan a sustituir a la actuación administrativa formalizada, denominadas “informal adjudication”, como procesos negociales desprovistos de eficacia jurídica, que pueden sustituir la actuación administrativa formalizada, lo que no ocurriría con la actuación material, coincidiendo ambas “en la ausencia de carácter imperativo, falta de plasmación en acto, contrato u otro tipo de resolución y desarrollo fuera de las normas procedimentales previstas”, identificando como características de la “actividad informal”, que “no tiene por qué existir una previsión normativa que le indique a la Administración que en un determinado supuesto puede recurrir a una actuación no jurídica ... en tanto que esa actividad no constituya un comportamiento antijurídico”; “puede contribuir a la producción de efectos jurídicos”, sin que le sea posible alterar el estado de las relaciones jurídicas, pero sí pudiendo influir en ellas pues “genera una cierta vinculación fáctica”; y, “en determinados casos, puede constituir una alternativa a la actuación formalizada”, considerando dicha autora, siguiendo la dogmática alemana que incluso “podría pensarse en una eventual exigencia para la Administración de actuar informalmente en determinados supuestos, y llegado el caso, en el establecimiento de parámetros que encaucen dicha exigencia”.

TESI DOCTORAL

utilización de categorías abstractas, pues dicha acción técnica o real se fundamenta en las materias, tareas y fines administrativos, no encontrándose con la finalidad de conseguir determinadas consecuencias jurídicas, sino tan solo con la de conseguir la producción de un determinado resultado, procediendo a establecerse una clasificación en base a su relación con la regulación”. Considero que tanto la acción técnica o real, como las actuaciones de la Administración que se encuadran en la actividad informal de la Administración, en general, no son categorías jurídicas residuales, sino que su relevancia en el quehacer diario de la Administración, del resto de poderes públicos y de los entes del sector público comporta que no se pueda orillar desde el Derecho Administrativo, por no responder a los criterios dogmáticos de la doctrina de las formas jurídicas o la de las relaciones jurídicas.

En la categorización que efectúa Robbers y reproduce Parejo, se identifica la acción de la Administración que evita u obvia una regulación, manifestándose que “se incluyen en esta categoría supuestos de gran interés y poco tratados dogmáticamente, como los de tolerancia de comportamientos o actos de los ciudadanos, simples advertencias o recomendaciones a éstos, formulación y puesta a disposición de los ciudadanos de datos oficiales orientativos para la actividad de los particulares, entre otros”¹⁰⁹. En esta figura de la acción técnica o real, podemos encontrar unos antecedentes que nos permitirán identificar el “nudge” en los contornos jurídicos de la actividad informal de la actuación de la Administración, como he anticipado en anteriores Apartados de esta Primera parte, con elementos que la caracterizan como el hecho de no existir un previo acto administrativo de cobertura en que se materializa la actuación de la

TESI DOCTORAL

Administración, ni su materialización pretende sustituir un acto administrativo o cualquier otro instrumento con efectos jurídicos sobre terceros, ni se pretende conseguir una vinculación u obligatoriedad jurídica, como la que se pueda derivar de las formas clásicas y formalizadas de actuación de la Administración¹¹⁰.

Adquiere una gran relevancia para la construcción doctrinal que se realiza en este estudio, respecto a la actuación informal de la Administración, tal como ha puesto de manifiesto García-Andrade (2021: 64-65), las Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, presentadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Asunto C-62/14, que se resolvió en sentencia de la Gran Sala, de 16/06/2015, en una controversia sobre un acuerdo adoptado por el Banco Central Europeo en el que se aprobaban unos criterios determinados que afectaban la política monetaria común, pero no un Programa vinculante de actuaciones. En dicho supuesto, el TJUE se encontraba ante un acto carente de efectos jurídicos, con una jurisprudencia consolidada, sobre la inadmisión de remisiones prejudiciales dirigidas a cuestionar un acto atípico, carente de publicación y sin efectos obligatorios. La Gran Sala acabó admitiendo la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán, de forma contraria a las alegaciones de inadmisión de las Instituciones comunitarias, pero acorde con la propuesta efectuada por el Abogado General en sus conclusiones. Considero de gran relevancia las mismas, respecto a la actuación informal y su control judicial, cuando se manifiesta que es determinante el hecho de tratarse de un acto que fija en sus caracteres

¹⁰⁹ Parejo (1991: 131-133).

¹¹⁰ Parejo (1991: 133).

TESI DOCTORAL

generales un programa general de actuación destacándose la particular importancia que desempeña la comunicación pública en la ejecución de la política. En dichas conclusiones se argumenta que “un programa general de actuación, como el aquí cuestionado, podrá expresarse mediante técnicas atípicas, podrá tener como destinatario a la propia autoridad autora del acto, podrá ser formalmente inexistente desde el exterior, pero el hecho de que tenga la capacidad de influir decisivamente en la situación jurídica de terceros justifica que su tratamiento como «acto» se aborde con un enfoque antiformalista. De lo contrario se corre el riesgo de que una institución desvirtúe el sistema de actos y sus correspondientes garantías jurisdiccionales, disfrazando actos con vocación hacia el exterior como programas generales” (Apartado 76). Considerándose que “si una medida no necesita estar publicada oficialmente mediante su forma típica para surtir efectos, pues basta con difundirla en una rueda de prensa, o a través de un comunicado de prensa, para que produzca todo su impacto en el exterior, el sistema de actos y de control judicial previsto en los Tratados quedaría gravemente comprometido si no fuese posible controlar la legalidad de esa medida” (Apartado 89). De dichas Conclusiones se deriva la necesidad de poder controlar judicialmente la actuación informal de la Administración, a través de sus diferentes manifestaciones, independientemente de que no responda al resultado de una actuación jurídicamente formalizada, ni sea actividad administrativa decisoria o resolutoria, ya sea de trámite cualificada o definitiva, siempre que exista una afectación directa o indirecta sobre cualquier tipo de restricción de la libertad individual, la limitación o negación de un derecho o se pueda causar un perjuicio presente o futuro.

TESI DOCTORAL

Respecto al procedimiento a través del cual se materializa la actividad administrativa en que deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia de los interesados, como se constitucionaliza en el art. 105.c) CE, Esteve destaca la función objetivadora y racionalizadora del mismo (2017: 175). Dicho autor considera que una de sus funciones es la de “acceder al conocimiento más amplio y más cierto que sea posible de la realidad”, instruyéndose con el mismo la Administración, “para ampliar su conocimiento de la realidad, que tiene que tomar en consideración al decidir, esclarecer y fijar los hechos, establecer certeza, y averiguar en lo posible la realidad objetiva”. Proceso que al realizarlo la Administración, debe llevarlo a cabo con la participación en el mismo de la ciudadanía, a partir de su transparencia y motivación, y con su participación activa, para tomar conocimiento de dicho proceso.

Como ha puesto de manifiesto Velasco Caballero (2020: 130) “hay decisión en el diseño de los correspondientes «nudges», y ahí tienen que centrarse los límites y garantías propios del sistema jurídico”. A lo que habría que añadir que, teniendo en cuenta que pueden existir “nudges” sin arquitecto, el espacio reservado al control judicial debe proyectarse desde el enfoque de la perspectiva cognitiva sobre la actuación de la Administración, tanto sobre el diseño del “nudge”, cuando este responda a una decisión previa, como sobre el propio “nudge” cuando no exista dicha decisión, así como sobre los efectos en los individuos a los que se dirige en uno y otro supuesto. Dichos efectos se pueden producir en su aplicación, cuando la misma no sea determinante de la conducta del individuo, por no materializarse en una actividad administrativa que sea manifestación de un derecho de carácter imperativo, cuya

TESI DOCTORAL

consecuencia se manifiesta en efectos jurídicos dirigidos a condicionar, regular, estimular o coaccionar la misma, sin que el individuo pueda apartarse de una forma fácil, de dicha actuación administrativa directiva de su conducta, sin consecuencias jurídicas desfavorables. En dicho sentido destaca Velasco Caballero la calificación de los “nudges” en el sistema jurídico, desde cuatro ejes de garantía del Estado de Derecho, “el respeto a los Derechos fundamentales, el principio de legalidad, el de responsabilidad, y el control de legalidad de la actuación administrativa” (2020:130), cuyo análisis, según manifiesta dicho autor, se encuentra por realizar en la doctrina administrativa.

Respecto al control judicial, Huergo (2012: 68-69), realizando un análisis crítico del proceso contencioso-administrativo español en comparación con el alemán, postula la posibilidad de intervención judicial, más allá de la vía del recurso o la impugnación contra los efectos jurídicos desfavorables de un acto administrativo o inactividad de la Administración, que se pronuncie sobre “cualquier pretensión (declarativa, constitutiva o de condena), sin más requisito que el de estar basada en el Derecho administrativo. Por tanto, como no se impugna ningún acto administrativo, la acción no es un «recurso» ni supone una «impugnación» de nada. Puede suceder (aunque no es necesario) que esa acción se formule «en relación» con alguna forma de actividad administrativa distinta de un acto administrativo, por ejemplo una actuación material, constitutiva o no de vía de hecho, que se considera ilegal. En estos supuestos la acción judicial perseguirá, normalmente, detener esa actuación y obtener algún tipo de compensación por los daños causados ../.. la acción no constituye una «impugnación» o «recurso», del mismo modo que las acciones de cesación que se conocen en el proceso civil (por ejemplo, en materia de

TESI DOCTORAL

competencia desleal o de publicidad), o las de daños (art. 1902 CC), tampoco constituyen un recurso ni una impugnación.”

Para concluir este Apartado, y como reiteraremos en la Parte Tercera de esta Tesis, la actuación administrativa informal de carácter conductual, *stricto sensu*, se manifiesta mediante la técnica del “nudge”, a partir de un conocimiento empírico del comportamiento colectivo y de cómo afectan en el individuo tanto las preferencias sociales, como el funcionamiento de la racionalidad, el cerebro y las limitaciones cognitivas que condicionan sus juicios en la toma de decisiones bajo incertidumbre. Juicios que se desarrollan en el proceso de toma de decisiones del Sistema 1 o intuitivo, cuando se encuentra afectado por sesgos y heurísticas. Sesgos y heurísticas que conducen a la adopción de decisiones que no son las más beneficiosas para el individuo. En estos supuestos, la intervención de la Administración de carácter conductual, tiene como finalidad incitar a que las personas elijan la opción que más les pueda beneficiar, por comportarle un beneficio coincidente con el interés general y con la finalidad pública perseguida, pero pudiendo apartarse libremente de dicha opción. Dicha intervención se concreta mediante un estímulo que se corresponde con una opción de carácter público que se incorpora a dicho proceso decisional del individuo, o directamente en el entorno en el que se desarrolla el comportamiento colectivo. La actuación de la Administración será ajustada a Derecho al realizarse en ejercicio de potestades públicas, mediante la atribución de una competencia por la norma correspondiente, que tenga atribuida tanto la Administración como el órgano o agente de la misma que la ejercite, independientemente de que exista o no, un procedimiento en el diseño de la Arquitectura en la que se prevea la intervención pública. La intervención

TESI DOCTORAL

tendrá como objetivo la incitación a la adopción de una opción entre diferentes opciones, sobre las cuales pueda elegir el individuo, o enmarcando la opción pública cuando el individuo se relacione directamente con la Administración en el cumplimiento de sus derechos y obligaciones, cuando sea usuario de sus servicios o utilice las instalaciones, sistemas e infraestructuras públicas. La actuación de la Administración pública se encuentra presidida por el ejercicio de la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración, que la habilita a intervenir en el proceso decisional del individuo y en el comportamiento colectivo, para garantizar los bienes públicos globales, los bienes comunes y los derechos sociales esenciales, que explicamos en la Parte Segunda, como el derecho a la educación, el derecho a la protección de la salud y su proyección en el derecho a una alimentación saludable, y el derecho a un medio ambiente adecuado, entre otros.

Sin olvidar que la técnica del “nudge”, no solo lo es de aplicación y proyección *ad extra*, en la actuación de la Administración y resto de los poderes públicos, sino también *ad intra*, tal como se ha caracterizado en cuanto a las diferentes tipologías en relación con sus destinatarios, respecto a la aplicación de políticas públicas organizativas internas de la propia Administración pública, del resto de poderes públicos y entes del sector público. Por ello adquiere relevancia el hecho de que las organizaciones públicas, están conformadas por profesionales y autoridades que conforma órganos administrativos con capacidad de decisión, que son los arquitectos que intervienen en el diseño de los procesos de las elecciones individuales y del comportamiento colectivo, pero también se interviene de forma material mediante agentes de la propia

TESI DOCTORAL

Administración que aplican directamente las herramientas de carácter conductual, materializando la actuación de la Administración.

7. Encuadre en la función constitucional de ilustración como tarea de la Administración.

Este trabajo de investigación estudia la técnica del “nudge”, en el marco de la actuación de la Administración pública, del resto de poderes públicos y entes del sector público, en el Estado social y democrático de derecho, desde la elaboración del concepto jurídico; desde la construcción de su régimen jurídico al que he hecho referencia; desde su proyección en la actividad administrativa informal sobre el derecho de autodirección informativa del individuo¹¹¹ que le presupone la utilización con una total libertad de la información que recibe por parte de los poderes públicos, para la adopción de sus decisiones de forma informada y libre; y desde el régimen de garantías jurídicas y control judicial sobre dicha actividad y sobre la aplicación de las ciencias de la conducta (donde incluiríamos no solo las que se corresponden académicamente como la psicología, son también respecto a otras ciencias como la economía, o la comunicación a través de la semiótica y la lingüística cognitiva, con una afectación directa) y de las neurociencias, en el diseño por parte de la Administración Pública del comportamiento poblacional para la consecución de

¹¹¹ Pitschas (2006: 228), utiliza este concepto diferenciándolo del de autodeterminación informativa, respecto a que toda la información relativa al individuo se obtenga y procese si media el consentimiento previo del afectado, pues su evolución hacia la autodirección informativa “presupone la participación del ciudadano en el mundo de la información y su libre acceso -la libertad de recibir información-, y garantiza también la libre utilización o transposición de esa información en la adopción de sus propias decisiones”.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

finalidades públicas, desde el respeto y garantías jurídicas de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad.

Ello se proyecta en una actuación de la Administración, del resto de los poderes públicos y entes del sector público, cuando utilicen dicha técnica, que se rija por el respeto a los principios de proporcionalidad, buena fe y confianza legítima, transparencia, igualdad y no discriminación, y accesibilidad cognitiva. Debiendo tenerse en cuenta la aplicación de los principios de buen gobierno¹¹², a partir de principios éticos y normas de comportamiento que deben regir la actuación de la Administración, del resto de poderes públicos y entes del sector público. Respecto al instrumento jurídico en que se prevea y diseñe la utilización de la técnica del “nudge”, así como su aplicación, ya sea una disposición de carácter general, un plan, un programa, un convenio, un protocolo, un contrato, un acuerdo o un acto administrativo, el mismo debe contener la evaluación de impacto de la Perspectiva cognitiva, como elemento de motivación de la actuación de la Administración, garantizándose la transparencia, la participación ciudadana y el correspondiente control judicial, especialmente cuando afecte a derechos fundamentales.

En el Derecho administrativo español se han desarrollado en los últimos años, estudios doctrinales y de investigación¹¹³ sobre la técnica del “nudge”, que son

¹¹² Recogidos en el art. 26 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

¹¹³ Velasco Caballero (2020: 128-131). Ponce, ha dirigido como Investigador principal, un grupo de investigación del Programa Nacional de ciencias sociales, económicas y jurídicas (BOE núm. 303, 12/12/2018), aprobado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, sobre “El nudging aplicado a la mejora de la regulación: Derecho y políticas públicas conductuales”. Con anterioridad, el mismo profesor ya había reflexionado sobre el tema, como investigador en el Proyecto “Estrategias preventivas y reactivas contra la

TESI DOCTORAL

manifestación de un interés creciente por la doctrina administrativa española sobre esta técnica. Considero que responde a una cada vez mayor atención a la doctrina anglosajona sobre el derecho público. Así como a la existencia de una interconexión de problemas jurídicos derivados de un derecho global, abordados por los diferentes ordenamientos jurídicos. Y finalmente, a la utilización por parte de las Administraciones públicas, de técnicas que limiten la intensidad de la intervención del Estado sobre el individuo, y reduzcan costes en la gobernanza de la prestación de sus servicios públicos, garantizando la sostenibilidad de los Presupuestos públicos, ante el importante volumen de deuda pública acumulada. En esta Tesis doctoral me aparto de los estudios realizados por la doctrina administrativa española, en el sentido que más allá de traducir y destacar las posibilidades y efectos del “nudge” en diferentes ámbitos de actuación de la Administración, incluso el digital, con un clara afectación a las políticas públicas, abordo su análisis desde los parámetros de estudio del Derecho administrativo. Y ello lo realizo analizando un caso concreto, el semáforo nutricional, a partir de una reformulación de los conceptos de Arquitectura de la elección y de actuación administrativa de carácter conductual, incorporando como aspecto original y novedoso, el enfoque en la actuación de la Administración, del resto de poderes públicos y

corrupción” (DER 2011-28122); asimismo debe destacarse en el año 2012, el Proyecto en el que interviene como Investigador el profesor de Derecho administrativo de la Universidad de Navarra, Hernández, J.C., “Estrategias reguladoras y de aplicación del Derecho público más allá del aparato administrativo del Estado”, financiado por el Ministerio de Economía y competitividad (DER-2012-39449-C02-01), y por el Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra; así como es relevante también en el año 2018, el Proyecto en el que interviene como Investigadora la profesora de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza, Moreu, E., “Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PGC-2018-099237-B-100).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

de los entes del sector público, desde la Perspectiva cognitiva, asimilado en cuanto a su construcción jurídica al del enfoque de la Perspectiva de género.

En Alemania, se construyó la doctrina de la “Ilustración del público”¹¹⁴ como una tarea de la Administración Pública, que se caracteriza como actividad de ayuda evaluativa en la actividad administrativa informal, diferenciándose respecto a la actividad de información al público, recomendaciones o advertencias, al dirigirse en primera línea a la formación de la conciencia del individuo en su actuación como persona privada, en especial la del consumidor, en cuanto se orienta de acuerdo a un cálculo de beneficios. Esta ayuda se construye jurídicamente como evaluativa, en la que los datos transmitidos puedan ser interpretados en el sentido de la función de ilustración y puedan materializarse en la toma de decisiones sobre la forma de vivir de cada persona.

¹¹⁴ Gröschner (1993: 139), en el análisis al proyecto de ley alemana de reforma de las estructuras del sistema de salud, en relación a las obligaciones de las gestoras de la atención sanitaria, de fomentar una condiciones de vida sana, norma en la que se utiliza el concepto ilustración, en el sentido de prestación de ayuda para que aquel que la recibe pueda obrar responsablemente, argumenta que la ayuda evaluativa tiene como objetivo que los datos transmitidos, en el sentido de la función de ilustración, se materialicen en que la forma de vivir de cada persona, lo sea en el sentido a que la ley se refiere. Velasco Caballero (1998: 35-42) se hizo eco de la doctrina alemana, focalizando su análisis en cuanto a la proyección de la información estatal, desde la perspectiva de la actividad gubernamental, como información política del Estado, y su diferenciación de la información respecto a la actividad administrativa, considerando que ambas eran manifestación de la información estatal, sin una diferencia relevante en cuanto a su régimen jurídico, tesis de la que nos apartamos en esta investigación, dando una relevancia diferenciadora al aspecto evaluativo, que motiva la perspectiva de la ilustración como una actuación de la Administración, diferenciada de la meramente informativa o de recomendaciones e informes, a partir de la propia configuración que se efectúa en la doctrina alemana y en el ordenamiento jurídico español, en la regulación contenida en la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, aprobada con posterioridad al libro de Velasco Caballero (1998).

TESI DOCTORAL

Se pueden encontrar antecedentes sobre la doctrina de “ilustración del público”, en la que se podría anudar la técnica del “nudge”, en el cameralismo, en el despotismo ilustrado, y en el liberalismo del siglo XIX, cuando se pretende la ilustración de los gobernados para que logren su propia felicidad y la prosperidad común¹¹⁵, así como en la doctrina anglosajona de las formas no coactivas de la acción administrativa, elaborada en la primera mitad del siglo XX¹¹⁶, considerándose como tales, entre otras, el establecimiento de estándares comerciales voluntarios para que sirvan de guía a las empresas privadas, o demostraciones que ayudan e ilustran a la iniciativa privada.

Analizo si resulta posible articular un discurso jurídico único sobre la utilización de los “nudge” como técnica jurídica reconocible en el Derecho Administrativo, aunque sus funciones y manifestaciones sean varias, y si son reconducibles a la misma categoría jurídica. En este sentido, se tendrán en cuenta las diferentes aplicaciones de dicha técnica por las Administraciones Públicas, poderes públicos y entes del sector público, en general, para explorar su sentido en el conjunto del ordenamiento jurídico y profundizar en la construcción de garantías jurídicas, introduciendo la necesidad de publicidad activa y participación ciudadana, en el proceso de su implementación y en su diseño, así como la introducción del enfoque de la Perspectiva cognitiva como referencia en la evaluación *ex ante* de la actuación de la Administración.

Una categorización muy amplia de los usos potenciales de los “nudge” en el Derecho Administrativo contempla analizar su utilización en los procesos de

¹¹⁵ Jordana de Pozas, L. (1949: 47-49).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

toma de decisiones para su diseño¹¹⁷ e implementación, así como si de su aplicación se derivarían efectos jurídicos. Y por otro lado, su aplicación práctica, evaluando sus resultados y la incidencia en la conducta poblacional, tanto individual, como colectiva, teniendo en cuenta cómo afecta la incertidumbre, la probabilidad, y el riesgo en el proceso de toma de decisiones¹¹⁸.

En este marco, y respecto al futuro, siendo una cuestión compleja, el “nudge” se valora en cuanto a su utilidad como instrumento de políticas públicas, desde su vinculación a actos de derecho, que permitan garantizar que la actuación de la Administración pública y, en general, la de los poderes públicos y entes del sector público, se adecúe, en todo caso, a los principios de eficacia y eficiencia, proporcionalidad, transparencia, igualdad y no discriminación, buena fe, confianza legítima, diligencia debida, participación ciudadana y garantía de la libertad individual y del libre desarrollo de la personalidad¹¹⁹.

¹¹⁶ White, L. D. (1949). “Introduction in the study of Public Administration”. Obra comentada por Garrido (1950), en *Revista de Administración Pública*, 2, pp. 284-288.

¹¹⁷ Thaler y Sunstein, reconocen la influencia de Norman, D. (1988), en “The design of Everyday things”, para valorar la necesidad de incorporar factores humanos en el diseño, para poder influir indirectamente en la elección que realizan otras personas. Flückiger (2018), nos recuerda como ya en los años 60, se desarrolló lo que se conoce como arquitectura social, en la planificación y actuación urbanística de los municipios, el diseño ambiental del espacio público para la prevención de incivismo y delincuencia, así como para la conducta cívica a través del urbanismo. Y Lessig (2001), analiza la arquitectura de control mediante el desarrollo de algoritmos y códigos fuente.

¹¹⁸ Gambaro (1991), ha analizado la incertidumbre y su relación con la probabilidad y los sesgos y heurísticas derivados, en la teoría de la decisión conductual; y Gigerenzer (2002), a partir de diferentes experimentos, ha comprobado “la dificultad de aplicar probabilidades condicionadas y otras nociones estadísticas”, en general y específicamente, al existir errores en los datos, en determinados sectores profesionales como los de médicos y juristas, pero que los errores desaparecían cuando se presentaban las cifras sobre probabilidades, no en porcentajes sino en número de individuos dentro de un número total, que se denomina “frecuencias naturales”.

¹¹⁹ Dichos principios se refuerzan en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”. En su Conclusión 1.8, en relación a la

TESI DOCTORAL

SEGUNDA PARTE.- LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE ILUSTRACIÓN EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, RESPECTO A LA ELECCIÓN POR UNA ALIMENTACIÓN SALUDABLE, DESDE LAS RELACIONES ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD.

B. La función constitucional de ilustración en la actuación de la Administración pública, para la efectividad del derecho a una alimentación saludable, desde el respeto al libre desarrollo de la personalidad.

“Estamos con ROYO-VILLANOVA cuando afirmó que “[el jurista] necesita también explicar los antecedentes históricos, los problemas que pretende resolver la legislación vigente, los resultados que ha dado, los inconvenientes observados en nuestro país y en el extranjero, las reformas que podrían introducirse, etc.” Garrido¹²⁰.

1. La Ilustración, el Liberalismo y la Burocracia weberiana en la mutación de la Administración respecto a la evolución de los fines del Estado.

Tal como he expuesto en la Introducción de esta Tesis doctoral, en este apartado pretendo estudiar los antecedentes históricos en la función constitucional de ilustración, como finalidad en la actuación de la

necesidad de garantizar una deontología de los “nudges”, para evitar que se desvíen hacia objetivos no responsables, debiendo respetarse cuatro condiciones, la transparencia del proceso, la flexibilidad de los interesados, que siempre deben tener la opción de actuar en un sentido u otro, la fiabilidad de la información que reciben, y la no culpabilización de las personas.

¹²⁰ Garrido (1961: 91).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Administración pública, respecto a la ordenación por el Estado de las relaciones con el individuo y con la sociedad. La relevancia para el objeto de la Tesis doctoral del estudio de los antecedentes históricos se centra en conocer la incidencia de las tesis de la Ilustración en la construcción de las finalidades del Estado, su evolución y su manifestación hasta nuestros días, en la actuación de la Administración pública como poder público, para poder identificar las tendencias de su desarrollo en el tiempo y como se ha proyectado en el Derecho administrativo.

Se ha considerado que con Maquiavelo se introduce en la literatura jurídica el término “Estado -*lo statu*-”¹²¹, para designar el nuevo “orden -*status*- político”¹²², a la vez que utiliza en su tratado sobre El Príncipe¹²³, que lo es sobre un orden nuevo, resultado de un proceso histórico que se debe materializar en una formación estatal dotada de sólidos fundamentos y de una organización

¹²¹ Amato (2006: 33), considera que con Maquiavelo, el término Estado identificaba la “condición” y el “modo de ser”, el “*status rei publicae*”, del organismo político territorial por excelencia.

¹²² “Por eso un Príncipe sabio tiene que buscar la manera de que sus ciudadanos siempre le necesiten a él y al Estado, tanto en los buenos como en los malos tiempos” (Maquiavelo, 1997: 80).

¹²³ Escrito en 1513, en los albores de la Edad Moderna, que se iniciaría entre finales del siglo XV y principios del XVI, según la división clásica de las Edades de la Historia en Antigua, Media y Moderna, que realizó Christophorus Cellarius (1638-1707), historiador alemán de la Universidad de Halle, en el Estado de Sajonia (en la actual Alemania), y comúnmente admitida, si bien que referenciada únicamente a Europa. En relación a algunas de las monarquías de la Europa occidental, entre ellas las de España y Francia, El Estado en la Edad Moderna, se identificaría con el denominado Antiguo Régimen, y en general, en cuanto a la Monarquía, como Absoluta, en un momento histórico que se caracteriza por la toma de Constantinopla por los turcos (1453), por el descubrimiento de la imprenta y el desarrollo del Humanismo y del Renacimiento (1453), por el descubrimiento de América (1492) y por la Reforma protestante (1517), como hitos de partida.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

propia¹²⁴, el concepto “razón de Estado”¹²⁵, sentando las bases teóricas del mismo en la Edad Moderna¹²⁶. Fernández de la Peña (2016: 86), destaca en Maquiavelo la construcción de la igualdad ante la Ley, en referencia a la dicotomía del premio o estímulo y del castigo, en los planos jurídico y económico, como un principio político de actuación del Estado con los ciudadanos, recogido en su obra *Discursos sobre la primera época de Tito Livio (101, I, 24)*. En dicho sentido considera que “la igualdad ante la ley requiere también que todos reciban los mismos castigos y premios en función de su comportamiento, independientemente de su posición social o sus méritos anteriores. Por tanto, ninguna república debe pasar por alto los deméritos de sus ciudadanos al contrarrestarlos con sus méritos. Debe, en cambio, establecer premios para las buenas acciones, y castigos para las malas, castigos que no deben ser menores para los ciudadanos ilustres: «Porque si un ciudadano que ha hecho algo egregio por la ciudad añade, a la reputación que

¹²⁴ En este sentido se pronuncia G. Procacci, en la «Introducción» de *El Príncipe* (Maquiavelo, 1997: 15).

¹²⁵ Maquiavelo a lo largo de toda su obra va dotando de contenido a lo que denomina «*ragione di statu*», justificando en base a la misma la actuación del gobernante cuando manifiesta: “Haga, pues, el Príncipe lo necesario para vencer y mantener el Estado, y los medios que utilice siempre serán considerados honrados y serán alabados por todos” (Maquiavelo, 1997: 121).

¹²⁶ La doctrina sobre la Teoría del Estado (García Cotarelo, comp., 1981: 17 y 49) ha seguido el criterio de Heller (1992: 43), de considerar que el Estado propiamente dicho se forma en el círculo cultural de Occidente a partir del Renacimiento, al postular que “la nueva palabra «Estado» designa certeramente una cosa totalmente nueva porque, a partir del Renacimiento y en el continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas, con un solo ejército que era, además, permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos en una unidad de acción política –fenómeno que se produce primeramente en el norte de Italia debido al más temprano desarrollo que alcanza allí la economía monetaria- surge aquél monismo de poder,

TESI DOCTORAL

esto le ha acarreado, la audacia y la confianza de poder hacer cualquier cosa impunemente, se volverá pronto tan insolente que se disolverá toda forma de vida civil». Dicho autor (2016: 86), identifica que son siete los principios políticos que se derivan de la obra de Maquiavelo, “la búsqueda del favor del pueblo, el respeto de la ley, la promoción de la libertad en tanto que no dominación, el desarrollo de la igualdad ciudadana ante la ley y en el ámbito económico, la preferencia de lo público frente a los intereses privados y la promoción de la virtud”. Dicho modelo de Estado asienta sus raíces en el municipio urbano, configurándose en las grandes ciudades del Renacimiento italiano, principalmente en torno a Milán, Florencia y Venecia, que se reconocían como Repúblicas y que se desarrollaron mercantilmente mediante el comercio, manteniendo una posición de una relativa autonomía en base a determinadas alianzas o imposiciones entre ellas en un territorio determinado, y en base a las alianzas con el emperador o con el Papa, según quién controlara el Consejo municipal de la ciudad que actuaba como líder o dominante de la alianza o liga de municipios.

A lo largo del siglo XVIII se había asentado en la Monarquía absoluta española, un ideario sobre las bases de la Ilustración¹²⁷, como movimiento reformista que

relativamente estático, que diferencia de manera característica al Estado de la Edad Moderna del Territorio medieval” (Heller, 1992: 145).

¹²⁷ La Ilustración, como movimiento filosófico y cultural del siglo XVIII, que acentúa el predominio de la razón humana y la creencia en el progreso humano (acepción contenida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua –RAE-, consultable en: [ilustración / Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE. https://dle.rae.e/ilustracion](https://dle.rae.e/ilustracion)), se identifica en España, con los dos últimos reinados del siglo XVIII, los de Carlos III y Carlos IV, época a la que pertenecen los condes de Floridablanca y Campomanes, así como Gaspar Melchor de Jovellanos, como exponentes más conocidos de los políticos ilustrados. El espíritu reformista se inicia a principios de siglo con Felipe V, que centra las reformas principalmente en la Administración. En los escritos que se contenían en los Memoriales que los políticos

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

en España tenía como objetivo la racionalización y centralización de la Administración para hacerla más eficaz, fomentando la industria y el comercio, en el marco de una política claramente mercantilista, que pretendía la regeneración social y el desarrollo cultural y científico, desde la disciplinación de la sociedad en lo que se entendía como “razón de Estado” en el cameralismo, despotismo ilustrado y la fisiocracia¹²⁸. Este ideario tiene un importante componente social y se nutre de las fuentes de conocimiento que recorren Europa y Estados Unidos, durante los siglos XVII y XVIII, como sustrato de los principios del futuro liberalismo, en las obras de John Locke y su *Ensayo sobre el gobierno civil* (1689), apuntando la idea de fundamentación de la sociedad por un contrato social, en la de Voltaire y sus *Cartas inglesas* (1733), en la de David Hume y su *Tratado de la Naturaleza Humana* (1739), trasladando a cada ser humano el poder de decisión sobre la propia vida, en la de Montesquieu y su *Sobre el Espíritu de las Leyes* (1748), en la de Jean-

ilustrados dirigían al Monarca, palabras como modernización, innovación, racionalización, progreso, cambio tranquilo y, sobre todo, reforma y reformismo, formaban parte del acervo con el que se inspiraba desde un despotismo ilustrado, la política modernizadora que el monarca absoluto debía ejecutar. El reformismo de Campomanes, desde su puesto de fiscal del Consejo de Castilla que presidía el Conde de Aranda, pretendía mejorar la organización y funcionamiento del Estado, para atender más eficazmente las necesidades sociales (Muñoz Machado, S. «El reformismo del último tercio del siglo XVIII. La figura de Campomanes», en Seminario de Historia de la Administración: *Reformistas y reformas en la Administración española*, 2005: 34).

¹²⁸ Mayos, G. (2007: 41). Touchard (1979: 320-322), nos explica que la doctrina fisiocrática es una mezcla de liberalismo económico y despotismo ilustrado, teniendo como autores más destacados a los franceses Quesnay, el Marqués de Mirabeau o Mercier de la Rivière. Dicha doctrina fundamenta su pensamiento en torno a la Naturaleza, la libertad, la tierra y el despotismo legal, desde la preeminencia concedida a la agricultura como única creadora de riquezas, y siendo partidarios de la Monarquía absoluta, pero con la mínima intervención del Monarca, para que se gobernara a través de las leyes naturales que debía reconocer y saber expresar el legislador.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Jacques Rousseau¹²⁹ y su *El Contrato social* (1762), o en la de Jeremy Bentham y su *Introducción a los principios de moral y legislación* (1789).

A partir esencialmente de esas obras, que tuvieron una gran influencia en el contenido de la Constitución de Estados Unidos de América (1787), adoptada por la Convención Constitucional de Filadelfia, y en el de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, durante la Revolución Francesa, se pueden identificar como parámetros de este ideario, la naturaleza de la autoridad política a partir del derecho de representación de los ciudadanos, el reconocimiento de derechos y deberes del ciudadano como miembro de la sociedad, o la salvaguarda de la igualdad ante la Ley y la libertad individual, la preocupación de la educación como base del progreso social, sobre la contraposición entre voluntad individual y bien común, expresado en la voluntad general, haciendo compatible el interés individual con el colectivo¹³⁰.

En España, Campomanes (1774)¹³¹, en su *Discurso sobre el fomento de la industria popular*, nos apunta los elementos que se encuentran en la génesis

¹²⁹ Rousseau como uno de los autores destacados del iusnaturalismo, fue muy crítico con los ilustrados, especialmente con Voltaire, pues Rousseau era contrario a la idea de progreso del ser humano, como se recoge en el estudio de Guiu (2013).

¹³⁰ Los parámetros que se establecen se corresponden con las conclusiones a las que se ha llegado respecto a las diferentes obras citadas, recogidas en Guiu (2013), Mayos (2007), y en la referencia de la Universidad Nacional de Educación a Distancia sobre la Ilustración, consultable en *Tema 1. La Ilustración (uned.es)*.

¹³¹ Pedro Rodríguez de Campomanes, Conde de Campomanes, Abogado de los Reales Consejos de Castilla (1745), ministro togado del Consejo de Hacienda (1760) y miembro de la Cámara de Castilla (organismo nacido del Consejo de Castilla –que administraba el gobierno y la justicia- con la misión de asesorar al Rey en los asuntos de su exclusiva competencia) durante el reinado de Carlos III; Fiscal de lo civil del Consejo de Castilla (1762-1783), que en el Consejo extraordinario creado a raíz del motín contra Esquilache (1767), emitió el Dictamen en el que se identificó como instigadores a los jesuitas, motivando la expulsión por Carlos III de la Orden religiosa, de los territorios de la Corona española; Presidente del Concejo de la Mesta (1779); Decano y Gobernador del Consejo de Castilla (1783-1791), y consejero del Consejo de Estado (1791) en el reinado de Carlos IV; y entre otros cargos, Presidente de la Real Academia

TESI DOCTORAL

de la Administración del Estado, coincidentes con los principios de la Ilustración, como son procurar el beneficio del pueblo, buscando el bien común desde el individual, como fundamentos de la actuación del Estado en la que surge el concepto de “policía”. En dicha obra considera que “la mayor ventaja del pueblo es lo que debe llevar la principal atención del Gobierno. Y como esta especie de industria pone en actividad la mitad de la población, que ahora es pura carga del Estado y entonces concurrirá con su trabajo y afán a consolidar la común felicidad y riqueza, se sigue que estas ideas son las más ventajosas que pueden ocupar los desvelos de un buen patriota (Capítulo XIV, apartado III). “La industria Popular, de que trata este discurso, abraza la generalidad o mayor parte del pueblo. Esta más numerosa porción del género humano saca de sus tareas el preciso alimento y vestido ../., estímulo que tendrá siempre pobladas las aulas y acaso abandonados los campos y obradores; si una buena policía no presenta caminos llanos y seguros al pueblo para que todo él sea industrioso y tenga destino de que vivir proporcionado a sus fuerzas y talento” (Introducción)”. “Un Estado es, en sustancia, una gran familia cuyos individuos deben concurrir unidamente al bienestar de la causa común ../. La riqueza, pues, del pueblo es la que hace sólidamente respetables los Estados.../.. La felicidad pública se ha de conseguir por una atención universal a todos los ramos.../.. Por estos principios adquiere el Estado aquella sólida consistencia que le da respeto y vigor, y enseñados los naturales a la actividad, sólo piensan en el bien general de la sociedad donde prosperan, porque el

de Jurisprudencia y Legislación, Director de la Real Academia de la Historia (1764) y miembro de la Real Academia de la Lengua española (1763). Consultado en *Pedro Rodríguez de Campomanes | Académico | Real Academia Española (rae.es)*; *Director - Real Academia de la Historia (rah.es)*; y Llobart Rosa, V. (2004). Campomanes en su tiempo y en el nuestro. <https://reunido.uniovi.es › article › download › 12121-Texto del artículo-23383-1-10-20170928.pdf>

TESI DOCTORAL

interés común está perfectamente unido con el particular de cada familia (Capítulo XXI)".

Como nos recuerda Esteve (2017: 45-46), en el siglo XVIII, los Estados europeos ya disponían de Administraciones reconocibles en la gestión de los intereses de sus súbditos más allá de los de la Corona en las Monarquías absolutas. Administraciones que estaban cubiertas por cuerpos de funcionarios, muchos de ellos provenientes de la nobleza. Los mismos se formaban en Escuelas Camerales, en las ciencias del Estado, de su administración, de sus finanzas, de su defensa, de sus obras o de sus bienes, formación que se compartía con la de las Universidades, aunque dicha formación no contemplaba la de un Derecho de la Administración, pues dicho Derecho no existía como tal. En dichas Escuelas Camerales, se difundían las ideas de la Ilustración, a partir de una enfoque y finalidad servicial, en la que predominaba el concepto de que el Rey era el principal servidor del Estado, aunque no actuaba sometido al Derecho, no estando sometido a deberes u obligaciones que le fueran jurídicamente exigibles, ni podía controlarse su actuación por los Tribunales. Las Administraciones Camerales de las Monarquías absolutas ilustradas, se caracterizaban por deberes de atención a personas y bienes, desde la moderación en el ejercicio del poder y desde la prudencia, no desde la imposición de obligaciones establecidas en leyes. La Administración en las relaciones con los súbditos de la Corona los que hasta las Revoluciones americana y francesa no se les comenzó a reconocer progresivamente como ciudadanos, no estaba sometida a reglas o limitaciones jurídicas.

TESI DOCTORAL

Los fundamentos del Cameralismo que surge en Prusia, los encontramos en la obra de Von Justi, *Elementos Generales de policía* (1756), en los que el concepto de “policía” se proyecta en la reglamentación por parte de la Administración del Estado con la finalidad de conseguir la felicidad de los súbditos. Von Justi parte del significado que da a la raíz griega “polis”, ciudad, como orden y disciplina que reina entre los ciudadanos que la componen. Atribuye dos sentidos, uno amplio con el que “policía” comprende las leyes y los reglamentos que concierne al interior de un Estado, conducentes a aumentar su poder, haciendo un buen uso del mismo, y procurando la felicidad de sus súbditos. En un sentido limitado, considera que “policía” comprende toda la actuación del Estado que pueda contribuir a la felicidad de los ciudadanos, a la conservación del orden y a la disciplina, mediante la reglamentación que debe tener como objetivo hacer la vida más cómoda y procurar lo necesario para la subsistencia de los súbditos. Como escribía Von Justi en 1756 (1996: 21) “la Ciencia de la Policía consiste en arreglar todas las cosas relativamente al estado presente de la sociedad, en afirmarla, mejorarla y fortalecerla, que todo concurra a la felicidad de los miembros que la componen”. Dicho autor identifica en la “ciencia de la policía”, toda la actuación del Estado, desde la prestación de servicios públicos, como la educación, cuando establece que “el Gobierno debe procurar que haya en el país un número de lugares suficientes para instruir la juventud en las ciencias”, o que las “escuelas públicas piden también mucha atención por parte de la policía”, así como respecto a la justicia, cuya buena administración, requiere de la “policía”, del comercio, del tráfico y del orden económico, dirimir en relación a la observancia de las leyes y los reglamentos (1996: 119-120, 136-137); la regulación, cuando establece que mediante leyes y reglamentos, la policía,

TESI DOCTORAL

debe “obligar a los súbditos a adquirir los talentos y conocimientos necesarios para perfeccionar su entendimiento y hacerles útiles a la sociedad”, pues “todas las leyes deben tener por fin el afirmar y fortalecer el Estado, y no atender, sino a la felicidad de los miembros que le componen” (1996: 133, 135); la coacción, para establecer la tranquilidad y el buen orden, por parte del Gobierno, previniendo los crímenes y violencias, para conseguir la felicidad de la sociedad, teniendo en cuenta el modo en que se administra la justicia, y “siendo la policía el brazo del que se sirve el soberano para hacer ejecutar las leyes y sus ordenanzas, para la conservación de la seguridad pública” (1996: 133, 139); de fomento, en el ámbito económico, para facilitar las inversiones extranjeras, mediante honores, distinciones, favoreciendo el establecimiento de manufacturas y fábricas, adelantándoles fondos para invertir, en el ámbito de la salud, “nada debe desprestigiar la policía de todo lo que puede contribuir a los progresos de la medicina y ponerla en estado de honor” (1996: 44-45, 51).

La relevancia de la ciencia cameral y de la Ilustración, se proyecta de forma destacada durante los reinados del monarca Federico II de Prusia (1740-1786) y del emperador José II, del Sacro Imperio Romano Germánico (1765-1790), en lo que se ha denominado “despotismo ilustrado”¹³², que se caracteriza por

¹³² Touchard (1979: 325-327), nos indica que dicha expresión parece ser que se inventó por los historiadores alemanes del siglo XIX, vinculada a un momento histórico determinado, la segunda mitad del siglo XVIII, en determinadas monarquías de la Europa central y oriental. Dicho autor recoge la obra de Federico II, sobre la premisa de que la autoridad real no es de derecho divino, distinguiendo claramente al soberano del Estado, pero estableciéndose que el soberano solo quiere el bien del Estado, a partir de un concepto de «paternalismo» absoluto, al considerarse al soberano como el padre de una familia, como el jefe de su pueblo, siendo su principal objetivo la justicia y la instrucción de su pueblo. Respecto al emperador José II, dicho autor considera que realmente respondía mejor en cuanto a su gobierno, a los postulados del despotismo ilustrado, explicándonos su obra, a partir de la exaltación de la razón de Estado, cuyo significado es el de conseguir el mayor bien para el mayor número, y de introducir

TESI DOCTORAL

desarrollar un gobierno en el que coincidan los intereses de la Monarquía con la voluntad y necesidad de los súbditos, a partir de un enfoque reformador y modernizador de la economía, la administración, la educación, la justicia o lo militar, mediante Gabinetes y Cámaras compuestas por altos funcionarios y Ministros, que constituían el centro de la Administración, en la génesis de la ciencia de la “policía”. En España, se identifica con el reinado de Carlos III (1759-1788).

Las reformas e ideales de modernización que se llevaron a cabo, realmente no alteraron en cuanto a sus fundamentos, las estructuras del Antiguo régimen de las monarquías absolutas (Touchard, 1979: 327), si bien que establecieron las bases, junto a los postulados de los teóricos del liberalismo, y los cambios sociales y políticos producidos por la revolución industrial y por la revolución francesa, del nacimiento del Estado liberal. Coincidiendo con el auge de la Ilustración y del Cameralismo, en algunas de las monarquías absolutas europeas caracterizadas por un despotismo ilustrado, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, en los albores de la Edad Contemporánea¹³³, se fue

derechos en la sociedad, como la libertad de prensa, o la tolerancia en el ámbito religioso. A partir de la obra política y filosófica de ambos monarcas, a través de sus gobiernos y Cámaras de altos funcionarios y ministros, Touchard, identifica los elementos comunes del «despotismo ilustrado», en un absolutismo centralizador; una jerarquía funcional; la intervención del Estado en materia económica, educativa y religiosa; una marcada orientación humanitaria en las relaciones con los súbditos, a los que todavía no se reconocen como ciudadanos, con el concepto que se desarrolla a partir de las Revoluciones americana y francesa. Se trata, ante todo, de construir un Estado fuerte, lo cual requiere de una racionalización del Poder, como apunta Touchard en palabras de Henry Pirenne.

¹³³ Hobsbawm (1979), introduce el concepto de la «era de las revoluciones», que sitúa en el nacimiento de la Edad Contemporánea (también referenciada a la Europa occidental). Etapa de la Historia que, siguiendo la historiografía francesa, tiene como hitos históricos, la Revolución francesa (1789), que es contemporánea a la Revolución Industrial inglesa (la cual inician los historiadores con la construcción de la primera fábrica del mundo moderno -que era un telar-, fábrica que se construyó en el Lancashire inglés, en 1789, motivada por el importante

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

configurando el modelo de Estado como liberal¹³⁴, en contraposición al modelo de las monarquías absolutas. Dicho modelo de Estado se reconoce como Estado de Derecho¹³⁵, modelo que ya no se fundamenta en la voluntad del soberano (que caracterizaba el modelo anterior de las monarquías de la Europa occidental), sino en la primacía de la ley, y que se caracteriza en el terreno económico por la libertad de mercados, que incluye la libertad de industria y comercio, junto a la eliminación de las trabas que afectaban al libre tráfico de bienes, a la creación de riqueza, al ejercicio de las profesiones y oficios, y por el reconocimiento pleno del derecho a la propiedad privada¹³⁶.

Este modelo de Estado liberal se fundamentaba en el terreno político, en la libertad del individuo mediante un explícito reconocimiento de derechos y libertades fundamentales, que en lo referente al postulado de igualdad no es

desarrollo que en aquél momento tuvo la industria del algodón). Como hitos históricos previos y posteriores al período revolucionario se sitúan las Guerras de la independencia en las colonias de América (1776 en Estados Unidos y 1809-1824 en Hispanoamérica), y en España, la Guerra de la independencia respecto a la ocupación francesa (1808).

¹³⁴ Para Amato (2006: 41), dicho modelo de Estado se identifica por un sustrato social fundamentado principalmente en la burguesía; por la nueva legitimación del poder estatal, que ahora deviene representativo, derivando en el desarrollo de los procesos electorales; y por el principio de libertad, no solo referido a los grupos sociales, sino respecto de la intervención del Estado. En este marco se puede considerar que nace la democracia contemporánea.

¹³⁵ Amato (2006: 44-45), pone de manifiesto que dicho modelo se manifiesta de forma diferente según los países, así el "Rule of Law" en Inglaterra, el "Rechtsstaat" alemán, o la reserva de ley italiana y el principio de legalidad del "Régim Administrative" francés. Sobre la diferencia focalizada en el "Rule of Law" y el "Régim Administrative" francés, desarrolla su tesis García de Enterría (2011) en *Revolución francesa y Administración contemporánea*, a partir de la formulación del principio de legalidad, la proyección de las leyes como leyes de igualdad, y la estructuración del Estado sobre el esquema de leyes, tribunales y orden público.

¹³⁶ Jovellanos (citado por Pérez Fernández-Turégano, C., "Las propuestas reformistas de los ilustrados", en Seminario de Historia de la Administración: *Reformistas y reformas en la Administración española*, 2005: 24), concluía en 1785, que el primer principio político era "...dejar a los hombres la mayor libertad posible, a cuya sombra crecerán la industria, el comercio, la población y la riqueza" (*Apuntes*. Biblioteca de autores españoles. Tomo L, p. 53).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

más que una declaración formal sin más trascendencia que la prohibición de que la ley estableciera discriminaciones contrarias a su carácter de norma general y abstracta¹³⁷.

Dicho modelo liberal también se caracterizaba por el imperio de la Ley como expresión de la voluntad general que, respecto a la Administración, comportaba la exigencia de la legalidad en su actuación, así como su control judicial¹³⁸. En el ámbito de la organización institucional del Estado, se implanta el principio de separación de poderes¹³⁹ en un legislativo, un ejecutivo y el judicial¹⁴⁰.

La liberación de la propiedad privada se reconoce a partir del Decreto de desvinculaciones del año 1811.

¹³⁷ En dicho sentido se pronuncia M. Pastor, siguiendo a E. Díaz, en *Los modelos de dominación política estatal* (en García Cotarelo -comp.-, 1981: 58-61). Dicho autor, siguiendo la doctrina comparada dominante, considera que el Estado liberal es la abstracción de una serie de formas políticas que se generan en el seno del capitalismo occidental, durante el proceso que va del mercantilismo a la libre competencia, siendo que la burguesía se vio obligada a abogar por la máxima racionalización y delimitación legal de la autoridad, tendente a la eliminación o limitación del poder absolutista del soberano, mediante el control del poder legislativo, configurando el Parlamento como la Institución central del Estado liberal y, asimismo, mediante la declaración y configuración legal de un catálogo de derechos del hombre y de la soberanía popular. La distinción entre igualdad y libertad, entre liberalismo y democracia, marcan un punto de inflexión en el Estado burgués, que Tocqueville identifica cuando manifiesta que “las naciones de nuestros días no podrían hacer que en su seno las condiciones no sean iguales; pero depende de ellas que la igualdad las conduzca a la servidumbre o a la libertad, a las luces o a la barbarie, a la prosperidad o a la miseria” (1978: 645)

¹³⁸ Mannori (1997:128), en su estudio del control judicial de la Administración y su evolución histórica, considera que “la expresión misma «separación de poderes», que expresa la fórmula a través de la cual el constitucionalismo liberal hace prácticamente controlable la autoridad, reenvía implícitamente a un pasado en el que los poderes legislativo, judicial y administrativo tenían ya su propia identidad distintiva, a pesar de que no fueran todavía atribuidos a titulares diferentes”.

¹³⁹ Dicho principio rompe con uno de los principios caracterizadores de la monarquía absoluta, el de la concentración de la titularidad de todas las funciones del Estado en el monarca.

¹⁴⁰ La Constitución de los Estados Unidos de América, aprobada por la Convención el 17 de septiembre de 1787, y vigente en la actualidad, con la incorporación de las correspondientes enmiendas realizadas a lo largo de más de dos siglos, dedica sus tres primeros artículos, de los siete que comprende, a la división de poderes, el primero a los poderes legislativos que

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Mientras que en el ámbito de su organización territorial, dicho modelo de Estado se caracteriza por la concepción unitaria de la soberanía y las exigencias de una ordenada administración, por la necesidad de garantizar el principio de igualdad en las prestaciones¹⁴¹.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, en lo que se refiere a las funciones del Estado, y partiendo de los cimientos que se establecen en el período de la Ilustración durante el siglo XVIII, en la primera mitad del siglo XIX se lleva a cabo una redefinición de las mismas, respecto al papel que debe desempeñar el Estado en la prestación de servicios de carácter social, como la educación, la sanidad, o la beneficencia¹⁴², desplazando a instituciones religiosas o laicas que habían monopolizado la gestión de esta clase de servicios, y por otro lado, respecto a la posición que debe ostentar el Estado en relación con la economía, considerándose las obras públicas como una de las actividades fundamentales del Estado¹⁴³, el cual se plantea como objetivo al que orienta

residirán en un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes, el segundo al Poder ejecutivo que se confía al Presidente de los Estados Unidos de América, que ejercerá sus funciones durante cuatro años con un Vicepresidente, y finalmente el tercero, al Poder judicial, que se confía al Tribunal Supremo, y a los tribunales inferiores que el Congreso creara (Jiménez de Parga, 1974: 486-505).

¹⁴¹ Parada Vázquez (2007, 52-53), considera que la centralización del Estado liberal se reforzó en el siglo XX, por la necesidad de garantizar el principio de igualdad en las prestaciones, a lo que obligó el Estado del bienestar y una nueva era tecnológica.

¹⁴² Un estudio de los antecedentes históricos en los que se fundamenta el sistema de beneficencia, desde el Derecho administrativo, en cuanto a su proyección en la actividad identificada como de policía y de servicio público, lo encontramos en Aguado (2002). La beneficencia: de la actividad de policía al servicio público: el caso de la Mancomunidad de Cataluña. Respecto a la evolución histórica de los servicios sociales, con especial atención a Cataluña, encontramos como referente la obra de Vilà T. (2005). *Els serveis socials. Una visió històrica*. Girona: Diputació de Girona.

¹⁴³ Rosado Pacheco (2000: 13), explica que en esta primera mitad, comienzan las operaciones encaminadas a establecer el Ferrocarril en España, otorgándose cuatro concesiones entre 1830 y 1844, manteniéndose únicamente la de Barcelona a Mataró, si bien que entre 1847 y 1865 se otorgaron 65 concesiones para 6.859,328 Km., de los cuales 4.518,995 estaban en explotación en 1866 (Revista de Obras Públicas de 1865, páginas 197 y 198). Se activó la

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

toda su actividad, el de impulso y progreso de la riqueza y el bienestar nacional, considerándose las obras públicas como el gran motor del mismo¹⁴⁴, si bien que sin renunciar a la consagración del principio de libertad económica y de empresa, para la ejecución y explotación de las obras públicas, principio que en relación a la intervención del Estado, caracteriza los problemas de fondo que se arrastran a lo largo de todo el siglo XIX¹⁴⁵.

política de construcción de carreteras que se había iniciado en 1794, finalizándose 146 leguas (cada legua se puede calcular entre 4 y 7 Km., distancia que una persona puede recorrer en una hora), entre 1814 y 1834, con una inversión de 144 millones de reales –moneda de plata que hasta mitad del siglo XIX constituía la base del sistema monetario español- (Memoria sobre el estado de las obras públicas en España, Imprenta Nacional, 1856). Un estudio sobre el régimen jurídico del ferrocarril desde sus orígenes lo encontramos en Bermejo Vera, J. (1975). *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974): estudio específico de RENFE*. Madrid: Tecnos.

En cuanto a otras obras de infraestructuras, se iniciaron los abastecimientos de aguas a la población. Se repararon y construyeron más de 30 puertos, hasta 1850. En 1847 se completó la red de faros marítimos (Memoria sobre el estado de las obras públicas en España, Imprenta Nacional, 1856). Como instrumento jurídico, se aprueba la Ley de Expropiación forzosa de 1836, la primera norma capital en materia de obras públicas, que asienta el concepto de las mismas, sobre la propia noción de obra, la titularidad de la misma y su destino último.

¹⁴⁴ Rosado Pacheco (2000: 15 y 98-100), reproduce de la Revista de Obras públicas (“Observaciones sobre el Estado y el servicio de las obras públicas de España”, tomo IV, 1856, p. 35), el pensamiento de los autores decimonónicos, cuando manifiesta que “ninguna duda cabe de que hoy son las obras públicas el blanco de todas las miras y que su rápida mejora y ejecución en corto plazo y dilatada escala constituye el anhelo público..., el desarrollo de las obras públicas no confiere privilegios a clase alguna determinada, es igualmente beneficioso para todas las de la sociedad, y facilitando el progreso de la riqueza pública así favorece a sus productores como a sus consumidores..., por consiguiente..., reúnen todos los caracteres que deben exigirse en un servicio público a cargo del Gobierno..., no debe olvidarse que el derecho de todos a los beneficios que resultan de la ejecución de las obras públicas..., da a este ramo el carácter de servicio público de una manera tan marcada como la tienen la seguridad individual y la administración de justicia, atribución del Estado por excelencia”. Respecto a la titularidad de la obra pública se evoluciona desde el concepto de “uso común” que proviene del derecho romano y la recepción que del mismo realiza el derecho visigótico, hacia la configuración jurídica de una propiedad de carácter especial en manos del Estado, que pasa de ser gestor a propietario.

¹⁴⁵ En 1868, el Gobierno provisional surgido de la revolución liberal, influenciado por las revoluciones burguesas en la mayoría de Estados europeos, con una economía muy debilitada y un Estado muy endeudado, habiendo dejado de pagar el Gobierno los cupones atrasados de Deuda exterior, aprobó el Decreto de 14 de noviembre, estableciendo Bases generales para la nueva legislación de Obras Públicas, con el que el Estado abandona su actividad

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

A raíz de la crisis en que entra el Estado, con el desarrollo de este modelo llamado liberal¹⁴⁶, entre finales del siglo XIX y principios del XX, motivada principalmente por la mínima intervención del Estado en el ámbito socio-económico, que se rige libremente en base a los postulados de la oferta y la demanda¹⁴⁷, las transformaciones económicas promoverán la transformación de la estructura y funcionamiento de este modelo de Estado liberal, produciéndose una progresiva entrada del Estado en el mercado, como propietario de bienes de producción, para revitalizarlo a raíz de los grandes

intervencionista en este sector, y en cuyo Preámbulo se manifestaba: “Por importantes que sean las obras públicas y grandes los intereses que representan, no constituyen una excepción a las leyes económicas del trabajo humano: progresan con la libertad, se paralizan con los sistemas restrictivos, y en la industria privada y en la asociación libre estriban su porvenir y su engrandecimiento”.

¹⁴⁶ Rosado Pacheco (2000: 9-10), manifiesta que existe el reconocimiento en la doctrina de una división en el modelo de Estado liberal a lo largo del siglo XIX, denominándose Estado constitucional liberal, el modelo organizativo del mismo que se da en España entre 1836 y 1843, y que se caracteriza por considerar que el titular de la «soberanía» es la Nación, por la descentralización democrática que se materializa en la Ley de Gobierno económico y político de las Provincias y Ayuntamientos, de 1836, y por incardinar en la jurisdicción civil la competencia para enjuiciar los asuntos contenciosos de la actividad administrativa. Por otro lado, se denomina Estado administrativo, al modelo organizativo del mismo que se da en España entre 1843 y 1876 (con excepción del período que supuso el sexenio revolucionario), y que se caracteriza por considerar como titulares de la «soberanía» a la Corona y a las Cortes, por la implantación de la jurisdicción contencioso administrativa, como jurisdicción especial que debía enjuiciar la actividad administrativa, por la introducción del modelo de la Administración francesa de Napoleón, respecto a la idea de una Administración burocrática, jerárquica y autoritaria, que se recoge en las obras de Francisco Silvela (*Colección de Proyectos* de 1839), Javier de Burgos (*Las ideas de Administración*, de 1841), o Alejandro Oliván (*De la Administración Pública en relación a España*, de 1842).

¹⁴⁷ M. Pastor (en García Cotarelo -comp.-, 1981: 61), siguiendo a P. Lucas Verdú, E. Díaz y G. H. Sabine, considera que la ausencia de toda regulación estatal de las condiciones de trabajo dio lugar a una explotación laboral, en unas condiciones de mercado en el que las relaciones económicas estaban basadas únicamente en la lógica del beneficio, con abundante mano de obra por el abandono del campo, y reducción de los puestos de trabajo por la incidencia de la maquinaria en la industria, lo que hizo surgir una nueva clase social, la de los proletarios, que a través del asociacionismo (cuyo derecho se fue reconociendo a partir del siglo XIX y a cuyo amparo surgirán los partidos políticos y sindicatos de masas), y de la reclamación de la extensión del derecho al sufragio (cuyo reconocimiento se inició a mediados del siglo XIX,

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

vaivenes derivados entre otras causas, de políticas excesivamente proteccionistas¹⁴⁸.

Por otro lado, la ampliación del sufragio universal y los logros sociales conseguidos por los Sindicatos y los emergentes Partidos políticos que representaban los intereses sociales del proletariado, contrarios a la propiedad privada concebida como un derecho absoluto y a la libertad de empresa, así como el triunfo de la Revolución soviética, determinaron una nueva configuración del Estado, como un Estado de derecho que evolucionaba hacia un intervencionismo cada vez mayor en la sociedad y en la economía¹⁴⁹, no sólo regulando las condiciones de trabajo, sino pasando a reservarse determinados ámbitos del mercado, para prestaciones sociales exclusivas que el sector privado no podía asumir por su nula rentabilidad, como ocurrió con la implantación generalizada del sistema de Seguridad Social¹⁵⁰ y asimismo, con

generalizándose en el siglo XX, sobretodo a partir de la Segunda Guerra mundial), fueron consiguiendo cambios notables en la estructura del Estado liberal.

¹⁴⁸El proteccionismo económico se erige en bandera de los Gobiernos de España, que en diferentes períodos presidió Antonio Maura entre 1903 y 1922 (político mallorquín que primero perteneció al partido liberal y luego al conservador, con el cual ejerció las presidencias del Gobierno), para hacer frente a una situación económica crítica, crisis que se incrementa con la pérdida de las colonias y la posguerra de la primera guerra mundial, con problemas sociales que van desde la subsistencia para importantes capas de la población, a un crítico incremento de la indigencia, lo cual determina el intervencionismo económico del Estado, propugnando un conjunto de reformas del sistema económico, que se materializan en el aspecto social y laboral, entre otras en la Ley de descanso semanal, con incidencia en los salarios y accidentes de trabajo, en la Ley de colonización agrícola de 1907, o la creación del Instituto Nacional de Previsión. Con Maura se materializa un nuevo influjo de espíritu reformista que tiene como objetivo la modernización del Estado, partiendo de la situación generada en la crisis de 1898, actuando también en la reforma de la burocracia para hacer más viable la vida del Estado, mediante la Ley de Responsabilidad civil de los funcionarios públicos del orden gubernativo y administrativo de 1904 o el Estatuto de Funcionarios de 1918 (Morell Ocaña, L. Las reformas administrativas de Maura, en Seminario de Historia de la Administración: *Reformistas y reformas en la Administración española*, 2005: 127, 129).

¹⁴⁹ López (1997).

¹⁵⁰ A finales del siglo XIX y principios del XX, se desarrolla un cuerpo normativo de protección de los trabajadores y seguros sociales y de sanidad, destacando la Ley de 28 de noviembre de

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

una lenta pero progresiva asunción de las funciones de agente económico, mediante el desarrollo y control de determinados sectores estratégicos.

La evolución que experimenta el Estado liberal comporta la progresiva realización del principio democrático, del principio de igualdad y del de intervención social, cuyas consecuencias en la estructura jurídico-política, se manifiestan, como parámetros identificadores¹⁵¹:

- a) en la constitucionalización de la separación de poderes, tal como se ha expuesto anteriormente, con un poder ejecutivo que lidera el funcionamiento de la Administración, y el reconocimiento de la democracia representativa que se fundamenta en el sufragio universal, el pluralismo político y social y el establecimiento de Instituciones de democracia directa;

1855, de Sanidad en la que se establece un sistema de prestaciones asistenciales y se prevé el desarrollo de acciones sanitarias dirigidas a la atención de los problemas de salud de la población; el RD de 5 de diciembre de 1883, se crea una Comisión con el objeto de estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales; RD de 23 de abril de 1903, por el que se crea el Instituto de Reformas sociales, que sustituye a la Comisión creada por el RD de 5 de diciembre de 1883, y en cuyo art. 1 se establece que “estará encargado de...favorecer la acción social y gubernamental en beneficio de la mejora y bienestar de las clases obreras”; el RD de 12 de enero de 1904, que aprueba la Instrucción General de Sanidad Pública que regula la higiene y la sanidad, a nivel del Estado, provincial y municipal; la Ley de 27 de febrero de 1908, crea el Instituto Nacional de Previsión, antecedente del sistema de la Seguridad Social español. Pemán (2005: 3, 14-15), en relación a la evolución de la asistencia sanitaria pública en época más reciente, durante el último cuarto del siglo XX, nos habla de “una profunda transformación en los últimos años, al evolucionar desde un modelo basado en el aseguramiento obligatorio frente a la enfermedad y en la vinculación de los beneficiarios de la asistencia a los distintos regímenes de protección de la Seguridad Social a un sistema basado en la idea de un servicio público responsabilizado de atender sanitariamente a toda la población.” Para dicho autor, “el paso fundamental hacia un servicio de salud universalizado se dio con la promulgación de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, en la que vino a reconocerse el derecho de todos a la protección de la salud dentro de un precepto –el art. 43- que se refiere de modo específico a la materia, al margen por cierto del precepto constitucional relativo a la Seguridad social (art. 41)”.

¹⁵¹ Dichos postulados se recogían, en su mayoría, desde la Constitución de México de 1917, la de la República alemana de Weimar de 1919, o la española de 1931, generalizándose una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, a partir de 1945.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

- b) en la constitucionalización de un catálogo de derechos fundamentales, libertades públicas y derechos económicos y sociales, para dotar de sentido los principios de libertad e igualdad, estableciendo asimismo, deberes constitucionales de obligado cumplimiento en base al interés general;
- c) en la generalización de Instituciones de garantía constitucional, en base a la creación de un Alto tribunal encargado de la justicia constitucional de las leyes y de la protección y reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos, así como en la supervisión de la actuación de la Administración en base al respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos, por un Comisionado del Parlamento, mediante el reconocimiento como órgano constitucional de la figura que tiene su origen en los países escandinavos, del "Ombudsman", Defensor del Pueblo;
- d) en la constitucionalización del derecho de asociación y de forma expresa de las formaciones pluralistas, como es el caso de los partidos políticos con funciones de relevancia pública, de los sindicatos y de las asociaciones de todo tipo;
- e) en la constitucionalización de la intervención del Estado en la actividad económica, estableciendo la función social de la propiedad, planificando la actividad económica, interviniendo empresarialmente en la actividad económica, regulando las condiciones sociales y laborales de los trabajadores y empresas.

El Estado se entiende como una forma histórica de la convivencia humana, como una organización jurídico-política de la sociedad que ésta precisa para su

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

propia supervivencia¹⁵², estableciendo normas para las relaciones entre sus miembros y respecto a otros Estados, y creando Instituciones que con el propio reconocimiento normativo de la coacción, velarán por el cumplimiento de dichas normas, así como por el establecimiento de un sistema de redistribución social, basado en la solidaridad.

Masucci (2011: 19-21) explica que tras la Primera Guerra mundial, la función administrativa, encerrada hasta entonces en la legalidad e imperatividad de la resolución administrativa, se extiende a la de mecanismo productor de utilidades o de prestaciones para satisfacer intereses colectivos. Recogiendo la tesis de J. Chevalier (2002, *Science administrative*) y P. Badura (2005, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*), explica que la Administración pública fue llamada a garantizar el acceso de los individuos a aquellos bienes o servicios útiles o necesarios, a dar plenitud a la vida del individuo en su dimensión social¹⁵³. Esta transformación, nos dice dicho autor,

¹⁵² En dicho sentido se manifiesta Murillo de la Cueva, P.L.M., en *La Constitución* (García Cotarelo -comp.-, 1981: 103-104). Dicho autor considera que en dicho concepto de Estado tiene cabida el de Constitución, entendiéndolo por la misma aquél “conjunto de normas o instituciones jurídicas fundamentales que regulan la organización y el ejercicio del poder político estatal y garantizan los derechos de los individuos y sus grupos”, refiriéndose a la estructura básica del Estado, es decir a cómo se organiza territorialmente y funcionalmente, a los principios y valores que inspiran su organización y actuación, a la garantía y protección de los denominados derechos fundamentales y libertades públicas de las personas que lo conforman.

¹⁵³ En este contexto, explica Masucci que en Francia la teoría de los «services publics» jugó un papel preponderante. Ésta se convierte en la clave de un pacto social republicano. Se convierte en el símbolo de una nueva relación Estado-comunidad nacional. “El Estado no era libre de elegir si instituir o no un servicio público, porque ello contradecía la regla que imponía a los gobernantes «une obligation de service public»”. También en la doctrina alemana, nos explica dicho autor, la reconstrucción teórica de la acción administrativa (toda ella centrada en la relación autoridad/sujeción) cambió profundamente en aquellos años. “En el mundo teórico del *imperium* que caracterizaba entonces la cultura administrativista alemana, se examinó una nueva modalidad de actuación administrativa. Junto a la teorización de la administración

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

“selló el paso de un Derecho administrativo que disciplinaba las modalidades de la «puissance publique» a un Derecho administrativo que establecía entre sus finalidades también la de atender a las necesidades de la colectividad nacional, impuso un enriquecimiento del *instrumentarium* jurídico”. Siguiendo a Y. Gaudemet (2001, *Traité de droit administratif*), Masucci explica la relevancia de la figura del contrato administrativo, a partir de su acogida en el ordenamiento jurídico francés, que ya conocía el módulo consensual del «contrat administratif», que utilizó como medio fundamental para asumir las nuevas tareas. Se trataba de un módulo consensual caracterizado por prerrogativas y privilegios a favor de la Administración pública y que modificaba profundamente el equilibrio de poderes entre las partes que caracteriza el módulo del contrato en general. Era necesario, en efecto, un acuerdo de voluntad, pero se trataba de un acuerdo basado sobre la desigualdad jurídica entre las partes.

En este entorno jurídico y social, los diferentes logros sociales se fueron constitucionalizando, caracterizándose como derechos, sobre la influencia del denominado Estado social¹⁵⁴ o del bienestar¹⁵⁵ (Welfare State¹⁵⁶), sobre todo a

imperativa (“Eingriffsverwaltung”) se sondea la noción de administración de prestación (“Leistungsverwaltung”). Ernst FORSTHOFF, en la monografía *Verwaltung als Leistungsträger*, publicada en 1938, introduce el concepto fundamental de «Daseinsvorsorge», procura existencial. A este concepto se conectaban todas las prestaciones (“Leistungen”) que el Estado garantizaba a su comunidad nacional. Se trataba de una obligación del Estado que no venía garantizada sólo mediante «öffentlich-rechtliche Verpflichtungen», obligaciones de Derecho público, sino también mediante «öffentliche Rechte», derechos públicos subjetivos”.

¹⁵⁴ El concepto de Estado social de Derecho se formula por Heller, H. en su obra *Teoría del Estado*, publicada por primera vez en 1934, y se recoge en el art. 20 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949. Con anterioridad, desde un concepto de Monarquía identificada como Estado y su carácter social, se teorizó por Von Stein, L., en su *Tratado de Teoría de la Administración*, publicado en 1870, como analiza García-Pelayo (1949). Basile (1981: 254-255), nos recuerda que la influencia de la doctrina alemana

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

es determinante sobre los juristas de la Europa continental, especialmente en cuanto a la precisión del lenguaje y la elaboración de ideas y conceptos. En ellos está el origen de la expresión Estado de Derecho (“Rechtsstaat”) y Estado social (“Sozialstaat”), si bien que en esta expresión considera dicho autor, siguiendo a Lener, que su origen tal vez se encuentre en la doctrina social cristiana de finales del siglo XIX, pero su construcción dogmática se elaboró en tiempos de la República de Weimar, como desarrolló Heller en su *Teoría del Estado*. Sobre la expresión «Estado social», nos indica Basile, que en la Europa continental tuvo una mayor acogida la expresión inglesa “Welfare State” (Estado del Bienestar o Estado de previsión).

¹⁵⁵ Concepto que etimológicamente se define como “sistema social de organización en el que se procura compensar las deficiencias e injusticias de la economía de mercado con redistribuciones de renta y prestaciones sociales otorgadas a los menos favorecidos” (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Madrid, 22ª edición). Un estudio histórico de los fundamentos del Estado del Bienestar, su evolución y el impacto de la crisis económica como pretexto para su desmantelamiento, lo encontramos en Aguado y Prado (2014), en el que se realiza un análisis desde el Derecho Administrativo, en cuanto a la protección del derecho a la salud y la limitación y exclusión de acceso a los servicios y prestaciones del Estado del bienestar.

¹⁵⁶ La denominación “Welfare State” (Estado del Bienestar o Estado de previsión) procede de la expresión alemana “Wohlfahrtsstaat” (construida para identificar las políticas del canciller prusiano von Bismarck en materia social, en que al mismo tiempo que ilegalizaba el movimiento obrero reforzaba un papel paternalista y autoritario del Estado, para contrarrestar la presión de dicho movimiento por toda Europa). En inglés se tradujo como “Welfare State”, y su contenido se construyó a partir de la obra del Arzobispo de Canterbury, William Temple, en *Christianity and Social Order*, publicada en 1942, en el que el “Welfare State” se contraponía al “Warfare State” (Estado de Guerra) en referencia a la Alemania del Tercer Reich (Martínez, 2019). El concepto tiene sus precedentes en Reino Unido, en la «asistencia social» o «asistencia pública» (“social assistance” o “public assistance”) que se puso en marcha por las «leyes de pobres» (“poor laws”), sistema de ayudas a los pobres que se implantó a partir de la Edad Media hasta después de la Segunda Guerra mundial (Betancor, 1995), y se desarrolla a partir de los fundamentos que se contienen en el extenso *Report to the Parliament on Social Insure and Allied Services* (Informe sobre Seguro social y servicios afines), del que fue responsable William Henry Beveridge (Decano de la University College de Oxford y anteriormente director de la London School of Economics), en el que se sientan las Bases de la Seguridad Social (que en el Informe se definía como la seguridad en los ingresos hasta un mínimo) y en el que se proponía el desarrollo de un nuevo sistema de derechos sociales, como la prestación por desempleo, por enfermedad y por retiro, así como la asistencia sanitaria, y que lo elevó en 1942 al Ministro de Trabajo del Gobierno británico que se lo había encargado en 1940, publicándose el 2 de diciembre de 1942 (Monereo, 2015). Respondía al compromiso entre Churchill y Roosevelt, recogido en la Carta del Atlántico, firmada por ambos mandatarios en plena Segunda Guerra Mundial, el 14 de agosto de 1941, por un futuro mejor para el mundo, en la que en su apartado 5 establecían que “Desean realizar entre todas las naciones la colaboración más completa, en el dominio de la economía, con el fin de asegurar a todos las mejoras de las condiciones de trabajo, el progreso económico y la protección social.” Consultable en [Carta del Atlántico \(14 de agosto de 1941\) - dipublico.org](http://dipublico.org).

TESI DOCTORAL

partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando se generaliza esta denominación en los Estados occidentales. Ello comportó que el Estado precisara de un sistema de financiación basado, principalmente, en la transferencia coactiva de recursos económicos desde la sociedad (familias, empresas, en general personas físicas y jurídicas), generalizando y ampliando un importante sistema fiscal de imposición y recaudación tributaria.

En este modelo de Estado de derecho y social, penetra el principio democrático, que como ya se ha dicho comporta la institucionalización de los partidos políticos, los cuales como fiduciarios de la soberanía popular, pasan a actuar en el gobierno y dirección de los diferentes niveles territoriales de las Administraciones públicas, como expresión de la manifestación de la voluntad popular, que consolida de forma gradual, el derecho de sufragio activo y pasivo, y su progresiva universalización a partir de una edad determinada¹⁵⁷.

En este marco, la actuación de las Administraciones públicas en el Estado social y democrático de derecho, resultante de la evolución explicada, se realiza a partir de modelos organizativos jerárquicos y entroncados en culturas profesionales que se asientan en principios de racionalidad jurídica, caracterizándose dichos modelos como garantistas, cuya finalidad esencial era la de asegurar el cumplimiento de la legalidad vigente (en cuanto a la prestación de servicios), y proteger a la sociedad de cualquier arbitrariedad

A nivel continental, la construcción del Estado del Bienestar en el constitucionalismo europeo encuentra sus antecedentes en el pensamiento de la Ilustración, relativo a que el Estado debía organizar servicios que aseguraran el bienestar, ofreciendo prestaciones directas a los ciudadanos, sociales y de educación, considerando el bienestar un componente esencial de la felicidad (Muñoz Machado, 2015: 21).

¹⁵⁷ En España, dicho derecho se reconoce a partir de los 18 años, tal como se establece en el artículo 12 de la CE, en relación con los artículos 13 y 23 de la CE, y con los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

(mediante regulaciones precisas, detallistas y procedimentalistas de la actividad administrativa).

Nos encontramos con la progresiva consolidación en la Europa occidental de un modelo organizacional burocrático que, en relación a la construcción del tipo ideal del concepto de burocracia, Weber lo define en 1911, por su carácter racional¹⁵⁸, mediante características tales, como la distinción entre funciones y personas¹⁵⁹; la estructura jerárquica que constituye la “autoridad burocrática”¹⁶⁰; la capacitación y especialización del funcionario público, que se profesionaliza en el desarrollo de tareas burocráticas que pasan a ser su dedicación principal, la cual desarrollan en jornadas obligatorias y reglamentadas, con expectativas de realizar una “carrera” dentro del orden jerárquico del servicio público¹⁶¹; la confianza en los procedimientos escritos y reglados¹⁶²; la administración del cargo fundada en documentos escritos que requieren archivos que se integran en una oficina pública¹⁶³; o el énfasis en la creación de una Administración (burocratización del Estado), ajena a los intereses particulares, en la que se separa el derecho público del derecho privado, diferenciándose el “orden legal objetivo”, de los “derechos subjetivos del individuo” garantizados por aquél, de tal forma que ello “implica la separación conceptual del Estado, como depositario abstracto de derechos

¹⁵⁸ Weber (1985: 55-62, 113), considera que “la burocracia tiene un carácter «racional»: su actitud está determinada por normas, medios, fines y situaciones de hecho”. Asimismo, Weber (1979: 1047-1076), considera que el Estado racional es el único en el que puede prosperar el capitalismo moderno, pues sus fundamentos están en la burocracia profesional y el derecho racional.

¹⁵⁹ Ídem. (1985: 35-39).

¹⁶⁰ Ídem. (1985: 9-10).

¹⁶¹ Ídem. (1985: 12, 15-22, 49-52).

¹⁶² Ídem. (1985: 12, 49-52)

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

soberanos y productor de normas legales, de toda autoridad personal de los particulares”¹⁶⁴. Si bien que Weber entronca el desarrollo del Estado en la Edad Contemporánea con el desarrollo del capitalismo moderno¹⁶⁵, su análisis sobre la burocracia en el funcionamiento del Estado no es ajeno a un requisito de especialización y profesionalización de sus funcionarios, tal como ya se ha manifestado, cuando considera que la burocracia moderna se distingue ante todo, por la cualidad que refuerza su carácter de inevitable, así como por la especialización y la preparación de los profesionales racionales¹⁶⁶, de tal forma que la burocracia es el medio de transformar la actuación de una comunidad, en una actuación social organizada racionalmente, con lo que la burocracia, como instrumento de “socialización” de las relaciones de poder, ha sido y es un instrumento de poder de gran importancia para quien controle el aparato burocrático¹⁶⁷.

¹⁶³ Ídem. 1985: 11)

¹⁶⁴ Ídem 1985: 104)

¹⁶⁵ Dicha conexión la analiza Weber en sus obras *El Parlamento como Gobierno y Obras políticas*, considerando que “desde el punto de vista de la sociología, el Estado moderno es una «empresa» con el mismo título que una fábrica: en esto consiste su rasgo histórico específico” (Weber, en Monereo Pérez, ed., 2001: 264). “Pero también históricamente el <progreso> hacia lo burocrático, hacia el Estado que juzga y administra asimismo conforme a un derecho estatuido y a reglamentos concebidos racionalmente, está en la conexión más íntima con el desarrollo capitalista moderno” (Weber en Monereo Pérez, ed., 2001: 265). Pues “la empresa capitalista moderna... necesita para su existencia una justicia y una administración cuyo funcionamiento pueda calcularse racionalmente..., por normas fijas generales con tanta exactitud como puede calcularse el rendimiento probable de una máquina” (Weber, 1979: 1061-1062)

¹⁶⁶Weber (en Monereo Pérez, ed., 2001: 281-282), considera que “allí donde el funcionario profesional preparado llega a dominar, su poder es sencillamente inquebrantable, porque entonces toda la organización del abastecimiento vital más elemental se halla cortada por el patrón de sus servicios”.

¹⁶⁷ Weber (1985: 79-81 y 91-96). Weber en su análisis de la situación de poder de la burocracia, señala que en el tipo burocrático de organización hay tendencias inherentes tanto a

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Pero el modelo weberiano debe complementarse con otros aspectos cruciales de la realidad de las organizaciones públicas, como las organizaciones informales, los procesos de toma de decisión, o los efectos disfuncionales (derivados de la lenta adaptabilidad a la realidad social, excesivo detallismo y reglamentarismo administrativo, actuación administrativa rutinaria –según procesos y modelos de lenta revisión–, dilación en las resoluciones, responsabilidad difusa, o sumisión dogmática al precedente o criterios de los niveles superiores de la jerarquía). Porque el tipo ideal de burocracia fue construido con el fin de facilitar el análisis histórico comparativo de los sistemas administrativos¹⁶⁸, es por ello, por lo que se ha pretendido enunciar los rasgos característicos de la organización del Estado Contemporáneo, en su configuración histórica, pero que en esencia, forman el sustrato principal de las organizaciones¹⁶⁹ públicas en que se materializa la actuación del Estado.

favor como en contra de una *dominación burocrática*, pues él no estudia la burocracia como un sistema de dominación política (Mouzelis, 1975: 32)

¹⁶⁸ A su estudio se dedicaron, principalmente desde la sociología, Marx, Weber y Michels. Un interesante análisis de sus conclusiones y la evolución que ha tenido en la sociología de las organizaciones, se encuentra en Mouzelis (1975). Si bien que como ha puesto de manifiesto García-Pelayo (1987: 16), frecuentemente se ignora que el tipo ideal de Weber se refiere al cuadro institucional de dominación legal, esquema al cual no responde la organización de las empresas privadas, pues lo que desarrolla es un tipo ideal básicamente inspirado en la burocracia civil estatal.

¹⁶⁹ García-Pelayo (1987: 204-207), establece las características de lo que debe entenderse por organización, considerando que “la organización se constituye en vista a la obtención de un fin previamente planteado, para cuya consecución se calculan unos medios y se fija una secuencia lógica de objetivos, es decir, de resultados parciales de cuya integración se obtiene el fin propuesto; la organización pretende ordenar las cosas sometiénolas a un plan o modelo arquetípico previamente concebido,.. así el conjunto del orden político-estatal no ha entrado a ser dominado por la organización hasta el período adelantado del absolutismo, y sobre todo, hasta el constitucionalismo moderno y el pleno desarrollo de la administración burocrática”. Así pues García-Pelayo considera que “todo orden exige una conducta pautada y, por tanto, un sistema de reglas de naturaleza axiológica, técnica y de procedimiento”; siendo que “la organización posee un sistema de poder racionalmente estructurado en unas competencias, instancias y autoridades definidas y jerarquizadas con precisión”; derivado de ello, “en la organización la asignación de funciones se lleva, en principio, a cabo teniendo como criterio la

TESI DOCTORAL

Actuación pública que no se puede entender sin la influencia que ha ejercido la evolución tecnológica, principalmente a partir de la revolución industrial, en un Estado considerado como organización política de una sociedad, dotado de un poder superior a cualquier otro dentro de su territorio y que asegura su existencia en la relación con otros Estados, asumiendo como uno de sus objetivos la promoción del bienestar económico, para lo cual es clave su desarrollo tecnológico¹⁷⁰. Siendo así que el Estado acaba decidiendo y asumiendo las inversiones tecnológicas que no son rentables en un plazo razonable, porque las inversiones financieras que requieren no pueden ser asumidas ni por las empresas del sector privado, ni por Instituciones privadas o Universidades, motivando su intervención en el hecho de que la tecnología pasa a ser fuente de potencial económico.

A ello no ha sido ajena, en absoluto, la revolución tecnológica, propiciada en la segunda mitad del siglo XX, con la aparición de la informática y su aplicación a los sistemas de información y comunicación en las organizaciones, dando paso a una sociedad de comunicación y servicios, en lo que se ha denominado sociedad del capitalismo avanzado¹⁷¹, en la que ha emergido la sustitución del

capacidad del sujeto y la utilidad de la tarea, medidas ambas cosas con arreglo a escalas objetivas”.

¹⁷⁰ Con la evolución tecnológica en las sociedades industriales, surge el concepto de tecnocracia, entendiéndose como una “estructura de poder en la cual los técnicos condicionan o determinan la toma de decisiones, tendiendo así a sustituir al político..., en la fijación de las *policies* y a los burócratas tradicionales en la operacionalización de las decisiones o en su participación en la decisión misma” (García-Pelayo, 1987: 32 y ss).

¹⁷¹ Bermejo (2005: 143) introduce dicho concepto siguiendo a Riesman, D., Touraine, A., y Bell, D., al considerar que la sociedad *post* industrializada “es la sociedad del capitalismo avanzado, caracterizada por una profunda transformación tecnológica del objeto de producción y de los medios de producción (paso a una sociedad de comunicación y servicios), que representa la tecnificación general de la sociedad y la consagración del criterio de eficacia en el funcionamiento del sistema... la sociedad postindustrial de Bell presenta, en el fondo, como lo

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

concepto de sociedad industrial por el de sociedad del riesgo¹⁷². Tecnología de la información y la comunicación cuya aparición y consolidación ha caracterizado con el tiempo, una parte importante de las políticas modernizadoras, descubriéndose como valioso instrumento para la gestión y aprovechamiento de recursos, simplificación de procesos y mejora en la prestación de servicios, con aplicaciones basadas en la Inteligencia artificial. Masucci (2011: 34-35), siguiendo a H. Maurer (2009, *Allgemeines Verwaltungsrecht*) considera que se ha iniciado un gran proceso de transformación de las formas de desempeño de la actividad administrativa. Las conquistas de la tecnología informática y de la ciencia artificial han sido utilizadas como apoyo de la transformación de la acción administrativa. Se ha vuelto posible no sólo informatizar el patrimonio documental de la

propio, no tanto -o no sólo- la hipertecnificación; sino la convivencia simultánea y antagónica de un pluralismo de sistemas y de valores. Este contenido es el que se ha impuesto predominantemente en la sociología de este siglo, desde Weber a Habermas". Considera que el núcleo definidor de la posmodernidad es la pluralidad radical, manifestando que "la aceptación de la pluralidad en toda su radicalidad, la consideración de la pluralidad como estructura normativa de la realidad y la despedida de la totalidad como unidad y del deseo de restauración de la misma".

¹⁷² Beck (2006: 30), introduce el concepto de "Sociedad del Riesgo", como nuevo paradigma en sustitución del concepto de sociedad industrial, cuando manifiesta que "El concepto de «sociedad industrial o de clases» (en el sentido más amplio de Marx y Weber) giraba en torno a la cuestión de cómo se puede repartir la riqueza producida socialmente de una manera desigual y al mismo tiempo «legítima». Esto coincide con el nuevo paradigma de la sociedad del riesgo, que en su núcleo reposa en la solución de un problema similar y sin embargo completamente diferente: ¿cómo se puede evitar, minimizar, dramatizar y canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de «efectos secundarios latentes» de tal modo que no obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo «soportable» (ecológica, médica, psicológica, socialmente)?... El proceso de modernización se vuelve *reflexivo*, se toma asimismo como tema y problema. Las cuestiones del desarrollo y de la aplicación de tecnologías (en el ámbito de la naturaleza, la sociedad y la personalidad) son sustituidas por cuestiones de la «gestión» política y científica (administración, descubrimiento, inclusión, evitación y ocultación)...La promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo técnico-económico".

TESI DOCTORAL

Administración pública, sino que se ha abordado la automatización del procedimiento decisonal administrativo. Aparece, según Masucci la llamada «maquinización» del procedimiento decisonal. De una teoría del acto que gira sobre la «decisión» del funcionario se ha pasado a una teoría del acto que se concentra sobre el acto-software, el acto-programa que «gobierna» el procedimiento decisonal del ordenador¹⁶³. Junto al fenómeno de la automatización de la actividad administrativa, se ha consolidado la experiencia de la «digitalización» de la acción administrativa, “e-administration”. Indica Masucci que conjugando informática y sistemas de telecomunicaciones, se ha puesto en marcha un proceso de transformación de la acción administrativa que hace posible el diseño de la Administración en red, del “e-Government”. La realización de este diseño permite superar los vínculos con el espacio y el tiempo a los que está sometida la actuación administrativa en sus formas tradicionales. Para dicho autor la actuación administrativa en red borra las distancias físicas entre las distintas Administraciones y entre éstas y el ciudadano, y al mismo tiempo hace posible que estas relaciones transcurran en tiempo real. Como indica Masucci, se realiza una Administración “any place, any time”.

Todo ello ha comportado una paulatina penetración en la organización burocrática del Estado, de la estructura plural de reglas técnicas en las que la jerarquía respectiva es una variable dependiente del problema a resolver o del objetivo a conseguir, dando lugar a unos métodos de decisión y gestión distintos de los métodos burocráticos tradicionales, comportando un cierto desplazamiento de la competencia jurídica, por la competencia técnica, y de las atribuciones de las autoridades o instancias formalmente establecidas, por las

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

funciones de grupos de especialistas, a los que se les encomiendan misiones, que intentan dar respuesta a las necesidades sociales y económicas cambiantes¹⁷³.

En este marco, la organización de la Administración pública está determinada por un claro carácter diferencial respecto a la organización de las formas societarias mercantiles, en cuanto a que la Administración pública no escoge su ámbito de actuación, sino que lo tienen definido normativamente, perfecciona su organización en todos y en cada uno de sus niveles o sectores, tiende a configurar su actividad en patrones simples, normaliza sus procedimientos, asegura la efectividad de control de las instancias inferiores por las superiores, su policía/control en el sentido administrativo, se hace más eficaz y omnipresente, su sistema fiscal aumenta su capacidad impositiva y generadora de recursos económicos constantes, y en general, moviliza una gran cantidad de personas y recursos¹⁷⁴. El sector privado, en cambio, se sitúa donde prevé más posibilidades de beneficio, como ejercicio del derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la CE.

¹⁷³ En este sentido, nos explica García-Pelayo (1987: 54-55) los fenómenos de tecnoestructura y adhocracia. El primero, en base al concepto desarrollado por el economista Galbraith, J. K. (*El nuevo Estado industrial*. Madrid: Ariel), para significar el hecho de que en la gran organización moderna, el poder de decisión no está localizado ni en los accionistas, ni en la gerencia, sino difundido por todos aquellos grupos de especialistas que en virtud de sus conocimientos, proporcionan los informes para las decisiones de la empresa. Respecto a la adhocracia, la explica en base al concepto desarrollado por Toffler, A. (*El "shock" del futuro*. Barcelona: Plaza y Janés). Como tal, entiende la constitución de unos equipos *ad hoc*, adecuados para la resolución de problemas concretos y a corto o limitado plazo, compuestos de personas capacitadas para tal objetivo, que constituye un procedimiento de adaptación de la decisión y la gestión, a las exigencias constantemente cambiantes de la realidad de nuestro tiempo.

¹⁷⁴ García-Pelayo (1987: 217).

TESI DOCTORAL

Por otro lado, la Administración se arroga legalmente de potestades y privilegios en su actividad, pero se ve condicionada en cuanto a su gestión, por el impacto de la dirección política y de la presión interna, originada por una estructura de cuerpos y escalas profesionales con un alto grado de autonomía funcional, cuyos profesionales son desconocedores de objetivos diferentes a los procedimentales. Ello comporta que la definición de objetivos sea más difícil en el entorno público y se dificulte la eficacia y eficiencia en la gestión. Pero la Administración está obligada a observar una serie de principios, que se constitucionalizan para todos los poderes públicos, como son los de legalidad, igualdad y no discriminación, objetividad, protección del interés general, publicidad y control jurisdiccional intenso (mediante jurisdicción específica). Ello afecta a su estructura y ralentiza su capacidad de acción.

En este contexto se llega a lo que podríamos denominar la crisis del Estado del bienestar, y vuelve a aparecer el influjo de gestionar desde los parámetros que se generan en el libre mercado, como la alternativa para que el Estado economice sus recursos, de acuerdo con criterios de eficiencia, para la mejor consecución de los valores sociales constitucionalizados¹⁷⁵, concretados en las correspondientes políticas públicas, y devolviendo al mercado sectores impropios para el sector público, procediendo a lo que se ha denominado dietas rigurosas de adelgazamiento del Estado (mediante la desregulación de sectores monopolísticos por implantación de los principios de libre competencia, de las privatizaciones de empresas públicas o con participación

¹⁷⁵ Ortega (1994: 13). Dicho autor realiza su análisis desde la óptica de la recuperación del derecho público para la consecución de los objetivos públicos, en el entorno de las garantías de los ciudadanos, de calidad y rapidez en la prestación de servicios, y de control de las

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

pública, del cierre de empresas públicas no productivas, de las congelaciones salariales y de empleos públicos, o de la reducción de transferencias entre diferentes niveles de Administraciones Públicas), que en todo caso responden a un proceso continuo de transformación organizativa de la Administración pública¹⁷⁶, entidad en que se organiza el Estado, esencialmente al servicio de la comunidad, que comporta su innovación y revisión constante de sus estructuras para adaptarse al medio social en el que se encuentran¹⁷⁷. Proceso que se origina, como destaca Masucci (2011: 31-33), en los años de entreguerras en que se empujó a los poderes públicos a asumir en régimen de

personificaciones privadas adoptadas por las Administraciones, como modo de gestión indirecta.

¹⁷⁶ García de Enterría (2007), considera la Administración pública, a raíz de la reforma que se materializa en la Ley de 26 de julio de 1957, de Régimen jurídico de la administración del Estado, que no siendo primariamente como una empresa sino como Estado, como organización insertada en y al servicio de la comunidad política.

¹⁷⁷ García de Enterría (2007), expone en relación a la en aquél momento reciente Ley de 26 de julio de 1957, de Régimen jurídico de la administración del Estado, que la historia de la administración es la historia de un permanente hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de revisión de sus estructuras institucionales, proceso que lleva a formar parte de la esencia misma del concepto de administración. Considera que sólo aquellas organizaciones que saben transformarse, que saben adaptarse al cambio del medio social en el que están y del cual se nutren, pueden aspirar a una relativa permanencia. Da relevancia a la innovación organizativa, a la revisión constante de estructuras, considerando que lejos de ser entonces la expresión de una discontinuidad histórica, es, por el contrario, la única garantía de una cierta y relativa continuidad.

Con la Ley de 26 de julio de 1957, de Régimen jurídico de la administración del Estado (que refunde el Decreto-Ley de 25 de febrero de 1957, con la Ley de 20 de julio de 1957), en el marco de la reforma administrativa concebida por López Rodó, y que tiene su origen en el *Informe acerca de la reorganización de la Administración Central del Estado*, elaborado por él mismo y entregado a la Presidencia del Gobierno en enero de 1957 (en dicho sentido se argumenta por José Luis de la Vallina Velarde en *La reforma administrativa de López Rodó*, en *Seminario de Historia de la Administración: Reformistas y reformas en la Administración española*, 2005: 184), así como con las medidas de reforma administrativa impulsadas por López Rodó, tanto como Secretario General técnico de la Presidencia del Gobierno, como Comisario del Plan de Desarrollo, se perseguía acentuar los rasgos propios de un Estado de Derecho, y elevar la renta per cápita nacional (José Luis de la Vallina Velarde en *La reforma administrativa de López Rodó*, en *Seminario de Historia de la Administración: Reformistas y reformas en la Administración española*, 2005: 200-203).

TESI DOCTORAL

monopolio la tarea de prestadores de servicios a la colectividad, y que sufre un vuelco total en la década que cierra el siglo XX. En esos años, bajo la influencia de una política económica que reclama una visión del «Estado mínimo», la Administración de prestaciones se configura como una Administración de regulación. «La actividad de regulación» resulta ser la actividad por la cual el Estado, en los así llamados mercados emergentes, es decir, en los mercados de los servicios públicos que se abren a la competencia, construye el régimen jurídico que regula la organización del mercado de los servicios públicos», como nos recuerda Masucci siguiendo la tesis de E. Cardi (2005, *Mercati e Istituzioni in Italia*). Tal como considera M. D'Alberti (2008, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*), Masucci nos indica que el Estado debe intervenir con decisiones públicas, las llamadas medidas asimétricas, que por una parte, imponen obligaciones a los ex monopolistas y, por otra, conceden ventajas a los nuevos sujetos entrantes. En este marco regulatorio, Masucci siguiendo a E. Cardi (2005, *Mercati e Istituzioni in Italia*), concluye que se trata de medidas que no surgen solas, lo cual lleva a un «mercado regulado», a un mercado donde el sujeto público es convocado, no para el suministro de prestaciones, sino para la producción de reglas.

Considero que ha existido una evolución que continúa reconfigurándose, desde una Administración pública que se podría caracterizar como predominantemente imperativa y asistencial, a una Administración caracterizada por un contenido prestacional, a partir de un principio social que la configura, hacia una Administración que se identifica en esencia por su carácter regulador. Integrando todas esas características en su proceso evolutivo, Prats (2001: 438), partiendo de un análisis sobre los fundamentos de

TESI DOCTORAL

la Ilustración en la Administración pública, desde su vinculación con la sociedad civil, considera que la Administración en su plano interno proyectado respecto a los efectos en los ciudadanos, ha evolucionado desde una Administración Pública productora y ejecutora de planes y leyes, a una Administración pública gestora eficaz y eficiente de organizaciones, que se dirige en las últimas décadas hacia una Administración pública cuya clave de éxito se encuentra en construir redes de formulación y de gestión de políticas públicas en mercados regulados, con la finalidad de asegurar la cohesión social, y facilitando a la sociedad civil su intervención, en redes de interdependencia que han de constituirse en claves de la gobernanza y de gobernabilidad.

En este entorno se enmarcaría nuestra situación actual¹⁷⁸, aunque el detonante haya estado en los criterios de convergencia resultantes del Tratado de Maastricht, en el marco de la Unión Europea, para llegar a la moneda única, que tuvieron un importante impacto en la línea de flotación del barco prestacional de los poderes públicos. Teniendo en cuenta, como se recoge en la Exposición de motivos de la LPACAP, que en el seno de la Comisión Europea y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se ha ido avanzando en la mejora de la producción normativa (“Better regulation”), definiendo los diversos informes internacionales la regulación

¹⁷⁸ La derogada Ley 30/1992 de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, ya apuntaba la transformación y modernización de la Administración al ritmo de la innovación tecnológica, cuando en su Exposición de Motivos explicaba que “Las nuevas corrientes de la ciencia de la organización aportan un enfoque adicional en cuanto mecanismo para garantizar la calidad y transparencia de la actuación administrativa... Las técnicas burocráticas formalistas, supuestamente garantistas, han caducado, por más que a algunos les parezcan inamovibles, y la Ley se abre decididamente a la tecnificación y modernización de la actuación administrativa en su vertiente de producción

TESI DOCTORAL

inteligente (“Smart regulation”), como un marco jurídico de calidad, que permite el cumplimiento de un objetivo regulatorio a la vez que ofrece los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, permitiendo simplificar procesos y reducir cargas administrativas, evaluando el impacto de las normas y favoreciendo la participación de los ciudadanos y empresas en los procesos de elaboración normativa, pues sobre ellos recae el cumplimiento de las leyes, en un marco jurídico de relaciones de las Administraciones con los ciudadanos, caracterizado por una mayor garantía de los derechos que se le reconocen frente a la potestad de autotutela de la Administración, cuyo elemento de cierre se encuentra en la revisión judicial de su actuación por ministerio del artículo 106 de la CE, en un entorno relacional de Administración sin papel, desde un funcionamiento íntegramente electrónico que no sólo en la LPACAP se considera que sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados¹⁷⁹.

Con la Constitución de 1978, España se configura como un Estado social y democrático de derecho, descentralizado territorialmente en Comunidades Autónomas, con un ámbito regional en el que desarrollan un catálogo de

jurídica y a la adaptación permanente al ritmo de las innovaciones tecnológicas” (Apartado 5, párrafos inicial y final).

¹⁷⁹ La Exposición de motivos de la LRJSP, manifiesta que dicha Ley con la LPACAP, constituyen la piedra angular sobre la que se edificará la Administración Pública española del futuro, al servicio de los ciudadanos, habiendo puesto de relieve la OCDE, que el conjunto de asuntos políticos incluidos en la reforma administrativa emprendida por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas del Gobierno español, identificada por su acrónimo CORA, que enmarcan en el gobierno electrónico, las relaciones de gobernanza multinivel, la buena regulación, o las reformas presupuestarias, junto con las iniciativas paralelas adoptadas en áreas como la estabilidad presupuestaria, la transparencia y la regeneración democrática, la

TESI DOCTORAL

competencias reconocido en la Constitución y en sus normas institucionales básicas, los Estatutos de autonomía, en Municipios y en Provincias, cuya autonomía es derivada y se concreta en las diferentes normas estatales o autonómicas según los diferentes ámbitos competenciales.

Dicha forma de Estado social y democrático de derecho, se integra en la Unión europea, configurándose un Estado de las autonomías, como organización territorial, con diferentes planos en el ámbito competencial, en niveles supraestatales e infraestatales, y en el ámbito prestacional, con la participación de un amplio abanico de organizaciones de la sociedad civil, conocidas como tercer sector, subvencionadas en parte por el propio Estado y que le sustituyen o compiten con él en complejas problemáticas sociales, algunas derivadas del proceso de globalización que han comportado unos importantes flujos migratorios desde países extracomunitarios, en muchos casos en condiciones de ilegalidad.

Kelsen abogó por la configuración del Estado como un orden normativo, pero que también era un poder formado por órganos, que se constituye en persona jurídica, siendo el Estado la personificación del orden jurídico¹⁸⁰, y por tanto, creándose su personalidad por el Derecho, a partir de una construcción

explicación de uno de los más ambiciosos procesos de reforma realizados en un país de la OCDE.

¹⁸⁰ Amato (2006: 11-13), considera que la constante que define la forma de Estado es el resultado de los modos y forma en que se manifiestan las que considera cuatro funciones del Derecho, y por lo tanto, lo vincula en la personificación del orden jurídico, como forma cuyo resultado es el ejercicio de la función del Derecho en un determinado contexto histórico, funciones que identifica en la represión de las conductas socialmente peligrosas; la prestación de bienes y servicios; el sometimiento al derecho del poder público y las Instituciones; y la garantía de la libertad de los ciudadanos.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

jurídico-normativa¹⁸¹. Siendo de plena vigencia la tesis de Mannori (1997: 146), de que la sociedad actual se caracteriza por ser policéntrica, compleja y en la que el poder público es sobretudo un poder de mediación, donde la protección del interés general requiere una mayor intervención del Estado.

En el ámbito de la estructuración territorial en base a diferentes niveles competenciales, desaparecen las relaciones basadas en la jerarquía o supremacía del Estado, no como un todo, sino como la parte organizativa que se refiere a su Administración central, configurándose en base a los conceptos de autonomía y competencia, y los principios ordenadores de la relaciones entre las diferentes Administraciones públicas, de lealtad institucional, coordinación y cooperación¹⁸², que enmarcan un listado de principios

¹⁸¹ Kelsen (1979: 123-137). No es objeto de esta investigación llevar a cabo un análisis desde los diferentes postulados que desde la doctrina clásica sobre la Teoría del Estado se han teorizado, desde el formalismo jurídico de Kelsen, en contraposición al sociologismo de Heller, o las posiciones intermedias de Jellinek y Schmitt, y tal como apunta García Cotarelo (1981: 15), en relación a la Teoría del Estado, ésta “formula un programa de futuro en el que se hace un lugar a una organización más racional..., con un valor muy específico: el de la superior realización de los individuos en comunidades libres”. Se considera necesario destacar, dicho enfoque desde la proyección constitucional en España, por la relevancia del individuo, como ciudadano, en el eje de la actuación de la Administración como una estructura instrumental que atiende al cumplimiento de los fines del Estado, con estricta sujeción, como prevé la Constitución en España, a los poderes legislativo (art. 103.1 CE), ejecutivo (97 CE) y judicial (106.1 CE).

¹⁸² Principios que algún autor, como Parada Vázquez (2007: 14-15), considera ineficaces en relación a las técnicas en que se manifiestan “por falta de garantías en el cumplimiento de esos deberes o de las obligaciones que esas técnicas comportan, y por estar sujeto cada ente público a la obediencia de organizaciones o partidos políticos de distinta ideología y obediencia”. Dicho autor, crítico respecto a posiciones que considera de “soberanismo municipal”, en la configuración constitucional como Administración territorial de la organización del municipio, manifiesta siguiendo a Alain Ming (*La nueva edad media. El gran vacío ideológico*) y a Hedley Bull (*The Anarchical Society. A study of Order in World Polines*), que nos encontramos ante la medievalización del Estado, al sugerir que el mundo del siglo XXI se va a parecer a la Europa de los siglos XII y XIII, al “desparramar el poder del Estado-nación en múltiples entes infraestatales, un poder ya debilitado por las instancias supranacionales en que se inserta”.

TESI DOCTORAL

informadores de la actuación administrativa como son los de sostenibilidad, subsidiariedad, solidaridad interterritorial, corresponsabilidad fiscal, igualdad, libertad y justicia social, así como una relación de criterios a tener en cuenta como son los de economía, suficiencia financiera, equidad, eficiencia y eficacia, sobre los que se pretende racionalizar la organización territorial del Estado, y la atribución de competencias y relaciones entre las Instituciones y Poderes públicos que lo integran, para lograr una calidad de vida digna, desde el respeto a la diversidad, la consciencia de una identidad colectiva integradora, que faciliten su actuación como ejes vertebradores del desarrollo equilibrado del país en cada territorio y potenciando los valores sociales, humanos y medioambientales de una ciudadanía democrática.

El Tribunal Constitucional ha sido el encargado de fijar los criterios decisivos de la organización territorial del Estado, definiendo su esqueleto en base a los siguientes criterios¹⁸³: el Estado se constituye como un verdadero sistema, dotado de unidad y en el que el principio de eficacia administrativa juega un papel importante, siendo que su organización territorial da lugar a un funcionamiento regido por principios constitucionales, que se traduce en un conjunto trabado de relaciones entre las partes que la integran, y articulado por el interés general, como interés de la colectividad nacional; la unidad

¹⁸³ Dicha clasificación la elabora Parejo (La primera década del desarrollo de la Constitución, en Seminario de Historia de la Administración: *Reformistas y reformas en la Administración española*, 2005: 217-218), tras un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que extrae de las sentencias 14/1981, de 29 de abril; 32/1981, de 28 de julio; 18/1992, de 4 de mayo; 38/1982, de 22 de junio; 64/1982, de 4 de noviembre; 32/1983, de 28 de abril; 42/1983, de 20 de mayo; 76/1983, de 11 de agosto; 11/1984, de 2 de febrero; 16/1984, de 6 de febrero; 77/1984 y 89/1984 de 28 de septiembre; 80/1985, de 4 de julio; 144/1985, de 25 de octubre; 29/1986, de 20 de febrero; 56/1986, de 13 de mayo; 96/1986, de 10 de julio; 19/1987 y 27/1987, de 27 de febrero; 104/1988, de 8 de junio; 213/1988, de 11 de noviembre; 227/1988, de 29 de noviembre; 259/1988, de 22 de diciembre; 103/1989, de 8 de junio; y 214/1989, de 21 de diciembre.

TESI DOCTORAL

constitucional supone la constitución de un único Estado; el Estado constituido es complejo, por serlo la comunidad política que institucionaliza, componiéndose por una pluralidad de organizaciones territoriales expresivas de las correspondientes comunidades que aquella reconoce, desde la supremacía del Estado *stricto sensu* legitimado en su función de control de legalidad, que no de oportunidad, de la actuación de las restantes instancias territoriales; cada organización territorial es una parte del todo, del Estado constituido, siendo que ninguna de ellas puede disponer libremente de las restantes, incluidas las Entidades locales; el sistema territorial de competencias se determina en sus aspectos fundamentales por el bloque de la constitucionalidad, como un todo entero formado por la Constitución, los Estatutos de autonomía y leyes estatales por razón de su función constitucional.

Pero no se puede reconocer este Estado compuesto y complejo integrado en una supraestructura, la Unión europea, si no es formando parte de un mundo global, en el que como ha puesto de manifiesto Cassese (2021: 108), “más allá de los gobiernos nacionales, existe una densa estructura de normas, organismos públicos y procedimientos,” en el que el establecimiento de una regulación global en diferentes materias, se motiva en que cada vez más, los problemas no pueden ser abordados o resueltos solamente desde los gobiernos nacionales. Pero tampoco existe un único orden jurídico global, pues el régimen regulatorio global no es uniforme, y responde al intento de equilibrio entre la diversidad nacional y los estándares globales. Teniendo en cuenta que la globalización tiene un impacto en el orden jurídico nacional.

Para Cassese, la soberanía del Estado y la globalización progresan juntos, y el trabajo conjunto desde un menor unilateralismo potenciando las negociaciones

TESI DOCTORAL

y la reglamentación a nivel global, facilitaría el desarrollo de un sistema mejor de poder supraestatal.

Auby (2010: 240-242), desde la proyección de la globalización en el derecho administrativo, ya había destacado la importante penetración de las normas internacionales en la cuestiones relevantes del Derecho administrativo, teniendo en cuenta cada vez más las situaciones de extraterritorialidad o transnacionalidad, y de una forma destacada en la esfera de la Unión europea, en el marco de las relaciones transnacionales entre Administraciones de los Estados miembros. Considera que nos encontramos ante una forma de patrimonio común internacional de derecho administrativo, en que los efectos de la globalización jurídica se proyectan en cinco fenómenos, (i) una evolución en el sentido de la creciente interdependencia de los sistemas, en los que el derecho se transforma mediante la interconexión internacional, en la que emergen actores que no son solo los Estados; (ii) una creciente presencia de situaciones de transnacionalidad y extraterritorialidad (como también puso de manifiesto Cassese); (iii) el importante peso de los actores y reguladores no estatales; (iv) el desarrollo de redes como forma característica de la gobernanza internacional; (v) la globalización jurídica es a la vez multinivel y se desarrolla por interrelaciones horizontales. Y no tendría sentido un patrimonio común internacional de derecho administrativo, sin el análisis del impacto hacia el futuro de un sistema social global, en el que la economía competitiva rodeada del conjunto de instituciones básicas, como ha puesto de manifiesto Rawls (2010: 265-273), pueda estructurarse de modo que satisfaga los principios de la justicia, es decir, teniendo como referente el problema de la justicia entre generaciones.

TESI DOCTORAL

En el mismo sentido, incide Hartwig (2010: 24) refiriéndose a la situación en Alemania y la Unión europea, al considerar que:

Es una cuestión cada vez más urgente determinar hasta qué punto el Estado está todavía en situación de llevar a término las múltiples tareas sociales que le han sido asignadas o que ha ido asumiendo. Con el cambio demográfico crece el porcentaje de la población que vive de las ayudas estatales, y al mismo tiempo se reduce el porcentaje de los que cotizan a la Seguridad Social.

En este contexto, se plantea la pregunta de si la cobertura universal de la Seguridad Social hasta ahora garantizada por el Estado también se podrá mantener en el futuro, cuestión que tiene repercusiones en el derecho público. La pregunta sería hasta qué punto el Estado daría vía libre a la instauración de unos servicios privados mediante el retroceso a una garantía de suministros mínimos, la cual iría acompañada del retroceso correspondiente del derecho público.

Hay dos aspectos a destacar: la protección medioambiental y el endeudamiento estatal. La protección medioambiental tendrá que seguir procurando que se tengan más en cuenta que hasta ahora los intereses de las generaciones futuras. Todavía faltan, pues, procedimientos eficientes para emprender una protección medioambiental que vaya en beneficio de generaciones futuras. Eso implicaría también explicar de manera convincente quién tiene que velar por estos intereses en favor de la actual generación, teniendo en cuenta que ésta siempre esgrime el término voluntad democrática.

La inclusión de las generaciones futuras significaría supeditarlas a sus deseos y esta tarea corresponde en exclusiva a la generación actual, dado que difícilmente trascenderá más allá. En el caso de las finanzas públicas, la consideración de los intereses de generaciones futuras es un asunto que se aborda constantemente. El derecho público está llamado a mostrar nuevos caminos.

Como ha puesto de manifiesto Rawls, "cada generación transmite a la siguiente un equivalente justo de capital real definido por un principio de ahorro justo (ha de tenerse en cuenta aquí que capital no es sólo las fábricas y maquinarias, sino también el conocimiento y la cultura, tanto como la tecnología y las

TESI DOCTORAL

prácticas que hacen posible las instituciones justas y la libertad). Este equivalente es en retribución por lo que se recibe de las generaciones anteriores, y capacita a las que vienen después para disfrutar una vida mejor en una sociedad más justa (pp. 270-271).”

2. La proyección de la dignidad de la persona y del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, en la función constitucional de ilustración y en el derecho de autodirección informativa, en la toma de decisiones informadas.

La clásica, indeterminada y universalista función de los fines estatales como el bien común, el “interés público”, las necesidades públicas, se concretizan en la actualidad, en una grandísima parte, en la satisfacción de los derechos humanos y de las libertades positivas de la persona. Objetivos primordiales de las Administraciones públicas, en nuestro tiempo, deben ser precisamente la satisfacción de los derechos y libertades fundamentales y misión del Derecho Administrativo, garantizar efectivamente tal satisfacción.”¹⁸⁴ Ortiz Díaz.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de septiembre de 2002 (RC 2239/1998), sobre la participación de mujeres en condiciones de igualdad en el “Alarde de Hondarribia”, nos introduce el concepto de «fuerza expansiva» del Derecho Administrativo, a partir de los valores superiores del orden constitucional que informan el sistema jurídico. Ello se exterioriza en que el Derecho Administrativo tiende claramente a propiciar que éste regule las actividades humanas, prácticamente de cualquier género, cuando además se

¹⁸⁴ Cita correspondiente a Ortiz Díaz, J. (2000), en *El horizonte de las Administraciones públicas en el cambio de siglo. Algunas consideraciones*, que reproducimos de la efectuada por Prieto (2005: 9).

TESI DOCTORAL

hallen intereses de particulares que obligará a su examen. Las Administraciones públicas como poderes públicos, deben promover las condiciones que hagan real la igualdad de los individuos, y remover los obstáculos que la impidan o la dificulten, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, para facilitar el desarrollo de los valores “dignidad” y “libre desarrollo de la personalidad”, vinculando los arts. 1.1, con el 9.2 y con el 10.1 CE (FFDD Quinto y Séptimo).

a. La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, como autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.

Con la técnica del “nudge” analizada desde parámetros constitucionales, nos planteamos la posible afectación sobre el libre albedrío desde el conocimiento de la psicología y la neurociencia en relación a la racionalidad limitada, en un marco jurídico que garantice las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, como valores superiores del ordenamiento jurídico, sean reales y efectivas como prevén los arts. 1.1 y 9 de la CE. A ello daremos respuesta en este apartado, teniendo en cuenta que la libertad se proyecta en el derecho a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, y el principio de libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social, previstos en el art. 10.1 CE, como fundamento constitucional, por el que se reconoce la autonomía del individuo para elegir entre diferentes opciones vitales, según sus propios intereses y preferencias.

La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

la propia vida, tal como ha puesto de relieve la STC 53/1985, de 11 de abril. Así, lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás, por lo que los poderes públicos debían tratar al individuo como persona, no como objeto para la consecución de una finalidad. Es decir, debe ser considerada como un fin no como un medio. En el mismo sentido, en el que el fin lo es la persona, por ese carácter único que la identifica, considero relevante que Kahneman destaca el valor de la «dignidad», en la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos¹⁸⁵, a partir de la idea general de tratar a las personas como «individuos únicos», en lugar de como «miembros de una masa indiferenciada y sin rostro».

Fernández (1992: 163-165), siguiendo a Sánchez Agesta, considera que la libertad permite y favorece el desenvolvimiento y perfección de la naturaleza

¹⁸⁵ Considero relevante y oportuna esta cita del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, al vincularse el concepto de dignidad al individuo como persona, por su carácter único, que considero coincidente con la Tesis del Tribunal Constitucional español, y proviene del Estado en el que se ha desarrollado la teoría del “nudge” cuyo análisis desde el Derecho administrativo español es objeto de esta Tesis. Kahneman (2021: 367, 373-376) cita la sentencia Woodson vs. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976), en relación a la aplicación de la pena de muerte, en la que el Tribunal Supremo consideró que un grave defecto de la pena capital obligatoria es que “no trata a todas las personas condenadas por un delito definido, como seres humanos individuales y singulares, sino como miembros de una masa indiferenciada y sin rostro que debe ser sometida a la imposición ciega de la pena capital”; y en la cita que efectúa de la sentencia Cleveland Board of Education, vs. LaFleur, 414 US 632 (1974), explica, en relación a la aplicación de una norma del sistema escolar que obligaba a las profesoras embarazadas a obtener un permiso no remunerado de cinco meses antes de la fecha prevista para el parto, ante la cual una profesora presentó una demanda por considerar que la norma era discriminatoria y que cinco meses eran demasiados, pues podía continuar con su labor educativa, que el Tribunal Supremo consideró que a la profesora no se le había dado la oportunidad de demostrar que no había necesidad física de que ella, en particular, dejara de trabajar, considerando que la norma contenía una presunción irrefutable de incompetencia física, cuando ella podía aportar pruebas médicas que acreditaran lo contrario. No se le reconocía la existencia de discriminación, sino la de falta de motivación en una resolución individualizada y el hecho de que la Administración actuara en base a una presunción irrefutable.

TESI DOCTORAL

humana en la vida social. Dicho autor, con cuya tesis se coincide en esta investigación, efectúa una vinculación entre el valor libertad y el reconocimiento de la dignidad personal del ser humano, de su racionalidad y de su vida moral y espiritual. Se anuda así la constitucionalización de los derechos fundamentales y las libertades públicas, con el respeto a la vida personal, vinculándose el art. 1.1 CE, cuando proclama como valores superiores del ordenamiento, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, con el art. 10.1 CE, que contempla entre los fundamentos del orden político y la paz social, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Fernández, siguiendo a Bidart Campos, propugna la tesis de la doble dimensión ontológica y valorativa, en cuanto a que el ser humano es una persona a la que el Estado debe facilitar el desarrollo de su «valor personalidad», a partir de que todos los derechos que la Constitución proclama “se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma” (p. 163).

La relevancia que el art. 10.1 CE, da a los derechos inviolables inherentes a la persona, a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, como fundamento del orden político y de la paz social, reconoce la elevación de los derechos fundamentales a dicho fundamento, desde una doble naturaleza subjetiva y objetiva, que el Tribunal Constitucional ya estableció en la temprana sentencia 25/1981, de 14 de julio, donde conoció un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco, contra la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, «Sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución», cuando estableció en su Fundamento jurídico 5:

TESI DOCTORAL

Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto).

En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los

TESI DOCTORAL

individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.

En esta doctrina constitucional, como nos recuerda Fernández (1992: 164), ya se reconoce un vínculo entre los individuos y el Estado, en el que los derechos operan como fundamento de la propia unidad política, al considerárselos la decisión constitucional básica que ha de informar el conjunto del ordenamiento jurídico. En dicho sentido se había pronunciado el Tribunal Constitucional, poco antes, en STC 21/1981, donde conoció de un recurso de amparo por vulneración del art. 24 CE (FJ 10):

No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico.

Posición que el Tribunal Constitucional, en sentencia 37/2022, de 10 de marzo (FJ 4), en un recurso de inconstitucionalidad sobre la ley catalana de medidas para la contención de rentas en los contratos de arrendamiento de viviendas y de modificación de la Ley de protección del derecho a la vivienda, ha mantenido anudando el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, desde su vinculación al valor superior constitucional de la dignidad de la persona y al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, en su equiparación a los derechos fundamentales recogidos en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio europeo de derechos humanos. Teniendo en cuenta que cuando el Estado, a través de la actuación de la Administración pública interfiere en la libertad del individuo, ya

TESI DOCTORAL

sea por su custodia física o por actuar de tal forma que pudiera verse afectada su integridad física o moral, como ocurriría en esta última, cuando se limitara directa o indirectamente la libertad de decisión individual, entonces el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido, siendo necesario “acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido”¹⁸⁶.

En todo caso, el propio Tribunal Constitucional ha limitado la proyección de dichos valores y principios constitucionales contemplados en el art. 10.1 CE, configuradores del sistema de derechos fundamentales, respecto a cualquier menoscabo en la multiplicidad de actividades y relaciones vitales del individuo, estableciéndose en sentencia 183/2021, de 27 de octubre, que conoció del recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto que declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (FJ 6):

El art. 10.1 CE, que cita la demanda en referencia a los principios de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, son, ciertamente, dos de los principios que configuran la base de nuestro sistema de derechos fundamentales (STC 81/2020, de 15 de julio, FJ 11), pero no puede seguirse de ello que puedan ser esgrimidos para censurar en Derecho cualquier menoscabo o dificultad circunstancial que cierto precepto deparara en “la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles”, pues, así como “[l]os derechos fundamentales, que garantiza[n] la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que estas sean en la vida del individuo” (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2), tampoco esas manifestaciones adquieren la condición de bienes de rango constitucional a través de la invocación, sin más, de la dignidad de la persona y de su libre desarrollo.

¹⁸⁶ En dicho sentido se ha manifestado la STC 13/2022, de 7 de febrero (FJ 2), que conoció un recurso de amparo, ante el sobreseimiento provisional de una denuncia presentada por delito de atentado contra la integridad moral

TESI DOCTORAL

Pretenderlo así equivaldría a ver en la Constitución lo que, en modo alguno, puede llegar a ser una suerte de código omnicompreensivo para la consagración, frente a la ley, de cualesquiera prácticas sociales y culturales...

Pero dicha limitación, debe enmarcarse en un contexto jurídico-constitucional en el que la dignidad como valor espiritual y moral inherente a la persona y el libre desarrollo de su personalidad, se caracterizan por pertenecer a la persona en cuanto tal, miembro libre y responsable de una comunidad jurídica y no como ciudadano, objeto del ejercicio de la actuación de los poderes públicos. En dicho sentido se pronuncia la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que conoció del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (FJ 3):

En este punto cabe recordar lo declarado en la ya citada STC 91/2000, de 30 de marzo: “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto ‘valor espiritual y moral inherente a la persona’ (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre ... constituyendo, en consecuencia un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar” [STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; también STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a)]. De modo que la Constitución española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos ‘que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo ... aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana’ (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2, y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2)” (FJ 7).

En esa misma resolución, el Tribunal indicó algunas pautas para identificar cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución “proyecta universalmente”, señalando que “hemos de

TESI DOCTORAL

partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991, de 29 de octubre) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (FJ 7).

Parejo (1991b: 109-116), considera que el art. 10.1 CE, se configura como el suelo axiológico, como “el criterio que otorga legitimidad, sentido y estructura a la totalidad del orden constitucional material (su parte dogmática)”. Dicho autor, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, que a partir de la previsión expresa que efectúa la Ley Fundamental alemana, que configura la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad con el rango de derechos fundamentales, destaca dicha doctrina constitucional que los sitúa en el centro del orden constitucional, considerando al individuo como una personalidad que se desarrolla en el seno de la comunidad social y depende de la comunicación, decidiéndose la tensión individuo-comunidad a partir de la dependencia y vinculación sociales de la persona. Y desde ese enfoque constitucional se vincula en la Ley Fundamental alemana, el libre desarrollo de la personalidad individual, con el derecho fundamental a la intimidad, como derecho inherente a la persona humana, cuya protección que lo es de la vida privada, materializa un criterio determinante del carácter democrático de la sociedad, comportando la protección de la esfera privada del individuo, condición y garantía del régimen democrático¹⁸⁷.

¹⁸⁷ En dicho sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en sentencia del Pleno de su Sala Primera, de 14 de julio de 2016.

TESI DOCTORAL

Reforzando la tesis de Parejo, considero que debe tenerse en cuenta, desde el derecho comparado alemán, contextualizado en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la tesis de Parejo que se ha expuesto, que el Tribunal Federal Constitucional alemán, ha destacado la dignidad como uno de los presupuestos básicos de la existencia individual y social del ser humano, que deben conservarse. En la previsión que se efectúa en el art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en relación con el principio del Estado social, se deduce la obligación del Estado de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo una vida acorde con la dignidad humana¹⁸⁸.

Parejo (1991b: 110) considera asimismo, que el constituyente español ha optado por un «personalismo social», como fundamento del orden político y la paz social, “en el que el valor supremo que representa la persona humana aparece inserto –como condición misma para su realización- en la comunidad o sociedad organizada”, a partir de que el “poder y el Derecho no son sino aspectos de un mismo fenómeno: el Estado”. Dicho autor anuda el Estado-poder, que se proyecta en el plano organizativo asegurando los procesos de toma de decisiones y la creación del Derecho asegurando la servicialidad de los poderes públicos, al fundamento del orden político y la paz social, como “clave del sistema axiológico material expresada en el art. 10.1 CE”, que se traduce en una “sociedad bien ordenada desde la idea del personalismo social”, lo cual vincula con el concepto de «justicia», como “sociedad y Estado justos”.

¹⁸⁸ Sentencia de 21 de junio de 1977, BVerfGE 45, 187, Sala Primera –1BvL 14/76–. Jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán, 2009:55), que fue citada en las

TESI DOCTORAL

Ryszard (2018) analizando la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán y del Tribunal Constitucional español, en relación a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, extrae el fundamento de una doctrina en la que el tratamiento del individuo por parte de los poderes públicos, como se ha indicado anteriormente, debe realizarse como persona, no como objeto, para la consecución de una finalidad, y por lo tanto como un fin y no como un medio. Dicho autor considera que “los instrumentos político-jurídicos que sirven para apoyar el libre desarrollo del ser humano coinciden estrechamente con la protección de la dignidad humana, fortaleciendo el contenido-núcleo de la personalidad (la esfera interna del ser humano) a fin de facilitar al sujeto «llegar a lo más alto», no pueden reducirse a asegurar la mera libertad de comportamiento (acción, actuación) en el grado socialmente aceptable, sino han de encaminarse hacia el emprendimiento de determinadas acciones positivas del Estado, para que se ofrezcan unas prestaciones concretas de carácter de servicios dirigidos al ciudadano y accesibles a él” (2018: 702).

Se trata de que la actuación de la Administración, del resto de poderes públicos y entes del sector público, asegure infraestructuras sociales cuya finalidad se oriente a que la educación como derecho fundamental, permita el desarrollo del contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad. Como indica dicho autor (2018: 702), “el concepto del libre y pleno desarrollo de la personalidad del sujeto dispone de distintos atributos, uno de ellos reside en las garantías para efectuar la libertad de acción, es decir de manifestarse hacia afuera que además coincide con la libertad de la vida privada y social, es decir de comportarse libremente e iniciar y mantener relaciones con otras personas exentas de intromisiones, impedimentos y autocensura (la protección y el

TESI DOCTORAL

respeto a la vida privada), así se trata de expresiones de la personalidad en la esfera externa del individuo y, por otro lado, consiste en poder desarrollar libremente y plenamente la esfera interna (personal, íntima) del mismo, la zona de lo psíquico, intelectual, cognitivo, axiológico, emocional, sentimental y espiritual de la persona”. Libre desarrollo de la personalidad que se recoge en nuestro texto constitucional en el art. 10.1 CE, configurándolo como principio que se constituye en fundamento del orden político y la paz social, en el art. 25.2 CE, en relación a las personas privadas de libertad a las que se les reconoce el desarrollo integral de su personalidad, y en el art. 27.2 CE, como objeto del derecho fundamental a la educación, el del pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

La vinculación constitucional del principio del libre desarrollo de la personalidad con el valor superior de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, en el marco del respeto a la Ley y al derecho de los demás, instituidos en el art. 10.1 CE, requiere establecer su relación con la previsión constitucional de obligación de los poderes públicos, recogida en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, al mismo tiempo que remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En dicho sentido, adquiere relevancia el objeto del derecho fundamental a la educación, que se materializará en la consecución por parte de la Administración pública del pleno desarrollo de la personalidad humana, en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Esa obligación constitucional de intervención de los

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

poderos públicos para la consecución de fines constitucionales, se materializa en tareas que responden al ejercicio de la función constitucional de ilustración, que se anuda al derecho a la educación, que permita en condiciones de igualdad, la autodeterminación personal, para preservar los valores superiores¹⁸⁹ del ordenamiento jurídico, de libertad, justicia, igualdad, y pluralismo político, en un Estado social y democrático Derecho, como se constituye España en su art. 1.1 CE. El derecho del individuo al libre desarrollo de su personalidad, se materializa dentro de la comunidad social, y desde dicho enfoque significa que corresponde a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital¹⁹⁰ (FJ 5).

Diseño y ejecución de un proyecto vital, que se encuentra directamente vinculado, como indicábamos en las cuestiones preliminares, con la relación existente entre cognición, voluntad y consentimiento, desde el plano del individuo y la información que recibe en el proceso de toma de decisiones, y cómo puede afectar el error cognitivo en dicho proceso, hasta el punto de

¹⁸⁹ En dicho sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 60/2010, de 7 de octubre, que ha conocido una cuestión de inconstitucionalidad, en un supuesto de prohibición de aproximación a una víctima de violencia y a sus hijos, vinculando dicha prohibición al derecho a la intimidad familiar.

¹⁹⁰ El Tribunal Constitucional en sentencia 139/2008, de 28 de octubre, en la que se conoce una cuestión de inconstitucionalidad sobre los artículos 57 y 48.2 del Código penal, la inadmite por una cuestión procedimental, al no haber sido planteada la referencia al art. 10.1 CE, por el Juzgado ante las partes dentro del proceso penal, y asimilar el derecho a la libertad personal del art 17 CE, con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. En dicha sentencia se planteaba por el Juzgado el significado del derecho del individuo al libre desarrollo de su personalidad, en el sentido de que corresponde a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital. Se presentó un voto particular del magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en el que se considera que no debió inadmitirse la cuestión porque la referencia al art. 10.1 CE, cuya incorporación al Auto de planteamiento se produce para sostener que el libre desarrollo de la personalidad implica que corresponda a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

poder condicionar su voluntad de una forma inexacta ante la representación mental que se formule en dicho proceso decisorio.

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania¹⁹¹, reconoce la categoría de derechos fundamentales de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, cuando en España la CE los configura como principios que se proyectan sobre el conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas, al constituirse en fundamento del orden político y la paz social. En ambos ordenamientos jurídicos la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad se reconocen como valor jurídico superior y fundamento constitucional del Estado. Como concluye Münch (2009: 123), en cuanto a la categorización como derechos fundamentales en la Ley Fundamental alemana, “aunque ciertamente el art. 1.1 de la Ley Fundamental¹⁹² determina categóricamente que «la dignidad del hombre es intangible», siempre cabe una posible lesión. El propio Tribunal Constitucional Federal ha aclarado esta contradicción con la siguiente formulación: «Ella (la dignidad del hombre) no puede quitarse a ningún hombre»¹⁹³. Y esto queda también aún más claro cuando hay lesión del

¹⁹¹ Sancionada y promulgada el 23 de mayo de 1949, en Bonn, había sido acordada por el Consejo parlamentario en fecha 8 de mayo de 1949 y aprobada en la semana del 16 al 22 de mayo de 1949, por las representaciones del pueblo de más de los dos tercios de los Länder alemanes participantes. Fue publicada en el diario oficial en fecha 23 de mayo de 1949.

¹⁹² Art. 1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable. (Edición en español por Bundestag Alemán, Berlín, 2021). En la Constitución del Imperio alemán de 11 de agosto de 1919, se hacía referencia a la dignidad, vinculándose con la organización de la vida económica, en su art. 151: La organización de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites, se reconoce al individuo la libertad económica.

¹⁹³ BVerfGE, 87.

TESI DOCTORAL

«derecho general a la personalidad», ya que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad ha sido configurado por la jurisprudencia y la ciencia del Derecho público (*Staatsrecht*) en conexión con el derecho fundamental a la dignidad del hombre.” El Tribunal Constitucional Federal alemán, estableció la existencia de un «mínimo vital existencial», como derecho fundamental, como construcción jurisprudencial que realiza a partir del valor de dignidad de la persona, considerando que “(L)os presupuestos básicos de la existencia individual y social del ser humano deben conservarse. Del art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en relación con el principio del Estado social, se deduce la obligación del Estado ../. de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo una vida acorde con la dignidad humana”.¹⁹⁴

Dignidad humana reconocida como derecho fundamental, en estrecha conexión con el derecho fundamental que reconoce la propia Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, respecto al libre desarrollo de la personalidad, en su art. 2¹⁹⁵, en el marco de un ordenamiento vinculado a valores, el cual establece límites al poder público. A través de ese orden se pretende asegurar la independencia, la autorresponsabilidad y la dignidad del ser humano dentro de la comunidad estatal.

Doctrina que se estableció en una temprana sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 16 de enero de 1957¹⁹⁶, en la que se definía la configuración jurídica y alcance constitucional del concepto de libre

¹⁹⁴ BVerfGE, 45, 187 (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2009: 55).

¹⁹⁵ Art. 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: Libertad de acción y de la persona. (1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. (2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley. (Edición en español por Bundestag Alemán, Berlín, 2021).

¹⁹⁶ BVerfGE, 6, 32 (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2009: 56-59).

TESI DOCTORAL

desarrollo de la personalidad, que considero relevante reproducir, por la posición coincidente que se mantiene en la presente Tesis. De dicha sentencia se deriva también el régimen constitucional de garantías que se desprende del libre desarrollo de la personalidad, en cuanto a su conexión con la dignidad que reproducen la imagen constitucional del ser humano y la identificación de ambos con el carácter de un derecho fundamental autónomo, que garantiza la libertad general de acción humana, de tal forma que el ciudadano individual tenga reservada una esfera para la estructuración de su vida privada, y que también exista un último ámbito inviolable de libertad humana, sustraído por completo a toda influencia del poder público, hasta el punto de reconocérsele su protección constitucional mediante el recurso de amparo:

El Tribunal Constitucional Federal en su sentencia del 20 de julio de 1954 (BVerfGE 4, 7 [15 y ss.]), dejó abierta la cuestión de determinar si bajo el concepto del libre desarrollo de la personalidad debía comprenderse la libertad de actuación humana en el sentido más amplio, o si el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental debía limitarse a la protección de un mínimo indispensable de esa libertad de acción, indispensable para que el ser humano pueda desplegar su naturaleza espiritual de persona. a) Con el concepto de “libre desarrollo de la personalidad”, la Ley Fundamental quiso significar no sólo el desarrollo al interior del núcleo de la personalidad humana –que distingue la esencia del ser humano como una persona de carácter moral y espiritual–, sino también en su conducta externa. De otro modo, no sería comprensible que el desarrollo al interior de este núcleo interno pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del orden constitucional de una democracia libre. Precisamente esta restricción impuesta al individuo, como miembro de la sociedad, señala antes bien, que la Ley Fundamental en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental se refirió a la libertad de actuar en sentido amplio.

La solemne formulación del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental fue ciertamente el motivo para analizar esta disposición a la luz del Art. 1 de la Ley Fundamental y de ahí derivar que ambas disposiciones –en

TESI DOCTORAL

conjunto– estaban destinadas a caracterizar la imagen del ser humano subyacente a la Ley Fundamental. Con ello, no se dice otra cosa sino que el Art. 1 de la Ley Fundamental pertenece realmente a los principios rectores de la Constitución, los cuales rigen también el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental –al igual que el resto de las disposiciones de la Ley Fundamental–. Esto, desde el punto de vista jurídico, tiene el carácter de un derecho fundamental autónomo, que garantiza la libertad general de acción humana.

No fueron las consideraciones jurídicas, sino motivos de carácter lingüístico, los que movieron al legislador a reemplazar la versión original que establecía que “cada persona puede hacer y dejar de hacer lo que desee”, por la versión actual (véase Mangoldt, Consejo Parlamentario, sección 42 de la comisión principal, p. 533). Al parecer, la circunstancia de que en la segunda frase se mencionara al orden constitucional en su totalidad como límite a la libertad del ciudadano en el desarrollo de su personalidad, contribuyó a la teoría según la cual el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental quería proteger únicamente el núcleo interno de la personalidad. Con la intención de que el concepto de orden constitucional –que también figura en otras partes de la Ley Fundamental – fuera interpretado en todos los casos en la misma forma, se llegó a la conclusión de que dicho concepto, frente al concepto de orden jurídico constitucional, era más estrecho, lo cual llevó a concluir que la protección constitucional abarcaría únicamente un núcleo interno de la personalidad, mas no la libertad de acción del ser humano. Junto a la libertad general de acción, garantizada por el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la Ley Fundamental protege, la Constitución protege también la libertad de actuación humana de ciertos espacios vitales – mediante disposiciones sobre derechos fundamentales de carácter especial– que, de acuerdo con la experiencia histórica, son más susceptibles de ser intervenidos por el poder público; en estos casos la Constitución ha delimitado, mediante reservas de ley de carácter gradual, en qué medida se permite intervenir en el respectivo ámbito de un derecho fundamental.

En la medida en que en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dichos ámbitos vitales no se encuentran protegidos de manera especial por derechos fundamentales específicos, el individuo puede invocar el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental en caso de que el poder público intervenga su libertad. En tales situaciones no se

TESI DOCTORAL

requiere de una reserva de ley, pues las restricciones al libre desarrollo de la personalidad exigidas por el orden constitucional determinan, sin más, la extensión de las posibilidades de intervención estatales. b) En el apartado 2 a), se señaló que el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental – al proteger el libre desarrollo de la personalidad– garantiza la libertad general de actuar; en la medida en que ésta no viole los derechos de los otros o no vaya en contra de las buenas costumbres, sólo se encuentra limitada por el orden constitucional. Bajo este concepto debe entenderse únicamente el ordenamiento jurídico general, el cual debe acatar las normas formales y materiales de la Constitución, y por tanto, deberá ser a su vez un orden jurídico constitucional.../... c) En la literatura jurídica se ha objetado comúnmente que con esa interpretación el derecho fundamental del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental “quedaría sin contenido”, puesto que estaría sometido a la reserva de ley general.../...

La Ley Fundamental, en cambio, ha erigido un ordenamiento vinculado a valores, el cual establece límites al poder público. A través de ese orden se pretende asegurar la independencia, la autorresponsabilidad y la dignidad del ser humano dentro de la comunidad estatal (BVerfGE 2,1 [12 y ss.]; 5, 85 [204 y ss.]). Los más elevados principios de ese orden de valores se encuentran protegidos contra posibles modificaciones constitucionales (Arts. 1, 20,79, párrafo 3 de la Ley Fundamental).../... También deben estar materialmente en consonancia tanto con los elevados valores fundamentales del ordenamiento fundamental liberal democrático, como con el orden de valores constitucionales, pero también deben satisfacer los principios constitucionales elementales no escritos, así como las directrices fundamentales de la Ley Fundamental, especialmente el principio del Estado de Derecho y el principio del Estado social. Ante todo, las leyes no deben violar el principio de la dignidad humana, que es el valor más importante de la ley fundamental, como tampoco podrán restringir la libertad espiritual, política y económica de los seres humanos, en modo tal que se vean afectados en su contenido esencial (Art. 19, párrafo 2, Art. 1, párrafo 3, Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Esto da lugar a que, por virtud de la Constitución, el ciudadano individual tenga reservada una esfera para la estructuración de su vida privada, y que también exista un último ámbito inviolable de libertad humana, sustraído por completo a toda influencia del poder público. Una ley que intervenga en éste no podrá ser parte del

TESI DOCTORAL

“orden constitucional”; deberá ser declarada nula por el Tribunal Constitucional Federal.

De lo expuesto anteriormente, se deduce que una norma legal podrá limitar efectivamente el ámbito de la capacidad de actuar general del ciudadano, únicamente cuando cumpla con todos esos requisitos, en cuyo caso vendrá a formar parte también del “orden constitucional”. Esto significa, en términos procesal-constitucionales, que toda persona puede, por vía del recurso de amparo, solicitar se declare que una ley que limita su libertad de actuar se encuentra fuera del orden constitucional, cuando ésta –formal o materialmente– viole disposiciones constitucionales individuales o los principios generales de la Constitución, lo cual constituye ya una violación a su derecho fundamental consagrado en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Debe tenerse en cuenta que el régimen de garantías que contempla la posibilidad de acudir al amparo constitucional, establecido en la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán encuentra su límite en la aplicación del principio de proporcionalidad sobre la protección del interés de terceros o el interés común, únicos parámetros sobre los que se podrían admitir injerencias en la libertad personal, reconocida en la Ley Fundamental alemana (art. 2, II) como «bien jurídico de carácter inviolable».¹⁹⁷ Respecto a la proyección de dichas garantías en el ordenamiento jurídico español, en la formación de la libre voluntad en la toma de decisiones por los individuos, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, Santana (2014: 110) siguiendo a Ara Pinilla, considera que “las referencias de las garantías jurídicas, con respecto al tema de la formación libre de la voluntad, no agotan las posibilidades de actuación para alcanzar ese fin. Cuando hablamos de garantías jurídicas, hablamos de aquello que al Estado le es posible establecer como mecanismo para asegurar la realización de un objetivo.

¹⁹⁷ BVerfGE, 90, 145 (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2009: 106).

TESI DOCTORAL

Pero cabe también buscar la realización de ese objetivo por otros caminos que escapan a la estricta consideración del orden jurídico”.

Basile (1981: 265), como se apuntó en las Cuestiones preliminares, destaca la relevancia nuclear del principio constitucional de la dignidad de la persona en el Estado Social y Democrático de Derecho, al considerar que “puede constituir por sí mismo el fundamento ideológico no sólo de los derechos de libertad civil –o sea, del Estado de Derecho-, no solo de los derechos de participación –o sea, del Estado democrático-, sino también de las iniciativas de intervención pública para la corrección de los desequilibrios implícitos en el sistema social, a los que se alude cuando se habla de Estado social”. Iniciativas que requieren de la educación, desde su vinculación para garantizar la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, puesto que como nos dice Bobbio (2003: 304), y apuntamos en las Cuestiones preliminares, tener ideas propias requiere que se construyan en el foro interno de cada individuo, en condiciones de libertad. Libertad que requiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, de un sólido fundamento que permita garantizar el principio de igualdad y no discriminación a partir del derecho fundamental a la educación como nexo constitucional con el valor superior de la dignidad. En dicho sentido, a partir de la regulación contenida en la CE, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, recoge la jurisprudencia constitucional estableciendo en su Fundamento jurídico 8, la relevancia del derecho a la educación para garantizar el valor superior de la dignidad humana, teniendo en cuenta, como es objeto de esta Tesis, que en la educación se asientan los fundamentos de la ilustración como función constitucional que orienta la actuación y tareas de la

TESI DOCTORAL

Administración Pública, considerando que “se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para «establecer una sociedad democrática avanzada», como reza el preámbulo de nuestra Constitución»”.

Se podría considerar que el pronunciamiento jurisprudencial que mejor sintetiza el carácter nuclear de la educación en una sociedad democrática, cuya finalidad es facilitar el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana es la STC 133/2010, de 2 de diciembre (FJ 7.a), en la que se conoce un recurso de amparo en relación con el deber de escolarización de los menores de entre seis y dieciséis años. En ella se señala que la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación en el artículo 27.2 CE, “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (art. 27.2 CE). La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1 b), c) LOE].”

TESI DOCTORAL

Dignidad de la persona que Prieto (2005: 178-190), considera núcleo del orden público, reconociéndole un carácter absoluto y universal, como tesis que desarrolla a partir de dos sentencias del Consejo de Estado francés, dictadas el 27 de octubre de 1995¹⁹⁸. En dichas resoluciones, se consideró que corresponde a la autoridad investida del poder de policía municipal adoptar las medidas oportunas para prevenir un menoscabo en el orden público, teniendo en cuenta que el respeto a la dignidad de la persona humana es uno de los componentes del orden público, motivo por el cual una autoridad investida del poder de policía municipal puede prohibir, aunque no concurren circunstancias locales especiales, una atracción que menoscabe el respeto a la dignidad de la persona humana, como es el espectáculo del «lanzamiento de enano», aun cuando se hubieran adoptado medidas de protección para garantizar la seguridad de la persona en cuestión y ésta se prestara libremente a dicha exhibición, a cambio de una remuneración. La fundamentación de dicho Arrêt del Consejo de Estado en el «respeto a la dignidad de la persona humana», que es «uno de los componentes del orden público», y que incumbe a la autoridad pública garantizar dicho respeto en el ejercicio de su poder de policía, la considero extrapolable a la argumentación que se efectúa en esta Tesis, para complementar los parámetros del valor «dignidad» en su relación con las características de «orden público» y de «policía», que orientan la actuación de los poderes públicos, motivo por el cual se procede a reproducir algunos extractos de la motivación de dicha resolución:

¹⁹⁸ Arrêt del Conseil d'État de 27 de octubre de 1995, Commune de Nérès-les-Bains (Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés, 2017: 883-894), que conoció de una prohibición por un alcalde de un espectáculo del «lanzamiento de enano». El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas confirmó dicha posición (26 de julio de 2002, Wackenheim, RTDH 2003.1017, nota Levinet; RUDH 2004.193).

TESI DOCTORAL

El respeto a la dignidad humana es de orden esencialmente filosófico y está ligado al concepto de la naturaleza humana. Su traducción en el orden jurídico es relativamente reciente. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no lo menciona, aunque puede considerarse que «los derechos naturales, inalienables y sagrados» que proclama son inseparables de una dignidad que al menos subyace a los mismos. La vulneración de que es objeto la dignidad humana en la época actual ha llevado a que se le confiera una formulación jurídica.

Varios instrumentos internacionales han reconocido elementos de la misma. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, reconoce «que estos derechos emanan de la dignidad inherente a la persona humana». En concreto, en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 se prohíbe el «trato inhumano o degradante»; la esencia misma del Convenio es «el respeto de la dignidad y de la libertad humanas» (TEDH 22 de nov. de 1995, SW c/ Reino-Unido, Serie A 335 B, § 44). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea le dedica su artículo 1º.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido que «el orden jurídico comunitario tiende innegablemente a garantizar el respeto a la dignidad humana en tanto que principio general del Derecho» (14 de octubre de 2004, Omega, As. C-36/02, AJ 2005.152, nota von Walter; DA 2005, n.º 11, nota Cassia; Europe 2004, n.º 407, nota D. Simon; JCP 2004.II.10199, nota Zarka) y, en consecuencia, permite a las autoridades nacionales prohibir una actividad que atente contra la misma. Así pues, la afirmación del «respeto a la dignidad de la persona humana» no es sino una prolongación de soluciones perfectamente consolidadas en el Derecho positivo.

Se necesita además, para que el poder de policía pueda ejercerse, que el respeto a la dignidad de la persona humana forme parte del orden público, sin que tal poder pueda definirse como algo puramente «material y exterior». No se limita a la protección, la seguridad, la salubridad y la tranquilidad públicas. Engloba una concepción del hombre, que la sociedad debe respetar y los poderes públicos, hacer respetar.

TESI DOCTORAL

En relación a la vinculación de la «dignidad» con el «orden público» Prieto (2005: 95), siguiendo a Calvo Álvarez, considera que el orden público habrá de cumplir una misión de garantía social, frente al abuso en el ejercicio de las libertades, considerándose que el mismo incluye en su naturaleza el respeto de la libertad. Superándose la finalidad del orden público, como límite de libertades, para entenderse como garantía de las mismas. Habiéndose establecido por el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de octubre de 1983, que el orden público es un concepto jurídico indeterminado equivalente a estado de normalidad que puede ser alterado, siendo el resultado de varios factores, entre los que se encuentran la seguridad, tranquilidad, la moralidad y la salubridad ciudadana. Martín Mateo (2012: 377), relega el concepto de orden público a la intervención de los poderes públicos ordenando la convivencia con cierta discrecionalidad en casos no expresamente previstos por la Leyes, puesto que las mismas no pueden regular ni prever todas las situaciones en que interviene la Administración pública. Si bien que dicho autor orienta la cláusula de orden público hacia una “actividad interventora u ordenadora, que se manifiesta a través de múltiples formas, con técnicas y mecanismos diferentes, condicionando o limitando el ejercicio de derechos y libertades o iniciativas privadas con la finalidad de garantizar los intereses de la comunidad”.

b. La función constitucional de ilustración como tarea de la Administración.

Los parámetros de constitucionalidad para determinar los contornos jurídicos de la técnica del “nudge público”, los encontramos, como indicábamos en las cuestiones preliminares, en el respeto a los derechos fundamentales, a partir

TESI DOCTORAL

del derecho a la educación, recogido en el art. 27 CE, cuyo objeto es el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Derecho fundamental al cual se anuda el derecho a la información pública, que incorpora el derecho a la transparencia, como derecho instrumental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos que se recoge en el art. 23 CE. Este derecho carecería de sentido si la Administración con su actuación desde una Perspectiva cognitiva, participa en el proceso decisional del ciudadano, pero éste no está informado para conocer en todo momento las causas que motivan la actuación de la Administración pública y en el supuesto de la utilización de la técnica del “nudge”, de todo el proceso de diseño, implementación y aplicación de dicha técnica.

En dicho anclaje anudo, como uno de los fundamentos de esta Tesis, la función constitucional de ilustración, que se desarrolla en relación a la transparencia y el acceso a la información pública, para encontrar sus fundamentos constitucionales en el principio democrático del Estado de Derecho que se contempla en el art, 1.1 CE, en el art. 23.1 CE, respecto a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, y en el art. 105.b) CE en relación al derecho de acceso a archivos y registros, como substrato de la acción de los poderes públicos¹⁹⁹. Función constitucional de ilustración, que como tarea de la Administración pública anuda en el derecho a la educación y al conocimiento por parte de los ciudadanos respecto de la conducta de los gobernantes. Ello requiere, además de establecer la obligación de motivación, transparencia y acceso a la información por parte de los ciudadanos respecto a la actuación de la Administración pública, la implantación de infraestructuras sociales que

TESI DOCTORAL

garanticen el derecho la educación de los mismos, para que puedan desarrollar libremente su personalidad, en condiciones de igualdad y accesibilidad cognitiva. Para ello, por parte de la Administración se debe dotar a los individuos de herramientas que les permitan disponer de los elementos cognitivos necesarios para adoptar decisiones razonadas, coincidentes con finalidades públicas y beneficiosas para el propio individuo y la colectividad, en un proceso en el que puedan existir diferentes opciones, y en todo caso, teniendo en cuenta la afectación de sesgos a una racionalidad limitada, poder acceder de una forma sencilla, fácil y comprensible, a la información sobre el proceso y motivación de la actuación de la Administración, a la hora de diseñar la Arquitectura de la elección en el ámbito concreto en que le pueda afectar.

Tal como se recoge en el Preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno, el principio democrático que informa nuestra Constitución en la configuración del modelo de Estado como Social y Democrático de Derecho, se manifiesta “sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”.

Desde esta perspectiva, la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración, forma parte del concepto de orden público al que me he

¹⁹⁹ Ver Notas 69 y 99.

TESI DOCTORAL

referido en el apartado anterior, como garantía de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, que se materializa en una situación de normalidad, en la que deben desarrollarse las relaciones humanas, y por lo tanto, la relación del individuo con la Administración pública y, en general, con el resto de poderes públicos y entes del sector público. Y ello, independientemente de que se deriven efectos jurídicos o no de dicha relación, y por lo tanto, que la misma se establezca directamente con el individuo o se desarrolle en el proceso de elección en que el mismo toma decisiones sobre su propia vida, a ese fuero interno en que el individuo debe actuar en condiciones de libertad, lo que comporta que debe actuar disponiendo de los recursos cognitivos y de conocimiento necesarios en dicho proceso, objetivo a conseguir que considero como una tarea de la Administración pública. Dichos postulados se recogen en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, en la que además se positiviza el concepto jurídico de consentimiento que se define como “manifestación de la voluntad libre y consciente válidamente emitida por una persona capaz, o por su representante autorizado, precedida de la información adecuada” (art. 3.f). Las características que se integran en la definición son determinantes de la función constitucional de ilustración, puesto que se requiere una expresión externa del mismo, como manifestación, que responda a una voluntad libre y consciente, que sea emitida válidamente por persona que tenga la capacidad de obrar o lo haga por quien disponga de la correspondiente representación que comporta la autorización por quien emite su voluntad, y que dicha manifestación de voluntad haya dispuesto de la información adecuada. Así pues, nos encontramos con los elementos que caracterizan el derecho a la educación y al conocimiento, que debe ser garantizado por la Administración pública, como tarea constitucional. Dicho

TESI DOCTORAL

concepto jurídico de consentimiento se desarrolla en el art. 4, en el que se incluye como tarea de la Administración, facilitar la accesibilidad cognitiva:

Artículo 4. Consentimiento informado y derecho a la información.

1. Se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada. La información se proporcionará por escrito y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación, en los términos que establece esta Ley. La información se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades. Si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad.

2. Se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación. La prestación del consentimiento por representación será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud. Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

3. Las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin perjuicio de las limitaciones que establece esta Ley. Las personas o entidades que hayan recibido dicho consentimiento dispondrán las medidas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de este derecho.

4. La falta de consentimiento o la revocación del consentimiento previamente otorgado no supondrá perjuicio alguno en la asistencia sanitaria del sujeto.

5. Toda persona tiene derecho a ser informada de sus datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, según los términos en que manifestó su voluntad. El mismo derecho se reconoce a la persona que haya

TESI DOCTORAL

aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos. Se respetará el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos a los que se refiere el apartado anterior, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir. No obstante, cuando esta información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera. En todo caso, la comunicación se limitará, exclusivamente, a los datos necesarios para estas finalidades.

El consentimiento expreso, específico y escrito de la persona, o de su representante legal, de acuerdo con los principios generales enunciados en el artículo 4, se requiere en el art. 13, para la realización de una investigación sobre la misma, en el marco del pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona, que establece el art. 1. En relación al consentimiento informado, teniendo en cuenta la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, a la que me he referido en las Cuestiones preliminares, se la puede vincular con la integridad personal que comprende tanto la integridad física como la mental de las personas. Con dicho alcance, dentro de los contenidos de exigibilidad inmediata del derecho a la salud se encuentran el derecho al consentimiento informado frente a cualquier intervención médica en el cuerpo (en relación con el derecho de acceso a la información); y el derecho al secreto médico respecto de todo aspecto vinculado a la atención en salud (referente al derecho a la vida privada). En dicho sentido se ha pronunciado la Declaración de 11 de agosto de 2021, del Comité Jurídico Interamericano sobre “Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos humanos: nuevos desafíos jurídicos para las Américas”.

TESI DOCTORAL

La función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración pública, tiene como objetivo garantizar una vida independiente y una participación plena en la sociedad, como apuntábamos en las Cuestiones preliminares, al hacer referencia al Preámbulo de la Ley 6/2022, de 31 de marzo, por la que se modifica el TRLGDPD, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. Dicha modificación legal recoge la necesidad e incorpora un enfoque desde la Perspectiva cognitiva, para garantizar la accesibilidad cognitiva, más allá de los parámetros relativos a las personas con discapacidad, estableciéndose como condición en el diseño público de la Arquitectura de la elección, su carácter universal, que debe comportar en el “nudge”, que exista la motivación en la que se acredite que los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, sobre los cuales se proyecta el “nudge”, con una finalidad pública, serán comprensibles por todas las personas de la forma más autónoma posible, para que puedan realizar un juicio evaluativo, y tomar libremente la decisión que consideren más adecuada. Y en ese enfoque se desarrolla la función constitucional de ilustración, cuya materialización en este trabajo de investigación lo encontramos en el «semáforo nutricional», el cual responde al conocimiento de los efectos de determinadas decisiones, y más allá de informar, es la manifestación de una tarea de la Administración pública, de entrenar al individuo y la colectividad para superar los sesgos y heurísticas que condicionan el proceso de cognición en una racionalidad limitada, educando en la accesibilidad a herramientas sencillas, fáciles y comprensibles, para evaluar las diferentes opciones y consecuencias de la decisión fruto de la correspondiente elección, para que se

TESI DOCTORAL

corresponda con la más favorable al bien común, con el que se pretende alinear el bien individual.

Como puse de manifiesto en las Cuestiones preliminares, reformulo la doctrina de la «ilustración del público» como una tarea de la Administración, expuesta por Gröschner (1993) en la dogmática alemana, por la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración. La reformulación la centro en que los elementos configuradores de dicha doctrina se anudan en el desarrollo de los derechos de educación y conocimiento, participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, y derecho de acceso a archivos y registros, y su relación con las obligaciones de transparencia y motivación en la actuación de la Administración pública, y en general de los poderes públicos y entes del sector público, orientados por el principio constitucional democrático que configura del Estado social y democrático de Derecho.

Gröschner desarrolla dicha doctrina desde sus fundamentos en el Derecho constitucional, que informa la actuación de la Administración pública. Dicho autor diferencia la «ilustración del público», de otras tareas de la Administración pública, como son las Recomendaciones, Advertencias o Información, todas ellas manifestaciones del derecho indicativo o “soft law” en la actuación de la Administración, delimitando de forma diferenciadora su concepto jurídico²⁰⁰, si

²⁰⁰ Gröschner (1993: 136), considera que “Los conceptos dogmáticos resultantes no descansan en «definiciones reales» cuyo propósito sea captar la «esencia» de los fenómenos a describir, pero tampoco se apoyan en meras «definiciones nominales» cuyo contenido se basa sólo en consideraciones de oportunidad. Constituyen conceptos clasificatorios establecidos sobre la base de conceptos legales que sirven para elaborar la estructura jurídica de los fenómenos vitales que en cada caso se pretende definir (como, por ejemplo, el tema «El tabaco daña la salud. El Ministro federal de Sanidad»). Este trabajo de estructuración no puede consistir en

TESI DOCTORAL

bien que lo considera un supraconcepto, que engloba de forma diferenciada los conceptos de ilustración en sentido estricto, recomendación y advertencia. Considera que la ilustración “se dirige en primera línea a la formación de la conciencia del individuo en su actuación como persona privada, en especial la del consumidor en cuanto se orienta de acuerdo a un cálculo de beneficios”. Elementos que caracterizan en parte, desde el plano teórico subjetivo, no desde sus efectos ni desde su causa, la construcción jurídica de “nudge” que realizan Thaler y Sunstein. Así pues al dirigirse a la conciencia, se dirige a la conformación del consentimiento, que orienta la actuación del individuo, y su vínculo respecto a un cálculo de beneficios, incorpora un proceso mental que se encuentra vinculado a las características de educación, conocimiento y cognición, del individuo.

Gröschner (1993: 138-142), analiza el concepto legal de «ilustración», que encuentra en la Ley alemana para la reforma de las estructuras del sistema de salud, de 20 de diciembre de 1988, en cuanto se refería a la vida consciente del valor de la salud, con el objetivo de evitar la producción de la enfermedad o la invalidez, estableciéndose la misión de las Cajas de enfermedad, de ayudar a los asegurados al cumplimiento de esa obligación y de fomentar unas condiciones sanas de vida. Estas funciones desde el plano de la Administración, complementan en el plano teórico-subjetivo del individuo, anteriormente expuesto, una posición activa de ayuda o acompañamiento por parte de la Administración para la consecución de una finalidad pública.

una deducción operada a partir de conceptos axiomáticos, sino sólo en la elaboración de contextos jurídicos mediante la ayuda de conceptos heurísticos.”

TESI DOCTORAL

Este autor extrae el concepto legal de «ilustración» de dicha Ley. Concepto que define como “la prestación de ayuda para que aquél que la recibe pueda obrar responsablemente”. Concepto en el que se vincula la decisión individual con el comportamiento responsable, cuando se adecúa a una finalidad pública. Asimismo, identifica la ayuda, como “una ayuda evaluativa que se propone que los datos transmitidos puedan ser interpretados en el sentido de la función de ilustración que fija la ley y puedan plasmarse en la forma de vivir de cada persona en el mismo sentido a que la ley se refiere”. La finalidad pública se establece en la propia ley, en la voluntad del legislador, expresión del principio democrático y del principio de legalidad, mientras que la actuación de la Administración se materializa en una tarea consistente en el apoyo evaluativo que facilita datos para un obrar responsable por parte de los individuos, en las diferentes materias de competencia de la Administración, conectadas con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas.

Dicha tarea de ayuda evaluativa de la Administración, es la que postulo en esta Tesis que es manifestación de una función constitucional de ilustración, que no solo requiere de la transferencia de datos, sino de la implementación de una infraestructura social que materialice en el derecho a la educación en condiciones de igualdad, para dotar de recursos cognitivos al individuo, capacitándole respecto a la accesibilidad e interiorización del conocimiento que le permita una actuación reflexiva en el proceso de elección para su toma de decisiones, o que dicha infraestructura social intervenga en el proceso de elección, corrigiendo los posibles fallos de la racionalidad a través de la identificación de sesgos y heurísticas.

TESI DOCTORAL

El elemento valorativo/evaluativo configurador del concepto de «ilustración», también lo motiva Gröschner (1993: 139) en la regulación que se contenía en la Ley reguladora de la Oficina Federal del Medio Ambiente de 22 de julio de 1974, cuando expresamente se asignaba a dicho organismo «la función de ilustración al público en cuestiones medioambientales», lo cual se materializaba, en el programa de actuaciones medioambientales del Gobierno Federal de 1971, en el fomento, como sensibilización, de una conciencia ambiental, lo que constituía un elemento esencial de la política medioambiental. Gröschner (1993: 139-140), vincula la ayuda evaluativa de la Administración y la responsabilidad personal del individuo, en la adopción de decisiones en materia de salud o medioambiental.

Acogiendo la posición de dicho autor, considero que la intervención de la Administración tiene como tarea orientar e incitar la adopción de decisiones que, en la motivación de su actuación, se argumente que puedan beneficiar al individuo o la colectividad, y al mismo tiempo coincidan con el interés público en el que se materializa una competencia asignada a la Administración, que se ejercita en el marco del ordenamiento jurídico-constitucional. Dicha vinculación, la centra dicho autor en un elemento de apoyo a la asunción de las propias responsabilidades personales, que presupone una valoración o evaluación de los datos disponibles, teniendo en cuenta la madurez del individuo en la medida en que se le deje abierto un margen propio de decisión. Así pues, dicho autor configura el concepto dogmático de «ilustración», a partir de tres características, la comunicación de datos fácticos por parte de la Administración, la evaluación por parte del individuo y la omisión de recomendaciones concretas por parte de la Administración. Características de dicho concepto que el autor explica de forma ejemplificativa exponiendo que “el

TESI DOCTORAL

concepto de ilustración sólo da cobertura a recomendaciones generales —en el sentido, por ejemplo, de mantener un equilibrio entre las grasas animales y las vegetales en la alimentación—, pero no a propuestas concretas para dar la preferencia a determinados productos alternativos. El llamamiento oficial de una entidad gestora de la Seguridad Social a «utilizar margarina en lugar de mantequilla» habría dejado de constituir, así pues, ilustración y se habría convertido en una recomendación” (p. 140). El límite lo encuadra dicho autor, en la intensidad de la intromisión en la intervención administrativa en la toma de decisiones por el individuo, en proporción directa a la magnitud de un posible riesgo, partiendo de que la “ilustración como su propio nombre sugiere, excluye toda injerencia de una Administración Pública en la jerarquía de preferencias de los sujetos privados” (p.141).

Respecto a la posibilidad de que pudiera existir una perturbación de la esfera de los derechos fundamentales, Gröschner (1993: 152-153) considera que ello ocurrirá, si concurren tres condiciones en el plano del consumo, que la «ilustración» proporcionada por la Administración persiga reducir expresamente la presencia de un producto en el mercado, que pueda comportar recortes en el volumen de negocio, y que se presente como una medida específica en relación a derechos fundamentales. Sobre dicha posibilidad considera el autor que la Administración que actúa ejerciendo la función de ilustración, no puede tener ninguna responsabilidad por las consecuencias fácticas de su actuación, pues el individuo no se encuentra sujeto a ninguna clase de poder jurídicamente vinculante, siendo responsabilidad de la Administración la forma y el contenido en que se manifiesta su intervención, no las consecuencias del comportamiento consciente e informado del individuo.

TESI DOCTORAL

Reformulando la doctrina de la ilustración del público, a la función constitucional de ilustración como tarea de la Administración y tal como venimos indicando y se encuentra en los elementos nucleares de esta investigación, el objetivo de la intervención administrativa es que el individuo pueda realizar un proceso decisional evaluativo sobre diferentes opciones, entre las que figure la que la Administración haya puesto en su conocimiento, como consecuencia de la Arquitectura para su elección, en una actuación de ordenación directiva dirigida a la consecución del interés general, teniendo como principios rectores de la actuación de la Administración pública, la consecución del bien común y el bienestar del propio individuo y de la comunidad.

Para concluir, tal como se ha puesto de manifiesto en las Cuestiones preliminares, destacaremos que el empujón suave se nos presenta como una técnica beneficiosa. Técnica que intenta incidir en las elecciones de sus destinatarios sobre diferentes opciones, en el proceso de toma de decisiones, mediante la incitación sobre aquella que les resulte más beneficiosa y que sea coincidente con un comportamiento prosocial que pueda beneficiar al resto de la sociedad. Técnica que se motiva a partir de un actuación administrativa que responda a una función constitucional de ilustración, con una finalidad orientada a la consecución del interés público. Intervención que debe hacerse de tal forma que la percepción individual sea que promueve los intereses del individuo sobre el que se actúa o es receptor de la actuación pública. Esta técnica permite obtener resultados sociales con medios relativamente suaves, mediante una intervención administrativa débil, mínima, respecto a la libertad del individuo, que no le elimine otras opciones, y a un bajo coste económico, en

TESI DOCTORAL

cuanto a ese nivel de intervención por parte de los poderes públicos, puesto que no responde a un acto de voluntad por el que se intente imponer una conducta, ni se prevé una sanción jurídica, que es presupuesto de la existencia de un acto administrativo que ponga fin a un procedimiento administrativo, ni se otorgan o deniegan derechos concretos.

c. El derecho de autodirección informativa, en la toma de decisiones informadas.

La dogmática administrativa alemana ha desarrollado el concepto de derecho de autodirección informativa como una evolución del derecho de autodeterminación informativa proyectado sobre el derecho de protección de datos personales, el cual fue recepcionado por la doctrina y por la jurisprudencia ordinaria y constitucional española, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán BvR 209/83, de 15 de diciembre de 1983²⁰¹, sobre la Ley del Censo de población, Profesiones, Viviendas y Centros de Trabajo. En dicha sentencia se establece que el «derecho a la autodeterminación informativa» garantiza “la facultad del individuo de determinar fundamentalmente por sí mismo la divulgación y la utilización de los datos referentes a su persona.” Considero que el legislador al regular dicho derecho debe observar el principio de proporcionalidad, debiendo “adoptar asimismo precauciones de índole organizativa y de derecho procesal susceptibles de contrarrestar el peligro de vulneración del derecho a la salvaguarda de la personalidad.”

²⁰¹ Sentencia comentada en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Jurisprudencia Constitucional extranjera, núm. 1984/33 (pp. 126-170).

TESI DOCTORAL

El Tribunal Constitucional español acoge la configuración constitucional de dicho derecho a partir de la doctrina consitucional alemana, pero sin utilizar el término de derecho a la autodeterminación informativa», en la STC 254/1993, de 20 de julio, que conoce de un supuesto de denegación presunta de la solicitud relativa a los datos de carácter personal existentes en ficheros automatizados de la Administración del Estado, confirmada en la vía contencioso administrativa. Sentencia que se analiza teniendo en cuenta el Convenio internacional en el seno del Consejo de Europa, el Convenio para la Protección de las personas con respecto al Tratamiento automatizado de Datos de carácter personal²⁰². Primero se plantea si la negativa a suministrar la información que se solicita implica la lesión del derecho a la intimidad, pero no si la aplicación de un Convenio internacional en el seno del Consejo de Europa, puede considerarse una cuestión de orden constitucional. Considerando que “los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución,..., en virtud del art. 10.2 CE” (FJ 6). Entrando sobre el contenido del derecho, que se anuda en el art. 18.4 CE, cuando se establece que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, lo delimita considerando que “el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de la personas y en el pleno ejercicio de sus derechos. Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria, y es aquí donde pueden venir en auxilio

²⁰² Hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. Ratificado por España mediante Instrumento de 27 de enero de 1984, publicado en el BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.

TESI DOCTORAL

interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España. Pues, como señala el Ministerio Fiscal, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*)" (FJ 7).

En el presente trabajo de investigación, considero el derecho de autodirección informativa como el tercer fundamento que conforma el sustrato constitucional de la actuación administrativa conductual y su manifestación mediante la técnica del "nudge público", junto al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona, y la ilustración como función constitucional.

En relación al derecho a la autodeterminación informativa del individuo, ésta se proyecta sobre la libertad y la igualdad, como un parámetro a tener en cuenta por los poderes públicos en su función constitucional de promover las condiciones para que ambas sean reales y efectivas, y en la de remover los obstáculos que dificulten su plenitud, actuando como limitación en la aplicación de la neurociencia y las ciencias conductuales. Solozábal (2003: 450), en cuanto a la afectación de las limitaciones sobre los derechos, al reconocerse éstos con un alcance inferior al garantizado por el ordenamiento, o cuando se restringen de alguna forma, como podría ocurrir en una intervención administrativa conductual, considera que "ni el individuo puede decidir de modo absoluto sobre su actuación lícita, ignorando que su condición social implica obligaciones con los intereses comunes y derechos de los demás, ni el ordenamiento en cuanto conjunto integrado tolera sacrificios o excepciones

TESI DOCTORAL

injustificados o desproporcionados de las facultades que admite, por lo que la compatibilidad de los derechos entre sí y de éstos con bienes constitucionalmente protegidos implica su reconocimiento limitado”. Limitaciones en todo caso, que el Tribunal Constitucional en sentencia de 22 de mayo de 2019, en la que se pronuncia sobre un recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, ha delimitado su contorno cuando afecta a derechos o bienes jurídicos, en que las limitaciones tengan un fin constitucionalmente legítimo o se dirijan a la protección o salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante (FJ 5.d):

En primer lugar, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas debe responder a un fin constitucionalmente legítimo o encaminarse a la protección o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante, pues “si bien este Tribunal ha declarado que la Constitución no impide al Estado proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos y, por tanto, que el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, también hemos precisado que, en tales supuestos, esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8 y las allí citadas) y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas (SSTC 11/1981, FJ 5, y 196/1987, FJ 6)” (STC 292/2000, FJ 15).

El concepto del derecho a la autodeterminación informativa evoluciona hacia el concepto de derecho a la autodirección informativa en cuanto se anuda al libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE), desde la cohesión y equilibrio con las responsabilidades de la Administración, resto de poderes públicos y entes del sector público, en materia informativa, con la necesidad social de información y con la utilidad que

TESI DOCTORAL

a la misma le pueda dar el individuo receptor. El derecho de autodirección informativa vinculado con el derecho a la educación, se ve integrado también con el derecho al conocimiento, que comporta estar informado sobre los procesos de actuación del Estado que engloba el conjunto de Administraciones, poderes públicos y entes del sector público, mientras que el derecho de autodeterminación informativa otorga al individuo la facultad de decidir acerca del nivel de protección que desee sobre la información que se disponga del mismo. En dicho sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán cuando construyó doctrinalmente el concepto del derecho de autodeterminación informativa, lo vehiculó como un límite a la actuación del Estado, al cual se le niega la posibilidad de ejercer una intromisión en la esfera de la personalidad, “porque los individuos, para desarrollar su personalidad libre y responsablemente, deben conservar un espacio interior, en el que se posean a sí mismos y al que se puedan retirar, sin que el entorno tenga acceso, en el que se pueda permanecer en paz, y gozar de su derecho a la soledad”²⁰³. En la misma resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán se considera que la intervención pública puede obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad mediante la presión psicológica de la participación pública, siendo “contraria a la dignidad y una amenaza al derecho de autodeterminación cuando abarca la esfera de la vida propia del ser humano, que por naturaleza tiene el carácter de secreta, y convierte ese núcleo íntimo en material accesible y susceptible de ser valorado estadísticamente. En esta medida también para el Estado de la sociedad industrial moderna existen límites frente a la despersonalización técnico-administrativa”. Esa protección del «espacio

²⁰³ Sentencia de 16 de julio de 1969 sobre la constitucionalidad de la realización de una Estadística representativa: BVerfGE, 27, 1 (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal)

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

interior» del individuo se encuentra vinculada a la libertad de poder adoptar una decisión determinada ante la vida, como límite respecto en la actuación de la Administración que pueda afectar al individuo, y obligación de los poderes públicos de garantizarla y de remover los obstáculos para hacerla efectiva, tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias²⁰⁴, cuando ha puesto de manifiesto:

[c]iertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos.

Respecto a la dimensión externa del derecho a la libertad ideológica del art. 16.1 CE, en que se contiene el *agere licere*, el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de febrero de 2013 (RC 4118/2011), en la que se conoce la vulneración por una Ordenanza del art. 16.1 CE, al limitar en espacios públicos y en el transporte urbano el uso del “burka”, aplica la doctrina constitucional establecida en sentencia 46/2001, establece que el *agere licere* comprende la

Alemán, 2009: 93).

²⁰⁴ Se reproduce el FJ 5.c), de la STC 76/2019, de 22 de mayo, que conoce de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales. Sentencia que identifica el texto reproducido en su sentencia primigenia, la 12/1992, de 27 de junio, en su FJ 8, si bien que en la Base de Datos del Tribunal Constitucional dicha sentencia no hace ninguna referencia a la cita, ni contiene un FJ 8. Dicha cita también se incluye en FJ 5, de la STC 177/2015, de 22 de julio, que conoció de un recurso de amparo ante la condena por la quema de un retrato de los Reyes en Girona. En relación a esta última sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableció en sentencia de 13 de mayo de 2018, As. Stern Taulats y Roura Capellera, contra España, estimatoria de la demanda, que había existido una vulneración del artículo 10 del Convenio, sobre el derecho de libertad de expresión.

TESI DOCTORAL

dimensión externa del derecho que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (FD Noveno). Y en sentencia de 9 de mayo de 2016, en la que se conoce una Ordenanza que prohibía la desnudez total o parcial en los espacios públicos del término municipal, se establece que el *agere licere* se manifiesta en la facultad de actuar con arreglo a las propias ideas, sin sufrir por ello sanción, compulsión o injerencia de los poderes públicos (FD Cuarto).

Pitschas (2006: 228-230), como exponente de la construcción del concepto jurídico del derecho de autodirección informativa, explica la evolución a partir de la participación del ciudadano en el mundo de la información, y su libertad para acceder y para recibir información, pudiendo utilizar libremente esa información en su proceso individual de toma de decisiones, lo cual va más allá de la esfera jurídica de protección de los datos y sobre la utilización de los datos del individuo.

El fundamento en el que se anuda el derecho de autodirección informativa, que presupone al individuo la utilización con una total libertad de la información que recibe por parte de los poderes públicos, para la adopción de sus decisiones de forma informada y libre y que lleva ínsito el de autodeterminación informativa y la libertad de información, se encuentra en el libre desarrollo de la personalidad, constituyéndose en manifestación de la libertad en la toma de decisiones individuales informadas. Teniendo en cuenta, como en su día postuló Velasco Caballero (1998: 35), la necesaria distinción entre “la información particular y la información al público, en relación a la actividad informativa por parte de la Administración, (y) resto de poderes públicos” y

TESI DOCTORAL

entes del sector público, si bien que dicho autor identifica la información al público con la ilustración al público. Identificación con la que discrepamos en este trabajo de investigación, tal como he argumentado en las cuestiones preliminares y en el apartado anterior, y que no se corresponde con la tesis de Gröschner, teniendo en cuenta que el argumento de Velasco Caballero se elabora con anterioridad a la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional, en cuanto a la regulación que efectúa de las campañas institucionales de publicidad o de comunicación, así como a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que positiviza la “obligación de información sobre las actuaciones públicas que deban publicarse o difundirse por mandato legal, cumpliendo con el requisito constitucional de armonización entre derechos, bienes y valores constitucionales”, como con anterioridad a la aprobación de la Ley de transparencia había puesto de manifiesto Guichot (2009).

En dicho sentido ya se pronunció el Tribunal Constitucional Federal alemán²⁰⁵, en una relevante sentencia sobre la información proporcionada por el Estado relacionada con el mercado, cuando entran en juego otros bienes jurídicos a proteger como el de la salud, así como la garantía de derechos fundamentales, destacando como una de las tareas de la Administración la de contribuir a orientar a los ciudadanos para que puedan adoptar decisiones libremente, incluso en situaciones de incertidumbre, estableciendo:

El gobierno federal, sin embargo, debe acatar los presupuestos jurídicos al llevar a cabo su labor informativa [...]Únicamente la información que

²⁰⁵ Sentencia de 26 de junio de 2002, sobre la afectación de una información emitida por un Ministerio, en la que se identificaban productores y comercializadores de vinos en cuyos productos figuraba una sustancia perjudicial para la salud: BVerfGE, 105, 252 (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2009: 367-373).

TESI DOCTORAL

pueden tener los involucrados en el mercado permite tomar decisiones encaminadas a alcanzar los intereses particulares en relación con las condiciones de la participación en el mercado, especialmente sobre la oferta o la demanda de bienes y servicios. La disponibilidad de las informaciones correspondientes influye también de manera indirecta sobre la calidad y diversidad de los productos ofrecidos en el mercado [...] La conducción de los asuntos estatales no se realiza exclusivamente a través de la legislación o ejerciendo alguna influencia a fin de orientar la ejecución de las leyes en un sentido determinado, sino también mediante la difusión de información al público [...] La conducción de los asuntos estatales abarca no sólo la tarea de facilitar la superación de conflictos al interior del Estado y la sociedad, mediante la difusión oportuna de información de carácter público, sino también la tarea de salir al paso de nuevos retos y necesidades (los cuales muchas veces emergen súbitamente), reaccionar de manera rápida y apropiada –según las circunstancias– ante las crisis, así como contribuir a orientar a los ciudadanos [...] En tales situaciones, el gobierno no puede sustraerse a su responsabilidad de brindar a los ciudadanos orientación (mediante el consejo, la información y sugiriendo conductas determinadas) y, en vez de ello, limitarse a proponer iniciativas de ley o a esperar que otros órganos lleven a cabo medidas administrativas [...] La tarea de conducir los asuntos estatales y el trabajo informativo del gobierno federal (que forma parte integrante de dicha tarea), constituye una expresión de su responsabilidad general estatal [...] el Estado puede, sin embargo, difundir tal información cuando exista un interés público en que los involucrados en el mercado sean informados sobre alguna circunstancia que pueda ser relevante para su comportamiento (por ejemplo, que pueda existir algún riesgo para los consumidores). En tales casos, resultará indicado advertir a los involucrados en el mercado que existen dudas sobre la precisión de la información, a fin de que se encuentren en condiciones de decidir por sí mismos la manera en que habrán de lidiar con dicha incertidumbre [...]

La efectividad del derecho de autodirección informativa, tal como venimos indicando y se encuentra en los elementos nucleares de esta investigación, permitirá al individuo poder realizar un proceso decisional evaluativo sobre diferentes opciones, entre las que figure la que la Administración haya puesto

TESI DOCTORAL

en su conocimiento, como consecuencia de la Arquitectura para su elección, en una actuación de ordenación directiva dirigida a la consecución del interés general, teniendo como principios rectores de la actuación de la Administración pública, la consecución del bien común y el bienestar de la comunidad, y que, como ha destacado Velasco Caballero (1998: 122), dicha actuación se realice en el ejercicio de una competencia atribuida legalmente, no ejerciendo la Administración un derecho a informar, y estableciéndose por el Tribunal Constitucional²⁰⁶ desde su jurisprudencia más temprana, que el derecho a recibir información es en rigor una redundancia, pues no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible, como ocurre en la aplicación de la técnica del “nudge público”.

3. El derecho a la protección de la salud y a una alimentación saludable, en el Estado social y democrático de Derecho.

*“Hemos comprendido claramente que la libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económicas. Los hombres necesitados no son hombres libres. Con gente hambrienta y sin trabajo se construyen las dictaduras.”*²⁰⁷ Franklin D. Roosevelt.

²⁰⁶ STC de 16 de marzo de 1981, sobre un recurso de amparo en el que se suspendió la publicación de dos diarios vascos, por el Organismo Autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado» (FJ 4).

²⁰⁷ En su discurso de 1944 sobre el Estado de la Unión, Roosevelt había preconizado la aprobación de una Carta de Derechos Económicos. Citado en Alston, 1990, pág. 387, según referencia de Asbjørn Eide, Relator Especial encargado de examinar la cuestión del derecho a una alimentación suficiente como derecho humano, Subcomisión de las Naciones Unidas sobre Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, consultable en: *El derecho a la alimentación El derecho humano a una alimentación adecuada y a no padecer hambre* (<https://www.fao.org>).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

*“Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.”*²⁰⁸ Principio 1, de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

a. Derecho a la protección de la salud, como bien público global y derecho social esencial. Proyección en el derecho a una alimentación saludable.

La importancia de que exista una información clara, coherente y contrastada, para la adopción de decisiones saludables, ha sido puesta de relieve por la Comisión Europea entre los objetivos de la “Estrategia europea sobre problemas de salud relacionados con la alimentación, el sobrepeso y la obesidad”. En dicha Estrategia se estableció que “los conocimientos, las preferencias y los comportamientos de una persona, por ejemplo los relacionados con el estilo de vida y los hábitos alimentarios, se fraguan en su entorno: por un lado, al acceder a información clara, coherente y contrastada cuando compra los alimentos y, por otro, al estar en contacto con un entorno informativo más amplio, determinado a su vez por factores culturales. ../.. Dar opción a un comportamiento saludable consiste en ofrecer a los consumidores la oportunidad de adoptar decisiones buenas para su salud.”²⁰⁹

Dicho objetivo lo encontramos en la arquitectura constitucional de la construcción del derecho de protección a la salud. Arquitectura que se

²⁰⁸ Declaración aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

²⁰⁹ Libro Blanco de la Comisión europea de 30 de mayo de 2007, COM (2007) 279, por el que se aprueba la “Estrategia europea sobre problemas de salud relacionados con la alimentación, el sobrepeso y la obesidad”. La cita reproduce objetivos de la Estrategia 4.

TESI DOCTORAL

fundamenta en los arts. 15 CE, cuando establece que todo el mundo tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, en el art. 41 CE, cuando establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, siendo libres la asistencia y prestaciones complementarias serán libres, y en el art. 43 CE, en el que se reconoce el derecho a la protección de la salud, estableciéndose que corresponde a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, reconociéndose por ley los derechos y deberes al respecto, y contemplando como obligación de los poderes públicos, que fomenten la educación sanitaria, la educación física y el deporte, facilitando la adecuada utilización del ocio. Arquitectura que establece entre sus pilares sobre los cuales elevar la clave de bóveda del derecho a la protección de la salud, el derecho a la educación, mediante la obligación de los poderes públicos, de fomentar la educación sanitaria, y una intervención preventiva en la tutela de la salud pública.

Esta arquitectura constitucional necesita asentarse, asimismo, en pilares contruidos a partir de la configuración jurídica de dicho derecho en los Tratados internaciones ratificados por España y en los de la Unión europea de la que España forma parte. Así se deriva del art. 10.2 CE, cuando establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias, en relación con el art. 96.1 CE, cuando establece

TESI DOCTORAL

que los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno. Normativa que se complementa con la previsión contenida en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea²¹⁰, respecto a que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, y que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados²¹¹.

En relación con la universalidad de los derechos, Muñoz Machado (2000: 87), siguiendo a Habermas, considera que la teoría de los derechos fundamentales debe ser considerada “como un núcleo de instituciones morales en cuya aceptación convergen los principios de todas las religiones universalistas del planeta”, puesto que el poder y subjetividad que debe reconocerse a los derechos del hombre, tiene su manifestación esencial “en la autonomía de los individuos para participar en la asociación universal de los ciudadanos del mundo que legitimará el poder de las instituciones de gobierno unitario”.

²¹⁰ Art. 6, introducido por la modificación aprobada en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 2008, publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 27 de noviembre de 2009).

²¹¹ La Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa (BOE 31/07/2008), regula la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea, estableciéndose en su art. 1, que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital de la República de Portugal el 13 de diciembre de 2007; y en su art. 2, sobre la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea, se declara que según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la CE y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también con lo que dispone la Carta de los Derechos fundamentales publicada en el Diario oficial de la Unión europea de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce.

TESI DOCTORAL

En dicho sentido, Ortiz (2000: 114-117) ha destacado que los fines del Estado se concretan en la satisfacción efectiva de los derechos humanos, a través principalmente de las Administraciones públicas, mediante acciones de fomento y prestaciones de servicio público y de derechos sociales, inherentes en el Estado social de Derecho. Entre ellas identifica el derecho a la protección de la salud, que debe satisfacerse mediante medidas legislativas y acciones administrativas de policía y servicio público, recogiendo de la OMS, como concepto de salud, más allá de la ausencia de enfermedad, disfrutar de un estado de completo bienestar físico y mental, que debe garantizarse a la totalidad de la población. Función de protección que el Estado debe realizar eficazmente, es decir mediante la satisfacción inmediata de los intereses generales, pero también eficientemente, es decir en el menor tiempo posible y con los menores costes posibles.

La existencia de un Derecho internacional de la salud ha sido puesta de relieve por la doctrina²¹² y por la OMS. Esta dimensión internacional se justifica en cuanto se trata de una materia que supera el ámbito nacional, con un régimen jurídico que comprende normas de organización que rigen el funcionamiento de los organismos internacionales, reglas de solución pacífica de controversias, y normas que establecen mecanismos de control que junto a los instrumentos de “soft law” o derecho indicativo, como las Recomendaciones, se caracterizan por la debilidad del control del cumplimiento de las mismas y la autoridad técnico-científica en que se fundamentan. En dicho marco, el bien jurídico protegido en

²¹² Seuba (2010: 37-44) analiza la salud como bien jurídico protegido por el Derecho internacional público, desde la construcción realizada por la literatura jurídica y por las Resoluciones, Dictámenes y Estudios de las Organizaciones internacionales, principalmente la

TESI DOCTORAL

el Derecho internacional de protección de la salud es la salud humana, que según el Preámbulo (II) de la Constitución de la OMS²¹³, no se corresponde únicamente con la ausencia de enfermedad, sino también con un estado de completo bienestar físico, mental y social. Se puede identificar un cuerpo normativo orientado a proteger, promocionar y mejorar la salud.

Seuba (2010: 40) considera que el carácter funcional y positivo del Derecho Internacional de la salud “tiene su razón de ser en la protección de un bien jurídico que con frecuencia requiere acciones positivas”. En dicho sentido, entiendo que la proyección del derecho a la protección de la salud en el derecho a una alimentación saludable, puede materializar, mediante la técnica del “nudge público”, las acciones positivas del Estado, a través de la Administración pública, de los poderes públicos y del resto de entes del sector público, desde el conocimiento empírico de la conducta del individuo y del comportamiento colectivo, para conseguir el objetivo recogido en el Derecho internacional público, de la concreción de esa protección del bien jurídico de la salud humana, además de la regulación y la actuación administrativa formalizada.

Este marco jurídico internacional se complementa con la herramienta de “soft law” o derecho indicativo correspondiente a la Agenda de Objetivos de

OMS y la Comisión de Derecho Internacional, creada por la Asamblea general de la ONU en 1947.

²¹³ Adoptada en Nueva York, el 22 de julio de 1946, por la Conferencia Internacional de la Salud.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Desarrollo Sostenible (ODS) para 2015-2030²¹⁴ y la inclusión de la salud como Objetivo 3²¹⁵.

Domínguez (2015: 121), considera la prevención de enfermedades transmisibles y la investigación, desarrollo e innovación en salud, como un bien público global, al facilitar el desarrollo porque mejora la productividad del capital humano. Dicha característica la motiva a partir de la definición dada por la premio Nobel de Economía Elinor Obstrom, que considera como bienes públicos globales “aquellos que están disponibles para todos (no excluyentes) y sobre los cuales el uso por parte de una persona no impide el uso por parte de otras personas (no rivales)”. Es relevante la relación que realiza dicho autor al considerar que la salud global no es un asunto de problemas de salud, sino de los determinantes de la salud, cuya definición se acogió en la Resolución 62.14 de la Asamblea Mundial de la Salud²¹⁶, como “aquellas circunstancias en que

²¹⁴ En la Cumbre para el Desarrollo Sostenible celebrada en septiembre de 2015, los Estados Miembros de la ONU aprobaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que incluye un conjunto de 17 ODS para poner fin a la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático.

²¹⁵ El Objetivo 3 establece: Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades. La salud es esencial para el desarrollo humano. Todo el mundo, independientemente de su situación social, considera siempre que la buena salud es prioritaria, y es indispensable que la población esté sana para que la sociedad funcione. Por lo tanto, no es de extrañar que cuatro de los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) estén directamente relacionados con la salud, nos referimos a los Objetivos de Desarrollo del Milenio primero (Erradicar la pobreza extrema y el hambre), cuarto (Reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años), quinto (Mejorar la salud materna) y sexto (Combatir el VIH/SIDA, la malaria y otras enfermedades). Consultable en: *Objetivo 3—Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y un 2030 más saludable | Naciones Unidas* <https://www.un.org/es/chronicle/article>.

²¹⁶ Organizada por la OMS como 62ª Asamblea Mundial y celebrada en Ginebra, del 18 al 22 de mayo de 2009. En dicha Resolución *WHA62.14: Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, se acoge favorablemente el informe definitivo de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud, de 16 de marzo de 2009, que incluye dicha definición, y que se abordó en el punto 12.5 del Orden del día de la 62ª Asamblea mundial.

TESI DOCTORAL

las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, resultado de la distribución del dinero, el poder y los recursos mundiales, nacionales y locales que explican la mayor parte de las inequidades sanitarias”.

Whitehead y Dahlgren (2010) identifican los determinantes sociales y económicos de la salud de la población, como herramienta para aclarar el concepto de equidad en el contexto de la salud, teniendo en cuenta el sesgo y la discriminación en el acceso a los recursos y a las oportunidades en la salud, entre los diferentes grupos sociales. Dichos autores parten de la máxima recogida entre los fines constitutivos de la OMS, la consecución del derecho a gozar del grado máximo de salud que se pueda lograr en la sociedad, considerando la salud como una manera de promover la libertad de los individuos y de las sociedades, alcanzado su objetivo último, la equidad en salud, que comporta la eliminación de todas las diferencias sistemáticas en el estado de salud entre grupos socioeconómicos. Desde esta perspectiva, en la que se conecta el concepto económico de bien público global, con el de determinantes de salud, en relación a la salud global, considero en esta Tesis, que también debe vincularse el derecho de protección a la salud con el concepto de bien jurídico²¹⁷, condición necesaria, o al menos útil, para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad, digno de tutela y protección

²¹⁷ El Diccionario panhispánico del español jurídico, de la Real Academia Española de la Lengua, define desde el Derecho penal el concepto de «bien jurídico», en cuya acepción respecto al concepto general, lo define como “condición necesaria, o al menos útil, para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad. Los bienes jurídicos pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica, por otras ramas del derecho o incluso por el derecho penal.” Consultado en fecha 30 de abril de 2022 en: [Definición de bien jurídico - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE https://dpej.rae.es.](https://dpej.rae.es)

TESI DOCTORAL

jurídica por las diferentes ramas del derecho, incluso por el derecho penal, por corresponder a la esencia de ser persona.

En este planteamiento enmarcamos el concepto de «bien público global», en un concepto más amplio del que se contiene en la proyección económica (sobre la investigación, desarrollo e innovación en salud porque mejora la productividad del capital humano) o social (respecto a la relevancia de los determinantes de salud) del mismo, a los que integra, con la cualidad de bien jurídico protegido.

En el sentido de considerar la salud como un bien público global, se ha pronunciado Auby (2010: 178-182), en el marco de un concepto sobre la producción de bienes públicos en la globalización jurídica, en los que incluye el medio ambiente, la salud y la educación, considera que la noción de bienes público globales o mundiales, ha adquirido en los últimos años una gran importancia, sobre todo en relación a los anteriores, a partir de un concepto que proviene de la teoría económica, como se ha explicado con anterioridad. Bienes públicos globales que nos permiten entender y caracterizar algunos de los ámbitos de actuación principal de la acción pública, y que responden, según dicho autor, a los fallos del mercado que solo busca el rendimiento económico óptimo.

El concepto de bien público global, nos explica Auby, surge a finales de los años noventa del siglo XX, en diversos autores e instituciones, acogiéndolo la ONU para caracterizar las tareas de interés general que debe asumir la comunidad internacional, porque los Estados se han convertido en un marco demasiado limitado para su realización. Son bienes públicos globales porque

TESI DOCTORAL

se combaten de forma global, no pudiendo serlo de otra forma que no sea a nivel internacional, como ocurre con la lucha contra el hambre o contra la erradicación de ciertas enfermedades, o contra el cambio climático, o en la regulación de los mercados financieros, o en la lucha contra la corrupción internacional. Los bienes públicos se manifiestan o concretan en prestaciones, valores, servicios que los poderes públicos deben preocuparse de ofrecer, pues como insiste Auby, el mercado no se encuentra incitado a ofrecerlos por su orientación al beneficio, y dicho concepto de «bien público global» presenta el interés de ser un buen instrumento para la implementación del interés público, puesto que la preocupación por lo que constituye la «cosa pública», puede operar en el universo interconectado y multinivel que representa la globalización. Auby²¹⁸ diferencia el concepto de «bien público global», del de «bienes comunes», desde cuya construcción teórica considera que permiten modular separar y limitar derechos para un uso común en relación a otros, poniendo como ejemplo el de comunidades indígenas de Chile con espacios jurídicos no armonizados con su Constitución, pero en cuyo sistema jurídico se respeta como usos o costumbres los de dichas comunidades, ejemplo que le sirve de referencia en el espacio jurídico de la Unión europea. A partir de la diferenciación que efectúa Auby, considero que se debe partir de dos premisas, la primacía, en todo caso, del derecho de la Unión sobre las tradiciones, usos y costumbres, así como la gran relevancia que debe darse al “soft law” o derecho

²¹⁸Jean-Bernard Auby (en sesión impartida el 19/10/2021, en Seminario sobre “Nuevos retos del derecho comparado y global”, organizado por el Vicedegnat de Recerca i Relacions Internacionals de la Facultat de Derecho de la Universidad de Barcelona), analizó desde la globalización jurídica, los parámetros y dogmática jurídica que se recogen en esta Tesis, también respecto a la teoría de los bienes comunes.

TESI DOCTORAL

indicativo que se manifiesta en las Recomendaciones de los Organismos internacionales.

Para Auby, dicho ejemplo sería indicativo de una cierta constitucionalización de los derechos privados y una cierta prevalencia sobre lo público, siguiendo la tesis de Luigi Ferrajoli, cuando diferencia entre bienes comunes como el agua, el aire, los bosques, los glaciares, que se identifican con recursos naturales escasos, y los derechos sociales reconocidos en los Tratados y Acuerdos internacionales como la salud, la alimentación básica, la educación o el medio ambiente. Auby (2010: 178) integra en los «bienes públicos globales», los «bienes comunes», si bien que diferencia entre «bienes públicos puros» y «bienes comunes», en que los primeros reúnen dos características, (i) que no se puedan excluir, porque nadie puede evitar que cualquiera los pueda utilizar, y (ii) que no sean rivalizables, es decir que cuando alguien lo utiliza, no disminuye la disponibilidad del derecho por los demás. Los bienes y servicios que reúnen ambas características son los denominados bienes públicos puros, como la defensa nacional o la salud pública, que identifica el autor, e incluyen los derechos sociales reconocidos en los Tratados y Acuerdos internacionales. Por otro lado, caracteriza los «bienes comunes», en que si bien reúnen la primera característica de que no se puedan excluir, no reúne la segunda, pues sí pueden rivalizar, como ocurriría con un banco de pescado, en el que no se pueda impedir el acceso, pero lo que pesque una persona disminuye la cantidad disponible para el resto.

En Italia, nos encontramos con una iniciativa de positivización de los «bienes comunes», atribuida a Stefano Rodotà, en la propuesta legislativa de

TESI DOCTORAL

modificación del Código civil italiano, de 14 de junio de 2007, efectuada por la que se denominó “Commissione Rodotà - per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici”²¹⁹. En la propuesta, se pretendía modificar el art. 810 del Libro Tercero, sobre la Propiedad, que recoge el concepto jurídico de bienes, vigente actualmente como “las cosas que pueden ser objeto de derechos”. La propuesta introducía una distinción de los bienes en tres categorías, bienes comunes, bienes públicos y bienes privados. Respecto a los bienes comunes, cuyo concepto y desarrollo nos interesa en esta parte, se recogían, en el documento de modificación que presentó la Comisión, los principios y criterios rectores del correspondiente Proyecto de Ley, de los cuales se reproduce la parte del texto cuyo interés conceptual nos permite comprender una juridificación del concepto de «bienes comunes», cuyas bases doctrinales se encuentran en la doctrina de Stefano Rodotà:

3. Se adoptará el decreto delegado, que llevará a cabo la coordinación necesaria con las disposiciones vigentes, de conformidad con los siguientes principios generales y criterios rectores:

- a) Revisión de la redacción del art. 810 del Código Civil, con el fin de calificar como bienes las cosas, materiales o inmateriales, cuyas utilidades pueden ser objeto de derechos.
- b) Distinción de bienes en tres categorías: bienes comunes, bienes públicos, bienes privados.
- c) Provisión de la categoría de bienes comunes, es decir, de cosas que expresen utilidad funcional para el ejercicio de los derechos fundamentales así como para el libre desarrollo de la persona. Los

²¹⁹ Catedrático de derecho civil, que fue vicepresidente de la Cámara de Diputados italiana y diputado en varias legislaturas. La propuesta de Proyecto de Ley de modificación del art. 810 del Código civil no prosperó, pero en la web del Ministerio de Justicia se recoge la que se efectuó por la Comisión- Propuesta que en parte se ha reproducido en el texto principal. Documentación reproducida y consultable en: *Ministero della giustizia | Pubblicazioni, studi, ricerche, lavori commissioni di studio* (<https://www.giustizia.it>)

TESI DOCTORAL

bienes comunes deben ser protegidos y salvaguardados por el sistema legal, también en beneficio de las generaciones futuras. Los titulares de bienes comunes pueden ser personas jurídicas públicas o privadas. En todo caso, deberá garantizarse su uso colectivo, dentro de los límites y en la forma que establezca la ley. Cuando los titulares sean personas jurídicas públicas, los bienes comunes son gestionados por entidades públicas y se colocan fuera del comercio; sólo se permite la concesión, en los casos previstos por la ley y por una duración limitada, sin posibilidad de prórrogas. Son bienes comunes, entre otros: ríos, arroyos y sus fuentes; lagos y otras aguas; aire; parques, tal como los define la ley, bosques y zonas boscosas; zonas montañosas de gran altitud, glaciares y nieves perennes; las playas y tramos de costa declarados reserva ambiental; vida silvestre y flora protegidas; patrimonio arqueológico, cultural, ambiental y otras áreas paisajísticas protegidas. La disciplina de los bienes comunes debe coordinarse con la de los usos cívicos. Toda persona tiene acceso a la protección judicial de los derechos relacionados con la protección y el uso de los bienes comunes. Salvo en los casos de legitimación para la protección de otros derechos e intereses, el Estado tiene derecho exclusivo a ejercer la acción de daño causado al bien común. El Estado también es responsable de la acción para la reversión de las ganancias. Las condiciones y modalidades de ejercicio de las acciones antes mencionadas serán definidas por el decreto delegado.

d) la sustitución del régimen de bienes del Estado y patrimonialidad mediante la introducción de una clasificación de los bienes públicos pertenecientes a personas públicas, en función de su naturaleza y de su función en aplicación de las normas constitucionales a que se refiere el artículo 1. 2 articulados de la siguiente manera: 1) bienes con pertenencia pública necesaria. 2) bienes públicos sociales. 3) bienes públicos que devengan intereses.

1) Los bienes con una afiliación pública necesaria son aquellos que satisfacen intereses generales fundamentales, cuyo cuidado se deriva de las prerrogativas del Estado y de las autoridades públicas locales. No son ni usucapiables ni alienables. Esto incluye, entre otros: obras destinadas a la defensa; playas y bahías; redes de carreteras, autopistas y ferrocarriles; el espectro de frecuencias; acueductos; puertos y aeropuertos de importancia nacional e internacional. Su transmisión sólo puede tener lugar entre el Estado y otros organismos públicos

TESI DOCTORAL

territoriales. El Estado y las autoridades locales y regionales son los titulares de la acción de cesación y de la acción por daños y perjuicios. Las mismas entidades también son titulares de facultades administrativas de protección en los casos y de acuerdo con los procedimientos que se definirán por el decreto delegado.

2) Los bienes públicos sociales son aquellos cuyas utilidades esenciales están destinadas a satisfacer necesidades correspondientes a los derechos civiles y sociales de la persona. No son usucapibles. Estos incluyen, entre otros: casas de vivienda pública, edificios públicos utilizados como hospitales, instituciones educativas y jardines de infantes; redes locales de servicio público. En cualquier caso, se entiende sin perjuicio de la limitación real del destino público. Se permite el movimiento con la retención de la restricción de destino. La extinción de la restricción de destino está supeditada a la condición de que los organismos públicos que estén en posesión de la facultad de suprimirla garanticen el mantenimiento o la mejora de la calidad de los servicios sociales prestados. El legislador delegado establece los métodos y condiciones de protección judicial de los bienes sociales públicos también por parte de los beneficiarios de las prestaciones. La protección administrativa es responsabilidad del Estado y de los organismos públicos, incluidos los no territoriales, que la ejercen en los casos y en la forma definida por el decreto delegado. Con la disciplina de los bienes sociales debe coordinarse la de los bienes a que se refiere el artículo 826, apartado 2, del Código Civil, con excepción de los bosques, que se encuentran dentro de los bienes comunes.

García (2021: 296), comentando la doctrina elaborado por Rodotà sobre los bienes comunes, considera un hito la propuesta de dicha Comisión, con una repercusión directa en el ámbito del Derecho, tanto por su recepción por la doctrina, como por su recepción por la jurisprudencia. Citando a Mattei (2013: 130, *I beni pubblici: un dialogo fra diritto e politica*), considera que se «ha dado dignidad político-democrática a una noción que hasta hacía pocos meses formaba parte de una caja de herramientas reservada a pocos trabajadores». A partir de entonces, diferentes resoluciones judiciales en Italia han subrayado la

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

relación entre bienes comunes, personas y derechos²²⁰. La doctrina jurídica, a partir de este planteamiento, ha establecido la tesis de considerar los bienes comunes como sinónimo de bienes públicos no estatales (Ciervo, 2012: 39-40, *I beni comuni*)”.

Por otro lado, Silveira (2018: 51) nos explica la construcción jurídica de Ferrajoli, evolucionando del concepto de «bienes comunes», hacia el de «bienes fundamentales», que engloba el anterior, y en el que se integra el derecho a una alimentación básica saludable, como «bien fundamental»:

Los alimentos básicos, junto con el agua, el aire, los fármacos salvavidas, los océanos, los órganos del cuerpo humano, etc. forman parte de los denominados bienes vitales para la vida. Estos bienes son indispensables para que todo ser humano pueda vivir con dignidad y ejercitar sus derechos fundamentales. Ante la relevancia de estos bienes y para no confundirlos con la categoría clásica de «bienes comunes», el

²²⁰ García cita las sentencias de la Corte de Cassazione de 14 de febrero (3665) y 16 de febrero de 2011 (3813) o de la Corte Costituzionale núm. 119 de 2015. Míguez (2013), comentando la sentencia de 14 de febrero (3665), destaca que “a la asociación entre satisfacción de derechos fundamentales y funcionalidad de intereses colectivos atienden los bienes comunes”. Reproduce alguno de los fundamentos de la misma, en los que se desarrolla la tesis del vínculo entre los bienes comunes y el Estado social, así como su relación con la realización de los intereses de todos los ciudadanos, manifestándose que “de dicho cuadro normativo-constitucional, y establecido el dato “esencial” de la centralidad de la persona (y de sus relativos intereses), que se hace efectivo, además que con el reconocimiento de derechos inviolables, mediante el cumplimiento de los deberes inderogables de la solidaridad política, económica y social, emerge la exigencia interpretativa de “mirar” el tema de los bienes públicos más allá de una visión estrictamente patrimonial-propietaria para alcanzar una perspectiva personal-colectivista; - es por tal motivo que discutir en términos de sola dicotomía bienes públicos (o demaniales) y privados significa, en modo parcial, limitarse a la mera individualización de la titularidad de los bienes, olvidando el ineludible dato de la clasificación de los mismos en virtud de la relativa función y de los relativos intereses a dichos bienes relacionados; - de lo anterior deriva que allí donde un bien inmueble, independientemente de la titularidad, resulte por sus intrínsecas connotaciones, en modo particular por aquellas de tipo ambiental o paisajístico, destinado a la realización del Estado social como ya delineado, dicho bien ha de considerarse -fuera de la perspectiva del *dominium* romanista y de la propiedad codificada- 'común', es decir, prescindiendo del título de propiedad, instrumentalmente relacionado a la realización de los intereses de todos los ciudadanos”.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

jurista italiano Luigi Ferrajoli propone introducir una nueva categoría de bienes en el léxico jurídico y calificar a estos bienes como «bienes fundamentales», la cual, a su vez, quedaría integrada por tres subgrupos de bienes fundamentales:

a) los bienes comunes, las viejas *res communes omnium*, como el agua, el aire, el medio ambiente, cuyo uso y acceso a ellas es vital para todas las personas y que por ello forman el objeto de derechos fundamentales de libertad de uso o disfrute;

b) los bienes personalísimos, como las partes del cuerpo humano que forman el objeto de derechos fundamentales de inmunidad, esto es, de libertad frente a lesiones o violaciones;

c) y los bienes sociales, como los fármacos salvavidas o “esenciales” y los alimentos básicos, en cuanto objeto de derechos fundamentales sociales a la salud y a la subsistencia.

Los bienes fundamentales se contraponen así a los bienes patrimoniales, es decir, a aquellos bienes que están disponibles para sus propietarios, son enajenables y están protegidos por los derechos patrimoniales. En cambio, los bienes fundamentales no están disponibles y no son accesibles a todos y, por ello, para garantizar su acceso y disposición a todos, deberían estar protegidos como derechos fundamentales.

En el modelo de estado constitucional garantista que nos propone Ferrajoli estos bienes están bajo la protección de la denominada esfera de lo no decidible.

Asimismo, García destaca cómo se produce una institucionalización de los bienes comunes en el ámbito local, independientemente de que no se acogiera a nivel de la legislación del Estado, exponiendo alguna experiencia normativa como la de “2014 cuando Bolonia adopta un reglamento para el cuidado y la gestión de los bienes comunes urbanos. Este reglamento contagia a otras ciudades. Hoy más de 200 lo han adoptado. Pensemos en la remunicipalización del agua en Nápoles. Lo curioso y lo problemático es que una fuente jurídica inferior es la que está regulando los bienes comunes. ../.. Los bienes comunes nos señalan el camino del constitucionalismo de las

TESI DOCTORAL

necesidades, siguiendo aquí Rodotà a Amartya Sen y a Martha Nussbaum (Rodotà, 2013: 498, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*), pues construyen una nueva relación entre bienes, necesidades, derechos y sujetos (Rodotà, 2018: 112, *Vivere la democrazia*; Rodotà, 2018: 36, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*). ¿Cómo garantizarlos? No se trata de garantizar los bienes comunes en razón de su naturaleza, sino en tanto tienen un papel particular en la vida de una determinada sociedad”.

En el supuesto de la remunicipalización de servicios públicos locales en España, Tornos (2016), ha realizado un análisis de su construcción jurídica, desde parámetros de recuperación de servicios prestados a partir de fórmulas de prestación indirecta. Dicho autor anuda la remunicipalización, no al concepto elaborado desde el derecho constitucional y desde la filosofía del derecho sobre «bienes comunes», sino a partir de un planteamiento administrativista que se focaliza en los modos de gestión públicos, frente a los modos de gestión privada. Su tesis se fundamenta en diferentes informes y estudios sobre dicha situación y su motivación, como “el Informe de la Universidad de Greenwich de 2012, o los estudios relativos a la gestión del agua en diversos municipios y países, como el estudio de Pigeon-Mc Donald, Haedemon y Kishimoto²²¹, y de modo particular, la lectura que se ha hecho del Informe del Tribunal de Cuentas de 2011, sobre las condiciones de prestación de los servicios públicos municipales, en municipios de población inferior a 20.000 habitantes. También,

²²¹ Informe PSIRU de la Universidad de Greenwich, “Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización”, de 16 de mayo de 2012, y el Informe de Pigeon-Mc Donald, Haedemon y Kishimoto “Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas”, publicado por el Transnational Institute de Amsterdam, en marzo de 2015.

TESI DOCTORAL

aunque no se trate de servicios de responsabilidad local, el debate abierto sobre las formas de gestión de los servicios sanitarios”.

El objeto de esta Tesis, con el enfoque que se realiza y desarrolla de la Perspectiva cognitiva, respecto a la actuación de la Administración, del resto de los poderes públicos y de los entes del sector público, de carácter conductual, confluye con la construcción jurídica que efectúan Rodotà y Ferrajoli, a partir de una clara conexión con el planteamiento de Auby, si bien que Rodotà fundamenta su tesis a partir del concepto de propiedad. Y esa confluencia se encuentra en la conexión entre bienes comunes, bienes fundamentales y el desarrollo de la personalidad, lo cual como recoge García (2021: 297-298), nos lleva a considerar que “para este constitucionalismo de las necesidades se precisará de una constitucionalización de la persona (Zullo, 2018: 189-209, *Il diritto di avere ‘nuovi’ diritti nell’età della tecnica. La filosofia del diritto di Stefano Rodotà*). Del sujeto abstracto a la persona concreta, a lo inmanente de las necesidades, de la idea de derecho como bien común y de los bienes comunes como derecho. Establecen así el nexo entre bienes y desarrollo de la persona (Quarta, 2019: 936, *Beni comuni, uso collettivo e interessi generali: un percorso giurisprudenziale*), aunque siempre tenemos el peligro del recercamiento de los bienes comunes. En palabras de Rodotà: «la categoría de los bienes comunes tiene un marcado carácter relacional, produce vínculos sociales, atribuye una importancia primordial al principio de solidaridad. Los bienes comunes se presentan cada vez más claramente como una verdadera institución de la solidaridad» (Rodotà, 2018: 82, *I beni comuni. L’inaspettata rinascita degli usi collettivi*)”.

TESI DOCTORAL

En este contexto, el ordenamiento jurídico español con la incorporación de los derechos recogidos en los Tratados y Acuerdos internacionales válidamente celebrados y publicados, respecto a la arquitectura del derecho a la protección de la salud, reconoce otros pilares sobre los cuales elevar la clave de bóveda que permita la configuración legal del mismo, al no contemplarlo como un derecho fundamental en la Constitución, por su posición sistemática en el Capítulo Tercero del Título Primero, que recoge los principios rectores de la política social y económica, no gozando entonces de la garantía del recurso de amparo constitucional²²². Dichos pilares que complementan el que configura el derecho a la educación, los encontramos en el derecho a la vida y en el derecho a la integridad de la persona, recogidos en el art. 15 CE, vinculados al valor constitucional de la dignidad del ser humano, contemplado en el art. 10.1 CE, tal como se contempla en el Título I de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que los preceptúa como derechos que conforman la dignidad, en los arts. 2 y 3. Así como en los arts. 34 y 35, sobre la solidaridad, que regulan la Seguridad Social y la Ayuda social y el derecho a la protección de la salud, preceptuando el art. 35, que se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

Respecto a la eficacia jurídica de la Carta, Font (2016: 190-191), destaca que no nos encontramos ante derechos que puedan ser invocados en situaciones jurídicas no reguladas por el Derecho de la Unión, como ha establecido la

²²² El constituyente quiso diferenciar claramente entre los derechos fundamentales (arts. 14, 15 a 29 –Sección Primera del Capítulo II del Título Primero-, y 30.2 –objeción de conciencia-) con una protección especial, ante la jurisdicción ordinaria y ante el Tribunal Constitucional y los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52 –Capítulo III del Título Primero), excluyendo los derechos y principios contemplados en los arts. 30 (excepto el apartado 2) a 52 CE, del recurso de amparo ante el TC.

TESI DOCTORAL

jurisprudencia del TJUE²²³. En el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales²²⁴, se contempla el Derecho de toda persona a la vida en su art. 2, la prohibición de ser sometido a tratos degradante en su art. 3, y el derecho al respeto a la vida privada, que impide la injerencia de los poderes públicos, excepto si se prevé en norma legal como medida necesaria para la protección de la salud no de los derechos y libertades del resto de ciudadanos. Asimismo, en la Declaración Universal de Derechos humanos²²⁵, se establece en su art. 22, que toda persona tiene derecho a la Seguridad Social, como miembro que es de la sociedad, y en su art. 25.1, que toda persona tiene derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y los de su familia, especialmente por la alimentación, el vestido, el domicilio, los cuidados médicos y los servicios sociales necesarios. También en el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales²²⁶, encontramos en su art. 12.1, el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.

²²³ Font recoge la cita de sentencias sobre el valor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como la de 17 de julio de 2014, Ass. C-142/12 y C-372/12, en la que se declara que el Derecho a la Buena administración, del art. 41, solo se aplica a las Instituciones de la UE y no a los Estados, por lo que no es invocable ante las autoridades nacionales; y en el mismo sentido se cita la STS español de 16 de febrero de 2015, que recoge la jurisprudencia contenida en la STJUE de 18 de julio de 2014, As. C-56/13, en relación a la invocación del art.17 de la Carta, sobre el Derecho de Propiedad, de que no puede ser invocado ni aplicado, a situaciones jurídicas no reguladas por el propio Derecho de la Unión.

²²⁴ Aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, con Instrumento de Ratificación de España, de 29 de septiembre de 1979, publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979.

²²⁵ Aprobada por Resolución 217 A (iii) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, e integrada en el ordenamiento jurídico español, a través del art. 10.2 CE.

²²⁶ Aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966, con Instrumento de Ratificación por España, de 13 de abril de 1977, publicado en el BOE de 30 de abril de 1977.

TESI DOCTORAL

Finalmente, en la Carta Social europea²²⁷ encontramos el art. 11 dedicado de forma específica a la protección de la salud, en el que se destaca, como fin de los Estados, que asumirán de forma directa o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, la adopción de medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo de derecho a la protección de la salud, estableciendo, entre otras medidas, servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. Dicho derecho se complementa con un catálogo de derechos vinculados de forma directa, como la previsión del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, en el art. 3; del derecho a la Seguridad Social en el art. 12, del derecho a la asistencia social y médica, en el art. 13; del derecho a los beneficios de los servicios sociales, en el art. 14; del derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, en el art. 16; o del derecho de las madres y los niños a una protección social y económica, en el art. 17.

Respecto a la indivisibilidad e interconexión de los derechos humanos, la ONU ha establecido una doctrina que contempla su necesaria indivisibilidad, y su imprescindible interconexión, en la Declaración y Programa de Acción de Viena²²⁸, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 25 de junio de 1993, según la cual todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, teniendo en cuenta que la comunidad internacional debe tratar los

²²⁷ Aprobada por el Consejo de Europa y abierta a la firma en Turín el 18 de octubre de 1961, con Instrumento de Ratificación por España de 29 de abril de 1980, publicado en el BOE el 16 de junio de 1980.

TESI DOCTORAL

derechos humanos de forma global y de forma justa y equitativa, en pie de igualdad y dando a todos el mismo peso.

Debe tenerse en cuenta que en el Capítulo II, Título Primero se encuentran los derechos y libertades fundamentales de los españoles y el constituyente entendió que estos solo son los derechos civiles y políticos clásicos, excluyendo de esta categoría a los derechos sociales y, entre ellos, al derecho a la protección de la salud. En cambio sí incluyó como derecho fundamental, un derecho social, como el derecho a la educación (art. 27). Pero la realidad es que la mayoría de los derechos sociales se encuentran recogidos en el Capítulo Tercero del Título Primero "De los principios rectores de la política social y económica". Es decir, el derecho a la salud, a pesar de su denominación -derecho a la protección de la salud- no se configura en la CE como un derecho fundamental, sino como un principio rector de la política social.

Martínez de Pisón (2006: 130), con cuya tesis coincidimos, postula que el derecho a la salud es un «derecho social esencial», y lo motiva siguiendo a Norberto Bobbio, en que los derechos humanos reconocidos en el Derecho Internacional, a partir de Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, no precisan de mayor justificación, sino de establecerse su régimen de protección y garantías.

²²⁸ Aprobada el 25 de junio de 1993, por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Vasak (1977)²²⁹, postula que el fin último de cuantos detentan el poder público debe ser siempre la protección del individuo y de todos los grupos humanos, sin discriminación de ningún género. A partir de dicho postulado clasifica los derechos fundamentales en tres generaciones, considerando que los derechos de igualdad, que integran los derechos económicos, sociales y culturales, corresponden a la segunda generación de derechos, dentro de la clasificación que efectuó, y surgen con la revolución industrial y las luchas obreras del siglo XIX. Encuentra su fundamento en las ideas de igualdad y garantía en el acceso a bienes, servicios y oportunidades económicas y sociales fundamentales, e

²²⁹ La relevancia de la propuesta efectuada por este jurista francés sobre las tres generaciones de derechos, lo es por el cargo que ocupó como director de la División de los Derechos Humanos y de la Paz, de la Unesco, en cuya Revista publicó dicha teoría, que se sigue manteniendo desde una idea ordenadora de los derechos fundamentales. Dicha tesis ha sido criticada por algunos juristas y politólogos desde diferentes aspectos, como se da cuenta en https://www.openglobalrights.org/Dejemos_descansar_en_paz_a_la_teoría_de_las_tres_generaciones_de_derechos_humanos. El hecho de la utilización generalizada de esta categorización analítica que clasifica los derechos humanos en generaciones, y que la misma se presentara en la Conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos, realizada en Estrasburgo, en 1979, nos ha llevado a hacer referencia de ella en este estudio. En la primera generación de derechos, se encontrarían los derechos individuales que se corresponden con los derechos civiles y políticos, que surgen con la Ilustración, el proceso revolucionario de independencia de las colonias británicas en América del Nortes, y la Revolución francesa, y se basan en el derecho a oponerse al Estado, caracterizándose por imponer al Estado la obligación de respetar ciertas obligaciones hacia los ciudadanos, incluyéndose el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad e igualdad ante la Ley, o la prohibición de la tortura, entre otros. Y en la tercera generación de derechos, se encontrarían los derechos colectivos, de solidaridad o emergentes, que surgen a partir de la segunda mitad del siglo XX y especialmente en el último tercio del siglo, integran los derechos colectivos de las personas o la sociedad, como el derecho al desarrollo sostenible, el derecho a la paz, al medio ambiente, los derechos de los consumidores o la protección ante la manipulación genética, considerándose que la aparición de estos derechos se debe a la necesidad de cooperación entre grupos y Estados para afrontar problemas globales. Ante esta clasificación, el jurista constitucionalista Brasileño, Paulo Bonavides, enunció una cuarta generación de derechos, que integrarían el derecho a la democracia, a la información y al pluralismo, y los relacionados con el desarrollo tecnológico, con las tecnologías de la información y la comunicación, con la protección digital y con el ciberespacio.

TESI DOCTORAL

implicaba el derecho a exigir al Estado la satisfacción de algunas de las necesidades materiales de los ciudadanos.

En esta segunda generación de derechos se encontraría el de una adecuada calidad de vida o el derecho a la salud y a la educación, entre otros. La Constitución española, en su Preámbulo proclama la voluntad de la Nación española de “asegurar a todos una digna calidad de vida”. Sobre dicha manifestación, Pemán (1989: 176, 196-197) analiza la noción de “uniformidad de las condiciones de vida”, y si debe tener o no relevancia jurídica como principio constitucional en el Estado de las autonomías. Se postula contrario a la prevalencia de un principio de uniformidad en todas las circunstancias que confluyen sobre la calidad de vida, como inadecuado en el Estado de las autonomías.

Ante el estudio comparativo que realiza del derecho y jurisprudencia alemanes, dicho autor parte de que en ese modelo de Estado, las condiciones uniformes de vida en todo el territorio federal, se refieren “tanto al *status* jurídico de los ciudadanos como, en general, a las diversas prestaciones y servicios públicos que se demandan, o incluso a aspectos no englobados en la esfera de acción del poder público. Esta tendencia social y política se traduce en particular en que no se acepte que de la estructura federal de la nación puedan derivarse diferencias sustanciales en el status jurídico de los ciudadanos o en los servicios y prestaciones que se reciben del Estado.”

En nuestro ordenamiento jurídico español, nos dice Pemán citando la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, en relación con la enseñanza, y la 137/1986, de 6 de noviembre, sobre la Ley vasca de Ikastolas, se ha admitido “la posibilidad de existencia de un espacio propio para la

TESI DOCTORAL

legislación autonómica”. A partir de dicha tesis, concluye que “debe prescindirse de la expresión «uniformidad de las condiciones de vida» para aludir a un principio o regla constitucional de nuestro sistema de las autonomías territoriales. Otra cosa distinta es obviamente que tal expresión se utilice desde una perspectiva no jurídica, como alusiva a una genérica tendencia social observable en nuestro país, o incluso a nivel internacional (por ejemplo, en el ámbito comunitario).”

Una vez he tratado la relevancia en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional del concepto de “calidad de vida”, y su vinculación necesaria con las condiciones de vida, siendo contraria a la distribución constitucional de competencias en un Estado compuesto como el español, una ordenación jurídica uniforme del Estado para garantizar dichas condiciones, existiendo el correspondiente espacio ordenador de las Comunidades autónomas, en virtud de su autonomía competencial, analizamos las obligaciones que generan en el Estado compuesto, el reconocimiento de los derechos civiles y políticos.

Martínez de Pisón (2006: 144-146), diferencia entre los derechos civiles y políticos centrados en la autonomía y la participación, que generan obligaciones negativas, de no intervenir por parte del Estado o de terceros, que tienen su origen en el Estado liberal y que responden a una concepción negativa de la libertad, en la que cada individuo tiene un espacio libre en el que intervenir sin que nadie pueda interferir; y los derechos sociales de carácter prestacional, que configuran el Estado social, como la protección de la salud, en los que se establecen obligaciones positivas, de hacer o actuar por parte del Estado, que debe intervenir mediante acciones de protección y asistencia

TESI DOCTORAL

social, respetando la autonomía del ciudadano. En el enfoque de obligaciones positivas de los Estados respecto a los derechos sociales de carácter prestacional, anudo, como he manifestado anteriormente la técnica del “nudge público” en la actuación de la Administración de carácter conductual, en la que la misma viene determinada por el enfoque de la Perspectiva cognitiva que se materializa en la Arquitectura de la elección, objeto de esta Tesis.

Nos encontramos con un derecho, el de protección de la salud, que se manifiesta en conexión con otros derechos, como el derecho a la integridad física. Conexión sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en una doctrina muy consolidada²³⁰, de la que merece destacarse el Auto de 30 de abril de 2020, en que se inadmitió a trámite un recurso de amparo, sobre el ejercicio del derecho de manifestación durante la vigencia del Estado de alarma motivado por la pandemia de la COVID-19, poniendo de manifiesto que el art. 15 CE, que recoge el derecho a la integridad física, y el 43 CE, que establece el derecho de protección de la salud, se encuentran tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado. Aún y así se podría entender que los derechos sociales, y el derecho a la salud entre ellos, se podrían identificar como derechos de prestación, o de crédito, puesto que su titular puede exigir a la Administración pública el cumplimiento de una prestación.

Lo relevante para el objeto de esta Tesis, es que a través de los derechos sociales y su reconocimiento constitucional, se obliga a la Administración a actuar en favor de la protección y de la asistencia social de los ciudadanos,

²³⁰ Entre otras, las sentencias 119/2001, de 24 de mayo; 5/2002, de 14 de enero; 62/2007, de 27 de marzo; 160/2007, de 2 de julio; o 37/2011, de 28 de marzo.

TESI DOCTORAL

como derechos de carácter prestacional que se caracterizan por generar obligaciones positivas, obligaciones de hacer o actuar por parte de la Administración. Ese carácter prestacional está presente en la regulación constitucional del derecho a la protección de la salud, cuando en el art. 43.2 CE, se establece la competencia y obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de diversas medidas que van desde la prevención, hasta la prestación de la asistencia sanitaria pública y la creación de los servicios necesarios. Considero que el derecho a la protección de la salud se encuentra directamente vinculado con la posibilidad de ser un ciudadano libre, en toda su intensidad, por lo que en una sociedad democrática comporta su reconocimiento como derecho esencial y establecer un régimen jurídico que ampare su protección. Vinculación que se puede medir a partir del concepto constitucional de «necesidades básicas», recogido en el art. 41 CE, parámetro para valorar los obstáculos económicos y sociales, reales, para el ejercicio de la libertad individual y que permite intervenir con los medios adecuados para su remoción. Martínez de Pisón (2006: 135), considera que el concepto de “necesidades básicas”, sobre el que se ha elaborado una teoría jurídica que configura el derecho a la salud como un derecho fundamental, instrumento de solidaridad y de cohesión social, está relacionado con hechos objetivos, en los que se puede constatar la existencia de carencias en un individuo y en su entorno, que inciden en la salud, en la alimentación, en la vivienda, o en la educación, cuando no superan un mínimo imprescindible para llevar una vida digna, lo cual se vincula con el valor constitucional de dignidad previsto en el art. 10.1 CE, y en ello se concentra la exigencia constitucional a los poderes públicos, que materializa una obligación positiva del Estado, prevista en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la

TESI DOCTORAL

igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, como manifestación del principio social que configura el Estado social y democrático de Derecho.

Obligación positiva que se convierte en una función pública que la Constitución atribuye a la Administración, resto de poderes públicos y entes del sector público, cuya finalidad es conseguir la efectividad de los derechos sociales que se materializan en la relación del individuo con su entorno y en sus condiciones de vida. Debiendo tenerse en cuenta que el art. 53.3 CE, prevé expresamente el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, si bien que sólo podrán ser alegados ante lo que dispongan las leyes que los desarrollen. La consideración de “función pública”, la vincula Cierco (2006: 1), en “la preocupación del Estado, en tanto que organización política de una sociedad, por la protección de la salud de su población (que) surge desde el preciso instante en que se constata la existencia de amenazas sanitarias que el individuo, de manera aislada, con sus propios recursos, es incapaz de afrontar con éxito../.. la función pública de protección de la salud colectiva ha consistido justamente en aportar medios colectivos para combatir esas amenazas”.

En dicho sentido y desde la previsión constitucional, el derecho a la protección de la salud tendría un valor programático, que orienta la actuación del legislador y de los poderes públicos, pero sin constituir un derecho público subjetivo, con el carácter que se atribuye por la Constitución a los Derechos reconocidos como Fundamentales, con un régimen de protección de exigibilidad reforzada en el amparo en la jurisdicción constitucional o tutela

TESI DOCTORAL

especial en la jurisdicción ordinaria, que sí lo tendrá cuando la afectación al derecho a la protección de la salud por la acción o inacción de la Administración, incida directamente en una afectación al derecho a la integridad física o a la vida, como ha manifestado el Tribunal Constitucional en sentencia de 24 de mayo de 2001, que conoce de un supuesto de pasividad de la Administración ante el ruido, que nos sitúa claramente en la faceta típica del derecho a la protección de la salud conectado directamente al derecho a la integridad física y moral, un derecho de prestación que requiere actuaciones positivas de los poderes públicos, al señalarse que "cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido pone en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral" (FJ 6).

Dicha obligación positiva del Estado en materia de protección del derecho a la salud, se ha positivizado en el art. 1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuando establece el marco jurídico en el que se desarrollará cualquier tipo de actuación de la Administración pública, comprendiendo las que puedan ser manifestación del derecho indicativo, al diseñarse la Arquitectura de la elección en la que se contemplará la utilización de la técnica del "nudge público", previendo un resultado a conseguir por los individuos, cuando se utiliza el concepto de "que la población alcance y mantenga", así como la intervención pública mediante la colaboración público-privada, al establecerse el objetivo de conseguir el mayor nivel de salud posible, tanto en la esfera individual como en la colectiva, dirigido a los poderes públicos, las empresas y las organizaciones ciudadanas. Dicho artículo prevé "Esta ley tiene por objeto establecer las bases para que la población alcance y

TESI DOCTORAL

mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y en general actuaciones de toda índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva. La salud pública es el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales.”

Como «derecho social esencial», es un instrumento de solidaridad y de cohesión social²³¹, y en dicho sentido, Font (2016: 191) establece su categorización cuando manifiesta que “a partir de la configuración constitucional de un Estado social que garantiza prestaciones y derechos sociales a sus ciudadanos, el artículo 43 proclama el derecho a la salud y ya atribuye a los poderes públicos la responsabilidad de organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y los servicios necesarios al respecto. Entre las características de la ordenación constitucional, destaca que se trata de un derecho de todos, lo que remite al *status* de ciudadanía, no de nacionalidad, sin una referencia a requisitos de filiación, en la lógica de ir hacia la universalización del derecho”. Dicho autor refiriéndose a los servicios de salud y de asistencia sanitaria como servicios de interés general en su concepción en el Derecho de la Unión, destaca que en su organización y prestación priman los criterios de solidaridad y cohesión social,

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

debiendo responder a principios de universalidad, igualdad de acceso y equidad, continuidad en la prestación transparencia y calidad.

Principios que en el ordenamiento jurídico español, se han contemplado y definido con un mayor alcance, en el art. 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, a los que se sujetará la actuación de las Administraciones públicas y de los sujetos privados, en sus actuaciones de salud pública y en sus acciones sobre la salud colectiva, los cuales se reproducen a continuación:

a) **Principio de equidad.** Las políticas, planes y programas que tengan impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud e incorporarán acciones sobre sus condicionantes sociales, incluyendo objetivos específicos al respecto. Se considerará la equidad en todos los informes públicos que tengan un impacto significativo en la salud de la población. Igualmente, las actuaciones en materia de salud pública incorporarán la perspectiva de género y prestarán atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad.

b) **Principio de salud en todas las políticas.** Las actuaciones de salud pública tendrán en cuenta las políticas de carácter no sanitario que influyen en la salud de la población, promoviendo las que favorezcan los entornos saludables y disuadiendo, en su caso, de aquellas que supongan riesgos para la salud. Asimismo, las políticas públicas que incidan sobre la salud valorarán

²³¹ Martínez Pisón (2006: 130 y 135).

TESI DOCTORAL

esta circunstancia conciliando sus objetivos con la protección y mejora de la salud.

c) **Principio de pertinencia.** Las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad.

d) **Principio de precaución.** La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran.

e) **Principio de evaluación.** Las actuaciones de salud pública deben evaluarse en su funcionamiento y resultados, con una periodicidad acorde al carácter de la acción implantada.

f) **Principio de transparencia.** Las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos.

g) **Principio de integralidad.** Las actuaciones de salud pública deberán organizarse y desarrollarse dentro de la concepción integral del sistema sanitario.

TESI DOCTORAL

h) **Principio de seguridad.** Las actuaciones en materia de salud pública se llevarán a cabo previa constatación de su seguridad en términos de salud.

Los principios recogidos en la ley General de salud pública son de aplicación respecto a la actuación de la Administración en la materialización del derecho de protección a la salud, y como consecuencia de ellos se proyectan en el derecho a una alimentación saludable, objeto de esta Tesis. Por dicho motivo los he tenido en cuenta en la elaboración de las Directrices que orientan dicha actuación desde la Perspectiva cognitiva, en la intervención administrativa mediante la Arquitectura de la elección. No considero que exista entre ellos un grado de prevalencia, puesto que se complementan para poder materializar el derecho a la protección de la salud, en su proyección respecto al derecho a una alimentación saludable, en cuanto a que cada uno de ellos se despliega en toda su intensidad, para garantizar el derecho a la salud humana.

La proyección del derecho a la protección de la salud sobre el derecho a una alimentación saludable, la encontramos en el ordenamiento jurídico español positivizada en el Capítulo VII de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad alimentaria y Nutrición, sobre alimentación saludable, actividad física y prevención de la obesidad. Su categorización como derecho humano a una alimentación adecuada y a no padecer hambre, se deriva del sistema internacional de Derechos Humanos, contenido en los diferentes Tratados aprobados por las Naciones Unidas, recogándose expresamente en el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²³²,

²³² Hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977, publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

TESI DOCTORAL

cuando prevé que se reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Parisio (2015: 103) considera que “la alimentación no es una mera *res* que deba circular libremente por los países europeos y extra-comunitarios. Por el contrario, es la expresión de nuestro patrimonio cultural que debe ser salvaguardado y mejorado, en cumplimiento del art. 3 del Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”²³³. Se fundamenta asimismo en los principios recogidos en la Carta de Milán, firmada por los países asistentes a la Exposición Universal de Milán, celebrada del 1 de mayo al 31 de octubre de 2015. En dicha Carta se reconoce el importante valor social y cultural de la alimentación, que no debe ser utilizada como un instrumento de presión política o económica, vinculándola a la biodiversidad y la sostenibilidad. Dicha autora destaca la importancia de las comunidades locales en la producción y utilización de los recursos naturales, así como respecto a su protección para las generaciones futuras, que nos concierne a todos, mediante una utilización racional y sostenible.

Naciones Unidas ha establecido el marco jurídico y conceptual del derecho a una alimentación adecuada, a partir del contenido normativo del art. 11, apartados 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

²³³ Publicado el Texto consolidado en el BOE núm. 83, de 30 de marzo de 2010. El apartado 3 de su art. 3, prevé, entre otras obligaciones de la Unión, que “la Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo”.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Culturales, estableciendo en los Apartados 4 y 6 de la Observación General²³⁴
núm. 12:

4. El derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos.

6. El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre tal como se dispone en el párrafo 2 del artículo 11, incluso en caso de desastre natural o de otra índole.

En el marco de la Observación General núm. 12, por parte del Relator especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, se ha definido el derecho a una alimentación adecuada como “el derecho a tener acceso regular, permanente y sin restricciones a la alimentación, ya sea directamente o a través de la compra, a un nivel suficiente y adecuado, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a la que el consumidor pertenece, y que garantice una vida

²³⁴ En el 20º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de Naciones Unidas, celebrado en Ginebra del 26 de abril al 14 de mayo de 1999, se aprobó la

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

psíquica y física, individual y colectiva, satisfactoria, digna y libre de temor”²³⁵.
Integrando dicho concepto en el del derecho a una vida adecuada, Asbjørn
Eide²³⁶ considera que:

El derecho a un nivel de vida adecuado resume la preocupación subyacente en los derechos económicos y sociales, que es integrar a todos en una sociedad humana. Este derecho está estrechamente vinculado al principio orientador de todo el sistema de derechos humanos de que los individuos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y deben comportarse fraternalmente los unos con los otros (art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos humanos). La idea general de una alimentación adecuada puede descomponerse en varios elementos: la oferta de alimentos debe ser adecuada, lo que significa que los tipos de alimentos comúnmente disponibles (nacionalmente, en los mercados locales y, en definitiva, en los hogares) deben ser culturalmente aceptables (es decir, ajustarse a la cultura alimentaria o dietética existente); la oferta disponible debe cubrir todas las necesidades nutricionales generales desde el punto de vista de la cantidad (energía) y la calidad (proporcionar todos los nutrientes esenciales, como vitaminas y iodo); y, por último, aunque no en orden de importancia, los alimentos deben ser seguros (sin elementos tóxicos o contaminantes) y de buena calidad (por ejemplo, en lo que se refiere al gusto y la textura). La Declaración (Universal) prevé que todas las personas del mundo deben disfrutar de los derechos que contiene. Esos derechos debían ser incorporados a la cultura jurídica, administrativa y política de los países, mediante un reconocimiento seguido por su aplicación en el Derecho y la administración nacionales, incluidas las reformas políticas y sociales necesarias.

Observación general núm. 12, “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

²³⁵ Definición del Relator especial para el Derecho a la alimentación, que se recoge en la web de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas: *ACNUDH / Acerca del derecho a la alimentación y los derechos humanos* (<https://www.ohchr.org>)

²³⁶ Asbjørn Eide, Relator Especial encargado de examinar la cuestión del derecho a una alimentación suficiente como derecho humano, Subcomisión de las Naciones Unidas sobre Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, consultable en: *El derecho a la*

TESI DOCTORAL

En dicho sentido, y como técnica de “soft law” o derecho indicativo, la Carta Europea Contra la Obesidad, aprobada por la Conferencia Ministerial Europea de la Organización Mundial de la Salud contra la Obesidad²³⁷, pretende dar respuesta al desafío que la epidemia de la obesidad plantea para la salud y el impacto de la alimentación en la desigualdad, en el disfrute de los derechos, en la economía y en el desarrollo social. En su Apartado 1.3 se establece el vínculo existente entre la obesidad y su grave afectación a la economía y al desarrollo social, poniéndose de manifiesto que “La obesidad y el exceso de peso en los adultos son responsables de hasta un 6% del gasto en atención sanitaria en la Región Europea; además, generan costes indirectos (debido a la pérdida de vidas, de productividad y de ingresos relacionados), que son, por lo menos, dos veces más cuantiosos. El exceso de peso y la obesidad afectan principalmente a las personas de los grupos socioeconómicos más bajos y esto, a su vez, contribuye a aumentar las desigualdades de salud y de otros tipos”. Encontrándose los motivos en la reducción de la actividad física y la modificación de los patrones alimentarios, incluyendo un mayor consumo de alimentos y bebidas de alto contenido energético y bajo poder nutritivo (que contienen un elevado porcentaje de grasas saturadas, grasa total, sal y azúcares), junto con un consumo insuficiente de frutas y verduras, lo que ha provocado un desequilibrio energético en la población.

La orientación que se recoge en la Carta para revertir la situación se contempla en su Apartado 2.1, y se orienta, entre otras medidas, al reconocimiento del derecho a una alimentación saludable, a partir de la adopción de medidas por

alimentación El derecho humano a una alimentación adecuada y a no padecer hambre (<https://www.fao.org>).

TESI DOCTORAL

los poderes públicos que incidan de forma estructural en sus sociedades y en sus individuos sobre los estilos de vida, condicionados por factores sociales, económicos y medioambientales, incitando el establecimiento de estilos de vida saludables, vinculados a la alimentación y a la actividad física, en los que los objetivos relacionados con la salud están en consonancia con los de la economía, la sociedad y la cultura, y donde las opciones saludables resulten más accesibles y sencillas para las personas.

Como se puede observar, se respeta la libre elección de los ciudadanos, estableciéndose la intervención pública mediante el diseño de la Arquitectura de las elecciones, que debe permitir que las opciones saludables sean accesibles y fáciles de elegir, sencillas. Aspecto que se refuerza en el Apartado 2.3.3, cuando se establece que “Hay que encontrar un equilibrio entre la responsabilidad de las personas y la de los gobiernos y la sociedad. No resulta admisible responsabilizar exclusivamente a las personas de su obesidad”, destacándose la colaboración público-privada, en sus Apartados 2.3.5 y 2.4, al considerarse de carácter esencial que se establezcan asociaciones entre todas las partes interesadas, como el Gobierno, la sociedad civil, el sector privado, las redes profesionales, los medios de comunicación y las organizaciones internacionales, a todos los niveles (nacional, subnacional y local), apoyando y alentando a las personas a asumir responsabilidades, aprovechando activamente las posibilidades que se les ofrecen, así como mediante la aprobación de leyes y reglamentos, el diseño y promoción de medidas de prevención, fomentando la concienciación ciudadana, orientando la construcción de un entorno más sano, y la promoción de opciones saludables, también en el ámbito laboral.

²³⁷ Conferencia celebrada en Estambul (Turquía), entre el 15 y el 17 de noviembre de 2006.

TESI DOCTORAL

En el Apartado 2.4.9 se recogen una serie de medidas que se consideran acciones preventivas esenciales, en aplicación del principio de precaución ante el riesgo que supone para la salud el sobrepeso y la obesidad, en los términos en que se definen en dicha Carta, entre las que destacaríamos por su vinculación directa con el objeto de la Tesis, el “garantizar la disponibilidad de opciones alimentarias más sanas y el acceso a las mismas, incluyendo frutas y verduras; medidas económicas que faciliten elecciones dietéticas más saludables; reducción de las grasas, los azúcares libres (sobre todo, los añadidos) y la sal en productos transformados; adecuado etiquetado nutricional; provisión de alimentos más sanos, oportunidades para la actividad física diaria y formación sobre nutrición y educación física en la escuela; ayudar y motivar a la gente a adoptar mejores hábitos alimentarios y de actividad física en el lugar de trabajo; desarrollar y mejorar las guías nacionales en materia de alimentación y de actividad física; y promover el cambio de comportamiento en cuestiones de salud, adaptado individualmente”. Asimismo, se recogen políticas satisfactorias de las medidas anteriores, que han favorecido el consumo de alimentos más sanos y niveles de actividad física, que concretan en “programas para ofrecer fruta gratuita en la escuela; fijación de precios asequibles para los alimentos más sanos; mejora del acceso a los alimentos más sanos en los lugares de trabajo y en zonas de escasez socioeconómica”, entre otras.

El otro referente de “soft law” o derecho indicativo, lo encontramos en el Libro Blanco sobre la Estrategia europea sobre problemas de salud relacionados con la alimentación, el sobrepeso y la obesidad, aprobado por la Comisión

TESI DOCTORAL

COM(2007) 279 final, el 30 de mayo de 2007. En dicha Estrategia se destaca la relevancia de la información para la adopción de buenas decisiones para la salud en la toma de decisiones sobre alimentos y bebidas por parte de los consumidores, estableciéndose en la 4, relativa a consumidores mejor informados, los criterios que debe regir la actuación de la Administración sobre los parámetros de una información adecuada, clara, sencilla, visible en el etiquetado nutricional que facilite la elección entre diferentes opciones por parte del consumidor, teniendo en cuenta la incidencia que sobre dicho proceso tiene el entorno físico e informacional del mismo:

Los conocimientos, las preferencias y los comportamientos de una persona, por ejemplo los relacionados con el estilo de vida y los hábitos alimentarios, se fraguan en su entorno: por un lado, al acceder a información clara, coherente y contrastada cuando compra los alimentos y, por otro, al estar en contacto con un entorno informativo más amplio, determinado a su vez por factores culturales, tales como la publicidad u otros medios de comunicación.

La Comisión está trabajando para desarrollar estos dos aspectos. El etiquetado nutricional es un medio de información de los consumidores que contribuye a la adopción de decisiones buenas para la salud al comprar los alimentos y las bebidas. La Comisión está revisando actualmente la legislación sobre el etiquetado nutricional para proponer al Parlamento y al Consejo que se potencie como medio de información de los consumidores. Tras una consulta sobre el etiquetado realizada en la primavera de 2006²³⁸, la Comisión está estudiando las opciones en materia de etiquetado nutricional. Entre las cuestiones analizadas figuran la posible introducción del etiquetado obligatorio, el número de nutrientes que deben figurar en la etiqueta y la regulación del etiquetado en la parte frontal del embalaje (etiquetado simplificado).

²³⁸ *Labelling: competitiveness, consumer information and better regulation for the EU* (Etiquetado: competitividad, información al consumidor y mejora de la legislación de la UE). Documento de consulta de la DG SANCO. Febrero de 2006.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Finalmente, se da gran relevancia a la colaboración público-privada mediante la autorregulación²³⁹, sobre la que deben establecerse sistemas que permitan hacer un seguimiento de la adhesión a los códigos acordados. Considerándose necesario que los Estados miembros consoliden los sistemas de autorregulación y los orienten hacia el modelo de buenas prácticas. Sobre la autorregulación, Bombillar²⁴⁰ cuestiona su efectividad, cuando con el sector correspondiente no se acuerden los criterios cuya finalidad pública se pretende conseguir.

España ha materializado sus obligaciones en el desarrollo normativo del derecho a una alimentación saludable, en la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición. En el art. 3, se establece la Estrategia NAOS, de la Nutrición, Actividad física y prevención de la Obesidad, para fomentar una alimentación saludable y promover la práctica de actividad física, con el fin de invertir la tendencia ascendente de la prevalencia de la obesidad y, con ello, reducir sustancialmente la morbilidad y mortalidad atribuible a las

²³⁹ Darnaculleta (2002), en su Tesis doctoral dirigida por el catedrático de Derecho Administrativo José Esteve Pardo, realiza un análisis que ha sido todo un referente en la doctrina administrativa, sobre las normas y los controles privados que poseen relevancia para el Derecho público. Un análisis de la normativa y jurisprudencia española y de la Unión europea, le lleva a considerar que se asimila la "autorregulación" con la capacidad de autonormación de un sujeto, siendo el derecho comunitario el que recoge la autorregulación como una alternativa o un complemento a la desreglamentación estatal y como una manifestación de un traslado de funciones y responsabilidades públicas a la sociedad. Considera que los principios que rigen la actividad administrativa deberían ser aplicados también a la autorregulación en aquellos casos en los que sus diversas manifestaciones poseen efectos similares a los que son propios de los reglamentos, las inspecciones o las sanciones administrativas.

²⁴⁰ Así lo puso de manifiesto el profesor de Derecho administrativo, de la Universidad de Granada, Francisco Miguel Bombillar Sáenz, en el Seminario sobre "Compra pública alimentaria sostenible", organizado por la sección departamental de Derecho Administrativo, de la Universidad de Barcelona y Justicia alimentaria, el 15 de junio de 2022, en Barcelona.

TESI DOCTORAL

enfermedades no transmisibles asociadas a ella, en la que se implica a todas las Administraciones públicas de carácter territorial, así como a los operadores económicos y los agentes sociales. En dicho artículo también se contempla como uno de sus objetivos, abarcar todas las etapas de la vida de las personas, aunque priorizará las medidas dirigidas a la infancia, adolescencia y a las mujeres gestantes, y prestará especial atención a las necesidades de los grupos socioeconómicos más vulnerables, con el fin de reducir y evitar las desigualdades en alimentación, actividad física, obesidad y salud.

Se reconoce asimismo, en dicho artículo, como medida de estímulo o fomento, el establecimiento de unos premios NAOS, que tienen una periodicidad anual, que contarán en todo caso, entre sus categorías, debido a sus características especiales, con premios en el ámbito escolar, tanto para la promoción de una alimentación saludable, como para la práctica de actividad física. Dichos premios se regularon inicialmente por Orden del Ministerio de Sanidad, y a partir del 2010, por Resolución de la Dirección de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición. Se aprueba cada año que se convocan, siendo el primero regulado por la Orden SCO/2647/2007, de 28 de agosto, por la que se instituyen y convocan los «Premios Estrategia NAOS», en el que se establecieron diferentes modalidades de Premios para diferentes ámbitos, que se han ido modificando. A partir de la convocatoria de 2009, se previeron de forma diferenciada, uno a la promoción de una alimentación saludable en el ámbito familiar y comunitario, y otro a la promoción de una alimentación saludable en el ámbito escolar. Además, desde el Ministerio de Educación, mediante la Orden ECD/2475/2015, de 19 de noviembre, se crea el distintivo de calidad de centros docentes “Sello Vida Saludable”, que se otorga para el reconocimiento público de los centros docentes, tanto públicos como privados

TESI DOCTORAL

sostenidos con fondos públicos y privados, que fomenten el aprendizaje de la salud en el ámbito educativo, así como la asunción de prácticas de vida saludable y una educación física que permita el adecuado desarrollo personal y social a lo largo de la escolarización de los alumnos.

Las actuaciones descritas responden a la previsión contemplada en la normativa internacional y directrices de “soft law” o derecho indicativo, adoptadas por Organismos internacionales o las Instituciones de la Unión europea, para materializar en nuestro ordenamiento jurídico y en la actuación de la Administración pública, el derecho a la salud y su proyección en el derecho a una alimentación saludable, con medidas orientadas desde el ejercicio de la función constitucional de ilustración, a la educación y conocimiento adecuados por parte de los individuos, para poder escoger, desde el ejercicio del derecho de autodirección informativa, opciones nutricionales que sean beneficiosas para su salud, lo que comportará una adecuada protección del interés público en la protección de un derecho social esencial y de carácter público global, desde los planos sanitario, económico y social. En dicho sentido se pronuncia la LGSP en su art. 3, como destacábamos en las Cuestiones preliminares, cuando establece los principios generales de acción en salud pública, teniendo en cuenta la voluntariedad del individuo, contemplando en su apartado b) el “Principio de salud en todas las políticas. Las actuaciones de salud pública tendrán en cuenta las políticas de carácter no sanitario que influyen en la salud de la población, promoviendo las que favorezcan los entornos saludables y disuadiendo, en su caso, de aquellas que supongan riesgos para la salud. Asimismo, las políticas públicas que incidan sobre la salud valorarán esta circunstancia conciliando sus objetivos

TESI DOCTORAL

con la protección y mejora de la salud.” Principio que como se recoge en el Preámbulo de dicha Ley, responde a un concepto de “salud, definida como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, (que) proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar. Por ser autónoma, la salud reconoce la libertad de escoger siendo consciente de las consecuencias, para lo cual hay que proporcionar una educación que asegure la capacidad crítica, la posibilidad de madurez democrática y participativa. Al fin y al cabo, educación y salud conforman parte de la materia prima que sustenta una sociedad democrática. Ambas se relacionan íntimamente y facilitan el deseable bienestar social y el necesario desarrollo económico sostenible”.

Ese vínculo entre salud y educación, anuda en el conocimiento, la capacidad de adopción de decisiones informadas mediante un proceso de elección reflexivo, que se encentra en la esencia de una sociedad democrática.

Su análisis desde las obligaciones de actuación de la Administración respecto a la “protección del derecho”, como nos indica Pemán (2005: 53), en una expresión de Bergson, acogida por quien fue Defensor del pueblo en España y catedrático de Filosofía del Derecho, Joaquín Ruiz-Giménez, requiere un “«suplemento del alma», una especial atención desde el punto de vista de la «individualización, la dignidad y la humanidad en el trato a los pacientes y sus familiares»” (art. 4.f) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación sanitaria de Canarias, frase que se recoge entre los principios de organización y funcionamiento del sistema).

TESI DOCTORAL

b. La exigibilidad del derecho a una alimentación saludable, a partir de las obligaciones de los Estados en relación al derecho a la protección de la salud.

La exigibilidad del derecho a una alimentación saludable es el resultado de una evolución jurisprudencial en función de las obligaciones asumidas por los Estados a través de diversos acuerdos internacionales, como se procede a explicar en este apartado. A partir de la doctrina y de resoluciones jurisprudenciales que si bien son escasas, se ha establecido una clara doctrina jurisprudencial en relación al incumplimiento de dichas obligaciones, que abre una oportunidad jurídica para la materialización y exigibilidad de la efectividad de un derecho reconocido en instrumentos internacionales.

Respecto a la efectividad de los derechos y su exigibilidad, Martínez Pisón (2006: 137), considera “que los derechos sociales tengan fuerza normativa y que sean exigibles son dos cuestiones distintas, aunque estrechamente vinculadas. En ambos casos, estamos también ante dos cuestiones controvertidas. Con la primera, se trata de dilucidar si el derecho a la salud es un derecho vinculante y, en última instancia, cuál es el fundamento de esta vinculatoriedad. La exigibilidad de los derechos sociales remite a la posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas, si es que realmente generan alguna. La normatividad o vinculatoriedad, por tanto, precede a la exigibilidad, esto es, a la existencia de medios o procedimientos jurisdiccionales de reclamación. La pregunta sobre la normatividad del derecho a la salud es realmente un caso típico y particular de la controversia sobre la normatividad de los derechos sociales, de si éstos generan o no obligaciones.”

TESI DOCTORAL

Gallego (1994: 50), siguiendo la doctrina alemana, ya se pronunció en el sentido de que “los tradicionales derechos fundamentales del *status negativus*, las libertades públicas, tienen un evidente aspecto objetivo, son principios fundamentales del ordenamiento jurídico, y que el Estado ya no puede ser simple gendarme o espectador, sino que tiene la obligación de hacer posible el ejercicio de dichos derechos (art. 9.2 CE).” Con una tesis similar, pero desde el principio de igualdad y no discriminación, Rodríguez-Piñero y Fernández (1986: 332), en relación a las normas contenidas en algunos Tratados, consideran que “el hecho de que, aunque no se trate de normas de inmediata aplicación, no generen derechos subjetivos directos en los ciudadanos, no significa que el Estado esté menos obligado a adoptar estas medidas “inmediatas y eficaces” de promoción de la igualdad real”. Consideran que cuando nos encontramos ante preceptos que no son de aplicación inmediata y directa en la esfera interna, no se puede obviar que los mismos establezcan objetivos, medios y posibles áreas de acción del Estado, aunque el legislador nacional tenga un margen de opción en cuanto a los métodos que aplique.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido en su jurisprudencia, la existencia de obligaciones de los Estados en materia de protección de algunos derechos sociales de contenido prestacional²⁴¹. Teniendo en cuenta

²⁴¹ Algunos de los Asuntos sentenciados por el TEDH, en los que se reconocen obligaciones positivas de los Estados en materia de derechos sociales, en los que el Derecho a la salud se protege desde las violaciones de diferentes derechos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como el derecho a la vida del art. 2 del Convenio, el derecho a la protección de la vida familiar, del art. 8 del Convenio, o la prohibición de trato inhumano o degradante, del art. 3 del Convenio, los encontramos en: López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994, serie A no 303-C; La Parola y otros c. Italia (dec.), no 39712/98, 30 de noviembre de 2000; Zehnalova y Zehnal c. República Checa (dec.), no 38621/97, 14 de mayo de 2002; Roche c. Reino Unido [GS], no 32555/96, TEDH 2005-X, 19 de octubre de 2005;

TESI DOCTORAL

que la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de junio, reformó la Ley Orgánica del Poder judicial, incorporándole un art. 5.bis, por virtud del cual, se establecía en el ordenamiento jurídico español el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, contra sentencias judiciales firmes con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. Recurso de revisión que solo se prevé respecto de las sentencias dictadas por dicho Tribunal, no respecto a resoluciones de otros Organismos internacionales de los que España forma parte, al margen del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, respecto al cual nuestro ordenamiento jurídico procesal, en sus diferentes órdenes jurisdiccionales, contempla la cuestión prejudicial que se puede plantear por los diferentes órganos judiciales de oficio o a petición de una de las partes, o el recurso de anulación contra actuaciones de las Instituciones de la Unión que puedan afectar directamente a un particular persona física o jurídica.

La exigibilidad de un derecho ante una sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos humanos, en la que se reconoce la violación de su reconocimiento en el Tratado, por el incumplimiento del Estado de las obligaciones positivas que le imponen los Tratados internacionales, se ha

Tătar c. Rumanía, no 67021/01, 27 de enero de 2009; Marzari contra Itàlia, de 1999; Berktaş contra Turquía, de 2001; Nitecki contra Polonia, de 2001; Cavelli y Ciglio contra Italia, de 2002;

TESI DOCTORAL

reconocido, entre otras, en la sentencia Zehnalova y Zehnal c. República Checa (dec.), no 38621/97, 14 de mayo de 2002, que conoció sobre el incumplimiento de medidas de accesibilidad por parte de diferentes establecimientos públicos, en la que se ha establecido que el hecho de que un Estado incumpla de forma flagrante con el mínimo exigible de protección según los estándares internacionales aceptados, no impedirá que los Tribunales internacionales, y especialmente por la vinculatoriedad de sus sentencias, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede y debe obligarlo a adaptar su legislación y sus políticas a dichos estándares mínimos, puesto que la continua evolución de la sociedad europea requiere cada vez de mayores esfuerzos de los Gobiernos nacionales para hacer frente a los déficits de protección de los derechos sociales.

La proyección de la exigibilidad de los Derechos sociales reconocidos en Tratados internacionales o en Convenios válidamente celebrados, de los que España forma parte y que ha integrado en su ordenamiento jurídico mediante el Instrumento de la Ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado, se puede materializar, si no mediante la invocación directa del derecho ante los Tribunales, al no haber sido incorporado el mismo en norma con rango de Ley en nuestro ordenamiento, sí mediante la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado, en caso de existir un incumplimiento de las obligaciones positivas a las que se comprometió, si no hizo constar reserva alguna en el momento de su Ratificación, siempre que se den los elementos del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial. Para ello, se constituyen Comités, como gobernanza del Tratado, que velan sobre su cumplimiento por parte de

TESI DOCTORAL

los Estados, en cuya jurisdicción se deben agotar todas las posibilidades de tutela judicial, antes de acudir al Comité correspondiente. Es el caso del Instrumento de Ratificación, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴², con el que se faculta al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) para ejercer las funciones que se asignan en el mismo, que es velar por el respeto a los derechos recogidos en el Pacto, entre los que se encuentra el derecho a una alimentación adecuada (art. 11.1), el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre (art. 11.2), el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.1), y el derecho de toda persona a la educación, que debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, debiendo poderse capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre (art. 13.1). Estos derechos, recogidos en el Pacto, y cuya protección se garantiza por los Estados en primera instancia y en última instancia por el CDESC, son los derechos medulares que presiden la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración, del resto de los poderes públicos y entes del sector público, que debe orientar su actuación, de tal forma que se garanticen de una forma efectiva. En el ámbito objeto de esta Tesis, dicha protección se predica del derecho a la protección de la salud y su proyección en el derecho a una alimentación saludable y como tal, adecuada. En el art. 9.2 del Protocolo, se establece que “el Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las

²⁴² Hecho en Nueva York, el 10 de diciembre de 2008. Ratificado por España, en fecha 9 de julio de 2010m y publicado en el BOE, núm. 48, en fecha 25 de febrero de 2013.

TESI DOCTORAL

hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité”

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de julio de 2018, que conoce, en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, en una situación de discriminación a una mujer, reconocida por un Organismo internacional, que declaró que el Estado no actuó ante dicha discriminación, ni reconoció una indemnización por el resultado dañoso que se produjo, estableciendo en un Dictamen que se habían incumplido los derechos reconocidos en el Tratado internacional al que se refería, y debían repararse los daños derivados de dicho incumplimiento con una indemnización. Dicha sentencia se pronuncia en un recurso admitido a trámite por entenderse que existía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, contra una sentencia de la Audiencia Nacional que desestima una demanda de protección de derechos fundamentales que se fundamenta sustancialmente en un dictamen del Comité de la Convención internacional para la eliminación de toda discriminación contra la mujer (CEDAW), al cual había acudido la actora, cuando por los mismos hechos y por el mismo órgano jurisdiccional, la Audiencia Nacional, con anterioridad se había desestimado una demanda presentada por la misma actora, contra la desestimación presunta por parte de la Administración, de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, por la discriminación sufrida, por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, relativo a la autorización por los correspondientes órganos judiciales, de un régimen de visitas de una niña con sus progenitores, en los que no se tuvo en cuenta la oposición de la madre ante la emisión de diferentes informes técnicos, y tuvo

TESI DOCTORAL

como resultado el asesinato de la hija por su padre. La sentencia de la Audiencia Nacional, revisada en casación, entendió que no existió anormal funcionamiento de la Administración de Justicia aunque tuviera el fatal desenlace, pues las resoluciones judiciales se encontraban motivadas en los correspondientes informes técnicos, pero motivó su desestimación en que la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento jurídico español que posibilite dotar de eficacia ejecutiva a las recomendaciones de un Organismo internacional y la ausencia de mecanismos necesarios para la tutela eficaz de los derechos reconocidos en el Tratado internacional, no permitían exigir autónomamente el cumplimiento de sus Dictámenes, más allá de la posible revisión -por los cauces correspondientes- de la decisión del Estado español de denegar la reparación solicitada.

El Tribunal Supremo enjuicia la aplicabilidad directa de Dictámenes emitidos en virtud de los Tratados del Derecho internacional de los Derechos Humanos, cuando se contienen en tales Dictámenes recomendaciones dirigidas a las autoridades de un Estado miembro, a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en el Tratado. En el supuesto de la sentencia, se correspondía con un Dictamen emitido por el Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)²⁴³, estableciéndose, en relación a la vinculatoriedad de las Recomendaciones formuladas o emitidas en los dictámenes o Decisiones de dicho Comité, que la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las

²⁴³ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, en su acrónimo ingles. La Convención fue aprobada por Resolución de la Asamblea general de las Naciones Unidas 34/180, en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España

TESI DOCTORAL

recomendaciones de un Dictamen del Comité de la CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, con lo que el Tribunal Supremo no reconoce su ejecutoriedad. Pero, en cambio sí reconoce la vía de la responsabilidad patrimonial, dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, por lo que considera el alto Tribunal que es posible admitir que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse.

La argumentación jurídica que efectúa el Tribunal Supremo en la decisión que adopta, fijando doctrina casacional, motiva la tesis que planteamos en esta investigación de la tutela ante los Tribunales ordinarios de la vulneración de los derechos que se encuentran reconocidos en los Tratados internacionales ratificados por España e incorporados al ordenamiento jurídico, en cuanto a los daños que se puedan producir por el incumplimiento de las obligaciones positivas para los Estados que se deriva de ellos o de las resoluciones de “soft law” o derecho indicativo adoptadas por Organismos internacionales de los que

TESI DOCTORAL

formamos parte, cuando los tutelén, independientemente que no constituyan un título ejecutivo con el cual instar la tutela judicial ante los Tribunales, pero que permiten complementar de forma hermenéutica el régimen jurídico establecido en la normativa que configure el correspondiente derecho, formando el estándar mínimo y básico de los derechos reconocidos a toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los Tratados y Acuerdos internacionales, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce, como se establece en su art. 10.2.

Dicha argumentación jurídica se encuentra en el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia, que se transcribe por su relevancia en la tesis que se mantiene para destacar la efectividad y exigibilidad del derecho, y la protección que se le otorga en los Tratados internacionales válidamente celebrados por España, lo que comporta responsabilidad de la Administración en supuestos de incumplimiento. Si bien que es un Fundamento de una extensión importante, considero que aporta, por su solidez argumental y por ser la primera sentencia dictada por el Alto Tribunal español sobre dicho aspecto, la justificación por la que se garantiza la incorporación al ordenamiento jurídico español de la exigibilidad de las obligaciones positivas que figuran en los Tratados internacionales y que en relación al derecho a la protección de la salud y su proyección en el derecho a una alimentación saludable, motivan en esta Tesis, com he expuesto anteriormente, que dichas obligaciones positivas, también puedan realizarse mediante la actuación de la Administración, del resto de

TESI DOCTORAL

poderes públicos y de los entes del sector público, de carácter conductual, utilizando la técnica del "nudge público".

En primer lugar se analiza el efecto de la inexistencia de órganos establecidos en el Tratado internacional, de supervisión y control de la actuación de la Administración de los Estados, lo cual no impide su exigibilidad por los órganos administrativos y judiciales internos:

Lo primero que advertimos es (i) que La Convención no ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de las desviaciones que el Comité de la CEDAW pueda llegar a apreciar; (ii) que aunque ni La Convención ni El Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció La Convención y El Protocolo pues el artículo 24 de La Convención dispone que "los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención". A tal efecto deberán tomarse también en consideración las previsiones del artículo 7.4 del Protocolo Facultativo sobre que "El Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité", reforzado por el reconocimiento expreso de la competencia del Comité de la CEDAW del artículo 1 del propio Protocolo Facultativo, voluntariamente asumido por España.

En segundo lugar se analiza la integración de un Tratado internacional válidamente celebrado en el ordenamiento jurídico español, y los efectos jurídicos derivados de la lesión de los derechos y obligaciones reconocidos en

TESI DOCTORAL

el mismo, especialmente si afectan a derechos fundamentales, en cuanto a su interpretación y extensión a partir de las disposiciones recogidas en el Tratado:

En segundo lugar, tenemos que resaltar (i) que el Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que, por expresa previsión del artículo 96 de la Constitución Española, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado; (ii) que, por imponerlo así el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Ello tiene especial relevancia pues (i) nos encontramos ante una alegación o denuncia de vulneración de derechos fundamentales que se apoya en una declaración de un organismo internacional reconocido por España y que ha afirmado que el Estado español ha infringido concretos derechos de la recurrente que tenían amparo en La Convención, acordando medidas de reparación o resarcimiento en favor de la denunciante y medidas de actuación por parte de España; (ii) que la declaración del organismo internacional se ha producido en el seno de un procedimiento expresamente regulado, con garantías y con plena participación de España; y, (iii) el artículo 9.3 de la Constitución Española viene a afirmar que la Constitución garantiza, entre otros, el principio de legalidad y la jerarquía normativa, de manera que las obligaciones internacionales relativas a la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control cuya competencia ha aceptado España forman parte de nuestro ordenamiento interno, una vez recibidas en los términos del artículo 96 de la Norma Fundamental, y gozan de la jerarquía que tanto este artículo -rango supralegal- como el artículo 95 -rango infraconstitucional- les confieren.

En tercer lugar y como consecuencia de lo que acabamos de resaltar, afirmaremos que con arreglo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 245/1991, de 16 de diciembre y 91/2000, de 30 de marzo, consideramos que no hay obstáculo para que la lesión de diversos derechos reconocidos por La Convención y que declara el Dictamen del Comité de la CEDAW, pueda y deba ser un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los

TESI DOCTORAL

correspondientes derechos fundamentales del recurrente pues el contenido de aquéllos constituye parte también del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que amparan ese Comité, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española según su artículo 10.2 .

En cuarto lugar, en esa labor de interpretación e integración de los derechos fundamentales según la normativa internacional y el Dictamen del Comité de la CEDAW, hay que poner de relieve que la vulneración de derechos de La Convención declarada por el Comité de la CEDAW viene referida a la no adopción por los órganos del Estado español, en sus diversas esferas, órdenes e instancias, de las medidas necesarias y eficaces que evitasen la discriminación de la Sra. Adelina, partiendo de que la violencia contra la mujer que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos constituye un acto de discriminación tal y como la define el artículo 1 de La Convención. Es evidente que esta declaración, vinculante para España como Estado parte que ha reconocido, por la ratificación de los dos instrumentos internacionales, la competencia del Comité ex artículo 1 del Protocolo Facultativo, y el hecho de que España no haya acreditado la adopción de medidas reparadoras del derecho a no sufrir discriminación, representan o suponen el mantenimiento de la lesión de derechos reconocidos en La Convención, que es una violación especialmente cualificada y que viene referida a un principio jurídico universal reconocido por diversos textos internacionales como La Convención, a que venimos refiriéndonos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 - artículo 7-, el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 -artículo 14- y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -artículo 21-.

Nuestra labor, por tanto, es la de concretar si esa vulneración puede integrar la vulneración de derechos fundamentales invocados en la demanda y, evidentemente, si la sentencia aquí impugnada, como acto de un poder público español, al desestimar el recurso contencioso administrativo y mantener la conformidad a derecho de la actividad administrativa que se cuestionaba, ha lesionado tales derechos

TESI DOCTORAL

fundamentales. Y en este punto consideramos que la citada vulneración no sólo tiene evidente encaje en el artículo 14 de la Constitución Española -derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo-, pues durante años no se pusieron en marcha medidas que hiciesen efectivas en la práctica previsiones legales existentes y de manera que si pudiese reestablecer una igualdad rota en el seno familiar por los graves actos de discriminación sufridos por la recurrente, sino también en su artículo 24 -derecho a la tutela judicial efectiva- pues en los diversos procedimientos judiciales que revisaron la práctica administrativa no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada, todo ello con indudable y grave afectación de su dignidad humana y de su derecho a la integridad moral - artículo 15 de la Constitución Española - que, como derecho esencial y básico de toda persona, es la base ontológica que hace posible todos los demás.

En cuarto lugar se analiza la viabilidad de la exigibilidad, mediante una acción de responsabilidad patrimonial del Estado, estableciéndose como el medio efectivo de actuación por los particulares, motivándose el presupuesto de validez de dicha acción, en el hecho de que no se articulen los medios jurídicos necesarios que tutelen judicialmente el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado:

En quinto lugar, resulta así indudable que las especiales particularidades de la demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (i) no sólo debió merecer de la Administración General del Estado una consideración expresa, por demás impuesta por el artículo 42 de la Ley 30/1992 , dando cumplimiento a la obligación internacional y de Derecho interno, (ii) sino que se torna ya en el remedio efectivo último para controlar la alegada vulneración de derechos fundamentales invocada por la parte recurrente que, además, se presenta como permanente en el tiempo, no tanto por estar vinculada al fatal desenlace que ciertamente acaeció hace años, cuanto por no haber sido restaurada la lesión de derechos por la Administración tras la conclusión del Comité de la CEDAW.

En sexto lugar, afirmamos que el Dictamen del Comité de la CEDAW deberá ser tenido, en este caso y con sus particularidades, como

TESI DOCTORAL

presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado y al margen de la anterior ya denegada, ello en razón de que acredita junto con los hechos que se desprenden del expediente administrativo (i) la existencia de una lesión o daño real y efectivo, individualizado en la persona de la recurrente, que ella no estaba obligada a soportar, y que se produjo por la desprotección que ha soportado durante años ante una clara situación de discriminación, antes y después del fallecimiento de su hija, hecho que en sí mismo no puede ser valorado. Es un daño que no está integrado por el juicio de valor del órgano internacional aunque éste sirva para su constatación sobre la base de los hechos acaecidos, que está aún vigente pues la situación de desprotección de derechos no ha sido resarcida y que, además, es evaluable económicamente por venir representado (no sólo por el fallecimiento de su hija, que también, sino) por los daños de todo tipo que ha tenido que soportar como consecuencia de ello siendo víctima de violencia sobre la mujer que es, sin duda, el supuesto de mayor gravedad de desigualdad de la mujer en la sociedad actual, y no obtener nunca una protección de la Administración y una tutela judicial efectiva; (ii) un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como parte integrante del Estado al que imputa una negligente actuación en la protección de los derechos de la recurrente, que consideramos concurrente; (iii) la evidente relación entre la lesión antijurídica y la actuación del Estado, de la que forma parte la Administración de Justicia.

../. En quinto lugar, resulta así indudable que las especiales particularidades de la demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (i) no sólo debió merecer de la Administración General del Estado una consideración expresa, por demás impuesta por el artículo 42 de la Ley 30/1992, dando cumplimiento a la obligación internacional y de Derecho interno, (ii) sino que se torna ya en el remedio efectivo último para controlar la alegada vulneración de derechos fundamentales invocada por la parte recurrente que, además, se presenta como permanente en el tiempo, no tanto por estar vinculada al fatal desenlace que ciertamente acaeció hace años, cuanto por no haber sido restaurada la lesión de derechos por la Administración tras la conclusión del Comité de la CEDAW. En sexto lugar, afirmamos que el Dictamen del Comité de la CEDAW deberá ser tenido, en este caso y con sus particularidades, como presupuesto válido para formular una reclamación de

TESI DOCTORAL

responsabilidad patrimonial del Estado y al margen de la anterior ya denegada, ello en razón de que acredita junto con los hechos que se desprenden del expediente administrativo (i) la existencia de una lesión o daño real y efectivo, individualizado en la persona de la recurrente, que ella no estaba obligada a soportar, y que se produjo por la desprotección que ha soportado durante años ante una clara situación de discriminación, antes y después del fallecimiento de su hija, hecho que en sí mismo no puede ser valorado. Es un daño que no está integrado por el juicio de valor del órgano internacional aunque éste sirva para su constatación sobre la base de los hechos acaecidos, que está aún vigente pues la situación de desprotección de derechos no ha sido resarcida y que, además, es evaluable económicamente por venir representado (no sólo por el fallecimiento de su hija, que también, sino) por los daños de todo tipo que ha tenido que soportar como consecuencia de ello siendo víctima de violencia sobre la mujer que es, sin duda, el supuesto de mayor gravedad de desigualdad de la mujer en la sociedad actual, y no obtener nunca una protección de la Administración y una tutela judicial efectiva; (ii) un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como parte integrante del Estado al que imputa una negligente actuación en la protección de los derechos de la recurrente, que consideramos concurrente; (iii) la evidente relación entre la lesión antijurídica y la actuación del Estado, de la que forma parte la Administración de Justicia.

La posición del Tribunal Supremo se complementa con la mantenida pocos días antes por la misma Sala del Alto Tribunal, en relación con las obligaciones de cumplimiento de una Decisión adoptada por las Instituciones comunitarias, y su exigibilidad ante los tribunales ordinarios españoles. Aspecto diferenciado en cuanto a la exigibilidad de las obligaciones contenidas en un Tratado internacional, por el principio de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión, pero que analizo de forma comparativa, desde la propia exigibilidad ante los tribunales ordinarios, independientemente del recurso ante las propias Instituciones de la Unión. Dicha sentencia del Tribunal Supremo se dicta en fecha 9 de julio de 2018, y conoce de un recurso contra la desestimación

TESI DOCTORAL

presunta de un requerimiento por parte de una Asociación al Gobierno de España, ante la inaplicación por parte del Gobierno de la Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia. Decisión que regula en su artículo 5 el Procedimiento de reubicación. Sobre la misma se pronunció, declarándola conforme con el Derecho de la Unión, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, en los asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15, ante la impugnación realizada por determinados países miembros. En la sentencia del Tribunal Supremo, se pone de manifiesto que el Estado español no ha cumplido en su integridad las Decisiones comunitarias, Decisiones de carácter vinculante y obligatorio, como se desprende no sólo de su propia naturaleza jurídica sino de su propio contenido, destacándose que la existencia de graves dificultades administrativas para el cumplimiento de tales obligaciones, no puede constituir causa de exención de las mismas, cuando además no se justificaron y se preveían en la Decisión medidas flexibilizadoras. Y se resuelve (i) Declarar contraria a derecho la desestimación presunta de la solicitud formulada por la demandante, (ii) Declarar que el Estado español ha incumplido parcialmente las obligaciones administrativas de tramitación previstas en las Decisiones de la Unión Europea, (iii) Se establece que el Estado español debe continuar la tramitación en los términos previstos en las Decisiones y de conformidad con los acuerdos que en lo sucesivo adopten las Instituciones comunitarias.

El Tribunal Supremo español, en ambas sentencias ha anudado en la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, la exigibilidad de los

TESI DOCTORAL

derechos reconocidos en Tratados internacionales, en cuanto a las obligaciones positivas que se derivan de los mismos, cuando la actuación o pasividad de la Administración pueda comportar una vulneración de los derechos u obligaciones reconocidos.

Pero es de interés para el objeto de esta investigación, recoger la gran trascendencia a nivel internacional y, especialmente de la Unión europea, que ha tenido la sentencia del Tribunal Supremo de Holanda, de 20 de diciembre de 2019, en el caso Urgenda²⁴⁴, en la que se pronuncia directamente sobre la exigibilidad de los derechos y obligaciones de los Estados reconocidas en los Convenios y Tratados internacionales cuando afectan a los Derechos humanos. En el supuesto que se conoce, la sentencia del Tribunal Supremo de Holanda ratifica la del Tribunal de Apelación de la Haya de 9 de octubre de 2018, que había sido impugnada en casación y que ratificaba la del Tribunal de Distrito de la Haya de 24 de junio de 2015, por la que se ordenaba al Estado a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, en al menos un 25%, para fines de 2020 en comparación con 1990, destacándose que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio climático establece un punto de partida, para que los países tomen medidas de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas, y Holanda como miembro

²⁴⁴La demanda fue presentada por Urgenda, Fundación sin ánimo de lucro “Agenda urgente” y 886 ciudadanos. Un comentario de la misma se puede consultar en Ponce (2020). Una histórica sentencia del Tribunal Supremo holandés de 20 de diciembre de 2019 obliga al Estado a reducir las emisiones de gases invernadero en un 20% a partir de 2020. Lecciones para el caso español: calentamiento global y derecho a una buena administración. *Revista electrónica la Administración al día*. www.inap.es. Con anterioridad, se realizó un estudio de derecho comparado sobre las sentencias en primera instancia y en apelación, por Parejo Navajas, T. (2016). La victoria de Urgenda, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 177. 259-279.

TESI DOCTORAL

signatario de la Convención, parte del Anexo 1, se encuentra vinculada con las obligaciones que se establecen. El Supremo holandés considera que en un Estado democrático de Derecho, una demanda para la protección de los Derechos Humanos es mucho más que una demanda sobre las elecciones políticas individuales, puesto que los Derechos fundamentales no pueden ser objeto de votación. La defensa de la Fundación, basó en parte su fundamentación jurídica en los arts. 2 y 8 del CEDH, que protegen el derecho a la vida y el derecho a la vida privada y familiar, y la inviolabilidad del domicilio, y se les reconoció en las instancias de Distrito y Apelación de la Haya, al considerar que el Gobierno se encontraba obligado por el CEDH a proteger los derechos que contempla ante la amenaza que representa el cambio climático para su disfrute. El Tribunal Supremo establece que de los arts. 2 y 8 del CEDH obligan al Estado a adoptar las medidas adecuadas para limitar las emisiones de gases de efecto invernadero, que deben ser resultado de la aplicación de un estándar jurídico de debida diligencia o debido cuidado, derivados de una buena gobernanza, medidas preventivas ante el riesgo, incluso sin la certeza de la materialización del daño, como aplicación del principio de precaución y de un recurso efectivo ante la posible violación de los derechos garantizados por el CEDH²⁴⁵.

²⁴⁵ Respecto a la articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH, Rodríguez Pontón (2005: 175 y 186), en una monografía de gran relevancia doctrinal, analiza, entre otros aspectos, la recepción por el ordenamiento jurídico español, del derecho derivado de dicho sistema y “cómo en particular, en base al art. 10.2 CE, los derechos de la Convención y su interpretación por parte del TEDH son un elemento interpretativo de primer orden para las normas sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, es también cierto que existe una recepción generalizada de que el derecho derivado del CEDH no ha tenido ni tiene un impacto tan directo sobre el Derecho español”. Considera dicho autor, que “no debemos olvidar que el carácter evolutivo y adaptado a las evoluciones de nuestro complejo entorno social, jurídico e institucional, de la jurisprudencia del TEDH, hace con más razón necesario el recurso a la misma”. En dicho sentido, la llamada que efectúa el TS

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

En fecha 26 de mayo de 2021, el Tribunal de Distrito de la Haya, ha vuelto a dictar una sentencia²⁴⁶ de gran relevancia, con unos anclajes jurídicos similares a la que conoció el Tribunal de Apelación de la Haya y el Tribunal Supremo de Holanda, que he explicado en la tesis que defiendo. En esta ocasión, la parte demandada no era un Estado, sino una empresa privada, la petrolera holandesa Shell, a la que se ha considerado responsable de contribuir al cambio climático con su actividad, condenándola a reducir sus emisiones de CO², en toda su cadena de suministro, en un 45% en 2030, teniendo como referencia los niveles de 2019, de acuerdo con un estándar de diligencia no escrito²⁴⁷, en los términos de la sección 162 del libro 6 del Código Civil de los Países Bajos. La sentencia extrae los estándares que permitirían cumplir esa obligación de diversas publicaciones, protocolos y directrices internacionales, es decir de instrumentos de “soft law” o derecho indicativo. Esta norma

holandés al sistema del CEDH, en los arts. 2 y 8 del CEDH, le permite articular el régimen de garantías respecto a las obligaciones positivas del Estado en materia de medio ambiente, al considerar que una demanda para la protección de los Derechos Humanos es mucho más que una demanda sobre las elecciones políticas individuales.

²⁴⁶ La demanda fue presentada por la asociación Milieudefensie, organización ecologista holandesa, junto a Greenpeace, Fossilvrij, Waddenvereniging, Both ENDS, Jongeren Milieu Actief, ActionAid y 17.379 demandantes individuales. La demanda se motiva en el incumplimiento de la petrolera del Acuerdo de París de 2015, adoptado a partir de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, que establece medidas para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. El acuerdo fue negociado durante la XXI Conferencia sobre Cambio Climático (COP 21), por los 195 países miembros, adoptado el 12 de diciembre de 2015 y abierto para firma el 22 de abril de 2016. Un comentario de la sentencia de primera instancia y sobre las dificultades de su aplicación en el ordenamiento jurídico-procesal español se puede consultar en: *Shell-junio_2021.pdf* (www.uria.com).

²⁴⁷ Sobre los estándares de diligencia debida en derechos humanos, aplicables a las empresas, conocidos por “due diligence”, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa. La Comisión de la UE en fecha 23 de febrero de 2022, ha aprobado una propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (*Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence*), para que las

TESI DOCTORAL

considera ilícita toda actuación u omisión contraria a lo que conforme a normas no escritas se considere como una conducta socialmente adecuada y la sentencia establece esa obligación de reducir sus emisiones de CO², al apreciar que existe un consenso internacional sobre que las empresas deben respetar los derechos humanos, lo que incluye la protección frente a los efectos adversos derivados del cambio climático. Cabe destacar cómo el Tribunal Supremo ha aplicado el estándar de diligencia debida, como concepto jurídico indeterminado vinculado al riesgo, al principio de cautela y acción preventiva y al buen gobierno, no solo aplicable en el ámbito medioambiental o del Derecho internacional sobre las obligaciones positivas de los Estados en el que se construye. Así en sentencia de 7 de noviembre de 2017, en la que se conoce sobre la modificación puntual de un Plan General de Ordenación urbana, se pone de manifiesto en su Fundamento de Derecho Cuarto, la referencia a los principios de diligencia debida y cautela:

Efectivamente, una especial relevancia parece cobrar ---dada su preferente cita--- el denominado principio de precaución (ahora, de cautela), potenciando la aplicación del citado principio de precaución, el actuar por si acaso llegan a aparecer daños no previstos, a veces ni siquiera imaginados. Aun cuando no se esté seguro de las consecuencias de determinadas actividades, éstas podrían ser tan nocivas que se considera necesario tomar medidas para evitarlas. Es la política que da lugar a las prevenciones en torno a los productos transgénicos y a muchas novedades científicas o tecnológicas cuyos efectos no se conocen todavía. Igualmente cuenta con pujante relevancia el denominado principio de acción preventiva, que se trata de un principio más integral y globalizador, puesto que abarca todos los modos de contaminación, todos los componentes del elemento del medio ambiente, tanto los físicos-naturales como los sociales y económicos, y, a la vez, son una gran cantidad y variedad de actividades

empresas respeten los derechos humanos y el medio ambiente en las cadenas de suministro mundiales.

TESI DOCTORAL

las que han de ser sometidas al proceso evaluatorio. Dicho principio no es exclusivo del ámbito medioambiental por cuanto ya estaba asentado en la idea de la "diligencia debida" de los sujetos de Derecho internacional, que implicaba una especial obligación de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción con la finalidad de asegurarse que, en condiciones normales, no se causaran perjuicios de tipo transfronterizo.

Hoy, en mismo el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 dedica su artículo 41 al denominado "Derecho a una buena Administración ". Tal precepto se integra hoy en el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), de 13 de diciembre de 2007, ratificado por Instrumento de 26 de diciembre de 2008, que en su artículo 6 señala que, en su artículo 6 dispone que "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados". Se trata, dicho sea en síntesis, de la tradicional idea del "buen gobierno" en la gestión pública, adelantándose a los hechos, ante la duda de que de una determinada actividad puedan deducirse ciertos riesgos, siendo preferible el error en la previsión de futuro a la pérdida de seguridad; obviamente, como en el supuesto de autos, aun no se ha producido un daño ---lo cual, sin duda alguna, condicionaría la libertad discrecional propia del planeamiento urbanístico---, pero existen datos que acreditan que no existe certeza científica absoluta, sino por el contrario evidencias de que el mismo puede llegar a producirse; ante tales situaciones la Administración pública no puede permanecer impasible y debe actuar con la diligencia debida propia del derecho a una buena administración.

Lógicamente, la precaución, la cautela, la previsión contienen una vertiente probatoria que obligaría a la Administración a justificar la existencia de razones científicas o técnicas que acreditaran la ausencia de riesgo../..

Respecto a la aplicación en el objeto de este trabajo de investigación, de la efectividad y exigibilidad del derecho a la protección de la salud y su proyección

TESI DOCTORAL

en el derecho a una alimentación saludable, considero que sería aplicable el principio de diligencia debida y de cautela, en el diseño de la Arquitectura de la elección para su efectividad, debiendo existir la motivación que obliga a la Administración a justificar la existencia de razones científicas o técnicas, basadas en la evidencia clínica del comportamiento humano, que acreditarán la necesidad de la intervención administrativa sobre el riesgo que comportaría la elección de opciones perjudiciales para el individuo, en concreto en el ámbito de la salud, que se correspondieran con una alimentación no saludable.

La relevancia de la argumentación jurídica que se efectúa en las resoluciones judiciales de Holanda que se han referenciado, se encuentra en que tanto en la Constitución holandesa, como en la española, el Derecho a un Medio ambiente adecuado, como también ocurre con el Derecho a la protección de la Salud en la española, no se reconocen como Derechos fundamentales, con la protección constitucional reforzada que comporta su configuración legal y defensa. Asimismo, se pone de manifiesto la posibilidad de utilización del instituto de la responsabilidad patrimonial, cuando se pudiera constatar un incumplimiento con efectos dañosos, de las obligaciones positivas y negativas que se derivan para los Estados, en los Tratados y Convenios Internacionales válidamente celebrados y ratificados por España, así como de las Resoluciones y Dictámenes de los Organismos internacionales de los que forma parte y que permiten interpretar el alcance de la configuración legal de los derechos y libertades públicas incorporados en el ordenamiento jurídico español, en el ámbito del derecho a la protección de la salud y su proyección en el derecho a una alimentación saludable, a partir de la aplicación de un estándar jurídico de debida diligencia o debido cuidado a exigir al Estado en cuanto a la actuación

TESI DOCTORAL

de las diferentes Administraciones públicas, y en general, de los diferentes poderes públicos y entes del sector público, sobre factores de riesgo comunes, y sobre la asunción de hábitos de vida saludables, que garanticen el derecho a una alimentación saludable, como parte esencial de un concepto más amplio, el derecho a una vida saludable, que tal como pusimos de manifiesto en las Cuestiones preliminares, lo encontramos en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo²⁴⁸, como Principio 1, en el que se establece el reconocimiento de que “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. Actuación que en todo caso no puede obviar el principio de voluntariedad en la participación de los individuos en las políticas de salud pública, como expresamente se prevé en el art. 5 de la LGSP, cuando se establece que los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tiene derecho a la participación efectiva en las actuaciones de salud pública, si bien que dicha participación será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública. Teniendo en cuenta, como se establece en el Preámbulo de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud pública, con la que se da respuesta al requerimiento del art. 43 CE, que “los poderes públicos han de asegurar y mejorar la salud de la población, la actual y la futura, entendiendo la inversión en salud como una contribución decisiva al bienestar social, tanto por el efecto neto de la ganancia en salud como por la contribución a la sostenibilidad de los servicios sanitarios y sociales, sin olvidar la contribución a

²⁴⁸ Así es como se conoce al Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992

TESI DOCTORAL

la sostenibilidad general por el aumento de la productividad asociada a la salud y por el efecto positivo que las políticas de cuidado del medio tienen en el entorno y en la salud humana. La excelente respuesta que hemos dado al requerimiento constitucional de protección de la salud desde la vertiente del cuidado de las personas enfermas, debe ahora complementarse con la vertiente preventiva y de protección y promoción de la salud”. En el Preámbulo de dicha norma, en la línea de la tesis que se mantiene en esta investigación, se vincula el derecho a la protección de la salud con el derecho a la educación, para materializar la función constitucional de ilustración, al proyectarse en el libre desarrollo de la personalidad y en el bienestar de la sociedad mediante la inversión en infraestructuras sociales que garanticen dicha función constitucional, creando conocimiento y capacidad crítica para la adopción de decisiones individuales responsables, coincidentes con la finalidad pública de protección de la salud, de tal forma que se fomente, proteja y promueva la salud de las personas, tanto en su esfera individual como colectiva, y que ello se haga desde el riguroso conocimiento científico y con la anticipación necesaria, prevaleciendo la actuación preventiva.

Respecto a la relevancia de la incorporación del derecho a la protección de la salud en la educación reglada y superior, para afianzar la conciencia colectiva en lo que denominamos la intervención administrativa en la creación de infraestructura social, que permita consolidar conocimiento que facilite herramientas cognitivas en el proceso de elección para la toma de decisiones individuales coincidentes con la protección del interés público, en materia de protección de la salud y su proyección en una alimentación saludable, Martín

TESI DOCTORAL

Mateo (1991: 128-134), refiriéndose al ámbito del medio ambiente, destaca la relevancia de incorporar a la enseñanza esta materia y controlar el proceso de aprendizaje en la línea de diferentes acuerdos y recomendaciones de organismos internacionales en los que se destaca que dicho proceso consiste en “reconocer valores y aclarar conceptos con objeto de fomentar las actitudes necesarias para comprender y apreciar las interrelaciones entre el hombre, la cultura y su medio físico.” Ello lo considero aplicable en el ámbito de la salud, pues tal como se ha pronunciado la Unión europea en relación al principio de precaución²⁴⁹, si bien que no está definido en el Tratado, que sólo lo menciona una vez para la protección del medio ambiente, su ámbito de aplicación es mucho más amplio incorporando también la salud humana, animal o vegetal. Dicho autor, recoge los ocho principios rectores para políticas nacionales de educación²⁵⁰, que considero de aplicación en el presente trabajo de investigación, por su estrecha interrelación, a su aplicación en materia de salud y su proyección en una nutrición saludable. Dichos principios son: a) la globalidad del enfoque incluyendo lo natural y lo humano, ecología, política, economía, tecnología, social, legislativo, cultural y estético; b) continuidad a lo largo de la vida del individuo, dentro y fuera de la escuela; c) interdisciplinariedad; d) participación; e) dimensión mundial y regional a la vez; f) enfoque presente y futuro; g) comprensión del desarrollo desde una perspectiva ambiental y (añadimos) de salud; h) promoción de la cooperación local, nacional e internacional para la solución de los problemas ambientales y

²⁴⁹ Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, COM(2000) 1 final, de 2 de febrero de 2000.

²⁵⁰ Los principios rectores para políticas nacionales de educación ambiental, Martín Mateo los extrae de la Declaración adoptada en la Conferencia de Tibilis, en 1978, en el contexto de la *Intergovernmental Conference on Environmental Education*, celebrada entre el 14 y 26 de octubre de 1977, *Final Report*, ED/MD/49, abril de 1978.

TESI DOCTORAL

(añadimos) de salud. Dichos principios, nos dice el autor, deben animar la educación previa la necesaria investigación social y natural.

En el presente trabajo concibo la salud como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, que por ser autónoma, reconoce la libertad de escoger siendo consciente de las consecuencias, para lo cual hay que proporcionar una educación que asegure la capacidad crítica, la posibilidad de madurez democrática y participativa, pues tal como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la LGSP, “educación y salud conforman parte de la materia prima que sustenta una sociedad democrática. Ambas se relacionan íntimamente y facilitan el deseable bienestar social y el necesario desarrollo económico sostenible. Existe suficiente conocimiento científico para poder asegurar que un alto nivel de salud mejora la productividad en todos los ámbitos analizados, de ahí que la inversión en salud, incluyendo la inversión en las estructuras que aseguran la salud de la población, sea una de las políticas públicas más rentables y, si además respeta la equidad efectiva, esencialmente justa.” Y ello debe tenerse en cuenta, en cuanto a la proyección de la salud en el derecho a una alimentación saludable, a partir de la relación existente entre alimentación y salud, y la afectación de los riesgos que se derivan, en un ámbito en el que la incertidumbre científica, requiere y justifica una intervención administrativa intensa para garantizar la gestión de los riesgos. Ese enfoque de protección del derecho a partir del elemento «riesgo», justifica en su Preámbulo el objeto de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad alimentaria y Nutrición, que también desarrolla el art. 43 CE, y en el mismo se pone de manifiesto que se “parte de la idea de que la protección efectiva del derecho a la seguridad alimentaria de mujeres y hombres, requiere de un

TESI DOCTORAL

enfoque integral que contemple los riesgos asociados a la alimentación desde la granja a la mesa, y que considere todas las perspectivas posibles. Por ello, la nueva ley atiende a las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución. Además, tiene en cuenta de forma muy particular la creciente importancia de los riesgos nutricionales, dada la preocupante prevalencia en la actualidad de la obesidad y principalmente de la obesidad infantil y juvenil. Y de la misma forma, tiene en consideración otras perspectivas de la seguridad alimentaria que inciden en los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, como son la existencia de riesgos sociales, de integración o de discriminación, y de género, que deben ser eliminados.”

Esta Ley establece el marco en el cual se debe desarrollar la actuación de las Administraciones públicas, con el doble objeto de garantizar la seguridad en los alimentos, mediante la prevención de los riesgos derivados para la salud humana por su consumo, y garantizar una alimentación saludable, que facilite el deseable bienestar social y el necesario desarrollo económico sostenible. Marco legal que se anuda en unos principios generales previstos en el art. 4, que informan la actuación de la Administración, mediante sus diversas modalidades o formas, y ejercicio de sus potestades, y por lo tanto, también cuando la actuación administrativa tenga el carácter conductual mediante la utilización de la técnica del “nudge público”. Dichos principios son:

TESI DOCTORAL

- a) **Principio de necesidad:** las actuaciones y limitaciones sanitarias deberán estar justificadas por una razón de interés general, que deberá acreditarse y resultar aplicable a la medida en cuestión.
- b) **Principio de proporcionalidad:** las actuaciones y limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan.
- c) **Principio de no discriminación:** las actuaciones y limitaciones sanitarias no deberán introducir diferencias de trato, en particular por razón de nacionalidad o forma empresarial.
- d) **Principio de mínima afección a la competencia:** se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen, sin menoscabo de la protección de la salud, el normal ejercicio de la libertad de empresa.

Se trata de principios que tienen una dimensión general y más amplia, pero que en el supuesto del derecho a una alimentación saludable adquieren una especial relevancia, por cuanto permiten orientar la actuación de la Administración de carácter conductual y complementan los principios a los que he hecho referencia anteriormente, recogidos en la Ley General de Salud pública, con los que conforman el núcleo esencial del enfoque de la Perspectiva cognitiva en dicha actuación, mediante la Arquitectura de la elección y la utilización de la técnica del “nudge público”, en la intervención administrativa.

Así pues, nos encontramos con obligaciones en la actuación de la Administración pública, que deben conjugarse con la responsabilidad en la toma de decisiones individuales, en cuyo proceso de decisión también puede intervenir la Administración, desde el diseño de la Arquitectura de la elección

TESI DOCTORAL

individual y del comportamiento colectivo, en ejercicio de la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración. Dicha intervención comporta facilitar una infraestructura social que garantice la educación y conocimiento, para la adopción de decisiones razonadas, beneficiosas para el individuo y coincidentes con el interés público, en el momento de optar entre diferentes opciones o, con la misma finalidad, incite actuando sobre los sesgos y heurísticas, que en dicho proceso decisonal puedan condicionar una racionalidad que en las cuestiones preliminares se ha motivado desde la psicología, por su condición de limitada.

4. La actuación de la Administración pública, en cuanto a su proyección como manifestación de derecho imperativo o indicativo.

En las Cuestiones preliminares, he abordado en el Apartado primero sobre el objeto de la investigación, la evolución de la dogmática jurídica alemana sobre la doctrina de las formas de la actividad administrativa y las relaciones jurídicas, así como las funciones de la Administración de ordenación, prestadora de servicios o directiva en sus relaciones con la sociedad.

También he examinado su recepción por la doctrina española, y la tesis dominante de las tareas de la Administración, superando la clasificación tripartita de las modalidades o tipos de actividad administrativa que en su día formuló Jordana de Pozas, desde la proyección de la actuación de la Administración sobre las situaciones jurídicas de los ciudadanos, con efectos favorables o de gravamen. Clasificación superada, como ha puesto de manifiesto Esteve (2017: 353 y 355-380), entre otras causas, “por el desarrollo de la función de garantía y regulación como tarea de la Administración, en un Estado que, a partir de la integración en la Unión europea, ha pasado de

TESI DOCTORAL

prestar servicios directa o indirectamente, a asegurar la prestación de determinados servicios por el sector privado, ante una cierta retirada de la Administración prestacional, como resultado de la mayor relevancia de una proyección de control, mediante actividades de regulación, planificación, inspección o sanción, y de una forma destacada, de información”. Posición sobre la que considero que no se puede acoger de una forma taxativa, como nos ha demostrado la respuesta de la Unión europea ante la crisis de la deuda soberana a partir del año 2011, totalmente antagónica a la dada ante la crisis de la COVID-19, en la que se ha permitido un mayor endeudamiento de los Estados, para garantizar la prestación de servicios vinculados al derecho a la salud esencialmente. Como he desarrollado extensamente en esta Tercera Parte, el modelo de Estado social y democrático de derecho recogido en la Constitución española, y las obligaciones positivas de los Estados, recogidas en los Tratados internacionales firmados por España, e incorporados válidamente al ordenamiento jurídico, no desdibujan, con la integración de España en la Unión europea, el carácter prestacional en la actuación de la Administración, respecto a los derechos reconocidos, tanto en la Constitución, como en los Tratados internacionales, como en el Carta europea de Derechos fundamentales. Derechos que no solo deben garantizarse, sino que en las tareas que la CE asigna a la Administración, también deben prestarse, mediante la organización de los servicios adecuados.

Como he puesto de manifiesto en las Cuestiones preliminares, Velasco Caballero (2020: 136) considera que “nos encontramos ante una diversidad de la realidad jurídica que dificulta establecer tipologías o modalidades funcionales estancas, pues impide identificar cualquier forma de actuación de la

TESI DOCTORAL

Administración en alguna de las tipologías que la doctrina ha ido estableciendo a lo largo de los años”. En dicho sentido, Esteve (2017: 351-353) nos habla de la “crisis de las categorizaciones dogmáticas tradicionales, por la propia dinámica y versatilidad de las fórmulas e instrumentos de la actividad administrativa, habiéndose roto la conexión entre categorías conceptuales y fórmulas o técnicas jurídicas que a ellas se adscribían”; y por otro lado, por la “aparición de nuevos modos de actividad de la Administración delimitados por la correlación de la actividad administrativa con la actividad de los particulares, y su variación en función del entorno social, político, económico o tecnológico. Retirándose la Administración de posiciones de dominio y titularidad sobre actividades y servicios, y recomponiendo su posición de garante o regulador”.

Características que identifica la doctrina, con las que se pretende conformar los contornos de la actuación de las Administraciones públicas, teniendo en cuenta la dificultad de categorizar de una forma estanca la misma, y que se complementan con la posición de Cano Campos (2010: 426), si bien que construyendo su tesis en relación a la intervención administrativa en materia de tráfico, cuando postula una interesante línea doctrinal con la que se coincide en el objeto de esta Tesis, al argumentar que “La introducción de nuevas formas de la actividad administrativa .../... deriva del propio modelo de Estado configurado por nuestra Constitución. En efecto, el deber que ésta impone a los poderes públicos de garantizar y promover las condiciones más favorables para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, demanda una intervención positiva y conformadora de las Administraciones públicas que tome en consideración la necesaria tutela de los derechos e intereses, individuales y de la propia colectividad, y que resulte idónea para satisfacer las crecientes

TESI DOCTORAL

necesidades de los ciudadanos. En su consecuencia, las Administraciones públicas, como poderes públicos que son, tienen el deber de intervenir positivamente en las condiciones de vida de los ciudadanos, de realizar una actividad activa dirigida a remover, de forma eficaz, los obstáculos que, limitando la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de su personalidad y el real y completo goce de sus derechos (art. 9.2 CE). Esta exigencia constitucional comporta la asunción, por parte de las Administraciones públicas, de una pluralidad de tareas y funciones frente a la sociedad, anteriormente desconocidas, que acrecienta y enriquece la actividad administrativa, formándola más compleja, amplia e intensa.”

La Constitución no contiene una regulación sistemática de la intervención administrativa, puesto que no es esa su función, sino que rotura sobre el concepto de derechos y libertades públicas, fundamento de la actuación de las Administraciones públicas, en los que encuentra las tareas y fines en los que desarrollar el ejercicio de su función constitucional. Como he explicado en la Segunda parte de esta Tesis, en el apartado relativo a los antecedentes históricos, ha existido una evolución de las relaciones entre Estado, sociedad y mercado, que han configurado un contenido en la Constitución, centrado en los fines más que en los medios, con un importante margen de actuación por parte de las diferentes opciones políticas existentes en cada momento.

Desde el plano de la actuación de la Administración en que se personifica el Estado, Blanquer (2018: 807), considerando que no existe un único criterio que permita describir la actividad administrativa de forma completa y exhaustiva, destaca, “más allá de la actividad de prestación de servicios públicos, la de la

TESI DOCTORAL

ordenación administrativa del ejercicio por los particulares de sus derechos y libertades a través de diferentes manifestaciones y potestades”.

En las Cuestiones preliminares he explicado la relevancia del concepto de regulación en la actuación de las Administraciones públicas, con los diferentes enfoques de la doctrina administrativa, considerando un concepto integrador más acorde con la realidad jurídica en la que se encuentran los poderes públicos dentro de la Unión Europea, el recogido por Bruno Lasserre, vicepresidente del Consejo de Estado francés, en su discurso sobre el “Estado regulador”, en cuanto razona, que la regulación que no es ni reglamentación, ni legislación, ni autonormación, ni la preparación de textos normativos, no excluyéndose una cierta actividad normativa que va desde la asignación de recursos escasos, hasta el arbitraje, la sanción o el “soft law”, da respuesta a una nueva forma de normatividad, que responde a la necesidad de adaptarse a situaciones cambiantes para las que las formas habituales de manifestación del Derecho resultan ineficaces o insuficientes, mediante instrumentos jurídicos más o menos flexibles, como Recomendaciones, Códigos de conformidad, Directrices, o Códigos deontológicos. Nueva forma de normatividad que alguna doctrina ha identificado en el Estado regulador, como nos explica Muñoz Machado (2015a: 53), respecto a que “los cambios de concepciones que implica la retirada del Estado a posiciones de regulador dejando que muchas actividades de interés general, antes de su exclusiva responsabilidad, sean desarrolladas por organismos de carácter privado, ha urgido la ideación de nuevas técnicas de actuación que han renovado el instrumental del Derecho Administrativo clásico. Ello sin perjuicio de las matizaciones que han debido introducirse en sus formas de empleo para acomodarlas a la nueva ideología de las relaciones entre la Administración pública y la sociedad.”

TESI DOCTORAL

Concepto de regulación que desde el Derecho positivo español se ha materializado en el principio de mínima intervención posible, en el ejercicio de sus respectivas competencias, cuando se establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, supuestos en los que, en la actuación de la Administración, se deberá aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivando su necesidad para la protección del interés público así como justificando su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Imponiéndose la obligación de evaluación periódica sobre los efectos y resultados obtenidos. Dicha premisa se categoriza como principio de intervención de la Administración en el desarrollo de una actividad por los particulares, en el art. 4.1 LRJSP. Sobre la previsión normativa de dicho principio encontramos un precedente en el art. 6 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, que se mantiene vigente con el mismo redactado y prevé en el ámbito de actuación de las Corporaciones locales, que “el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen, (y) si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.” Vinculándose en el art. 4 la intervención de la Administración al ejercicio de una competencia atribuida legalmente, y acreditándose los motivos de su actuación y su adecuación a los fines que la determinen, ajustándose en todo caso al principio de igualdad.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Así pues, considero que la regulación como concepto que da respuesta a una nueva forma de normatividad en la actuación de la Administración en la que se proyecta el derecho imperativo e indicativo, como he reiterado anteriormente, responde a la necesidad de adaptarse a situaciones cambiantes para las que las formas habituales de manifestación del Derecho pueden resultar ineficaces o insuficientes, mediante instrumentos jurídicos más o menos flexibles, que también tienen como función constitucional ordenar el ejercicio por los particulares de sus derechos y libertades.

Regulación que en las Instituciones de la Unión europea se ha orientado desde los criterios que determinan lo que se ha denominado regulación inteligente, “Smart regulation”, como evolución de un concepto respecto al de mejora normativa o “Better regulation”²⁵¹, que se contempla en la Comunicación de la

²⁵¹ En la Cumbre de Edimburgo de 1992, la Unión Europea aprobó la *Iniciativa “Better regulation”* (a la que todos los Estados miembros están adheridos), que fue desarrollada en el *Informe Mandelkern* de 2001, como reflejo de la Estrategia de Lisboa del año 2000. En este informe se enumeran los elementos de la estrategia “better regulation” y se la define como la política que busca mejorar y simplificar el entorno regulatorio. Desde entonces hasta el momento actual son numerosas las iniciativas realizadas a nivel de la Unión Europea y de la OCDE para el fomento de la mejora de la regulación. Así, en el ámbito de la OCDE cabe citar la «Recomendación del Consejo para Mejorar la Calidad de la Regulación Gubernamental» del año 1995, y la «Recomendación del Consejo sobre Política Normativa y Gobernanza» del año 2012. En el ámbito de la Unión Europea, es reseñable el «Paquete de Mejora Normativa de 2015», que, además de completar y reformular algunos de los principios de calidad normativa recogidos en las iniciativas «Legislar Mejor» de 2005 y «Normativa inteligente en la Unión Europea» de 2010, añade algunos principios nuevos, como son la evaluación a posteriori de la legislación, la participación de las partes interesadas y la mejora del acceso electrónico al conjunto de la legislación de la UE; y el Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación («Regulatory Fitness and Performance Program» o REFIT), que contiene diversas propuestas dirigidas a integrar el «Programa Europeo de Reducción de Cargas» («Administrative Burden Reduction») con los objetivos de calidad normativa, especialmente en lo referente a las PYMES. En España, en 2015, se produjo una reforma integral del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público con la publicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Comisión de la Unión Europea, de 8 de octubre de 2010, sobre normativa inteligente en la Unión Europea, en cuanto a aquellos elementos que nos puedan servir de parámetros de actuación en el Estado español, pues dichos instrumentos jurídicos de “soft law” se dirigen a las Instituciones de la Unión. El enfoque de la normativa debe promover los intereses de los ciudadanos y cubrir toda la gama de objetivos de interés público, desde la estabilidad financiera hasta la lucha contra el cambio climático. Las consultas con las partes interesadas y los análisis de impacto por órganos independientes, son elementos esenciales del proceso normativo que aumentan la transparencia y la responsabilidad y favorecen la elaboración de políticas a partir de elementos concretos. La normativa inteligente tiene por objetivo concebir y producir una normativa que respete los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y que tenga la mayor calidad posible, lo que comporta que sea lo más clara y accesible posible. Dicho objetivo debe perseguirse a lo largo del ciclo de elaboración de las políticas, desde la concepción de un acto legislativo hasta su

Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que tenía como antecedentes normativos más destacados en la mejora de la regulación, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en ella se recogen por primera vez una serie de obligaciones vinculadas con los principios de la mejora regulatoria, en relación con la transparencia, la simplificación de procedimientos, la aplicación del principio de necesidad, proporcionalidad y no discriminación); la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de economía sostenible (supuso la sistematización de los principios e instrumentos de mejora de la regulación); la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Este marco normativo contribuye a la mejora de la regulación a través del incremento de la transparencia, de la seguridad jurídica, de la racionalización administrativa y de la mejora de la eficiencia de la Administración y de la calidad normativa. Como desarrollo normativo se ha aprobado, entre otras, el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Consultable en: *¿Qué es y para qué sirve la Mejora de la Regulación?* (<https://portal.mineco.gob.es>)

TESI DOCTORAL

revisión, consiguiendo la reducción de las cargas administrativas, y a partir del criterio de simplificación de la legislación. Asimismo se prevé el establecimiento de directrices sobre evaluación, directrices específicas para la evaluación de los impactos sociales y la planificación del análisis de impacto, para garantizar que las evaluaciones determinen si la legislación produce los beneficios previstos y para evaluar los costes asociados, garantizando la transparencia mediante la publicidad de las mismas en internet y compartiendo fuentes de información entre diferentes Administraciones, Instituciones y Organismos públicos implicados. Destacándose la consulta de los ciudadanos y de otras partes interesadas en la elaboración de políticas y en la evaluación de los resultados de estas políticas, como un elemento fundamental de la normativa inteligente. Consultas que deben ser accesibles y con el suficiente tiempo para su utilidad, para que puedan contribuir de forma efectiva.

Como ha indicado Parejo (1991: 26-27), “la tarea administrativa se pasa a concebir preferentemente como organización, dirección y conducción de procesos y situaciones sociales complejos, en detrimento del arquetipo de actuación caso a caso mediante acto unilateral.” Para dicho autor, constatando la evolución de las formas de acción administrativa, es cada vez más frecuente la necesidad de la Administración de acudir a formas denominadas «blandas», cuya incidencia sobre el ciudadano y el comportamiento es indirecta, en lo que entiende, siguiendo la doctrina alemana, como «utilización o uso estratégico del Derecho», incluyendo la inacción como una forma de acción. Considera dicho autor que la importancia de los derechos de carácter procedimental y las demandas de participación e intervención ciudadana, en los procesos

TESI DOCTORAL

administrativos de toma de decisiones, se corresponden con un fenómeno vinculado a la progresiva dependencia del éxito de la acción administrativa en la colaboración de los destinatarios de la misma y de los ciudadanos en general. Principio que se yuxtapone con los criterios de regulación inteligente y una actuación de la Administración que no requiere para su eficacia de un procedimiento, ni de la finalización en un acto decisorio.

Guariglia (2005: 29) nos recuerda a Rudolf von Ihering, respecto a que “el Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble, porque encierra en sí una antítesis: el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe demostrar el camino que a él conduzca”. Y dicho camino, como nos recuerda el mismo autor siguiendo a Parejo, transcurre desde la coexistencia de lo local y lo global, por lo que debemos comprender la realidad social para luego entender su regulación.

Para concluir esta introducción es necesario poner de relieve la relevancia de la aplicación del principio de precaución al margen del ámbito ambiental, y por lo tanto, en la actuación de la Administración, formalizada en el correspondiente procedimiento o de carácter informal, en cuanto a su proyección como derecho imperativo o indicativo. Principio vinculado al derecho a una buena administración, y sobre el cual se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2016, en la que se conoce de una impugnación contra el Real Decreto 609/2013, de 2 de agosto, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2013/2014, cuando señala que las obligaciones de debido cuidado o debida diligencia asociadas al derecho a una buena administración,

TESI DOCTORAL

contemplado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, exigen un determinado comportamiento administrativo en el procedimiento de adopción de decisiones, con la debida ponderación de todos los intereses y hechos relevantes. En dicha sentencia se considera que no parece que el principio de precaución social pueda comportar menores exigencias que en materia de medio ambiente, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha venido a consagrar la exigencia de aportar una motivación reforzada para explicar las razones que llevan a la adopción de determinadas normativas (FD Cuarto). Criterio jurisprudencial que considero que sería de aplicación a la motivación reforzada que debería existir en el marco que regule la actuación administrativa, en la que se diseñe la Arquitectura de la elección de opciones, objeto del presente trabajo de investigación, que puedan incidir negativamente sobre los derechos sociales, como ocurriría en el enfoque de la perspectiva cognitiva en la actuación administrativa que se caracterizaría por su afectación conductual, y por lo tanto, con una incidencia directa sobre el libre desarrollo de la personalidad, la integridad de la persona y la libertad individual en la toma de decisiones conscientes e informadas.

Finalmente, en esta Tesis acredito que el Derecho imperativo va perdiendo la práctica exclusividad que ha tenido en el ámbito del Derecho Administrativo, ante determinadas manifestaciones del Derecho indicativo. Y un ejemplo de ello es la aparición y relevancia jurídica de la técnica del “nudge público”. En dicho sentido se pronuncia la doctrina, como indica Sarmiento (2008: 219), al considerar que “la nueva gobernanza implica un mayor protagonismo de los instrumentos laxos de regulación, en oposición a las tradicionales proposiciones prescriptivas y sus correspondientes sanciones. Los objetivos de

TESI DOCTORAL

la nueva gobernanza no ponen tanto énfasis en la consecución de resultados uniformes, sino en la creación de espacios de compartición de experiencia y conocimiento, donde los actores se someten a las políticas con el fin de mejorar en la ejecución de las mismas, en colaboración con todas las partes implicadas". En dicho sentido colaborativo, para la consecución de una finalidad pública, la actuación de la Administración de carácter conductual, en el ejercicio, como tarea de la misma, de la función constitucional de ilustración, tiene como objetivo crear ese espacio de conocimiento para la toma de decisiones por los propios individuos, que les beneficien.

a. La actuación de la Administración pública, en cuanto a su proyección como manifestación de derecho imperativo.

En las Cuestiones preliminares nos posicionamos de forma favorable a utilizar el concepto de derecho imperativo, como construcción a partir de la actuación de las Instituciones de la Unión Europea en relación a decisiones jurídicamente vinculantes, mediante las cuales, como ha apuntado Cano Campos (2010: 312) siguiendo a Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, se incide en la esfera jurídica de los ciudadanos o se altera el estado material de las cosas.

El cambio de paradigma en cuanto a cómo se manifiesta la Administración cuando actúa nos hace plantear este apartado no desde formas o modalidades, sino en cómo se proyecta cuando la misma vincula jurídicamente a terceros, se incide en su esfera jurídica o se altera el estado material de las cosas, desplegando los efectos que se establezcan en la normativa que sea de aplicación en cualquiera de su manifestaciones.

TESI DOCTORAL

La literatura científica administrativa, que resumiremos desde los elementos nucleares en que han identificado las formas de actuación y los tipos de actividad de la Administración, es coincidente en establecer una cierta categorización poniendo de relieve la dificultad dogmática de establecerla, como ya he explicado en las Cuestiones preliminares, a partir de la doctrina alemana respecto a las formas de la actuación o acción administrativa, en la tripartición dentro de la actividad decisoria de acto, contrato y norma²⁵²; y respecto a los tipos de actividad o acción administrativa, la clásica tripartición de policía, servicio público y fomento de Jordana de Pozas.

Por parte de la doctrina se suele utilizar indistintamente los conceptos de actuación, actividad y acción, sin que en general se haya realizado una definición diferenciadora. Dicha diferenciación entre actuación de la Administración y actividad administrativa se ha pretendido realizar en esta Tesis, en coincidencia con García-Andrade (2021: 170-171), en relación a su anclaje constitucional en los arts. 103.1 y 106 CE, en cuanto a un concepto amplio de la actuación de la Administración pública, de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, sirviendo con

²⁵²Dicha tripartición de la clasificación de las formas de actuación de la Administración, si bien que se utiliza el concepto decisión en vez de acto, dentro de la actividad decisoria de la se recoge en el Código ReNEUAL sobre procedimiento administrativo de la Unión europea, elaborado en el seno de la Red de investigación sobre Derecho Administrativo de la Unión Europea, que se creó en el año 2009, a iniciativa de los profesores Herwig C.H. Hofmann y Jens-Peter Scheneider, que coordina la red con el profesor Jacques Ziller, en cuyo grupo de trabajo participan, entre unos 100 profesionales, los catedráticos Oriol Mir Puig y Jean-Bernard Auby.

TESI DOCTORAL

objetividad los intereses generales y sometida al control judicial; y en el art. 105.c) CE, que reduce la actuación de la Administración cuando se refiere a la actividad administrativa que se vincula al procedimiento, al establecerse que la ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. Esa vinculación de la actuación de la Administración a un procedimiento, excluye toda la actuación informal, que no necesariamente requieren de procedimiento ni finalizan en actos decisorios, pero que da respuesta, como se ha desarrollado insistentemente, a la necesidad de adaptarse a situaciones cambiantes para las que las formas habituales de manifestación del Derecho pueden resultar ineficaces o insuficientes. Este sería el anclaje constitucional en el que se anuda la diferencia conceptual entre actuación de la Administración y actividad administrativa.

La doctrina administrativa, con una amplia literatura científica relativa a las formas, modalidades o tipologías (términos que utiliza indistintamente), de la actividad administrativa, y por lo tanto, manifestación del derecho imperativo, que se expresa en decisiones jurídicamente vinculantes, mediante las cuales se incide en la esfera jurídica de los ciudadanos o se altera el estado material de las cosas, tal como he apuntado, recoge por su tradición y facilidad explicativa los elementos de las clásicas modalidades de policía, servicio público y fomento, a las que he hecho referencia de forma amplia en las Cuestiones preliminares y en los Antecedentes históricos de esta primera parte, si bien que dentro de su contexto histórico, de los conceptos de orden público y bienestar, y desde el desarrollo doctrinal, no desde la clasificación dogmática clásica.

TESI DOCTORAL

Martín Mateo (2012: 373-381), aborda la clasificación clásica evidenciando la dificultad de mantenerla actualmente como tipos autónomos y diferenciados. Considera dicho autor en relación al concepto clásico de policía, que en el Estado Absoluto, bajo la rúbrica de policía se comprendía toda la actuación de la Corona, desde la policía de seguridad hasta el bienestar, como ya expusieron en su día Garrido (1953)²⁵³ y Baena del Alcázar (1967). Explica que la policía se sustantivó en actividades caracterizadas por “medidas coactivas en aras del interés general”, considerando que “la coacción no es suficiente criterio para aislar este tipo tan amplio de operaciones administrativas”. Para Parejo (2010: 276), la característica de la que denomina “acción de policía o coacción es su carácter de *imperium* o coactiva”. En dicho sentido, se positivizó en el art. 1.1 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, cuando se prevé que los Ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas.

²⁵³ Garrido (p. 13) nos explica la evolución etimológica del término, siguiendo a Löning y Ranelletti, que “la palabra «policía» deriva del latín *politia* y del griego *politeia*, denotando ambas la referencia a lo que es propio de la comunidad política (*polis*)”. En sus orígenes, nos dice dicho autor “policía es ya algo que se refiere a la prosperidad y seguridad públicas. Unas Ordenanzas reales francesas del año 1415 hablan de las disposiciones «pour garder le bien public... en très bonne police». A fines del siglo XV la expresión, originariamente francesa, como se ha visto, pasa a Alemania para designar posiblemente toda la actividad estatal en el sentido amplio que se ha mantenido después durante algún tiempo en la literatura, como demuestra la definición de Lozr (para el cual, por policía es imposible entender otra cosa que el conjunto de la actividad del Gobierno para conseguir los fines del Estado en toda su extensión).”



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Respecto al concepto clásico de servicio público, explica Martín Mateo su procedencia de la escuela francesa, y su caracterización a partir de que cuando “una actividad se considerase como básica para la colectividad, debía ser asumida por el Estado, representante de la solidaridad comunitaria, adoptando la forma de un servicio público”. Para Parejo (2010: 276), la característica de la que denomina acción de servicio público o de prestación, es la realización de prestaciones a los ciudadanos. Se destaca la dificultad de determinar cuándo se está en presencia de servicios trascendentales para la colectividad, con la duda que genera discernir entre servicios públicos propiamente dichos, servicios de interés público y actividades meramente reglamentadas, y al mismo tiempo señala la confusión de que determinados servicios públicos sean prestados en un régimen parcialmente privado. Bullinger (2005: 33-38), nos recuerda que la doctrina del “service public”, a través de Pierre M. N. Léon Duguit y la Escuela de Burdeos, se recepcionó por el Derecho alemán en la obra de Forsthoff, consciente de que el Estado tenía que hacerse cargo con mayor intensidad de prestaciones para asegurar la existencia, que superaban las posibilidades del individuo y de la sociedad.

Prestaciones existenciales que Forsthoff denominó “Daseinsvorsorge”, traducido como «Procura existencial», que debía asumir el Estado, en transformación hacia un modelo incipiente de Estado social, como ya explicamos en relación a los antecedentes sobre el Estado del Bienestar en las políticas de Bismarck y sus diferencias con el modelo anglosajón. Forsthoff construye dogmáticamente la “necesidad de instituir un derecho a la prestación existencial individual, no como un derecho público subjetivo, sino que debía proveerse en el marco de la denominada «comunidad del pueblo», que se

TESI DOCTORAL

correspondía con un modelo cooperativo de prestaciones”, similar a los servicios públicos solidarios de Duguit, en una idea de Estado comprometido con el bienestar común.

Finalmente, respecto al concepto clásico de fomento, Martín Mateo lo define como “aquellas acciones administrativas, encaminadas a proteger o promover actividades de las cuales podría obtenerse una cierta utilidad pública, pero sin mediar coacción”, considera que a diferencia de la policía no comporta la utilización de medidas imperativas (en un calificativo que difiere del que utilizamos como derecho imperativo al que he hecho referencia, pues Martín Mateo se refiere al ejercicio de medidas que se caracterizan únicamente por la utilización de la coacción), sino meramente potenciadoras de las actividades particulares, para que redunden a favor del interés público, poniendo como prototipo las subvenciones, tal como se recogió en el Título Segundo, Capítulo Único del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales. Para Parejo (2010: 276), la característica de la que denomina acción de fomento es la incentivación de la actividad de los particulares.

Martín, en un análisis crítico, vincula con diferentes ejemplos las técnicas de policía y de fomento que se aplican con la misma finalidad y de forma conjunta en el ejercicio de la acción administrativa, lo que dificulta un concepto autónomo con elementos diferenciadores. Así, considera que “el mantenimiento del orden público puede ser perseguido con técnicas subvencionadoras, lo que ocurre en el supuesto de la concesión de premios y honores por conductas favorables al orden público, o en supuestos en que se utiliza la coacción para

TESI DOCTORAL

devolver una subvención si no se destina a los fines previstos, o como ocurre para facilitar la concentración de empresas, aplicando gravámenes fiscales a las que no se reestructuren, o para facilitar las concentraciones parcelarias, con gravámenes a quienes no quieran agrupar sus fincas”.

Procedo a realizar una relación de formas en que se materializa la acción administrativa que nos servirá para identificar los elementos diferenciadores en la actuación de la Administración desde su manifestación en el derecho imperativo.

Sánchez Morón (2008: 432-433), considera que “la Administración realiza, por una parte, funciones que tienen por objetivo la protección de derechos y libertades de los ciudadanos, y la garantía del orden político y social y del funcionamiento del mercado, asegurando la cohesión social”; y por otro lado, “genera externalidades positivas en forma de infraestructuras y servicios públicos, inclusive a favor de las generaciones futuras (protección del medio ambiente)”. Para ello realiza una clasificación entre las tareas y actividades asignadas a la Administración, las formas de intervención para llevarlas a cabo y los instrumentos jurídicos con los que se relaciona con los demás sujetos de Derecho. Respecto a las diferentes tareas y actividades que realiza la Administración, identifica las siguientes: “(a) Las inherentes al interés general, que suelen denominarse funciones de soberanía, como la seguridad ciudadana, protección civil, administración de justicia, o relaciones internacionales. (b) Proporciona a los ciudadanos servicios públicos de carácter cívico-social y de solidaridad, como la sanidad, la educación la asistencia social o la Seguridad social. (c) Se ocupa de la defensa de los

TESI DOCTORAL

bienes colectivos, como la tutela del medio ambiente. (d) Se ocupa de la construcción y mantenimiento de las infraestructuras públicas. (e) Vela por la ordenación de la economía y los derechos de los trabajadores y consumidores. (f) Apoya y promueve el desarrollo de los distintos sectores económicos. (g) Garantiza el funcionamiento y el acceso a los servicios económicos de interés general, como la energía, el transporte, las telecomunicaciones o correos. (h) Se ocupa de obtener y gestionar los medios necesarios para poder funcionar, tributarios, personales o de adquisición de bienes”.

Tareas y actividades que dicho autor clasifica según las formas de intervención para conseguir los fines públicos, en las clásicas “de policía, como control y ordenación de actividades privadas; actividades de prestación de servicios públicos; y actividades de fomento como promoción y ayuda a actividades privadas”. Actividades que complementa con otras que materializa en funciones, como “la de planificación y prevención de riesgos; sancionadoras; arbitrales y de mediación; de información y asesoramiento al público; expropiatorias”. E identifica como instrumentos jurídicos con los que se relaciona con los demás sujetos de Derecho, “las normas jurídicas, los planes, los actos administrativos o decisiones unilaterales vinculantes de carácter no normativo, y negocios jurídicos bilaterales, como los convenios, contratos y pactos de diferente naturaleza”.

Parejo (2010: 275-301) analiza la clasificación de la actividad administrativa, a partir de la “relación de la acción administrativa con la de los particulares, desde el plano de su incidencia en la vida económico-social o relacional y en las situaciones subjetivas de los ciudadanos”. Estableciendo como criterios

TESI DOCTORAL

generales de los que resultan las clases de actividad administrativa, en “(i) su carácter de actividad interna, mixta y externa, según se proyecte en la esfera organizativa o exterior; en (ii) su carácter de actividad de Derecho público y de Derecho privado o común, según el régimen jurídico al que se sujeta; en (iii) su carácter de actividad jurídica y actividad material, real o técnica, según su relevancia jurídica, dirigida a producir efectos jurídicos, como actividad jurídica formalizada, o cuando su relevancia jurídica sea mediata o indirecta, en el supuesto de la actividad material, real o técnica, cuando la Administración desarrolla funciones, tareas o cometidos observando reglas técnicas o facultativas, como ocurre en las actividades de prevención y extinción de incendios, seguridad ciudadana, investigación científica, o asistencia sanitaria, entre otras; en (iv) su carácter de actividad unilateral y actividad contractual, en cuanto se despliega sin necesidad del concurso de ninguna otra voluntad aún cuando pueda definir la misma con el concurso de los ciudadanos, cuando es unilateral, o cuando requiere el concurso de otras voluntades, mediante contratos, para proveerse de medios naturales, que ni dispone ni produce, o para desarrollar actividades materiales o técnicas que no puede verificar directamente por carecer de los medios necesarios”. A partir de dichos criterios, clasifica la actividad administrativa “en: (a) Actividad administrativa de ordenación e intervención de la actividad de los particulares; (b) Actividad administrativa de planificación o planeamiento; (c) Actividad administrativa de prevención y preservación; (d) Actividad administrativa de servicio público o prestacional; (e) Actividad económica; (f) Actividad administrativa de fomento”. Todas ellas se caracterizan en que “con su actuación la Administración incide en las esfera jurídica de los ciudadanos, con un mayor o menor grado de intensidad, mediante diferentes técnicas como la ordenación normativa; el

TESI DOCTORAL

control preventivo del ejercicio de derechos o actividades; el establecimiento de limitaciones mediante órdenes, mandatos y prohibiciones; estableciendo determinaciones convencionales de tipo normativo; protegiendo de forma preventiva bienes de especial valor como el medio ambiente o la salud frente a riesgos y peligros; habilitando al sector privado para intervenir en materias o sectores en que interviene la Administración, incluso transfiriendo la titularidad a sujetos privados; afectando positivamente, incluso ampliándola, la esfera de derechos de los ciudadanos, mediante una actividad imperativa, concepto que se define vinculándolo al ejercicio de autoridad; produciendo o suministrando bienes o servicios, con las mismas características que los particulares en ejercicio de la libertad de empresa, en concurrencia con la iniciativa privada o en un régimen de posición privilegiada reservándose recursos o servicios esenciales incluso en monopolio; o asegurando la adecuación al interés público de la actividad privada, mediante mecanismos de persuasión, incentivación o estimulación, para conseguir la autoordenación de la misma o la acción de los particulares en función de fines y objetivos de interés público, aunque por su heterogeneidad considera dicho autor muy difícil construir su régimen jurídico, al concretarse en una diversidad de estímulos o incentivos honoríficos, económicos o jurídicos, que requieren del ejercicio de una potestad de otorgamiento o concesión, como ayudas, subvenciones, condecoraciones, premios, becas, bonificaciones, créditos u otros". Es decir, para dicho autor, la actuación de la Administración requiere de una vinculación con efectos jurídicos sobre los ciudadanos o personas jurídico-privadas.

Finalmente, destacar respecto a la reconfiguración de las diferentes técnicas de intervención y categorización de la actividad administrativa, en aquellas

TESI DOCTORAL

actividades no referidas por los anteriores autores, la relevancia que Esteve (2016: 355-481) otorga “a la regulación y a la gestión de riesgos, actividad en la que incluye la policía administrativa como intervención por razones de seguridad, desde el conocimiento, control y seguimiento de la evolución de los riesgos y las tecnologías para reducirlos, así como de la gestión del desconocimiento y la incertidumbre, y el establecimiento de órdenes y prohibiciones”. La relevancia que Cano Campos (2010: 425-439) otorga “a la educación, como actividad administrativa, ante la insuficiencia de la actividad de limitación, a partir de su estudio sobre el tráfico, como tarea de la Administración orientada a informar y enseñar para cambiar los hábitos y conseguir una mayor interiorización y adhesión a las normas; a la publicidad institucional, como una técnica de tipo no limitativo que se concreta en información administrativa a través de los medios de comunicación, como actividad material o técnica de tipo prestacional”, siguiendo a Velasco Caballero, y que se correspondería con una manifestación de derecho indicativo; “a la aprobación de Planes sectoriales de actuación o de estímulo con beneficios económicos directos para los ciudadanos y de medidas promocionales y honoríficas”. Y la relevancia que Velasco Caballero (2020: 135) otorga “a la apertura de los bancos de datos administrativos”, planteándose, siguiendo a Guglielmi, “si la dación de datos abiertos es una forma novedosa de servicio público, o es un tipo de ayuda de Estado que se correspondería con una actividad de fomento”.

La proyección que realiza Sánchez Morón (2008), de la actuación de la Administración como manifestación de derecho imperativo, se encuentra en un elemento determinante en el objeto de esta Tesis, considerando dicho autor

TESI DOCTORAL

que “es necesario tener en cuenta que, con su actuación, la Administración crea, modifica y extingue situaciones jurídicas.” También es relevante, que tanto para Miguel Sánchez Morón, como para Luciano Parejo Alfonso, Ramón Martín Mateo, José Esteve Pardo, Tomás Cano Campos o Francisco Velasco Caballero, por el Derecho administrativo no solo se conoce de la actividad de la Administración sino también de la de otros sujetos, los ciudadanos o particulares, respecto de los cuales se define su situación jurídica en sus relaciones con la Administración, tutelándose sus derechos e intereses, tanto individuales como colectivos, desde un concepto instrumental y servicial de la actividad administrativa.

Se podría concluir, como manifiesta Velasco Caballero (2020: 137), que la insuficiencia que afecta las diversas tipologías funcionales de actuación de la Administración pública, no motiva de momento su abandono como ideas ordenadoras del Derecho administrativo, “a la espera que la realidad jurídica acabe por depurar otros criterios ordenadores con mayor capacidad explicativa”. Debe tenerse en cuenta que determinadas actividades no serían reconducibles a los tipos funcionales clásicos de carácter básico que sirven para ordenar la actividad administrativa, lo que comporta la necesidad de elaborar nuevos tipos funcionales, que incluso puedan participar de algunos de los elementos característicos de los ya conocidos y aceptados generalmente por la doctrina, lo cual permitirá una mayor comprensión de la realidad jurídica en la que actúa e interviene la Administración pública. Realidad jurídica en la que, tal como argumento en esta Tesis, debería contemplarse la actuación conductual de la Administración, en la que tendría cabida la utilización de la

TESI DOCTORAL

técnica del “nudge público”, a través de las diferentes herramientas en que se manifiesta.

b. La actuación de la Administración pública, en cuanto a su proyección como manifestación de derecho indicativo en la Información, Advertencias o Recomendaciones.

En las Cuestiones preliminares nos posicionamos de forma favorable a utilizar el concepto de derecho indicativo, como construcción a partir de la actuación de las Instituciones de la Unión Europea en relación a decisiones no vinculantes de la Administración, pero que gozan de una amplia aceptación en sus destinatarios. Actuación de la Administración que, en el ordenamiento jurídico español, se caracteriza porque de la misma no se derivan derechos u obligaciones en general, ni para sus destinatarios si los hubiere. También se caracteriza por la inexistencia en su manifestación, del ejercicio de la potestad reglamentaria, así como por la inexistencia de acto administrativo que sea resultado de una voluntad con efectos jurídicos sobre terceros, ni por la previsión de una sanción jurídica ante el incumplimiento de una decisión administrativa, ni tampoco como resultado del ejercicio de las otras manifestaciones de la actividad administrativa formalizada que finaliza en contratos, convenios, protocolos, planes u otros con capacidad de vincular produciendo efectos jurídicos sobre terceros.

En relación con las «Circulares» y las «Hojas informativas», el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de octubre de 1989, en la que acogía los fundamentos de la de instancia ya estableció una doctrina, en la que no se consideran manifestación de la potestad reglamentaria, ni constituyen actos

TESI DOCTORAL

administrativos como declaración de voluntad que vincule a un organismo, no siendo revisables judicialmente, siempre que no lesionen intereses y derechos protegibles, ni puedan producir indirectamente efectos jurídicos sobre terceros.

En dicho sentido se manifiesta (Antecedente de hecho Tercero y FD Primero):

../..se advierte que no se trata ni por el contenido ni por su alcance, del ejercicio de ninguna potestad reglamentaria, ni pueden reputarse como actos administrativos impugnables, porque no constituyen expresión formal o declaración de voluntad de ningún Ente, sino que son la mera interpretación (acertada o no), de una disposición legal ../.. con un alcance simplemente informativo no vinculante, es decir, ni pueden valorarse los actos recurridos como disposición general, ni como acto administrativo decisorio, porque su naturaleza y alcance (limitado a informar e interpretar dicha Ley, con destino a los miembros de los respectivos Colegios), en modo alguno permite, ni con un criterio amplio, encuadrarlo en tales categorías jurídicas, debiendo notarse que entender lo contrario, supondría admitir que pudieran ser resueltos por los Tribunales temas puramente teóricos acerca de la interpretación que deba darse a las normas legales o reglamentarias, misión esta ajena lo que es específico de la función jurisdiccional, sin perjuicio, obviamente, que cuando se suscite un problema concreto pueda y deba el Tribunal decidirlo conforme a Derecho, o sea, que si se adoptan decisiones vinculantes (no meros criterios interpretativos), o se aplican efectivamente tales criterios, los interesados puedan impugnarlos, si estiman que dicha decisión o aplicación, es contraria al ordenamiento jurídico, pero no ahora, ni en relación con las cuestionadas circulares u hojas informativas, que carecen de entidad vinculante y normativa para que el Tribunal pueda conocer sobre su bondad.

../.. estamos en presencia de unas actuaciones corporativas que ni por la forma ni por el contenido pueden tener la consideración de actos jurídicos, esto es productores de derechos y obligaciones, ni de carácter normativo ni no normativo. Las opiniones vertidas por una Corporación ../.. careciendo de eficacia general vinculante, y no pudiendo lesionar ni lesionado los intereses ni los derechos protegibles ../..

Lo cual no quiere decir que si esas opiniones son incorrectas, y aquí no cabe pronunciarse sobre ellos y si los Aparejadores actuando conforme

TESI DOCTORAL

a esas opiniones infringieran la legalidad vigente puedan originarse procesos en los que habría que abordar la adecuación o no a derecho de esas concretas actuaciones. Que puedan ser inducidos a error los colegiados es una cosa y que la opinión vertida sea combatible ahora es otra.

Actuaciones en las que se manifiesta el derecho indicativo que, tal como se ha manifestado por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de junio de 2004 (FD Segundo), no son susceptibles de impugnación, cuando no contienen una decisión que ponga fin a una tramitación administrativa, no vinculando a la Administración, ni otorgando o denegando derechos concretos a los ciudadanos, no revistiendo, en conclusión, carácter imperativo o sancionador.

Si bien que no existen dudas respecto al control judicial de la actividad administrativa de la Administración, que como expliqué en el apartado anterior de esta Parte de la Tesis, se anuda en el art. 105.c) CE, respecto a la actuación de la Administración, en que se materializa el derecho indicativo que considero que se anuda en los arts. 106.1 y 103.1 CE, me he posicionado en la Primera Parte de esta Tesis, junto a Huergo (2012: 68-69), cuando postula la posibilidad de intervención judicial, más allá de la vía del recurso o la impugnación contra los efectos jurídicos desfavorables de un acto administrativo o inactividad de la Administración. Reitero como indiqué, que el art. 106.1 CE, ampara que el control judicial se pronuncie sobre “cualquier pretensión (declarativa, constitutiva o de condena), sin más requisito que el de estar basada en el Derecho administrativo. Por tanto, como no se impugna ningún acto administrativo, la acción no es un «recurso» ni supone una «impugnación» de nada. Puede suceder (aunque no es necesario) que esa acción se formule «en relación» con alguna forma de actividad administrativa distinta de un acto administrativo, por ejemplo una actuación material,

TESI DOCTORAL

constitutiva o no de vía de hecho, que se considera ilegal. En estos supuestos la acción judicial perseguirá, normalmente, detener esa actuación y obtener algún tipo de compensación por los daños causados ../. la acción no constituye una «impugnación» o «recurso», del mismo modo que las acciones de cesación que se conocen en el proceso civil (por ejemplo, en materia de competencia desleal o de publicidad), o las de daños (art. 1902 CC), tampoco constituyen un recurso ni una impugnación.”

Ello no obsta que respecto a la actuación de la Administración resolviendo «Consultas» o informando, en que la tarea que realiza en ejecución de una función constitucional es la de asesoramiento, en el mismo Fundamento de Derecho de la sentencia de 16 de junio de 2004, el Tribunal Supremo ha establecido que es “doctrina reiterada de este Tribunal ../., (la que) considera que los actos que evacuan consultas o respuestas meramente informativas no pueden considerarse incluidos en el concepto de actos susceptibles de recurso contencioso según el artículo 37.1 de la LJCA de 1956 (actual art. 25 LJCA 1998) ya mencionado, porque únicamente suponen la respuesta a consultas formuladas en demanda de asesoramiento.”

He motivado mi posición en el Derecho de la Unión europea, a partir de los razonamientos jurídicos efectuados en las Conclusiones del Abogado general, Michal Bobek, presentadas el 12 de diciembre de 2017 en el asunto C-16/16 P, Reino de Bélgica contra Comisión Europea; y en derecho comparado, a partir de las consideraciones jurídicas efectuados por el Consejo de Estado francés, en su Estudio anual para 2013, de 2 de octubre de 2013, sobre el “soft law”, que traduce como “droit souple” (derecho suave o derecho indicativo).

TESI DOCTORAL

Coincido en esta investigación, sobre las características que se extraen respecto al concepto de Derecho indicativo, para identificar una actuación de la Administración que también he identificado como informal, en un concepto más próximo a la construcción teórica realizada por nuestra doctrina y jurisprudencia administrativas, a la que he dedicado un apartado específico en las Cuestiones preliminares. Características como que (i) no encaja fácilmente en la distinción binaria (blanco o negro), de los efectos jurídicos obligatorios y no obligatorios de la actuación de la Administración en las diferentes manifestaciones o abanicos de instrumentos jurídicos utilizados (directrices, comunicaciones, códigos de conducta, notificaciones, recomendaciones, dictámenes, acuerdos interinstitucionales, conclusiones, declaraciones, resoluciones, etc.); (ii) su finalidad debe ser la de modificar u orientar el comportamiento de sus destinatarios fomentando, en la medida de lo posible, su apoyo, (iii) sin crear por sí mismos derechos u obligaciones para sus destinatarios.

A sus características y diferencias con la función de ilustración como tarea de la Administración que he explicado, dedicaré este apartado, para tener una visión panorámica de los dos planos en que se proyecta la actuación administrativa, según los efectos jurídicos vinculantes o no, que se puedan derivar de la misma.

Barnes (2006: 319-321) considera que “muchas de las actividades que realiza la Administración no se someten a regla alguna de procedimiento y además carecen de carácter imperativo, no nacen con la pretensión de obligar.” Engloba entre ellas, las que la doctrina alemana o norteamericana denominó acciones administrativas de carácter informal o no formalizadas, como la

TESI DOCTORAL

información de la Administración en materia de consumo o salud; la información que recibe la Administración de instancias sociales, académicas o científicas; las recomendaciones o consejos; la celebración de acuerdos preliminares; o la prestación material de determinados servicios. Acciones que opone al acto o disposición administrativa, contrato, o el plan, que requiere de procedimientos y complejas normas para su materialización y formalización. Dicho autor, siguiendo la doctrina administrativa alemana, considera necesario reformular la teoría del procedimiento, de tal forma que reconozca su existencia, establezca las coordenadas en las que encauzar esta acción administrativa no formalizada, a partir de los valores que deben presidirla, la transparencia, la igualdad de oportunidades o el acceso imparcial a la información, e identifique los principios o criterios de un determinado procedimiento, que tuvieran una cierta equivalencia a los de los procedimientos formalizados.

Las manifestaciones de la actuación de la Administración mediante “soft law” o derecho débil, que se proyectan en el derecho indicativo, se caracterizan como he puesto de manifiesto, en no ser vinculantes para la Administración, pero cuyo fin es influir u orientar la conducta de los ciudadanos, como ha puesto de manifiesto García-Andrade (2021: 160-162). En principio, con esta manifestación de la actuación de la Administración no se generan obligaciones, ni se crean derechos subjetivos, ni se establecen vínculos jurídicos que se puedan exigir a la Administración o a terceros. Pero sí responden al ejercicio de potestades administrativas en materias de competencia de la Administración que corresponda, debiendo existir un marco normativo que la habilite para dicha actuación informal en la materia sobre la cual se intervenga, como

TESI DOCTORAL

razonamos en el apartado correspondiente de las Cuestiones preliminares. En esta Tesis, postulo que la actuación de la Administración, formalizada o no, con establecimiento de vínculos jurídicos o no, incide sobre la esfera jurídica de los particulares de forma directa o indirecta, tratando de orientar, influir, incitar o disuadir en su actuación, motivo por el cual la considero relevante para el Derecho.

García-Andrade diferencia entre un “soft law”, en el que la Administración en su actuación se dirige de forma individualizada a uno o más ciudadanos, mediante recomendaciones, respuesta a consultas, o comunicaciones, siempre que no se correspondan con un acto administrativo que finaliza un procedimiento. Y pone algún ejemplo que se considera relevante, como en el supuesto del art. 50.2.b) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de crédito, en relación a la comunicación de informaciones y medidas previstas en la normativa de ordenación y disciplina.

“Soft law” individualizado que dicho autor diferencia de un “soft law” que se proyecta de forma generalizada, con el fin de condicionar u orientar la conducta de un colectivo indeterminado de destinatarios, como ocurre en las Comunicaciones de la Comisión de la Unión europea, interpretativas de las Directivas o estableciendo criterios sobre determinadas materias relevantes en las políticas de la Unión, o en el establecimiento de Códigos de buenas prácticas o Protocolos de actuación. En el mismo sentido, considero como instrumentos de “soft law” que se proyecta de forma generalizada, en cuanto a su proyección como manifestación de derecho indicativo dirigido a una colectividad, a los Catálogos de derechos elaborados por órganos de la

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Administración, pero que no han sido aprobados en ninguna norma, como ocurre con la Carta de derechos digitales.²⁵⁴

Finalmente, dicho autor expone la posibilidad de que en determinados supuestos, la actuación de la Administración mediante “soft law”, requiera de un procedimiento, pero que no finalizaría en un acto administrativo, sino en un procedimiento valorativo no recurrible. Se pone como ejemplo, la previsión contemplada en el art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema financiero, que prevé un procedimiento de presentación de reclamaciones y quejas que pueden presentar los usuarios de servicios financieros, ante un servicio específico del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que las resolverán mediante informes motivados, que no tendrán en ningún caso carácter de acto administrativo recurrible. Para dicho autor este es un ejemplo de “existencia de una relación jurídica relevante

²⁵⁴ Dicha Carta ha sido elaborada a partir del trabajo realizado por el Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España. La Carta de derechos digitales elaborada en su Preámbulo explicativo nos indica que no trata de crear nuevos derechos fundamentales sino de perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros. La Carta no tiene carácter normativo, sino que su objetivo es reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto. Con ello, también, proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos de forma que, siendo compartida por todos, permita navegar en el entorno digital en que nos encontramos aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y conjurando sus riesgos. Y contribuir a los procesos de reflexión que se están produciendo a nivel europeo y, con ello, liderar un proceso imprescindible a nivel global para garantizar una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro. Dicha Carta fue presentada públicamente por el Presidente del Gobierno de España el 14 de julio de 2021, en un acto solemne en la sede de la Presidencia del Gobierno.

TESI DOCTORAL

para el Derecho, que se crea entre la Administración y los ciudadanos, con la correspondiente previsión en una norma jurídica”.

Carro (2015: 393-402), considera que “la denominada «actividad informal» de la Administración es fruto de un debate sobre su exacta configuración jurídica en la sistemática del Derecho administrativo”. Debate existente en nuestra doctrina jurídico-administrativa, del que he hecho referencia anteriormente y en el apartado específico que se trató en las Cuestiones preliminares y en Derecho comparado desde principios de los años 80 del siglo XX, tal como recoge Maurer (2011: 417-421). Dicho autor identifica la «actividad informal», poniendo de manifiesto que “se trata sobre todo de acuerdos y demás contactos entre la Administración y los ciudadanos antes de la adopción de una decisión oficial o en su lugar”, no manifestándose mediante ninguna de las formas jurídicas tradicionales de actividad administrativa, que pretende preparar o sustituir de hecho. Al carecer de efectos jurídicos vinculantes considera Maurer que se clasificarían en el ámbito de la actividad material, pero sin dejar de implicar al ciudadano, en muchos casos, en los procesos de decisión de la Administración. Siguiendo a Ossenbühl, se delimita su contenido en “toda actividad administrativa que no se pueda incluir en ninguna de las formas de actividad habituales y jurídicamente formalizadas de la Administración”, lo cual comporta un amplio espectro de manifestaciones a través de diferentes instrumentos jurídicos, como acuerdos, advertencias, recomendaciones, elaboración de reglas y normas al margen del procedimiento establecido para la creación del Derecho, entre otras, que no hacen referencia a una resolución administrativa, pero que tiene efectos externos relevantes, y que ante la posible elusión de normas, el perjuicio de terceros y la falta de

TESI DOCTORAL

transparencia, deben establecerse determinados límites. Maurer considera que debe garantizarse el cumplimiento del deber de la Administración de audiencia al ciudadano, que contemple la posibilidad de discutir los aspectos relevantes de la actuación de la Administración, y de examinar las circunstancias en que se llevará a cabo, así como de llegar a decisiones óptimas que tengan en cuenta los intereses generales y particulares afectados, teniendo en cuenta que los efectos de dicha actuación de la Administración, no pueden ser jurídicamente vinculantes para las partes, ni tampoco se las puede obligar a su cumplimiento, pudiendo apartarse la Administración al no serle de aplicación la teoría del precedente administrativo. Es decir, ni existe un derecho a exigir el cumplimiento, ni una indemnización por incumplimiento, sin que se evite que sí pueda existir una vinculación de hecho, que en relación a la Administración la obliga a actuar respetando el ordenamiento jurídico y los principios jurídicos que rigen su actuación, así como los deberes fácticos que pudieran derivarse de la misma.

Gaudemet (1994: 645, 654), nos recuerda los antecedentes históricos de dicho concepto en el profesor japonés Tokiyasu Fujita, de quien considera que es quien introduce el concepto de «acción administrativa informal», y en el desarrollo por la Administración y sus Agencias a nivel comparado, de una actividad no decisoria sino con un carácter predominantemente consultivo que se manifiesta en sugerencias, recomendaciones o informaciones, que dicho autor considera como medidas de orden interno, que tiene un importante desarrollo. En ese antecedente de la doctrina científica japonesa, Watari (2019: 110-111) nos informa de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Japón, que tiene establecido como criterio no revisar judicialmente los actos

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

administrativos que no tienen ningún efecto jurídico, como los actos de facto de la administración, así como los consejos, comunicación de pretensiones, sugerencias, persuasiones, recomendaciones y otras medidas de coordinación o de concertación, entre otros.²⁵⁵ Se considera que “si bien dichos actos no pueden ser recurridos judicialmente, sí podrían serlo dentro de la propia Administración para intentar que la misma reconsiderara su actuación”.

En un sentido similar se ha hecho referencia en las Cuestiones preliminares a la tesis de Huergo (2012: 68-69), en que “como no se impugna ningún acto administrativo, la acción de revisión de la actuación de la Administración no sería un «recurso», ni supondría una «impugnación» de nada”. En dicho sentido, Carro en relación a la actuación informal de concertación, considera que “la misma se motiva en conseguir una mayor aceptación por parte de los ciudadanos y una mayor legitimación democrática, lo cual facilitaría evitar eventuales conflictos judiciales”. Asimismo, dicho autor vincula en la “discrecionalidad, la característica determinante de la actuación informal”,

²⁵⁵ Watari explica que “el análisis teórico de las acciones administrativas informales se desarrolló y profundizó debido a los actos de negociación, actos de consulta y otras acciones normativas sin poder público que fueron puestas en vigor por las autoridades administrativas en los años 1960 y 1970 para acelerar el rápido desarrollo de la economía japonesa. Para evitar y controlar la intervención excesivas de las autoridades administrativas en las actividades económicas o civiles por medio de las acciones normativas sin poder público, la jurisprudencia administrativa de los años 1980 y la ley de 1993 sobre el procedimiento administrativo no contencioso establecieron muchas de las normas procesales sustantivas y del procedimiento previo que se aplican a estas acciones administrativas informales.../...De acuerdo a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, el demandante debe ser titular de un derecho subjetivo o de un interés personal que está protegido por la disposición legal sobre cuyo fundamento se hizo el acto administrativo cuya anulación es solicitada al juez. Si el demandante subraya la pertinencia de un interés que es sólo parte de un interés público o de un interés general y que sería absorbido y disuelto en el interés público o general, sería considerado como una persona que no tiene un interés protegido por la ley. De esta forma, su recurso sería denegado sin realizar ningún examen de los meritos de la ley.”

TESI DOCTORAL

aspecto al cual he dedicado un apartado específico en las Cuestiones preliminares estableciendo los parámetros para su control judicial.

Carro destaca la dificultad de definición sistemática por parte de la doctrina de la actuación informal, que se realiza con planteamientos demasiado generales o vinculándola a una «actuación material o técnica», que Velasco Caballero (1998: 55-56) define como “la gestión administrativa ordinaria de servicios públicos”, para diferenciarla de la actuación jurídica que se manifiesta en actos administrativos, reglamentos, contratos y la ejecución administrativa. Concepción de la actuación informal que no da cabida a las múltiples variedades en que puede manifestarse. Tampoco se facilita su análisis desde la dogmática jurídica alemana en relación a la teoría de las formas, o la de la relación jurídico-administrativa, a cuya explicación he dedicado el primer apartado de las Cuestiones preliminares.

La posición que se mantiene en esta Tesis ante la heterogeneidad de las manifestaciones de la actuación de la Administración cuando no tienen efectos imperativos, ni en consecuencia vinculan jurídicamente, denominadas por Tokiyasu Fujita «acción administrativa informal»,²⁵⁶ no es la de establecer un criterio o parámetros clasificatorios de las mismas, sino englobarlas en la proyección de la actuación de la Administración sobre los agentes con los que se relaciona, como derecho indicativo. Carro, partiendo de elementos del criterio de «concertación», si bien que no lo indica, establece las que considera serían las características de la «actividad administrativa informal», en “(i) la ausencia de regulación jurídica, aunque debería existir un mínimo grado de

TESI DOCTORAL

procedimentalización cuando se viesen afectados determinados intereses; (ii) la inexistencia de vinculación jurídica o de imperatividad, no pudiéndose crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, aunque sí existiría responsabilidad de la Administración si se separase de su actuación sin motivación alguna; (iii) su función como alternativa a las formas de actuación (completamente) procedimentalizadas, teniendo en cuenta como principio director el de proporcionalidad; (iv) la existencia de relaciones de intercambio, cuando revista un carácter bilateral o plurilateral”. A partir de las características enunciadas dicho autor establece una clasificación según el carácter unilateral o bilateral de la actuación administrativa informal. Desde la perspectiva unilateral, siguiendo a Velasco Caballero, considera que “la manifestación de la actuación administrativa se realizaría mediante una información al público en sentido amplio, lo que se manifestaría en la utilización de instrumentos jurídicos como las comunicaciones, advertencias, recomendaciones, o noticias de las Administraciones públicas dirigidas a los ciudadanos”, considerando que “si con las mismas se pudieran lesionar, aún de forma indirecta, derechos de los ciudadanos, nos encontraríamos ante decisiones administrativas formales”. Desde una perspectiva bilateral se manifestaría en la utilización de instrumentos jurídicos, que siguiendo a Bohne en la doctrina alemana, incluirían supuestos de negociaciones que la Administración puede llevar a cabo con los particulares, como acuerdos procedimentales o terminación convencional de procedimientos. Supuestos que, siguiendo a Castiello en la doctrina italiana, incluyen también negociaciones, acuerdos sustitutivos de normas o acuerdos sobre su aplicación flexible.

²⁵⁶ Gaudemet, 1994: 645.

TESI DOCTORAL

Finalmente, Carro en una aproximación para establecer los parámetros del régimen jurídico de la actuación informal de la Administración, considera que “los límites de la misma se encuentran en la primacía de la Ley y la aplicación de los principios generales de Derecho, como exigencia del Estado de Derecho. Ello comporta el respeto a los derechos constitucionales, cuyo espectro es más amplio de los que la Constitución reconoce como fundamentales, que cuando se pudieran ver afectados requeriría una previa habilitación legislativa para la actuación de la Administración con este carácter informal”. Lo cual se daría en el supuesto de la “actuación administrativa informal de carácter unilateral, cuando se pudiera afectar el derecho de asociación, el de libertad religiosa, el derecho al honor, el derecho de propiedad, o la libertad de empresa”.

Y en el supuesto de la actuación administrativa informal de carácter bilateral, nos encontraríamos no ante la necesidad de habilitación legal, sino con el requisito de respeto a los principios generales del Derecho, como el de buena fe y confianza legítima, de aplicación, como ha indicado Agudo (2013: 161), en “actos no vinculantes en los que el administrado haya depositado su confianza en función de la razonabilidad de la actuación; así como a los principios de proporcionalidad, igualdad, objetividad, y neutralidad”. Principios que Carro considera informadores de la actuación en general de las Administraciones públicas, bajo la primacía de la Ley, teniendo en cuenta la característica en la actuación informal y de su vinculación negativa a la Ley, pero sin que en ningún caso, dicha actuación pueda quedar al margen del Derecho. En dicho sentido, Agudo (2013: 152) pone como referencia una sentencia del Tribunal

TESI DOCTORAL

Administrativo Federal alemán, de 7 de mayo de 1974,²⁵⁷ que se pronunció sobre negociaciones informales preliminares, en la que se establecen criterios de enjuiciamiento en base a la legalidad respecto al vínculo fáctico en que se resuelve la acción consensual de la Administración. Dichos criterios, coincidentes con los que he ido estableciendo a lo largo de esta Tesis, tanto respecto a la actuación de la Administración en cuanto a su proyección como manifestación de derecho indicativo, como en relación al control de la discrecionalidad en dicha actuación, los considero de aplicación en relación a la actuación conductual de la Administración, cuando se manifiesta con la utilización de la técnica del “nudge”, y la jurisprudencia alemana los tiene en cuenta a los efectos de aplicación del canon de legalidad y legitimidad en la fiscalización de actuación informal. Criterios que se concretan en (i) que la actuación de la Administración esté justificada objetivamente, de modo que tenga sentido y esté motivada por la naturaleza del asunto en cuestión; (ii) que la actuación de la Administración se realice preservando el orden jurídico-competencial, es decir, es imprescindible que se realice por los órganos y las Administraciones competentes; y (iii) es necesario que desde la perspectiva del resultado, la actuación sea impecable en cuanto a su contenido, de forma que el resultado de la ponderación inicial sea razonable y no vacíe de contenido, si fuera el caso, de un procedimiento posterior.

A ellos, habría que añadir los que Schulze-Fielitz (1993: 111), en la doctrina alemana, ha establecido como controles de refuerzo, en la aplicación por analogía de la regulación de la normativa de procedimiento a la actuación informal, en (iv) la intensificación de los controles internos de la Administración,

²⁵⁷ Flachglasurteil, BVerwGE 45, 309.

TESI DOCTORAL

que en esta Tesis, he identificado en la figura de la Inspección general, a los efectos del análisis y valoración desde la perspectiva cognitiva en la actuación conductual de la Administración de carácter conductual; y en (v) el adelantamiento de la participación ciudadana en el proceso decisonal, como eje fundamental de la actuación de la Administración que he reiterado en esta Tesis, incluso institucionalizando la figura de la mediación para casos de conflicto, como en el modelo norteamericano.

Agudo (2013) analiza la actuación informal como actuación material en el ámbito de la concertación con la Administración. Considera que normativamente deben establecerse sobre dicha actuación informal de concertación, parámetros de control débil y siguiendo la dogmática alemana, traslada los criterios de control sobre la potestad discrecional, a partir de la diferenciación entre normas de conducta, que rigen la actuación en los procedimientos reglados y se corresponderían con las que regulan determinada actividad administrativa mediante reglas y principios, y las normas de control, que determinan los parámetros de control que el órgano judicial empleará, así como la densidad o alcance de los mismos. En todo caso, se tendrá en cuenta la aplicación del principio de confianza legítima (como límite de la actuación de la Administración), el deber de objetividad, de acuerdo con el art. 103. CE, y la interdicción de la arbitrariedad, de acuerdo con el art. 9.3 CE. En los supuestos de decisiones discrecionales, en los que no existe simetría entre las normas de conducta y de control, la revisión judicial debe aislar el ámbito decisonal que solo compete a la Administración y la revisión final debe limitarse a los procesos que ordenan la adopción de tal decisión.

TESI DOCTORAL

La doctrina en la actuación administrativa informal desde el plano de la actuación unilateral de la Administración, en el que me centraré en el objeto de esta Tesis, se ha focalizado esencialmente en tres instrumentos jurídicos, la Información del público, las Recomendaciones y las Advertencias, que diferencio de la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración, tal como he explicado en el apartado anterior, desarrollando el marco establecido en el apartado específico de las Cuestiones preliminares. Abordaré su análisis desde la perspectiva diferenciadora que paso a enunciar.

La Información.

Gröschner (1993), encuadra el concepto de información al público en la esfera del Gobierno, en un criterio aceptado por la doctrina administrativa alemana, como una tarea o funciones constitucionales, que encuentran en el principio democrático un fundamento constitucional del derecho-deber de la actividad informativa, cuya misión, dicho autor nos la define a partir de la construcción del Tribunal Constitucional Federal alemán, en “posibilitar una participación responsable de los ciudadanos en el proceso de formación de la voluntad política del pueblo, y lograr así preservar el «consenso básico» democrático entre gobernantes y gobernados” (p.137). A partir de su encuadre constitucional, se nos define la información del público como la difusión entre el público de lo que constituye la actividad propia del Gobierno de acuerdo a su discrecionalidad política, como contrapunto a la que he denominado y reformulado como función constitucional de ilustración, que dicho autor identifica como tarea de ilustración del público. La tarea de información se materializa entonces, en la formación de la voluntad de los ciudadanos que

TESI DOCTORAL

actúan políticamente, es decir de los que hacen uso de su derecho de sufragio, mientras que la función constitucional de ilustración, tal como explicamos, se dirige a la formación de la conciencia de los individuos en su actuación como personas privadas.

Schulte (1993; 121-122) destaca el deber de transparencia respecto a la tarea de información, cuando manifiesta que “la atribución de información a una autoridad estatal mediante una obligación legal, sobre una materia determinada, si no existiera la correspondiente previsión normativa, ésta se derivaría igualmente del deber genérico de transparencia”. Dicho autor destaca, a partir de la dogmática alemana de las relaciones jurídicas, a la cual dedicamos el primer apartado de las Cuestiones preliminares, el hecho de que “en materias como el medio ambiente o la salud, la información, advertencias y recomendaciones sobre productos lícitos e inocuos representa una intervención en la libertad de competencia protegida por los derechos fundamentales, pues puede tener una influencia decisiva en el comportamiento de los consumidores, si bien que la misma, para constituir una lesión mediata de los derechos fundamentales deberá tener una gravedad cierta o una intensidad notable”. En dicho sentido, Schmidt-Assmann (2003: 288-293), en cuanto a un régimen público de información, centrado en la actuación de la Administración, considera que “nos encontramos ante una tarea relevante para el Derecho administrativo, más allá del resultado final de un procedimiento, partiendo de que la información se obtiene a partir de la comunicación y se utiliza para la comunicación”. Siguiendo a Rainer Pitschas y a partir de establecer que la información se proyecta como objeto de prestación o procura estatal, considera que “debe desarrollarse el modelo de un régimen público de la información e

TESI DOCTORAL

integrarse en el Derecho Administrativo como garantía del control y la eficacia de la acción administrativa”. A partir de la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-administrativo, Schmidt-Assmann, como Shulte, pone de manifiesto “la influencia que pueden tener las informaciones emitidas por la Administración, por lo que la jurisprudencia administrativa ha intentado poner límites ante los riesgos que pueden surgir para la libertad individual, aplicando las garantías clásicas de la actividad administrativa de limitación, así como los límites de los principios del Estado de Derecho, establecidos en la jurisprudencia constitucional alemana”. En dicho sentido, dicho autor establece los elementos básicos del régimen jurídico de la actividad administrativa de información en su afectación a los particulares, cuando la misma se proyecta sobre la propia actuación de la administración pública, sin discernir el carácter *ad intra*, de acceso y conocimiento sobre la actuación y actividad administrativa, o *ad extra*, respecto a la comunicación hacia la sociedad o individuos en materias de competencia de la Administración para la formación de la voluntad por parte de los ciudadanos o para divulgación de la actuación de la Administración. En relación al primero, con su regulación específica en la normativa de transparencia y acceso a la información administrativa pública, y la de protección de datos personales, estableciéndose la obligación de publicidad activa, que se ha materializado en el ordenamiento jurídico español en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se regula el acceso y conocimiento sobre la actuación de la Administración, sobre toda la actividad administrativa, lo que anteriormente, en relación a la Administración General del Estado, se había contemplado en el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los servicios de información administrativa y



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

atención al ciudadano, respecto a la información administrativa considerada como cauce adecuado a través del cual los ciudadanos pueden acceder al conocimiento de sus derechos y obligaciones y a la utilización de los bienes y servicios públicos, diferenciándose entre información general o particular sobre el estado o contenido de los procedimientos en tramitación o identificación de personal y autoridades; y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y Garantías digitales. Así como en normativa específica, como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público, o la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de subvenciones. En relación a la segunda, *ad extra*, caracterizada por el objetivo de comunicación institucional hacia la sociedad o los individuos, sobre materias de competencia de la Administración o sobre consultas que se le efectúen sin carácter resolutivo ni vinculante, como se explicó anteriormente con diferentes supuestos traídos de la construcción doctrinal de García-Andrade, que se ha materializado en el ordenamiento jurídico español en la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación institucional y de forma específica en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud pública o la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad alimentaria y Nutrición, así como en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009, cuando en su FD Segundo, ante una Nota informativa aprobada por el Consejo de Ministros de 2 de febrero de 1996, sobre las cotizaciones de mutualistas de la Mutualidad de empleados de Notarías, en relación a tipos aplicables al integrarse en el régimen general de la Seguridad Social, estableció que la misma no incorporaba una declaración de voluntad administrativa, ni suponía una decisión, ni imponía un comportamiento a los destinatarios, no pudiendo configurarse jurídicamente como acto administrativo definitivo susceptible de impugnación, al limitarse a informar de

TESI DOCTORAL

la situación creada por la integración producida en el régimen general de la Seguridad Social. En cambio, el Alto Tribunal, en sentencia de 23 de enero de 2019, sí ha considerado determinados actos de información, como los relativos a la vida laboral, como actos recurribles, puesto que responden a una obligación legal de la Administración vinculada al derecho a la información, contemplada en el art. 17 del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, puesto que dicha información contiene una afectación futura en los derechos de los interesados, al recoger la fecha de alta de su afiliación, lo que comporta el reconocimiento de un período de cotización a la Seguridad Social, con consecuencias jurídicas con efectos en el reconocimiento de servicios y prestaciones. En dicha sentencia, se establece que “no serán recurribles los actos meramente informativos o declarativos de un indiferente jurídico, pero sí podrá impugnarse un acto informativo cuando del mismo se puedan derivar efectos jurídicos incluso pudiendo materializarse en el futuro”.

En otro aspecto, debo destacar, como hizo en su día Velasco Caballero (1998: 33-35),²⁵⁸ siguiendo a Dovifat, que “es la idea del «público» lo que caracteriza orgánicamente a la información, por lo que «sin público no existe información»”. Teniendo en cuenta que la misma puede tener un contenido pretendidamente neutro, como ocurriría en la comunicación de datos o valoraciones, o finalista, cuando la información tiene como fin ser un instrumento para la dirección del comportamiento del público, pero en un análisis crítico, dicho autor considera que aunque la realidad pueda ser neutra no lo es el mensaje que se comunica,

TESI DOCTORAL

pues “la finalidad del mismo es la obtención de un resultado, teniendo en cuenta que la información, como mínimo, persigue como fin el progreso económico y social”.

La configuración de la información en su proyección *ad extra* como un derecho y una obligación, se ha positivizado en diferentes normas, pero por su vinculación con el objeto de esta Tesis, se recogerá las referencias normativas contenidas en la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación institucional, por su carácter general, y por su carácter específico, las referencias contenidas en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud pública o en la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad alimentaria y Nutrición.

La Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación institucional, establece el régimen jurídico de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación promovidas o contratadas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal. En su Preámbulo anuda en el artículo 97 CE las funciones políticas y ejecutivas de Gobierno, un binomio que tiene su reflejo en toda acción de gobierno y que se proyecta, también, sobre la relación comunicativa. Se considera que el “Gobierno es, indudablemente, sujeto y objeto de información y valoración política; pero, en cuanto responsable último de la Administración General del Estado y en razón, precisamente, de la función ejecutiva que constitucionalmente se le encomienda, es emisor de una serie de mensajes dirigidos a los ciudadanos que se engloban bajo la denominación genérica de

²⁵⁸ La tesis de dicho autor, se realiza sin discernir la proyección *ad intra* o *ad extra* de la información. Debe ponerse de manifiesto que en esta Tesis únicamente referenciamos la

TESI DOCTORAL

campañas institucionales de publicidad y de comunicación”. Dicha Ley, en la línea de la dogmática alemana que he expuesto en la tesis de Gröschner, recoge:

../.. la dualidad entre la naturaleza política y ejecutiva de la acción gubernamental que se considera debe mantenerse en esferas comunicativas separadas. La valoración, el juicio y la información de carácter político tienen sus propios cauces y no deben mezclarse con la actividad comunicativa que, ordenada y orientada a la difusión de un mensaje común, emprende la Administración para dar a conocer a los ciudadanos los servicios que presta y las actividades que desarrolla. Debe ser un principio fundamental de la actividad comunicativa del Gobierno, a través de campañas institucionales, desligar la opinión política de la información veraz y neutral sobre sus políticas públicas. La publicidad y comunicación institucional deben estar al estricto servicio de las necesidades e intereses de los ciudadanos, facilitar el ejercicio de sus derechos y promover el cumplimiento de sus deberes, y no deben perseguir objetivos inadecuados al buen uso de los fondos públicos.

La eficacia en la acción comunicativa de los poderes públicos en la sociedad contemporánea requiere, además, que aquellas soluciones que ya ha hecho suyas la sociedad de la información se habiliten como parte de los recursos informativos de las Administraciones públicas y se incorporen las técnicas que permiten difundir con eficiencia mensajes de interés para los ciudadanos y los colectivos en que se integran. El propósito de la Ley es que toda la información llegue a todos los ciudadanos. Para ello, se ordena la utilización de medios, soportes o formatos que, por un lado, aseguren el acceso a la información de las personas con discapacidad y, por otro, atendiendo a criterios objetivos, garanticen mejor la difusión de los mensajes.

La campaña institucional de comunicación es definida por esta Ley (art. 2.b) como aquella que, utilizando formas de comunicación distintas de las estrictamente publicitarias, sea contratada para difundir un mensaje u objetivo

TESI DOCTORAL

común a una pluralidad de destinatarios, con lo que el concepto se vincula a un elemento objetivo, más concreto que el de información, que es de de campaña de comunicación, y a un elemento subjetivo que comporta la necesidad de externalización a la propia Administración, la efectividad de dicha comunicación. Es en el art. 3 en el que encontramos los objetivos que se quieren conseguir con estas campañas, ya sean de publicidad o comunicación, cuya diferencia conceptual se establece en si se utiliza o no un soporte publicitario, que sería el supuesto de las campañas de publicidad. En dicho artículo, en sus apartados 1.a), b), f), g), i j), se establecen los objetivos, los cuales tienen una clara vinculación con el objeto de la utilización de la técnica del “nudge”:

- a) Promover la difusión y conocimiento de los valores y principios constitucionales.
- b) Informar a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones legales, de aspectos relevantes del funcionamiento de las instituciones públicas y de las condiciones de acceso y uso de los espacios y servicios públicos.
- f) Advertir de la adopción de medidas de orden o seguridad públicas cuando afecten a una pluralidad de destinatarios.
- g) Anunciar medidas preventivas de riesgos o que contribuyan a la eliminación de daños de cualquier naturaleza para la salud de las personas o el patrimonio natural.
- j) Comunicar programas y actuaciones públicas de relevancia e interés social.

En los apartados 2, 3 y 4 del mismo art. 3, se establecen los límites de dichas campañas, en que se desarrollarán exclusivamente cuando concurren razones de interés público y en el ejercicio de competencias propias; contribuirán a

TESI DOCTORAL

fomentar la igualdad entre hombres y mujeres y respetarán la diversidad social y cultural presente en la sociedad; y se ajustarán siempre a las exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, transparencia, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto. Martínez Pastor (2012: 60), considera que los asuntos tratados en dichas campañas deben beneficiar a una gran parte de la ciudadanía, para garantizar que respetan el interés público. García Inda (2001: 151-152) pone de manifiesto que el éxito de las políticas públicas se encuentra en el comportamiento ciudadano, lo que requiere utilizar como medio de información general, “la (mal) llamada «publicidad institucional»”. Dicho autor, ante la utilización de la técnica publicitaria por las Administraciones públicas y su efectividad sobre la opinión y el comportamiento públicos, considera que la misma responde a un “mandato constitucional: la eficacia en la actuación administrativa (art. 103 CE), que, en muchos casos, requiere del comportamiento de los ciudadanos.” Anuda la utilización de la que en esta Tesis identificamos, con un carácter más restrictivo al de dicho autor²⁵⁹, como información institucional, caracterizada por su objeto no por su emisor, divulgada en virtud de una decisión discrecional de política informativa, que es la que se proyecta *ad extra* en la actuación de la Administración, en el art. 9.2 CE, como deber de los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, y en el art. 51.2 CE, como obligación de los poderes públicos de promover la información y educación de consumidores y usuarios.

²⁵⁹ García Inda, siguiendo a Borsten, aplica un concepto de publicidad institucional en el sector privado, considera que se debería hablar de publicidad gubernamental, pues informan de lo que hacen las dependencias gubernamentales, pero al excluir dicho concepto algunos ámbitos

TESI DOCTORAL

En el ámbito del derecho a la información en materia de salud, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud pública, contempla una regulación específica en sus arts. 4, 16 y 18, en los que se contiene la configuración jurídica y alcance de dicho derecho, las acciones de la Administración para generar conocimiento en los ciudadanos mediante la educación, con una incidencia directa en el ejercicio de la función constitucional de ilustración como tarea de la Administración que explico en esta Tesis, y una acción informativa veraz y bajo el criterio de la realización de buenas prácticas por los medios de comunicación social. El alcance de dicho derecho a la información en materia de salud condiciona la actuación de la Administración cuando se utiliza la técnica del “nudge público”, motivo pro el cual se considera relevante referir la regulación jurídica que se efectua delimitándose su alcance.

Se recoge como derecho de los ciudadanos, el derecho a la información, estableciendo que los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tiene derecho a ser informados, con las limitaciones previstas en la normativa vigente, en materia de salud pública por las Administraciones competentes (art. 4). Este derecho comprende en todo caso, los siguientes:

- a. Recibir información sobre los derechos que les otorga esta ley, así como sobre las vías para ejercitar tales derechos.
- b. Recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas.

del sector público, prefiere utilizar el término de publicidad de las Administraciones públicas, que podría o no ser institucional según su contenido.

TESI DOCTORAL

c. Recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente.

d. Toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo.

Asimismo, se regula la promoción de la salud, estableciéndose la relevancia de la obligación de la Administración de generar «conocimiento» y actuar sobre la educación del individuo, para la toma de decisiones saludables, impulsando una actuación colaborativa con el tercer sector (art. 16). Se establece como finalidad en la actuación de la Administración que establezca impulsores, “acciones dirigidas a incrementar”, que generen ese «conocimiento» para reforzar la capacidad de los ciudadanos en la adopción de decisiones informadas, que le generen un impacto positivo en su salud individual y en la colectiva:

1. La promoción de la salud incluirá las acciones dirigidas a incrementar los conocimientos y capacidades de los individuos, así como a modificar las condiciones sociales, laborales, ambientales y económicas, con el fin de favorecer su impacto positivo en la salud individual y colectiva.
2. Las actuaciones de promoción de la salud prestarán especial atención a los ámbitos educativo, sanitario, laboral, local y de instituciones cerradas, como

TESI DOCTORAL

hospitales o residencias. En dichos ámbitos, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad apoyará la creación y el fortalecimiento de redes.

3. El Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad con la participación de las Comunidades Autónomas establecerá y actualizará criterios de buenas prácticas para las actuaciones de promoción de la salud y fomentará el reconocimiento de la calidad de las actuaciones.

4. Las organizaciones sociales podrán participar en el desarrollo de actividades de promoción de la salud. Las Administraciones públicas competentes promoverán la participación efectiva en las actuaciones de promoción de la salud de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que lo representen.

Finalmente, en el ámbito de la información en materia de alimentación y nutrición, la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad alimentaria y Nutrición, en su art. 28, regula las obligaciones de las Administraciones públicas, para fomentar el «conocimiento» en materia de seguridad alimentaria y nutrición, por parte de los individuos que les permitan la adopción de decisiones saludables.

Considero que en estas dos normas se establecen obligaciones positivas que condicionan la actuación de la Administración, puesto que se establecen los fines de dicha actuación, lo que comprota la exigibilidad de su cumplimiento en vía jurisdiccional, de acuerdo con el art. 106.1 CE.

Tal como han puesto de manifiesto Sibony y Helleringer (2017: 217) siguiendo a Schwartz, “se ha producido una evolución que va desde la regulación de la información a la regulación de la racionalidad. A partir de la legitimación

TESI DOCTORAL

científica, la regulació de la informació se ha vist desplaçada per les ciències de la conducta, con el objectiu de ajudar a los consumidores a superar los sesgos cognitivos que pueden ser explotados por fabricantes y comercializadores de productos, así como por los poderes públicos”.

Las Recomendaciones y Advertencias.

Gröschner (1993) define las Recomendaciones como propuestas concretas para dar preferencia a determinados productos o comportamientos (añadiremos), conteniendo una advertencia respecto a los productos o comportamientos no recomendadas, sin que ello comporte una distinción, como ocurriría en materia de medio ambiente, con las etiquetas de calidad ambientales. Siguiendo a Lübbe-Wolf, Gröschner considera que “nos encontraríamos ante una Administración de las conciencias, que determina como tarea de la misma, recomendar a la población determinados comportamientos siempre que ello resulte necesario, como manifestación de una facultad conminativa o de advertencia, siendo ésta la forma más intensa de influir sobre las decisiones de los individuos”²⁶⁰. En dicho sentido, en el ordenamiento jurídico español, el art. 16.1 de la LGSP, prevé respecto a la obligación de promoción de la salud, la realización por las Administraciones públicas de las acciones dirigidas a incrementar los conocimientos y capacidades de los individuos, así como a modificar las condiciones sociales, laborales, ambientales y económicas, con el fin de favorecer su impacto positivo en la salud individual y colectiva.

TESI DOCTORAL

En relación con las diferencias respecto a la ilustración como función constitucional, que explicamos en el segundo apartado de esta Segunda parte, Gröschner las identifica en el grado de intensidad de la intromisión para influir en las decisiones de los individuos. La función de ilustración excluye toda injerencia de la Administración en la jerarquía de preferencias de los sujetos privados, mientras que las Advertencias, “según las dimensiones del riesgo que se cierne pueden y hasta deben estar formuladas en términos de la más fuerte injerencia” (p. 141), situándose la Recomendación como una forma más suave de advertencia. Considera dicho autor, que si la Recomendación por parte de la Administración consistiera en la utilización de un determinado producto, supondría una injerencia en los derechos fundamentales de la competencia y no existiría base legal para dicha actuación de la Administración. De esta forma concluye en que la diferencia entre la generalidad de la ilustración y la individualidad de la Advertencia requiere en el supuesto de esta última una habilitación legal con una precisa definición de los supuestos de hecho en los que se puede aplicar como tarea de la Administración. Lo que le lleva a definir la función constitucional de ilustración, como “formación de la conciencia del individuo en su toma de decisiones; la Información al público como comunicación de hechos para la formación de la voluntad de los ciudadanos; las Recomendaciones, como orientaciones tanto de comportamiento como de productos, que si lo son de carácter general se aproximan a la función de ilustración, y en cuanto sean más concretas se aproximan al concepto de Advertencia; y las Advertencias, como manifestación de una intervención de la Administración ante riesgos concretos, como expresión de normas de policía

²⁶⁰ Gröschner realiza su construcción dogmática en referencia a las relaciones de la Administración con los individuos y la sociedad, en materia de consumo.

TESI DOCTORAL

administrativa dirigidas a la persona o causa del riesgo”, pues Gröschner, siguiendo a Scholz, considera que las mismas constituyen un título que habilita a la Administración para actuar frente a las perturbaciones, que se anuda en el principio de publicidad de la Administración. Sobre dicho principio de publicidad Gröschner recoge la jurisprudencia de los Tribunales Administrativo y Constitucional Federal de Alemania, en la que se establece que la atribución competencial al Gobierno, para llevar a cabo la tarea de información, le habilitaría en el ejercicio de la función de Advertencias y Recomendaciones.

En el ordenamiento jurídico español encontramos un claro ejemplo clarificador de la habilitación legal específica para la utilización de las advertencias, si bien que como una manifestación regulatoria que incorpora una imposición legal, en las expresiones e imágenes que figuran en las cajetillas de tabaco individualizadas en cada consumidor cuando las adquiere, y que responde a un deber empresarial que se impone en el RD 579/2017, de 9 de junio, por el que se regulan determinados aspectos relativos a la fabricación, presentación y comercialización de los productos del tabaco y los productos relacionados. Su art. 3.b) y c) define el concepto de «advertencia sanitaria», como la advertencia relativa a los efectos adversos para la salud humana de los productos, u otras consecuencias no deseadas de su consumo, incluidas las advertencias de texto, las advertencias sanitarias combinadas, las advertencias generales y los mensajes informativos; y el concepto de «advertencia sanitaria combinada», como la advertencia sanitaria establecida en el RD, en la que se combinan una advertencia de texto con la correspondiente fotografía o ilustración.

En el Capítulo II, arts. 12 y siguientes, se regula con carácter obligatorio para el fabricante las advertencias que deben figurar en el envasado y embalaje,

TESI DOCTORAL

según la tipología de productos de tabaco, fijándose sus características, contenido que se reproducen en el Anexo I de la norma reglamentaria, ubicación e imágenes, que se reproducen en el Anexo II de la norma reglamentaria. Pero una norma que incluye una obligación hacia los fabricantes, se transforma en una actuación de la Administración en la que se ha diseñado una Arquitectura de la elección, para incitar a los ciudadanos mediante un “nudge público”, como es la frase e imagen que constituyen una advertencia para dejar de fumar, y para no adquirir dicho producto por sus efectos nocivos para la salud, cuyo objetivo, como se motiva en la misma norma que desarrolla, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos de tabaco, tiene una finalidad pública acorde con el interés general, proteger la salud de las personas, y reducir el gasto sanitario condicionado por las graves enfermedades derivadas del consumo de tabaco²⁶¹. Teniendo en cuenta, que la misma norma, además de la advertencia utiliza otro “nudge público”, como es la homogeneización o estandarización de las cajetillas, como se regula en los arts. 20 y 30 del RD 579/2017, de 9 de junio, respecto a determinados aspectos relativos a la fabricación, presentación y comercialización de los productos del tabaco. De

²⁶¹ Respecto a la regulación contenida en la Ley 28/2005, podemos encontrar un antecedente en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, recogida en sentencia de 22 de enero de 1997, BVerfGE 95, 173 (Advertencias en productos de tabaco). En dicha sentencia se planteaba si el deber de difundir en las cajetillas de productos de tabaco advertencias sobre los peligros para la salud a que se expone el fumador, era compatible con los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional alemán consideró que partiendo de que “la obligación de las advertencias vincula tanto a productores como a comerciantes de productos de tabaco en la distribución de sus mercancías, no en la participación en el proceso de expresar y difundir opiniones. Por consiguiente, el deber de etiquetar el producto se debe medir con el criterio de la libertad de ejercer una profesión (Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental), y no con el de la libertad de opinión (Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental).”

TESI DOCTORAL

esta forma, como indica Hernández (2013: 173), mediante la técnica del “Plain Packaging” se “minimizan los incentivos a fumar que pueden generar las marcas y diseños propios”.

Respecto a las Recomendaciones, ya se encuentren incluidas en informes, circulares o en otro tipo de instrumento jurídico, Martín Nájera (2015), en el supuesto de las Recomendaciones que se encuentran en Informes de auditoría de Organismos públicos de control y fiscalización externa, cuando su resultado no condiciona futuras fiscalizaciones, la mismas pueden llegar a cambiar la conducta de la Administración correspondiente u organismo fiscalizado, siempre que se realice un seguimiento de la aplicación de las mismas, Recomendaciones que considera que serían un “nudge”.

Asimismo, la Audiencia Nacional en sentencia de 29 de noviembre de 2012, analizando la impugnación, motivada en encontrarnos ante una vía de hecho, contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de 14 de marzo de 2011, aprobando un Informe de carburantes para la automoción, que incluía unas Recomendaciones, inadmitió el recurso contencioso-administrativo. En dicha sentencia, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en sentencias de 22 de septiembre de 2003 y de 29 de octubre de 2010, sobre la vía de hecho y actuaciones materiales, a la cual se ha hecho referencia anteriormente, se establece que en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se contemplan obligaciones de emisión de informes generales sobre sectores económicos y su publicidad. Dichos aspectos se encuentran hoy recogidos en los arts. 5 y 37 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y

TESI DOCTORAL

la Competencia, previéndose en este último que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal.

Es relevante para el objeto de esta Tesis, en cuanto a las características de la actuación de la Administración pública como proyección del derecho indicativo que se contiene en las Recomendaciones, la fundamentación jurídica de la sentencia en su FD 6, cuando se argumenta respecto a:

../.. la emisión de declaraciones como en este caso del ex Presidente ante los medios de comunicación. Dichas declaraciones, acertadas o no, se enmarcan en el ámbito del derecho a la información que tienen los consumidores, usuarios y administrados en general y del derecho a conocer el estado de la competencia en España en el sector de los carburantes, sector de notable incidencia en la actividad cotidiana de los ciudadanos, y de enorme trascendencia en la actividad económica general. Pero dicha actuación mediática, cuyo acierto y oportunidad no corresponde enjuiciar aquí, en modo alguno supone el ejercicio, ni regular ni irregular, de facultad o potestad administrativa alguna y, por tanto, no siendo actuación administrativa, no es impugnabile ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Como se ha puesto de manifiesto, cuando la actuación de la Administración pública se proyecta en el ámbito del derecho indicativo, se motiva el análisis sobre si de la misma se pudiera derivar algún efecto jurídico, incluso de futuro, motivo por el cual nos encontraríamos atravesando la línea de la relevancia jurídica hacia su proyección en el derecho imperativo, y de otra forma, la actuación de la Administración se orienta a intervenir sobre la conducta desde

TESI DOCTORAL

la persuasión o la incitación, con un amplio espectro de libertad en la toma de decisiones por parte de los individuos, sin desconocer la relevancia de la comunicación institucional en las relaciones de la Administración con la sociedad.

Ello no obsta que la actuación de la Administración cuando se proyecta en el ámbito del derecho indicativo pero también en el del derecho imperativo, pueda caracterizarse por intervenir sobre la racionalidad del individuo, de forma directa o indirecta, incitándole la conducta, sin condicionarla ni imponerla, dejándole libertad de elección para que sienta su decisión como propia. Dicho aspecto caracteriza un carácter conductual en la actuación de la Administración, que se materializa en la utilización de la técnica del “nudge público”, y requiere que en el diseño de la Arquitectura de la elección, en el que se tendrán en cuenta los resultados experimentales que motivan la evidencia científica sobre el comportamiento individual y colectivo, a partir del conocimiento de una racionalidad limitada, y una conducta condicionada por sesgos y heurísticas, dicha actuación esté informada desde la perspectiva cognitiva, para garantizar la dignidad del individuo y el libre desarrollo de su personalidad. Aspectos que procedo a desarrollar en la Tercera parte de esta Tesis.

TESI DOCTORAL

TERCERA PARTE.- LA PERSPECTIVA COGNITIVA EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA CONDUCTUAL, MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA DEL “NUDGE” EN LA ARQUITECTURA DE LA ELECCIÓN.

C. El “nudge” y la permeabilidad del Derecho administrativo ante las ciencias de la conducta, las neurociencias, la semiótica y la lingüística cognitiva, en el diseño de la Arquitectura de la elección.

“La igualdad, por lo tanto, como la libertad, es, a mi juicio, solo un sueño del siglo XIX. El mundo futuro tendrá una clase gobernante, probablemente no hereditaria, pero muy análoga al gobierno de la Iglesia católica. Y esta clase gobernante, a medida que adquiera conocimientos mayores y mayor confianza, intervendrá cada vez más en la vida del individuo y aprenderá cada vez más la técnica que permita hacer más tolerable su intervención.” Bertrand Russell²⁶².

El concepto de permeabilidad ha incorporado en la dogmática jurídico-administrativa un nuevo enfoque que penetra en los compartimentos estancos de las diferentes disciplinas, lo cual repercute de forma directa sobre las relaciones Estado-sociedad y a partir de la propia transformación del Estado.

El Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer²⁶³, formuló ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sus Conclusiones de fecha 2 de junio de 2009, en el que ha pasado a ser uno de los Asuntos más destacados en la construcción jurisprudencial sobre la colaboración público-privada, el Asunto C-196/08, Acoset contra Italia. En las Conclusiones 42 a 44, destaca que la

²⁶² Russell (1975: 185).

²⁶³ Abogado General del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

TESI DOCTORAL

permeabilidad entre la Administración y los ciudadanos impide enclaustrar sus recíprocas funciones en compartimentos estancos:

Las actividades económicas y de gestión del poder público han experimentado una profunda transformación a lo largo del último siglo. Desde un liberalismo abstencionista inicial, con el único designio de mantener el orden público con medidas tradicionales de policía, como los mandatos y las prohibiciones, evolucionó hacia el ofrecimiento de prestaciones a los súbditos, hasta llegar, finalmente, a una idea asistencial del Estado nacida de la solidaridad. En la meta de esa carrera el epítome clásico del servicio público se ha postergado, puesto que, en la actualidad, el grado de permeabilidad entre la Administración y los ciudadanos impide enclaustrar sus recíprocas funciones en compartimentos estancos. Aunque el celo de la administración se encamina hacia el interés general, proliferan las maneras de satisfacerlo, destacando las que, al facultar a los particulares para desplegar actividades de índole pública, anidan evidentes dosis de cooperación.

Considero que dicha argumentación ampara una visión de la realidad social y jurídica en que se mueve la actuación de la Administración, a partir de la permeabilidad no tan solo a la participación ciudadana, sino a nuevas formas diferentes a las regulatorias, ablatorias o procedimentales.

En dicho sentido, el ámbito de la colaboración público-privado, no solo se proyecta respecto a la actividad económica, sino también respecto a los espacios de gestión de la Administración, del resto de poderes públicos y de los entes del sector público. Espacios en los que la intervención de la Administración, entre otras tareas, en la de ordenación de la sociedad, mediante la actuación administrativa de carácter conductual, se acoge como orientación a la satisfacción del interés general, más allá de las formas procedimentalizadas, regulatorias o ablatorias, de intervención administrativa.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

1. El sincretismo metodológico aplicado a la Arquitectura de la elección. La racionalidad ante la heurística y los sesgos cognitivos relevantes para el Derecho.

“Los psicólogos evolucionistas, conscientes del ingenio de los pueblos cazadores-recolectores, insisten en que los humanos evolucionaron para ocupar el «nicho cognitivo»: la capacidad de aventajar a la naturaleza con el lenguaje, la sociabilidad y el conocimiento... la racionalidad no es un poder que un agente posee o no posee, como la visión de rayos X de Superman. Es un juego de herramientas que puede alcanzar objetivos particulares. Para comprender qué es la racionalidad, por qué parece escasear y por qué es importante, hemos de comenzar con las verdades fundamentales de la racionalidad misma: las formas en las que debería razonar un agente inteligente, dados sus objetivos y el mundo en el que vive. Estos modelos «normativos» provienen de la lógica, la filosofía, las matemáticas y la inteligencia artificial, y suponen la mejor comprensión de la solución «correcta» de un problema y del modo de hallarla por nuestra parte.” Steven Pinker²⁶⁴.

En este apartado he tenido en cuenta aportaciones teóricas desde la psicología cognitiva²⁶⁵ para desarrollar nuestra argumentación jurídica. En anteriores

²⁶⁴ Pinker (2021: 28).

²⁶⁵ Ortego et al. (*Open Course Ware de la Universidad de Cantabria sobre Ciencias Psicosociales I*), definen la psicología como ciencia que estudia el comportamiento, explicando que la palabra psicología procede de las palabras griegas *psyche* (mente, alma, espíritu) y *logos* (discurso o teoría). En sentido etimológico, la palabra psicología significa “teoría de la mente”. En cuanto a sus antecedentes históricos, estos autores los remontan al s. XV, en que se cita dicho término por Melanchton, posteriormente en los siglos XVI-XVII, Goclenio publica el primer Manual cuyo título es Psicología, y en el s. XVIII, Wolf incluye la psicología en su clasificación de las ciencias, hasta que en el s. XIX Wundt, al que se considera como el padre de la psicología científica, en 1879 inaugura el primer laboratorio de psicología experimental. Consideran que la psicología, en sus inicios, podía realmente definirse como teoría o ciencia de

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

la mente, pero poco a poco esta definición ha ido cambiando y actualmente se puede afirmar que la psicología es una ciencia que intenta construir teorías y modelos que permitan explicar, predecir y controlar la conducta (Ballesteros y García, 1995) y los procesos mentales (Grzib & Briales, 1996a) aplicando el método científico, a partir de cuyo momento se reconoce la psicología como ciencia independiente, al independizarse de la filosofía. Explican el método científico como regla o conjunto de reglas que permiten seguir un procedimiento ordenado para alcanzar una meta, siendo el más relevante el hipotético-deductivo, cuya aplicación se caracteriza porque observados unos datos, se conjeturan hipótesis capaces de explicarlos y de estas hipótesis se deducen conclusiones que se deben verificar con los hechos, entre otras técnicas, mediante pruebas de laboratorio y la aplicación de métodos no experimentales y experimentales. En dicho sentido, destacan la tesis de Yela, de que aplicando el método científico para la intelectualización de la realidad empírica, se pretende un mejor conocimiento y comprensión del comportamiento humano, desarrollar instrumentos capaces de medir diversas dimensiones de este comportamiento, así como técnicas y estrategias capaces de modificar conductas, que como en el objeto de este trabajo de investigación, se puedan considerar por los poderes públicos como no saludables o desadaptativas. Asimismo, explican que hay diferentes corrientes de pensamiento, identificadas en Escuelas, que en muchos momentos, temáticas y métodos, se encuentran enfrentadas entre ellas, identificándose por sus metodologías de aplicación y enfoques de análisis, siendo las más destacadas, (i) el Estructuralismo, (ii) el Funcionalismo, (iii) la Gestalt, término alemán que significa “patrón” o “configuración”, (iv), el Psicoanálisis, (v) la Reflexología rusa (vi), el Conductismo, (vii) la Psicología cognitiva, (viii) la Psicología evolutiva, (ix) el Humanismo y (x) la Psicología social.

En la argumentación y utilización de los conceptos como relevantes jurídicos de esta Tesis, el adjetivo cognitivo, no se asocia a la Escuela a la que se ha hecho referencia, sino al concepto de cognición, sobre el cual nos hemos pronunciado en la Introducción, en el apartado sobre los Sesgos del proceso de investigación, y en las Cuestiones preliminares, en el apartado sobre la Perspectiva cognitiva. Sin embargo los trabajos del ámbito de la Psicología que se han tenido en cuenta en esta Tesis, se encuadrarían en las Escuelas del Conductismo, de la Psicología cognitiva y de la Psicología social. Y el adjetivo conductual que utilizamos asociado a la actuación de la Administración pública, tampoco se corresponde con la Escuela o corriente psicológica del conductismo, sino con su definición etimológica, de perteneciente o relativo a la conducta, como manera de comportarse (Consultado el 08/05/2022 en [conductual | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#)), sobre la cual interviene la Administración, a partir del conocimiento de resultados experimentales y evidencias científicas, sobre el comportamiento individual y colectivo. Las características esenciales de las Escuelas psicológicas, cuyos postulados se utilizan o reproducen en esta Tesis son:

Respecto al **Conductismo**, Ortego et al., nos explican que “se caracteriza por sostener que la mente humana no puede estudiarse a través del inconsciente, sino que debe hacerse analizando las conductas observables de los individuos, definidas en términos de estímulos y respuestas, considerando que no existe la espontaneidad en el comportamiento humano. Para lograrlo, se basa en métodos objetivos que permiten observar y medir variables, a partir de la manipulación del entorno mediante estímulos, y la respuesta observable en la determinación de sus efectos sobre la conducta, todo ello sin referencia alguna a la conciencia”. Se concede gran importancia a las variables ambientales, considerando que la conducta puede modificarse fácilmente a través de manipulaciones

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

ambientales. Se aplican los métodos y los principios de la psicología animal para descubrir las bases del comportamiento, pues se considera la conducta animal similar a la humana, y ello permite el trabajo en laboratorio. El conductismo ha evolucionado en el estudio de la conducta a partir de las variables estímulo-respuesta, introduciendo los procesos fisiológicos y preocupándose por temas como el pensamiento, la percepción y los procesos motivacionales complejos. Entre sus autores más reconocidos se encuentran John B. Watson, cuya idea fundamental se basa en que a un estímulo le sigue una respuesta y esta es el resultado de la interacción entre el organismo que recibe el estímulo, el individuo, y el medio ambiente. Por ello la observación es la única herramienta para poder acceder a las conductas. Y Burrhus Frederic Skinner, el cual con los experimentos desarrollados en torno al condicionamiento clásico, que se hizo famoso a través de los perros de Pavlov, explicó que las conductas voluntarias dependen de la consecuencia y hay, entre el estímulo y la respuesta, un refuerzo que hace que algunas conductas tiendan a repetirse. Consultado en [Una introducción a las Teorías Psicológicas \(www.universia.net\)](http://www.universia.net).

Respecto a la **Psicología cognitiva**, Ortego et al., explican que aparece con posterioridad al Conductismo, y a partir de una cierta crisis del mismo y la aparición de nuevos factores, como la teoría de la comunicación, el desarrollo de las tecnologías de las infocomunicaciones y el estudio del lenguaje. Su interés se centraba en encontrar un método científico objetivo para estudiar los procesos mentales que intervienen en el conocimiento y en cómo llevan a la producción de la conducta, en comparación al funcionamiento de un ordenador, extrapolar los datos obtenidos. Asimismo analizan el comportamiento en situación e interacción sensorial, atendiendo a los procesos de razonamiento, memoria, aprendizaje, lenguaje, percepción y atención, entre otros, en sus acciones de almacenar, recuperar, reconocer, comprender, organizar y usar la información recibida a través de los sentidos, como ha expuesto Roger Bruning, considerándose el autor más relevante a Ulric Neisser. Consultado en <https://www.caracteristicas.co/psicologia/#ixzz7SgeW94cB>.

Respecto a la **Psicología social**, se estudia cómo el comportamiento, sentimientos y actitudes de los individuos son influenciados por los otros. El sujeto se conforma como tal en relación con los demás, por tanto, es el resultado de la interacción entre diferentes sujetos, grupos y clases. No hay nada preestablecido, sino que se construye en la medida que se relaciona con otros. Siguiendo a sus autores más relevantes, Edward Ross y William Mc Dougall, se considera que los principales mecanismos explicativos del comportamiento social son la imitación y la sugestión, debiendo tenerse en cuenta la relevancia de la interacción en la determinación del individuo, que actúa en base a la herencia e influencia, siendo los sentimientos una disposición adquirida, construida gradualmente a través de muchas experiencias y actividades emocionales. El estudio del comportamiento humano se realiza a través de los fenómenos sociales, donde se construyen las relaciones y se intenta descubrir las leyes que rigen la convivencia en diferentes órdenes. Hay ciertos patrones de comportamiento entre los grupos, que deben ser identificados para poder explicar el rol que desempeña cada persona y sobre todo aquellas situaciones que en cada contexto pueden influir en su conducta y determinarlo como individuo. Todos los grupos sociales se ordenan de distinta manera, la clave está en determinar este orden para poder identificar los problemas y brindar sus respectivas soluciones. Cuando una persona tiene una conducta inadecuada, se debe a una lectura distorsionada de la realidad. Muchos de los aspectos problemáticos en las relaciones sociales se deben a una perturbación en el proceso de aprendizaje de la

TESI DOCTORAL

apartados he tenido en cuenta aportaciones teóricas desde la sociología y la ciencia política, y procederé en el siguiente apartado a desarrollar mi argumentación jurídica, a partir de aportaciones teóricas efectuadas desde la economía conductual, la neurociencia, la semiótica y la lingüística cognitiva, en cuanto a las consideraciones no solo descriptivas sino también explicativas y valorativas, con la finalidad de completar desde todos los ángulos posibles, el razonamiento jurídico que se realiza.

Nos encontramos ante el supuesto de la actuación conductual de la Administración cuando interviene sobre el comportamiento poblacional, para alinearlo con medidas que beneficien al individuo y a la colectividad, desde la consecución de una finalidad pública, a partir de un diseño del comportamiento mediante la Arquitectura de la elección. Comportamiento sobre el cual se incita de una forma no imperativa, ni únicamente regulatoria, ni únicamente de estímulo o fomento, sino que responde a una manifestación de la intervención administrativa, cuyos fundamentos pueden ser sociológicos, psicológicos, económicos e incluso de política pública. En dicho supuesto el Derecho ha de jugar un papel decisivo, por la obligación constitucional de la Administración de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirviendo con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE).

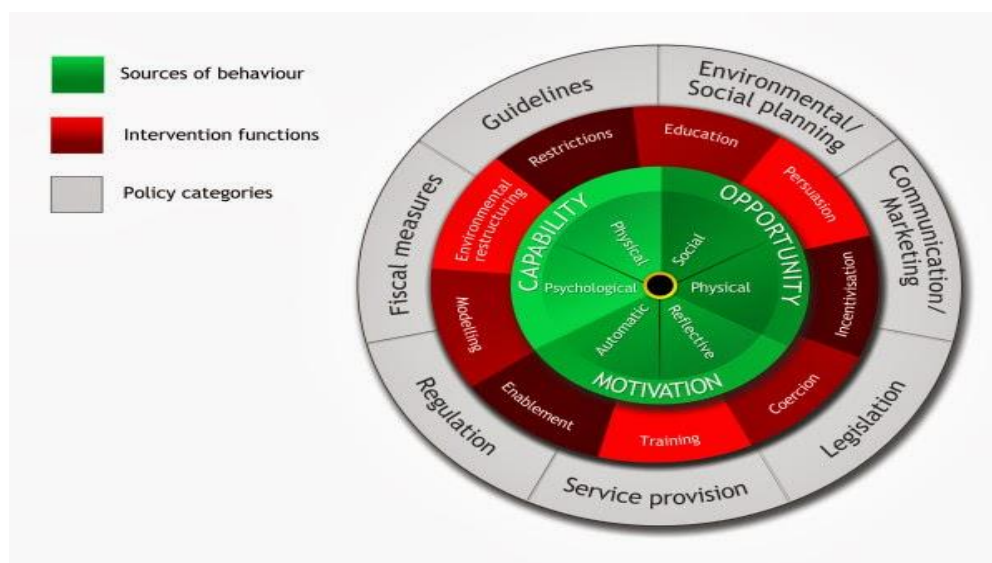
En la parte relativa a la metodología, en la Introducción de esta Tesis, me he referido al sincretismo metodológico, como análisis metodológico desde el Derecho administrativo, que se aleja de la Teoría pura del Derecho de Kelsen.

realidad en el individuo. Consultado en [Una introducción a las Teorías Psicológicas \(www.universia.net\)](http://www.universia.net).

TESI DOCTORAL

También explicamos, a partir de sus diferentes autores, la teoría psicológica del Diseño del comportamiento que desarrolla un modelo teórico sobre el comportamiento humano, estableciendo que para conseguir un objetivo comportamental deben establecerse pautas para que las personas lo puedan realizar de una forma simple, rápida y fácil.

Michie et al. (2011), realizan un análisis sistemático de los marcos de intervención conductual. Nos explican que el proceso para diseñar una intervención de cambio conductual, comienza con la comprensión del comportamiento individual y la elección del enfoque general, tras lo cual se puede proceder a diseñar las técnicas específicas encaminadas a modificarlo. En base a dicha premisa dichos autores han diseñado la «rueda del cambio conductual» que se reproduce en las Figuras 8 y 9 elaboradas por ellos, como una guía para seleccionar las intervenciones más adecuadas.



TESI DOCTORAL

Figura 9. Rueda del cambio conductual.

En la figura 8, en color verde, se identifican los factores condicionantes que intervienen en el origen de la conducta como son (i) la oportunidad, que se proyecta desde lo social y físico; (ii) la aptitud, que se proyecta desde lo automático y reflexivo; y (iii) la motivación, que se proyecta desde lo físico y psicológico. En color rojo, las funciones de intervención que se proyectan mediante la persuasión, restricciones, formación, modelización, capacitación, coerción, educación, reestructuración del entorno o incentivación. Y en color gris, las categorías de políticas que se pueden implementar, como las de comunicación y marketing, ambientales y de planificación social, de establecimiento de directrices, de medidas fiscales, de regulación, de prestación de servicios y legislativas.

En el centro de la rueda se sitúan los que consideran dichos autores que son los tres factores esenciales para el cambio de la conducta, que se interrelacionan, como son la capacidad, la motivación y la oportunidad. La «aptitud» la definen como la capacidad psicológica y física del individuo, para participar en la actividad de que se trate, e incluye tener los conocimientos y las habilidades necesarios. La «motivación» la definen como aquellos procesos mentales por los que el individuo se llena de energía, dirige su comportamiento, establece metas y toma decisiones conscientes. Incluye los procesos habituales de toma de decisiones con su componente emocional y analítico. La «oportunidad» la definen como todos los factores externos al individuo que posibilitan o incitan el comportamiento. La representación de estos tres factores se proyecta en la conducta del individuo, a partir de las influencias que se pueden dar entre ellos, como se observa en la Figura 9.

TESI DOCTORAL

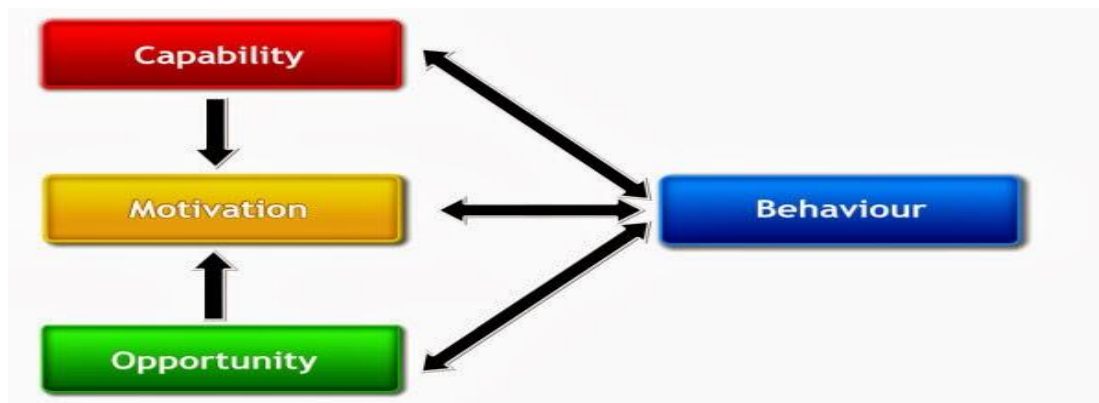


Figura 10.

En la Figura 9, se representa lo que los autores denominan un «sistema de comportamiento», en el que interactúan los tres factores para generar un comportamiento que a su vez influye en dichos factores. Consideran que el factor de «oportunidad» puede influir tanto en el de «motivación», como en el de «aptitud», así como, que el hecho de intervenir sobre el comportamiento puede afectar a los tres factores.

La Arquitectura de la elección²⁶⁶ y los sistemas cognitivos.

²⁶⁶ Si bien que «Arquitectura de la elección» es un término aportado y desarrollado por Thaler y Sunstein, en este trabajo se parte de la aplicación a la estructura que encontramos en el diseño de la intervención administrativa de carácter conductual, sobre el proceso de elección de opciones por parte de los individuos o la colectividad, en su toma de decisiones. La utilización del término de «Arquitectura» con la acepción que se ha optado como referencia, encuentra parámetros similares en los conceptos de «Urbanismo táctico», «Arquitectura social» o «Arquitectura conductual». El concepto de «**Urbanismo táctico**» se atribuye a Mike Lydon y Tony García, que titularon así su libro *Tactical urbanism: short-term Action for Long-term Change* en 2015, y tal como explica la profesora de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza, Elisa Moreu (2021), se forma por aluvión de diversas disciplinas (la arquitectura, la sociología, la ciencia política, la geografía o el diseño) y está emparentado con otros conceptos ya incorporados al mundo jurídico, como rehabilitación urbana, urbanismo sostenible, activismo social, innovación urbana, movilidad, accesibilidad, inclusión social o

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Reiterando la posición que mantengo en esta Tesis, y que resumía en el final de la Parte Segunda, el carácter conductual en la actuación de la Administración, que se materializa en la utilización de la técnica del “nudge público”, requiere que en el diseño de la Arquitectura de la elección, en el que se tendrán en cuenta los resultados clínicos sobre el comportamiento individual y colectivo, a partir del conocimiento de una racionalidad limitada, condicionada por sesgos y heurísticas, la actuación de la Administración esté informada desde la perspectiva cognitiva, para garantizar la dignidad del individuo y el libre desarrollo de su personalidad. Así pues en el diseño de la Arquitectura de la elección, la Administración debe preseleccionar los estímulos que recibirán

participación. Se vincula con principios asentados como la “buena administración del urbanismo” y es una herramienta de simplificación, innovación social, gobernanza y participación urbana que surge para dar respuesta rápida a necesidades urbanas contingentes con un gasto mínimo. Consultable en *Marco jurídico del urbanismo táctico - El Derecho - Administrativo* (<https://elderecho.com>). Respecto al concepto de «**Arquitectura social**», nos la define Christoph Schmidt (2015), miembro del grupo de arquitectos berlineses del Instituto de urbanismo aplicado, como la que trata de diseñar espacios privados y públicos con el fin de hacer posibles formas de convivencia urbana variadas. En concreto, se trata ante todo de tres cuestiones: una es la de la vivienda asequible. Construir viviendas pensando en el bien común y planificar el urbanismo sobre una base política son prácticas que contribuyen a impedir el desplazamiento social y la marginación. En segundo lugar, tienen también un papel decisivo el tomar parte y apropiarse lo construido. Esto significa que no puede hacerse una planificación “desde arriba”, sino que hay que tener presentes también desde un principio los deseos y necesidades de los usuarios y de la gente implicada del lugar. Aquí va incluido organizar espacios para la interacción y la comunicación. En tercer lugar, adaptarse a lo que exige una sociedad muy heterogénea. Habría, por tanto, que hacer posibles adaptaciones espaciales, tal como las exige, por ejemplo, la transformación demográfica, fijando objetivos con carácter vinculante, una labor de mediación competente y el compromiso de todos los implicados: planificadores, municipios, desarrolladores, inversores y la opinión pública local. Consultable en *Arquitectura social: comunitaria, económica y sólida - Goethe-Institut Chile* (www.goethe.de). Respecto al concepto de «**Arquitectura conductual**», se ha vinculado a la «Arquitectura defensiva», también conocida como «Arquitectura hostil» y no inclusiva, que se define como el conjunto de estrategias basadas en el diseño arquitectónico y del uso de materiales específicos que buscan combatir los “usos indebidos” de los espacios públicos, entorpeciendo las conductas “indeseables” en sus elementos, con el objetivo de modificar de manera significativa de forma permanente y sostenible, el comportamiento en el espacio público. Consultable en *Arquitectura y diseño de conductas - Ruptiva Arquitectura* (<https://ruptiva.co>).

TESI DOCTORAL

los individuos mediante la técnica del “nudge”, o interviniendo sobre el entorno para la adopción de las mejores decisiones individuales y de un comportamiento colectivo, en concordancia con la defensa del interés general en la consecución de una finalidad pública.

El diseño de la Arquitectura tiene como finalidad incitar una conducta determinada, y dicha actuación de la Administración, puede ser complementaria o alternativa a otras medidas formalizadas o no, como normas, regulaciones, prohibiciones, coacciones, incentivos, información u otras, como proyección del derecho imperativo o indicativo. La diferenciación de la Arquitectura con todas ellas, se encuentra en que se fundamenta en los resultados experimentales y en la evidencia científica, respecto al conocimiento de los procesos cognitivos, desde el comportamiento individual y colectivo, a partir de la constatación de una racionalidad limitada y de una conducta humana condicionada por sesgos y heurísticas que dificultan la adopción de decisiones individuales que resulten beneficiosas.

Sunstein (2014a: 21-22), define la «Arquitectura de la decisión», concepto que utiliza indistintamente con el que he optado en esta Tesis de «Arquitectura de la elección» (Sunstein, 2017: 142, 154), por afectar al proceso decisonal en la fase de elección entre diferentes opciones, de forma previa a la fase de decisión sobre alguna de ellas, y aunque la definición la vincula al entorno social, que sería tan solo una parte sobre la que se proyecta la Arquitectura, se establece en sus características un concepto más amplio que el vinculado únicamente al entorno social, a partir de las políticas que llevó a cabo en la Administración Obama con la aplicación de «buenos nudges»:

TESI DOCTORAL

Es el entorno social en el que tomamos nuestras decisiones. No es posible prescindir del entorno social y, por ende, la arquitectura de la decisión es una parte consustancial a nuestras vidas, aunque a menudo sea invisible para nosotros.../... Para todos nosotros, una pregunta clave es si la arquitectura de la decisión aplicada resulta de ayuda y es sencilla, o si, por el contrario, es perjudicial, compleja y abusiva. Lo buenos “nudges” mejoran la arquitectura de la decisión.

Durante mis años en la Administración Obama las nuevas políticas – muchas de ellas “nudges”- incluyeron lo siguiente:

-Esfuerzos creativos para **facilitar las elecciones de la gente**, posibilitándoles el acceso a la Universidad, ahorrar para su jubilación, recibir una buena alimentación en el colegio y obtener cobertura sanitaria.

-**Deberes de información y publicidad**, diseñados para proteger a estudiantes, consumidores e inversores garantizando que «antes de comprar tengan cien ojos porque al vendedor le basta uno solo».

-En general se hace hincapié en la **libertad de elección**, promoviendo aproximaciones a la regulación que maximicen esa libertad.

-Formas de **colaboración público-privada**, diseñadas para reducir las enfermedades ocasionadas por el tabaco, las distracciones al volante y la obesidad.

-Una especial atención en el **análisis de costes y beneficios**, insistiendo en que los beneficios deben justificar los costes.

-Énfasis en la importancia de la **dignidad humana**, relevante para las normas orientadas a reducir el nivel de violaciones en prisión y a proscribir la discriminación por razón de discapacidad y orientación sexual.

-El **análisis retrospectivo de las normas vigentes**, encaminado a eliminar o racionalizar cientos de obligaciones que ya no tienen sentido (si es que alguna vez lo tuvieron).

TESI DOCTORAL

-Esfuerzos dedicados a promover la **cooperación internacional en materia de regulación**, eliminando divergencias innecesarias en materia de obligaciones transfronterizas.

Sunstein (2017: 142-146), considera que “la arquitectura de la elección es inevitable”, teniendo en cuenta que el entorno social influye en las decisiones y no es posible prescindir de él, aunque puede haber Arquitectura de la elección sin arquitectos.

He apuntado en las Cuestiones preliminares, los elementos de la Arquitectura de la elección, para poder definirla desde parámetros del Derecho administrativo, como una técnica jurídica de intervención administrativa sobre la conducta del individuo, que no requiere de la coacción, ni de la regulación, ni del fomento, ni de la adopción de un acto administrativo con efectos jurídicos directos, cuya finalidad es orientar la conducta sin condicionarla a través de la presentación o enmarcado de opciones, de las que fácilmente se pueda apartar el individuo, en la decisión que finalmente adopte, desde la relevancia del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona, como parámetros constitucionales que limitan el diseño de la misma.

Respecto a los arquitectos de la elección, Sunstein (2017: 143-144) plantea que están trabajando para el gobierno, cuando “diseñan páginas web o cafeterías, o produciendo formas y aplicaciones de varios tipos, sus decisiones tendrán algún efecto sobre lo que la gente seleccione. Los programas de la Administración de la Seguridad Social, el Departamento de Agricultura, el Departamento de Energía y el Departamento de Educación incluyen inevitablemente la Arquitectura de la elección. Si la gente tiene que rellenar un

TESI DOCTORAL

formulario para obtener un permiso o una ayuda (o para pagar impuestos), inmediatamente se encontrará con la arquitectura y ello afectará su comportamiento.”

Por otro lado, en relación a los errores y desviaciones en el comportamiento, Sunstein (2017: 145) los vincula a los sistemas cognitivos, que identifican dos modos de pensamiento. Modos que Kahneman (2021: 35-47), adoptando los términos originalmente propuestos por los psicólogos Keith Stanovich y Richard West, identifica en dos sistemas de la mente, el Sistema 1 (Pensar rápido), que pertenece al subconsciente y caracteriza como intuitivo, asociativo e irracional, y el Sistema 2 (Pensar Despacio), que pertenece al yo consciente y caracteriza como calculador, de toma de decisiones, de la consciencia de las acciones.

El Sistema 1 opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. El Sistema 2 centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del Sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse ../. no son sistemas en el sentido corriente de entidades con aspectos o partes que interaccionan. Y no hay una sola zona del cerebro que cada uno de los sistemas pueda llamar su hogar ../. la expresión «sistema automático» es más larga que «Sistema 1» y, por ende, ocupa más espacio en la memoria operativa. Estos es importante, porque algo que ocupa espacio en la memoria operativa reduce la capacidad de pensar ../. Estos sistemas ficticios hacen que me resulte más fácil pensar en juicios y elecciones.

Para poder entender el funcionamiento de ambos sistemas Thaler y Sunstein (2020: 35-39), a partir de estudios realizados desde la Psicología y la Neurociencia, recogidos por Chaiken y Trope (1999, *Dual Process Theories in Social Psychology*), nos hablan de la descripción del funcionamiento del

TESI DOCTORAL

cerebro a partir de dos tipos de pensamiento, uno intuitivo y automático y otro más reflexivo y racional. Al primero se le designa «Sistema 1 o Automático» y al segundo «Sistema 2 o Reflexivo», e identifican las características más importantes de cada uno.

Del «Sistema 1, automático», establecen como características:

- (i) No controlado.
- (ii) Sin esfuerzo.
- (iii) Asociativo.
- (iv) Rápido.
- (v) Inconsciente.
- (vi) Experto.

Dicho Sistema 1, consideran que es rápido e instintivo, o da esa sensación y no implica lo que asociamos con la palabra «pensar». Según los neurólogos las actividades de este Sistema, están asociadas con las zonas más antiguas del cerebro, las que tenemos en común con los lagartos o los cachorros. Taleb (2011: 139), nos indica que “el Sistema 1, el experiencial, no requiere esfuerzo, es automático, rápido, opaco (no sabemos que lo estamos utilizando), procesado en paralelo y puede prestarse a errores. Es lo que llamamos «intuición», y en él se realizan esos rápidos actos de destreza.../. El sistema 1 es altamente emocional, precisamente porque es rápido. Produce atajos llamados «heurísticas», que nos permiten funcionar con rapidez y eficacia.../..

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

estos atajos son sin duda útiles porque son rápidos, pero a veces nos pueden llevar a algunos errores graves²⁶⁷.”

Del «Sistema 2, reflexivo», Thaler y Sunstein establecen como características:

- (i) Controlado.
- (ii) Laborioso.
- (iii) Deductivo.
- (iv) Lento.
- (v) Autoconsciente.
- (vi) Sigue normas.

Dicho Sistema consideran que es más premeditado y autoconsciente. Taleb (2011: 139), nos indica que “el Sistema 2, el cognitivo, es lo que normalmente llamamos «pensamiento»”, que requiere de un proceso mental de razonamiento, lento, lógico, en serie, progresivo y autoconsciente, que comete menos errores que el Sistema 1, experiencial (que tiene en cuenta la información derivada de la experiencia), y dado que sabemos cómo llegamos a nuestro resultado, se puede retroceder en los pasos y corregirlos para ajustarlos a las circunstancias. Considera dicho autor que la mayor parte de los errores que cometemos en el razonamiento proceden del uso del Sistema 1, porque pensamos que estamos empleando el Sistema 2.

Ambos autores explican que en el estudio del juicio humano, y teniendo en cuenta que fueron desarrollados por primera vez por Amos Tversky y Daniel

²⁶⁷ Thaler nos recuerda que esta idea capital generó toda una Escuela de estudios, que motivan los dos libros de Thaler y Sunstein, sobre el “Nudge”, llamada el enfoque heurístico y

TESI DOCTORAL

Kahneman, se ha descubierto recientemente el origen en la interacción del «Sistema automático» y del «Sistema reflexivo», con las heurísticas o reglas básicas: (i) anclaje, (ii) disponibilidad y (iii) representatividad; y con algunos de los sesgos asociados a ellas: (i) optimismo ilusorio o exceso de confianza; (ii) ganancias y pérdidas; (iii) *statu quo*, en el que, como en el anterior, identifican la utilización del “nudge” -la técnica de intervención para corregir el sesgo-, de las opciones por defecto; o (iv) enmarcado, cuya idea es la de que las decisiones dependen, en parte, de la forma en que se enuncian los problemas, puesto que tendemos a tomar las decisiones de forma negligente y pasiva.

A partir de los sesgos asociados a las reglas heurísticas, Thaler y Sunstein consideran que los “nudges” pueden tener diferente intensidad en la orientación de la conducta, según cuál sea su finalidad. En dicho sentido, Moreu (2018: 466-468), siguiendo a Sunstein (2014b: 3-6), identifica diferentes “nudges” para orientar las decisiones que toman los ciudadanos, que complemento con las previsiones contenidas en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 2016, como:

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 *statu 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-

sesgado. La heurística se refiere al estudio de los atajos; los sesgos a los errores.

TESI DOCTORAL

in”), es un buen orientador de conductas deseables. Sunstein 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 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 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).

Las investigaciones de la psicología conductual sugieren que estos sesgos se filtran en la toma de decisiones de los ciudadanos. 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. Y la

TESI DOCTORAL

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.

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.

Enl ejemplo de este “nudge público”, si además se contienen imágenes con el objetivo de incitar la conducta responsable del pago de los impuestos en plazo, por la fuerza de la representación gráfica sobre la toma de decisiones, tal como ha sido estudiado empíricamente, ello comportaría, además, la incorporación del “nudge de presentaciones lúdicas”, al que me refiero posteriormente. Ello acredita que en la actuación administrativa conductual, pueden utilizarse en una misma actuación y con la misma finalidad, diferentes “nudges” superpuestos.

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

TESI DOCTORAL

decir, a un fuerte deseo de conservar las posesiones. En dicho sentido, en el apartado 4.3 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 2016, se pone de manifiesto que “el riesgo de sufrir pérdidas, subrayando el menoscabo (especialmente económico) a que el individuo se arriesga si no modifica su conducta, por ejemplo, en el consumo de energía. Se le comunica por ejemplo el monto aproximado que perdería si no modifica sus prácticas o, a la inversa, la cantidad de dinero que podría ganar si lo hace. Esta visualización de la pérdida puede también expresarse con indicadores no financieros (calorías, emisiones de CO₂, etc.).”

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 descende. Es decir que, a partir de cierto momento, la utilidad marginal de suministrar más información deviene cero o negativa.

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

TESI DOCTORAL

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, pues tiene intención de influir. Ambos son una actividad intencionada, pues 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.

f) El **recurso al juego y 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%. En el apartado 4.5 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 2016, se pone como ejemplo de uno de los más conocidos nudges, el que se instaló en el aeropuerto de Ámsterdam, hay falsas moscas pintadas en el interior de los urinarios, para animar a los usuarios a apuntar bien. En 2009 Volkswagen transformó en Estocolmo la escalera de salida de la estación Odenplan en un gigantesco teclado de piano. Cada presión en un escalón activaba una nota musical²⁶⁸. La idea era animar a los usuarios a utilizar las escaleras en vez de

²⁶⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=2lXh2n0aPyw>.

TESI DOCTORAL

las escaleras mecánicas. En Corea del Sur, en algunas escaleras mecánicas aparecen indicaciones que advierten del riesgo de sobrepeso.

En relación al juego, el apartado 4.4 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 2016, se vincula con “el deseo de emulación, que consiste, por ejemplo, en organizar concursos para fomentar determinadas prácticas, como la lucha contra el despilfarro. Por ejemplo, la ONG francesa Prioriterre desea sensibilizar sobre el ahorro energético. Para ello, organiza todos los años el concurso «Familias de energía positiva», que en 2014 llegó a reunir a unas 7.500 familias, que debían reducir su consumo de energía en un 8 % para obtener diversos premios.”

Como se nos indica en el Apartado 4.6 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 2016, el “nudge”, con las diferentes tipologías que he expuesto o incluso otras, también puede utilizarse para modificar la presentación de las diferentes opciones, o la apariencia de determinados productos, a fin de destacar los considerados más sanos, más ecológicos, etc. Este tipo de “nudge” puede aproximarse a veces al principio del etiquetado. Asimismo se han llevado a cabo varios experimentos en comedores para incitar a los clientes a consumir alimentos saludables. Para ello, los alimentos más sanos se situarán al comienzo de las vitrinas, lo que permite en algunos casos aumentar su consumo respecto a si se coloca a mitad o al final del expositor, así como la altura en que se colocan, también se ha demostrado relevante en relación a la elección que se efectúe, y finalmente, la facilidad de su consumo, como poner la fruta cortada. Otros comedores han tratado de reducir el despilfarro reduciendo

TESI DOCTORAL

el tamaño de los platos: se pueden llenar pero la cantidad servida será limitada (y los clientes siempre pueden volver a servirse si así lo desean).

Otros “nudges” que se pueden aplicar en el ámbito de la alimentación, para orientar la adopción de decisiones saludables, los encontramos dirigidos a la capacidad cognitiva, como en las etiquetas con información nutricional en los productos de consumo sobre las calorías, las grasas saturadas y los azúcares en los hidratos de carbono, que contiene cada alimento, los semáforos nutricionales asociados a la calidad nutricional del producto, o la mayor visibilidad del alimento saludable. También son relevantes los “nudges” que motivan a partir de la interacción con el consumidor y usuario, como ocurre con la información que se ofrece por personal del establecimiento de alimentación sobre la cualidad saludable de determinados alimentos o respecto a la forma de presentación de los alimentos más saludables, incitando a su consumo.

En el ámbito de la salud, encontraríamos “nudges” en la reserva por defecto de citas para la vacunación durante la pandemia del COVID-19, que ha permitido, por su facilidad, aumentar las tasas de vacunación; o la indicación con marcas en el suelo, para orientar la colocación de las personas en el acceso a farmacias, comercios o edificios públicos, para evitar aglomeraciones, y facilitar la distancia entre personas, con el objetivo de reducir la posibilidad de contagio; o la información del coste del medicamento subvencionado que corresponde al paciente, cuando se le entrega una receta.

Pero debe tenerse en cuenta como se recoge en el Apartado 6.4 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 2016, que “los nudges pueden tener efectos negativos, que se traducen en que un individuo puede tender a actuar de manera más

TESI DOCTORAL

virtuosa tras haber actuado incorrectamente, y viceversa. Por ejemplo, hay experimentos que demuestran que la compra de bienes de consumo «verdes» podría ir seguida, en determinadas circunstancias, de un aumento en la frecuencia de los comportamientos negativos como trampa o robo. El esfuerzo por fomentar actitudes virtuosas en algunos ámbitos puede, por tanto, tener consecuencias negativas en otros. De confirmarse estos efectos perversos resultaría muy difícil evaluar el impacto global de los *nudges*. Probablemente sean muy infrecuentes y no pongan en peligro el interés del enfoque de los *nudge*. No obstante, conviene no excluir la posibilidad de este tipo de efectos”.

El *nudge* también puede utilizarse para modificar la presentación de las diferentes opciones, o la apariencia de determinados productos, a fin de destacar los considerados más sanos, más ecológicos, etc. Este tipo de *nudge* puede aproximarse a veces al principio del etiquetado. Asimismo se han llevado a cabo varios experimentos en comedores para incitar a los clientes a consumir alimentos saludables. Para ello, los alimentos más sanos se situarán al comienzo de las vitrinas, lo que permite en algunos casos duplicar su consumo respecto a si se coloca a mitad o al final del expositor. Otros comedores han tratado de reducir el despilfarro reduciendo el tamaño de los platos: se pueden llenar pero la cantidad servida será limitada (y los clientes siempre pueden volver a servirse si así lo desean).

En relación al “*nudge*” de la opción por defecto en un entorno digital, pero cuya afectación al consentimiento informado y protección de datos del usuario son trasladables a cualquier aplicación del “*nudge*” de opciones predeterminadas o

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

por defecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión europea, en sentencia de la Gran Sala de 1 de octubre de 2019, resolviendo una cuestión prejudicial²⁶⁹, ha declarado contrario a diferentes Directivas la opción por defecto, al analizar el consentimiento y su carácter informado, sobre la relevancia del cual, para determinar el grado de libertad en la adopción de decisiones individuales, caracterizadas por actuar en base al Sistema 1 o reflexivo, me he pronunciado con anterioridad, a partir de la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo español. La sentencia de la Gran Sala del TJUE, resuelve que las normas comunitarias que cita²⁷⁰, relativas al tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas “deben interpretarse en el sentido de que el consentimiento al que se hace referencia en estas disposiciones no se presta de manera válida cuando el almacenamiento de información o el acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet a través de *cookies* se autoriza mediante una casilla marcada por

²⁶⁹ Cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el “Bundesgerichtshof” (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) de Alemania, mediante resolución de 5 de octubre de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de noviembre de 2017.

²⁷⁰ Los artículos 2, letra f), y 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, en relación con el artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y con los artículos 4, punto 11, y 6, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46 (Reglamento general de protección de datos).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

defecto de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento”²⁷¹.

Respecto a la relación entre los dos Sistemas, los sesgos asociados a las reglas heurísticas y las políticas públicas a implementar, que pueden actuar como “nudges” que protejan frente a los errores graves en la toma de decisiones, Sunstein (2017: 145 y 154-156) considera que la atención a los costes y beneficios en la implementación de políticas, puede producir un tipo de «Sistema 2» que proteja de los errores graves, y en dicho sentido pone como ejemplo la Orden Ejecutiva del Presidente Obama, núm. 13563, de 18 de enero de 2011, de Mejora de la regulación y revisión regulatoria (*Improving Regulation and Regulatory Review*), por la que se ordena a las Agencias a

²⁷¹ En los Considerandos 27, 49, 51, 52, 54 y 55 de esta sentencia, se motiva el criterio establecido por el Tribunal, ante una casilla por defecto que existía en un juego con fines promocionales en el sitio de Internet www.dein-macbook.de, que si bien el consentimiento de un usuario podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo, «mediante la selección de una casilla de un sitio web en Internet», el artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, define el «consentimiento del interesado» como «toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan». Se debe tener en cuenta, se manifiesta en dicha sentencia, en base a las conclusiones del Abogado General, que la exigencia de una «manifestación» de voluntad del interesado sugiere claramente un comportamiento activo y no pasivo. Por lo que se concluye que el consentimiento dado mediante una casilla marcada por defecto no implica un comportamiento activo por parte del usuario de un sitio de Internet. Solo un comportamiento activo por parte del interesado con el que manifieste su consentimiento, se considera que ha sido dado «de forma inequívoca». Se considera parece prácticamente imposible determinar de manera objetiva si el usuario de un sitio de Internet ha dado efectivamente su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales al no quitar la marca de una casilla marcada por defecto y si dicho consentimiento ha sido dado, en todo caso, de manera informada. En efecto, no puede descartarse que dicho usuario no haya leído la información que acompaña a la casilla marcada por defecto, o que ni tan siquiera la haya visto, antes de proseguir con su actividad en el sitio de Internet que visita.

TESI DOCTORAL

catalogar los costes y los beneficios, y a asegurar, en la medida permitida por la Ley, que los beneficios justifiquen los costes. Asimismo, considera, partiendo de que la autonomía, en sí misma, depende de un contexto social, que “si tuviéramos que tomar todas las decisiones que nos son relevantes sin la asistencia de una arquitectura útil de la elección, seríamos mucho menos libres. En un sentido literal, la Arquitectura de la elección nos capacita para ser libres.”

Las heurísticas y los sesgos cognitivos relevantes para el Derecho.

El Diccionario de la RAE, nos define el término «heurístico/heurística», en una de sus acepciones, como la manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo o reglas empíricas²⁷². En el Informe de Naciones Unidas *Behavioral Science Report* (2021: 2), se define la heurística como los atajos mentales que permiten a las personas tomar decisiones, emitir juicios o resolver problemas rápidamente, para minimizar su esfuerzo cognitivo.

Por otro lado, el Diccionario de la RAE, nos define el término sesgo, en una de sus acepciones, como error sistemático en el que se puede incurrir al hacer muestreos o ensayos en que se seleccionan o favorecen unas respuestas frente a otras²⁷³. En el Informe de Naciones Unidas *Behavioral Science Report* (2021: 2), se definen los sesgos cognitivos como errores sistemáticos que se

²⁷² Consulta efectuada en fecha 9 de mayo de 2022: [heurístico, heurística | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE \(https://dle.rae.es/heurístico\)](https://dle.rae.es/heurístico).

²⁷³ Consulta efectuada en fecha 9 de mayo de 2022: [sesgo, sesga | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE \(https://dle.rae.es/sesgo\)](https://dle.rae.es/sesgo).

TESI DOCTORAL

derivan de una capacidad limitada para procesar información, que es inherente en las personas.

Si bien que las heurísticas son atajos cognitivos necesarios, que a menudo funcionan bien, su mal uso o mala aplicación por el individuo, puede comportar un sesgo cognitivo. Así por ejemplo, el sesgo del *statu quo* puede disuadir a las personas de cambiar una práctica habitual, incluso aunque las condiciones de la nueva sean similares o iguales, pues tienden a preferir su *statu quo* ante cualquier cambio u opción por otras alternativas.

En las Cuestiones preliminares al referirme a la actuación administrativa informal de carácter conductual, definía los sesgos y las heurísticas como relevantes jurídicos, a partir de los estudios, hasta cierto punto contrapuestos, sobre el juicio y la relevancia en la toma de decisiones, de las heurísticas y los sesgos, efectuados por Tversky y Kahneman (1974) y Gigerenzer (2014). He partido de la definición de Baddeley (2018), de que la heurística son las reglas de toma de decisiones rápidas que usamos para simplificar nuestra toma de decisiones diarias y que a menudo funcionan bien, pero que en ocasiones crean sesgos. Puse de manifiesto que la Administración podía intervenir sobre el entorno y sobre los sesgos cognitivos o errores sistemáticos en la racionalidad, que se encuentran asociados a la heurística o reglas básicas de toma de decisiones rápidas que utilizamos para simplificar nuestras elecciones diarias, con herramientas que permitan establecer un contexto propicio a la adopción de un comportamiento determinado, sin necesidad de imponer una coacción aparente, y/o directamente sobre el individuo o la colectividad. Asimismo, a partir de dichos estudios de psicología, he resaltado que la

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Administración podía instrumentalizar los sesgos cognitivos, con estrategias para ayudar a afrontar los problemas de autocontrol, empujando suavemente a mejorar las decisiones, orientándolas hacia conductas beneficiosas social y/o individualmente, con una finalidad pública contemplada en las políticas públicas, destinada a hacer más responsables los comportamientos individuales, teniendo en cuenta que para el individuo, un “nudge” le debe permitir que la opción presentada simplifique su proceso de decisión, tal como expresamente se pronuncia el Apartado 3.3 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”.

Dehouck y Lenhof (2019: 14-17) en un análisis muy ilustrativo sobre un nuevo enfoque heurístico de la actuación regulatoria de la Administración, vinculan la heurística y los sesgos, con una forma de intervención débil por parte del Estado, a partir de la obra “Nudge”, de Thaler y Sunstein, en la que sus autores identifican dicha intervención con el oxímoron «paternalismo libertario»²⁷⁴, concepto que explicamos extensamente en las Cuestiones preliminares.

²⁷⁴ Thaler y Sunstein, en su artículo “El paternalismo libertario no es un oximorón”, (Derecho y sociedad, 27, 159-182), ponen de manifiesto que “la idea de paternalismo libertario podría parecer un oximorón, pero es posible y, a la vez deseable, para las instituciones públicas y privadas, ejercer influencia en el comportamiento y a la vez respetar la libertad de elección. A menudo, las preferencias de las personas son inciertas e incorrectas, y sus elecciones inevitablemente serán influenciadas por las reglas tradicionales o por defecto (“default rules”), efectos marco (“framing effects”), y puntos de partida (“starting points”). En estos casos, no es posible evitar una forma de paternalismo. Provistos de un entendimiento de hallazgos conductistas de racionalidad limitada y de autocontrol limitado, los paternalistas libertarios deben tratar de conducir las elecciones de las personas en direcciones que promuevan el bienestar, procurando conservar la libertad de elección” (p. 159). “Nuestra afirmación empírica central ha sido que en muchos campos, las preferencias de las personas son inestables e incorrectas, y por tanto es muy probable que los puntos de partida y las reglas tradicionales sean bastante inciertas. En estas circunstancias, la meta debería ser evitar los efectos no planificados, inadvertidos, arbitrarios o hirientes y producir una situación que más que nada

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Dehouck y Lenhof consideran la utilización de la heurística como un instrumento más de las políticas públicas, pero que no puede destacarse como esencial ante el resto de instrumentos jurídicos que utiliza la Administración en su actuación, como la regulación, las prohibiciones o los incentivos:

Esta expresión (paternalismo libertario), según estos autores (Cass Sustein y Richard Thaler), revela la articulación de los dos componentes centrales de la nueva técnica forense. Consiste en dejar una libertad total sobre el tema del derecho mientras se orienta, de antemano, su elección gracias al recurso a una arquitectura de decisión de la que el legislador conoce el resultado "promedio". Por lo tanto, el enfoque es "libertario" porque está prohibido alcanzar libertades individuales (Sunstein y Thaler [2003], p. 1161-1162) y "paternalista", en el sentido de que se refiere a la idea "que es moralmente legítimo que un agente privado o público decida en lugar de otro por su propio bien (Rawls [1987], p. 286 John Rawls, *Théorie de la justice*, rééd. Seuil, Paris 1987.)".

Por lo tanto, prohibir a un agente fumar, tomar drogas o beber en nombre de su bienestar (y no en nombre de las externalidades que este comportamiento podría producir) son típicamente las consecuencias de una doctrina paternalista" (Ferey 2011). Para los autores, es aconsejable permanecer dentro de un marco en el que cada sujeto de derecho pueda decidir personalmente sobre su propio bienestar. Sin embargo, este mismo sujeto de derecho puede verse influido legítimamente en sus elecciones por las autoridades públicas en nombre del interés general." ../. "Con respecto a la irracionalidad, Gigerenzer (2006, 2015) observa, primero, que lo que ahora se llama "empujoncito" en realidad se refiere a un conjunto de técnicas utilizadas durante mucho tiempo, en la mayoría de las áreas de política pública. Su argumento principal consiste en criticar la posición de los defensores del paternalismo libertario argumentando que si los sesgos cognitivos desvían el razonamiento de la lógica racional, es porque el concepto mismo de racionalidad ha sido

promueva el bienestar de la gente, debidamente definida. De hecho, muchos resultados sociales actuales son, creemos, tanto no planificados como inadvertidos, en el sentido que son un producto de las reglas tradicionales cuyos efectos que moldean el comportamiento nunca han sido producto de una reflexión seria" (p. 182).

TESI DOCTORAL

cuestionado en los diferentes experimentos, considerando una definición ampliada de racionalidad, calificada como "ecológica", porque no se reduce a una norma lógica sino a las relaciones entre la acción del sujeto de derecho y su contexto ("el medio ambiente"). Gigerenzer se opone resueltamente a la posición del paternalismo libertario. Pone un ejemplo. Dentro del marco de la teoría del paternalismo libertario, uno puede aprovechar el hecho de que la apreciación de una pérdida difiere muy apreciablemente de la de una ganancia (Kahneman y Tverski, 1979). Sin embargo, considerar que un cambio en el entorno constituye una ganancia o una pérdida depende del punto de referencia inicial. La configuración previa de este punto de referencia (por un experimentador) en la arquitectura de una elección determinará una evaluación en términos de ganancias y pérdidas, lo que influirá en el comportamiento. Kahneman y Tverski (1981) demuestran así que, en una situación de pérdidas, los sujetos reaccionan, paradójicamente, tomando más y más riesgos (por aversión a las pérdidas). La misma situación presentada en términos de ganancias, por el contrario, desencadenará reacciones automáticas de aversión al riesgo. Gigerenzer, por su parte, al ampliar el concepto de racionalidad, niega cualquier irracionalidad a este comportamiento. Para él, si los comportamientos son diferentes, es porque la información transmitida no es la misma. Por lo tanto, habría una racionalidad "ecológica" de opciones, adaptadas y derivadas de la información extraída del medio ambiente. Sobre esta cuestión de racionalidad, Sunstein (2018) responderá a la investigación de Gigerenzer, tres años después.

Recordará, primero, que los partidarios del paternalismo libertario no consideran la heurística como pura irracionalidad, ya que estos atajos y automatismos mentales suelen ser efectivos. Luego agregó que la definición de Gigerenzer de racionalidad "ecológica" no era muy clara. Finalmente, subrayará que la mayoría de los resultados obtenidos en términos de reforma no se han logrado en el laboratorio, sino en la aplicación práctica, especialmente con el uso de la técnica de opción predeterminada. Por lo tanto, los prejuicios no son, según él, un simple artefacto experimental del lenguaje. Con respecto a la segunda queja, la de manipulación, a menudo se presenta el argumento ético (también respaldado por Gigerenzer) según el cual las autoridades públicas no deberían poder utilizar técnicas ocultas de orientación de la conducta, incluso si estas intervenciones aumentaran el bienestar de los sujetos de

TESI DOCTORAL

derecho. Los estándares, así como los actos individuales, en su significado legal, son públicos y, por lo tanto, deberían ser transparentes, mientras que los empujones procederían de la mistificación porque influyen en las personas y distorsionan su decisión. Sunstein (2018) contradice este argumento en apoyo de dos comentarios. Primero, la mayoría de los empujones solo funcionan porque se muestran y, por lo tanto, son notables por los sujetos legales. La comunicación previa del efecto de un empujón, de hecho, no reduce su efectividad, sino todo lo contrario (Bruns y otros, 2016). Agrega que hay muchos empujones que han sido adoptados después de un largo debate público sobre sus consecuencias esperadas. Este fue el caso, por ejemplo, en los Estados Unidos con respecto a los programas de jubilación ofrecidos por defecto en las empresas. Sunstein, entonces, critica el uso extensivo del término "manipulación". Para él, un acto manipulador solo puede entenderse como un acto que subvierte la capacidad de deliberación racional, una hipótesis que solo afectaría a muy pocos empujones (Sunstein, 2015).

Finalmente, en un artículo más reciente (Sunstein, 2016), el autor demuestra que cuando se informa a los sujetos legales que su elección acaba de ser guiada por un empujón, su reacción es positiva, lo que contradice las críticas de falta de ética del mecanismo. En cuanto al último argumento, que tiende a negar a los empujones el poder de gobernar toda la acción pública, apenas sufre críticas y nos permite concluir nuestras observaciones. Obviamente, agregar una nueva herramienta a los instrumentos de política pública no significa necesariamente eliminar las viejas. Las prohibiciones, los incentivos, obviamente siguen siendo dispositivos de política pública muy efectivos en la mayoría de las situaciones. Por lo tanto, debemos mantener la medida y moderar el entusiasmo que inicialmente despertó la aparición de empujones en la regulación: el uso de la heurística es útil, a veces es necesario, pero no puede analizarse como esencial.

Como he expuesto anteriormente, concluyo este apartado introductorio, respecto a la relevancia para el Derecho de las heurísticas y de los sesgos cognitivos, poniendo de manifiesto que nos encontramos ante una realidad con efectos jurídicos sobre terceros, la que se deriva del hecho de que la Administración puede intervenir sobre el entorno y sobre los sesgos cognitivos

TESI DOCTORAL

o errores sistemáticos en la racionalidad, que se encuentran asociados a la heurística o reglas básicas de toma de decisiones rápidas que se utilizan para simplificar nuestras elecciones diarias. Y ello se realiza con herramientas que permiten establecer un contexto propicio a la adopción de un comportamiento determinado, sin necesidad de imponer una coacción aparente, y/o directamente sobre el individuo o la colectividad.

a. Las heurísticas relevantes para el Derecho.

Ibern (2015: 23) explica que “la comprensión de nuestro proceso de toma de decisiones en dos modos nos lleva a reflexionar sobre la autonomía real de los humanos. El primer modo, al que me he referido anteriormente, según el Sistema 1 (intuitivo, automático o experiencial, identificado con la intuición), o según el Sistema 2 (reflexivo o cognitivo, identificado con el pensamiento), tal como ha teorizado Thaler, a partir de los trabajos de Tversky y Kahneman; y el segundo modo, en una aplicación al mismo tiempo, de reglas heurísticas, Sistema intuitivo y Sistema reflexivo, según Gigerenzer”. Las decisiones ya sean individuales, de los órganos de la Administración, o de las empresas, responden a la racionalidad limitada del ser humano, por lo que Ibern (2015: 33) pone de manifiesto que “debe aceptarse que podemos necesitar ayuda para mejorar la toma de decisiones ante la afectación de los sesgos cognitivos que nos llevan a alejarnos de lo más beneficioso para nosotros, lo cual requiere cuando esa ayuda provenga de la actuación de la Administración”, y en general de los poderes públicos y entes del sector público, que dicha actuación, se realice o no mediante el diseño de la Arquitectura de la elección, sea transparente, eficaz y no limite la libertad individual en el proceso de toma de

TESI DOCTORAL

decisiones. Arquitectura que debe permitir descartar libremente esas decisiones que de otra forma se escogerían de manera sesgada, y que en el objeto de esta Tesis, preservando la libertad de elección, la técnica del “nudge público” utilizada, como resultado del diseño efectuado en la Arquitectura de la elección, debería impulsar la opción más favorable para la salud individual, en general, la más beneficiosa para el individuo y la colectividad, coincidente con el interés general, puesto que cuando el individuo toma una decisión es porque, normalmente, puede optar entre diferentes opciones sobre las que debe elegir una. En dicho sentido, Ibern (2015: 25) considera que “un aspecto fundamental en el proceso decisional es el número de opciones o alternativas de que se dispone, teniendo en cuenta que demasiadas opciones pueden dificultar la toma de decisiones, pudiendo inducir a la inacción, lo que se conoce como «paradoja de la elección», que trata de explicar que el número de opciones para tomar una decisión es un aspecto beneficioso hasta un punto óptimo, a partir del cual, al incorporar nuevas opciones se disminuyen los beneficios”.

Gigerenzer (1991, 1996) nos indica que, en los procesos de toma de decisiones, utilizamos de forma automática «atajos mentales». En ellos, las reglas que ignoran parte de la información disponible para la toma de decisiones se denomina «heurística». La «heurística», nos dicen Tversky y Kahneman (Kahneman, 2021: 545-567), se proyecta en situaciones de incertidumbre, cuando el individuo en el proceso de toma de decisiones no conoce todas las alternativas, ni todas las consecuencias, ni las probabilidades de cada alternativa, y entonces actúa la intuición, a partir de principios que reducen las complejas tareas de evaluar las probabilidades sobre la incertidumbre respecto a las circunstancias en las que nos encontramos en

TESI DOCTORAL

cada momento, mediante operaciones de juicio muy simples, y procesando informaciones, recuerdos y otras decisiones adoptadas. En dicho sentido, Alfaro (2016)²⁷⁵, siguiendo a Gigerenzer nos recuerda la diferencia entre «riesgo» e «incertidumbre». El «riesgo» se puede calcular, asignando probabilidades a diferentes escenarios alternativos, de una manera precisa. La «incertidumbre» no se puede calcular porque no conocemos todas las alternativas, ni la probabilidad con la que esos diferentes escenarios alternativos se producirán. Por ello se recurre a la heurística en situaciones de incertidumbre, cuando no se conocen todas las alternativas, todas las consecuencias de cada una de las alternativas, ni todas las probabilidades de cada una de las alternativas, en esa situación deben utilizarse reglas heurísticas y la intuición. Reglas heurísticas que aunque sean simples independientemente de que ignoren parte de la información disponible, y que, tal como ha manifestado Gigerenzer, pueden ser, a la vez, rápidas y acertadas, sobre todo cuando se examina cómo funcionan en la vida real en lugar de examinar su coherencia con principios de racionalidad. Por ello Gigerenzer destaca que “prescindir de determinada información puede ayudarnos a reducir los errores derivados de la varianza, el error que se genera de afinar en las estimaciones cuando los datos producen sobre todo ruido (que viene representado por datos del pasado que son irrelevantes para el futuro, y

²⁷⁵ Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, que en un interesante post, comenta la obra de Gerd Gigerenzer, *Taking Heuristics Seriously* (2016), sobre la toma de decisiones con información limitada y cómo afecta la racionalidad humana. Comentario que inicia con una cita crítica de Ralph Hertwig y Stefan M. Herzog, sobre la idea de hombre económico y racional: “La naturaleza de la racionalidad humana se vuelve autística si, como hace a menudo el análisis económico, equiparamos racionalidad con preferencias puramente egoístas... no es el comportamiento del individuo sano y fuerte, sino el de los pacientes diagnosticados con un daño cerebral en zonas específicas del cerebro el que parece coherente con los atributos del homo oeconomicus”.

TESI DOCTORAL

se encontrarían en el Sistema 2). De manera que la presencia de sesgos puede ayudarnos a tomar mejores decisiones” (Alfaro, 2016), con lo que los sesgos que la literatura científica considera en general promotores de conductas irracionales, pueden corresponderse realmente con conductas inteligentes y signos de adaptación a las circunstancias.

Siguiendo a Dehouck y Lenhof (2019: 5-8), se relaciona el estudio de la «heurística» en la aplicación por el Derecho, con ciertos resultados de la investigación experimental que efectuaron Amos Tversky y Daniel Kahneman, en 1974, que se recogieron en el artículo publicado en la revista Science “El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos”²⁷⁶. Según estos autores (Kahneman, 2021: 565), las tres principales heurísticas que se emplean en juicios realizados bajo incertidumbre son (i) la representatividad, que suele emplearse cuando se pide juzgar la probabilidad de que un objeto o evento “A” pertenezca a la clase o al proceso “B”; (ii) la disponibilidad, de ejemplos o escenarios, que se emplea a menudo cuando se pide estimar la frecuencia de una clase determinada, o la plausibilidad de un desarrollo particular; y (iii) el doble mecanismo de anclaje y ajuste, o ajuste a partir de un ancla, que suele emplearse en la predicción numérica cuando se dispone de un valor relevante.

A ellas añadiremos la que Alfaro (2016) identifica, a partir de una de las reglas heurísticas que destaca Gigerenzer, como la regla “menos es más”, en la que en un entorno de incertidumbre en el que “no todo se conoce con seguridad”, los modelos más complejos no ayudan a tomar mejores decisiones. Regla que

²⁷⁶ Science, Vol. 185, 1974. La investigación contó con la ayuda de la Agencia de Proyectos Avanzados del Departamento de Defensa de Estados Unidos y fue monitorizada por la Oficina de Investigación Naval para el Instituto de Investigación de Oregón, en Eugene. También contó



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Gigerenzer denomina (iv) regla hiato. Estas heurísticas, para Tversky y Kahneman (Kahneman, 2021: 565) son muy económicas y, por lo general, efectivas, pero conducen a errores sistemáticos y predecibles, por lo que una buena comprensión de las mismas y de los sesgos a que conducen, podría mejorar los juicios y decisiones individuales en situaciones de incertidumbre. Para Dehouck y Lenhof, dichas heurísticas se pueden utilizar para aumentar la eficiencia en la regulación, si bien que ellos se refieren a la legislación como normas provenientes del poder legislativo, nuestra referencia lo es a la actuación de la Administración, utilizando un concepto mucho más amplio que el normativo y que he explicado ampliamente, el de regulación. Nos explican dichos autores que estas tres heurísticas interactúan automáticamente, se combinan y dan lugar a comportamientos predecibles, comportamientos en los que el legislador puede apoyarse para diseñar la ley, y que en el mismo sentido, los puede utilizar la Administración para diseñar su actuación, concertándose asimismo en el diseño de la Arquitectura de la elección de opciones.

Se puede entender como manifiestan Dehouck y Lenhof que las heurísticas no son ni buenas ni malas en sí mismas, existen y no son más que automatismos cognitivos que permiten simplificar mentalmente y/o estandarizar las situaciones encontradas, pues consideran, a partir del debate entre Kahneman y Gigerenzer sobre si las heurísticas mejoran la toma de decisiones o la deterioran, que fruto de un largo proceso de selección darwiniana, las heurísticas permiten salvar el recurso mental más escaso: nuestra

con el apoyo adicional de la Autoridad de Investigación y Desarrollo de la Universidad Hebrea de Jerusalén, en Israel.

TESI DOCTORAL

atención. Las heurísticas utilizadas, pretenden así orientar la conducta mediante la implementación de la Arquitectura de la elección, bien diseñada, que consideran Dehouck y Lenhof que deja completa libertad al sujeto de derecho, pero teniendo en cuenta que la Administración conoce de forma previa al diseño que efectúa, el resultado promedio de las conductas, y de las que sabe, sobre todo, que su intervención incitará la opción que será coherente con el fin del interés general cuya consecución se pretende.

Respecto a la «**heurística de disponibilidad**», Dehouck y Lenhof la identifican en el razonamiento que se basa en la información inmediatamente disponible, ignorando la información más relevante, la cual para encontrarla requeriría de un esfuerzo de cognición y racionalidad que debe llevarse a cabo mediante un proceso de reflexión. Como ha indicado Ibern (2015: 27), dicha heurística se corresponde con una predicción sesgada, debido a la tendencia a centrarse en el beneficio o acontecimiento más destacado, más familiar y emocionalmente más intenso. Esta heurística, según Dehouck y Lenhof, «ataja» dicho proceso y se traduce, en la práctica, en la tendencia a evaluar la probabilidad asociada a un evento de acuerdo con la facilidad con la que vienen a la mente ejemplos de tal evento». Dichos autores explican que “todo el mundo tiende a sobreestimar el peso de la información que se puede generar con facilidad, así como la que es particularmente estereotipada y la que se identifica como destacada. Numerosos experimentos empíricos, realizados en laboratorio, muestran que el ser humano, como sujeto de Derecho, tiene una limitada percepción de la realidad”. Dehouck y Lenhof ponen como ejemplo las reacciones personales a la evolución del Derecho penal, que se basan casi sistemáticamente en el recuerdo de las noticias de los medios de comunicación y no en las estadísticas delictivas. “El ciudadano percibe las nuevas leyes

TESI DOCTORAL

penales como laxas porque se basa en una falsa apreciación del aumento de la delincuencia, creyendo que el carácter ejemplar de la sanción es el factor esencial, si no el único, en la disminución de los delitos”.

Respecto a la «**heurística de anclaje y ajuste**», Dehouck y Lenhof explican que “se refiere a la dificultad que tiene cualquiera para deshacerse de una primera impresión. Esta dificultad lleva a retener principalmente la información percibida en primer lugar para razonar y tomar una decisión”. Ibern (2015: 27), complementa este concepto considerando que esta heurística “consiste en emitir un juicio basado en algún valor inicial que posteriormente se va ajustando hasta producir la respuesta final, lo que provoca que la misma esté sesgada hacia el valor inicial”. El anclaje es la tendencia humana a confiar demasiado en la primera información que se ofrece al tomar decisiones. Dehouck y Lenhof consideran que este mecanismo se articula en dos etapas. Inicialmente, los sujetos basan su valoración en información que puede o no ser relevante, a lo cual se le denomina mediante una metáfora marítima, un «ancla». En un segundo paso, “este «ancla» constituirá la base del razonamiento, el cual el sujeto «ajustará», para adaptarlo a otra situación”. Sin embargo, se ha observado experimentalmente que este ajuste es siempre insuficiente (Tversky y Kahmenan, 1974) y que esta insuficiencia resulta de la intensidad y orientación del anclaje. Esta heurística, según ponen como ejemplo Dehouck y Lenhof, “se utiliza muy a menudo en las ventas: el comerciante, por ejemplo, presentará sistemáticamente en su gama un producto muy caro que colocará de forma destacada en sus estantes. El anclaje lo hará el cliente sobre este producto y el ajuste resultante tomará como

TESI DOCTORAL

referencia la gama alta, por lo que los productos más baratos parecerán artificialmente baratos. En ausencia de presentación de este producto más caro, desapareciendo el ancla, el precio que el comprador estará dispuesto a pagar para obtener el producto disminuirá”. En términos de negociación, por ejemplo, dichos autores nos explican que esta heurística es implementada muy a menudo por las partes.

Respecto a la «**heurística de representatividad**», Dehouck y Lenhof, siguiendo a Bédard (2006) consideran que la misma consiste en “estimar la probabilidad de que un objeto pertenezca a una clase de objetos, a partir de su parecido con un caso prototípico de esta clase”. Como ha indicado Ibern (2015: 27), se realizan juicios en la medida en que algunas situaciones se parecen a otras situaciones o categorías. Al usar esta heurística, nos dice Ibern, se supone que “una pequeña muestra es tan representativa del total como una muestra mayor y algunos de los sesgos que provoca es la falacia del jugador, la insensibilidad a las probabilidades previas y al uso de la información no diagnosticada en la decisión”. Para aclarar el concepto, Dehouck y Lenhof ponen un ejemplo de laboratorio. “Se procede a explicar a un sujeto experimental que hay un grupo teórico de 100 personas de las cuales 70 son empresarias y 30 bibliotecarias. Luego se le presenta el perfil de una persona de este grupo, cuya profesión no se indica, pero a quien se le dice que es manitas, deportista, dinámica, etc. Finalmente se le pregunta cuál es la probabilidad de que dicha persona sea empresaria. El resultado de la investigación de laboratorio, en ausencia de antecedentes y de otra información, da como respuesta que el sujeto experimental contesta que existe un 70% de probabilidad de que la persona presentada con el perfil de manitas,

TESI DOCTORAL

deportista, dinámica, etc, sea empresaria. La realidad es que en la gran mayoría de profesiones puede existir ese perfil, y por lo tanto, también dentro de las personas bibliotecarias”. De hecho, nos indican Dehouck y Lenhof, que “si los sujetos realizaron un cálculo de probabilidad relevante, su respuesta debería cambiar según la composición del grupo. Sin embargo, no es así, y en diferentes ejemplos cambiando la composición del grupo, las respuestas proporcionadas son generalmente invariables, sea cual sea la composición del grupo teórico. Esto se debe a que la evaluación se basa en la proximidad de la imagen mental que el público tiene de la persona bibliotecaria o de la empresaria, imagen mental que se proyecta de forma inmediata sobre la descripción dada en la prueba, condicionando el cálculo de probabilidad”.

Respecto a la «**regla hiato**», o del “menos es más”, Alfaro (2016), la describe en relación a la opción de compra de un consumidor que he reformulado respecto a la toma de decisiones, al decirnos que cuanto mayor es la distancia temporal desde la última decisión adoptada, menor es la probabilidad de que se vuelva a repetir aquella decisión, motivo por el cual se tendrá un mayor éxito en la implementación de herramientas para la incitación de una conducta cuando la distancia temporal respecto de la última decisión adoptada por el individuo, sea menor respecto a la actuación de incitación que se quiera llevar a cabo. Regla que es fácil de aplicar por cuanto en el diseño de la Arquitectura de la elección puede estudiarse la base de datos de que cuente la Administración, para extrapolar el comportamiento pasado de los individuos hacia el comportamiento futuro que se espera. Técnica que se utiliza en el ámbito financiero para el cálculo de riesgo de los prestatarios, como se recoge

TESI DOCTORAL

en la Guía rápida de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, “Principales sesgos del inversor”.

Dehouck y Lenhof explican que, en la práctica, “estas tres heurísticas interactúan automáticamente, se combinan y dan lugar a comportamientos predecibles”, lo cual lo consideran de aplicación, asimismo, a la heurística de la regla hiato.

En este trabajo de investigación parto del hecho de que la Administración puede apoyarse en el diseño de la Arquitectura de la elección, en los resultados experimentales de cómo funcionan las reglas heurísticas a partir del estudio del comportamiento, motivo por el cual considero que es un relevante jurídico que requiere del establecimiento de un régimen jurídico en la actuación administrativa, por ese marcado carácter conductual, condicionado por un enfoque de la perspectiva cognitiva que se proyecta en la técnica del “nudge público”. Las heurísticas, como he explicado anteriormente, y como concluyen dichos autores, no son más que automatismos cognitivos estables que permiten simplificar mentalmente y/o estandarizar, las situaciones en que se encuentra el individuo en el proceso de toma de decisiones, ante las opciones que se le presentan, lo cual se infiere del resultado experimental de numerosas investigaciones realizadas.

b. Los sesgos cognitivos relevantes para el Derecho.

Según Barón, et al. (2018: 32), a partir de los estudios de Herbert Alexander Simon (1956), “el ser humano percibe el mundo en el que vive, a partir de un

TESI DOCTORAL

modelo simplificado de la compleja realidad del mundo real, caracterizándose por una racionalidad que se encuentra limitada dentro de los límites de su conocimiento”. Este constructo²⁷⁷ de la «racionalidad limitada», que se encuentra en el desarrollo de la psicología cognitiva, aplicándose a las organizaciones, y entre ellas a la Administración, se proyecta en el perfil que Simon (1956) denomina «hombre administrativo», como aquél que busca la manera satisfactoria de hacer las cosas y no “la mejor” manera de hacerla; como contraposición al perfil que se conocía a partir de los postulados de Adam Smith, como «hombre económico», como aquél que toma las decisiones en un ambiente de rutina, previsible, en el cual se conocen con certeza todas las alternativas posibles, así como el resultado de la ejecución de cada una ellas.

Thaler y Sunstein (2020: 20-22) denominan «*homo economicus*» o «econs», al perfil del individuo que se caracteriza por tomar decisiones óptimas en un ambiente que le es conocido y bien definido, bajo “la idea de que cada uno de nosotros siempre piensa y escoge bien”, respecto a la mejor alternativa, con el fin de maximizar los resultados. Perfil que se contrapone al del que Simon denomina «hombre administrativo», que Thaler y Sunstein (2020: 20-22) identifican como “«*homo sapiens*» o «humanos», que solo puede considerar aspectos fraccionados de la realidad, recurriendo a simplificaciones de la complejidad del mundo real basadas en sus propias limitaciones, lo que le permite escoger la mejor alternativa en función de la información restringida de que dispone y de sus propios juicios de valor al respecto”. Dichos autores

²⁷⁷ Construcción teórica para comprender un problema determinado. Definición consultada en RAE [constructo](#) | [Definición](#) | [Diccionario de la lengua española](#) | RAE - ASALE

TESI DOCTORAL

consideran que no es que los «econs» hagan siempre previsiones perfectas, sino que sus previsiones no son sesgadas, es decir que pueden ser erróneas, pero “no sistemáticamente erróneas en una dirección predecible”. Una parte importante de esta visión fraccionada que domina a los «humanos», está determinada por los sesgos cognitivos, considerados como filtros o predisposiciones mentales particulares de cada individuo que condicionan su pensamiento y, en consecuencia, su actuación²⁷⁸. Para intervenir sobre la conducta de los «econs», Thaler y Sunstein (2020: 23), consideran suficiente los incentivos, mientras que para intervenir sobre la conducta de los «humanos», mayormente condicionada por los sesgos cognitivos, consideran necesaria la “utilización de “nudges”, entendidos como cualquier factor que altera de forma significativa la conducta de los «humanos», aunque sería ignorado por los «econs”. Y si bien que “los «humanos» también responden a los incentivos, se les puede influir igualmente mediante los “nudges”, por mucho que algunos puedan imponer costes cognitivos, con lo que alterarían los incentivos”.

En todo caso, según Thaler y Sunstein, dichos costes deben ser bajos para que se consideren “nudges”. En dicho sentido, siguiendo la tesis de ambos autores que aplico en esta investigación, desplegando adecuadamente tanto incentivos, como “nudges”, se puede aumentar la capacidad por parte de la Administración y, en general, por parte de los poderes públicos y entes del sector público, de mejorar la vida de las personas y contribuir a resolver o mejorar algunos de los problemas que existen la sociedad, sin renunciar a la libertad de elección individual. Es importante destacar que en la tesis de Thaler y Sunstein, se

TESI DOCTORAL

diferencian como técnicas con características propias, los incentivos, de los “nudges” (empujones suaves). Ello me motiva a lo largo de esta investigación, a identificar el “nudge” como una técnica de carácter conductual que tiene un diseño propio, y no puede trasladarse en nuestro ordenamiento jurídico, a identificar dicha técnica, con alguno de los términos con que se identifican los sinónimos de dicho concepto. Sinónimos referidos a los fines en que se manifiesta la técnica del “nudge” como estímulos, incentivos, acicates, u otros, que aunque puedan servir como términos para caracterizar sus efectos sobre terceros, no se corresponden con la técnica conductual original de dichos autores.

Tversky y Kahneman (Kahneman, 2021: 545-567), han establecido a partir de sus investigaciones que los sesgos se proyectan sobre las heurísticas, al corresponderse con la tendencia metódica utilizada por el cerebro, como un atajo para elaborar juicios y procesar información, recuerdos, decisiones, etc., actuando sobre el marco de referencia personal de cada individuo, en lugar de actuar sobre la lógica racional, lo cual motiva que se puedan dar errores. Para Barón, et al. (2018: 35), acogiendo la tesis de Chahin (2016), los estudios de Tversky y Kahneman se han desarrollado a partir de la “idea de estudiar los aspectos que determinan la toma de decisiones en situaciones en que los beneficios y las pérdidas son inciertos, lo que se concreta en sus estudios sobre el juicio en la toma de decisiones en situaciones de riesgo e incertidumbre”.

²⁷⁸ Barón, et al., siguen la tesis de Zapata y Canet, 2009, en “La cognición del individuo: reflexiones sobre sus procesos e influencia en la organización”.

TESI DOCTORAL

Cerezo (2021: 68-71), siguiendo a Benson (2016)²⁷⁹ agrupa la tipología de sesgos cognitivos presentes en la mente humana, en base a cuatro situaciones generales a las que se intenta dar respuesta, y que se reproducen por considerar su adecuada sistemática y comprensión de los sesgos cognitivos, como relevantes jurídicos:

1. La sobrecarga de información. Este problema implica un filtrado de la información que recibimos a diario en nuestra mente. El cerebro utiliza algunos «atajos» simples para seleccionar determinadas informaciones que considera útiles para nosotros. Sin embargo, puede que parte de lo que filtren estos sesgos sea importante y útil, por lo que nos estaremos perdiendo información. ¿Cómo actúa nuestro cerebro ante esta infoxicación? Las informaciones atractivas, llamativas o extrañas nos llaman más la atención que las monótonas. Nuestro cerebro tiende a aumentar la importancia de las cosas que son inusuales o sorprendentes. Alternativamente, tendemos a omitir información que consideramos ordinaria. Notamos el cambio de algo. Es decir, cuando una situación, distribución o elemento cambia, tendemos a sopesar la importancia a este nuevo valor frente a la condición en la que estaba anteriormente. Por ejemplo, una persona nos llama la atención cuando notamos que se ha cortado el pelo o tiene gafas nuevas. En ocasiones nos fijamos especialmente sin saber exactamente dónde está el cambio, la “vemos diferente” sin saber el motivo. Nos sentimos atraídos por detalles que confirman nuestras creencias preexistentes y a ignorar los que las contradicen. Percibimos más fácilmente los defectos en los demás que en nosotros mismos.

2. La información insuficiente. Nuestro cerebro, ante una información incompleta o parcial, tiende a “llenar” esos huecos con información que ya tenemos. Es por ello que nuestra necesidad de completar significados e informaciones puede hacer que construyamos historias ficticias, que no existen, evocando ilusiones. Esto puede recordar a la corriente psicológica de la Gestalt. Dicha tesis parte de que los individuos suelen organizar o agrupar los estímulos que reciben como un todo unificado. De este modo, las características que percibimos en estímulos muy

²⁷⁹ Benson, B. (1/09/2016). *Cognitive bias cheat sheet. Better Humans*. <https://bit.ly/3wY49bR>.

TESI DOCTORAL

sencillos se visualizan como un todo, una totalidad a la que pertenecen estos estímulos (Latner, 1994). Frente a esto, los sesgos nos permiten encontrar patrones con datos escasos. Si recibimos una versión de una información y, además, la filtramos, nuestro cerebro tiene que reconstruir el mundo en el que vivimos en nuestra mente. Cuando hay información parcial, la completamos con generalidades o estereotipos. Imaginamos cosas con las que estamos familiarizados o que nos agradan como mejores cosas que con las que no estamos familiarizados. Es decir, la información que nos falta la completamos con suposiciones sobre la calidad y el valor de lo que estamos viendo. Simplificamos probabilidades y números para facilitar su comprensión. Creemos saber lo que piensan los demás. Proyectamos nuestras suposiciones actuales en los hechos del pasado y futuro.

3. La necesidad de actuar rápido. En muchas ocasiones la toma de decisiones se ve sometida a una necesidad de actuar o responder rápidamente. Sin la capacidad de actuar rápido, nos habríamos extinguido como especie. Sin embargo, la toma de decisiones rápida puede hacer que esta no sea la más correcta y pensemos de manera egoísta o contraproducente. Los sesgos cognitivos, en este sentido, actuarían de la siguiente manera: A la hora de actuar tenemos demasiada confianza en nosotros mismos y en lo que hacemos. Valoramos más las cosas que ocurren en el presente que en el futuro y nos relacionamos más con historias de personas concretas que con grupos o personas anónimas. Estamos motivados para completar tareas en las que ya hemos invertido tiempo y esfuerzo. Esto nos ayuda a no rendirnos y a terminar lo inacabado. Para evitar errores, estamos motivados por el *statu quo* en un grupo y preservar la autonomía, evitando decisiones que puedan ser irreversibles. Preferimos las opciones rápidas y simples a las complejas o ambiguas.

4. ¿Qué debemos recordar? Frente a la inmensa cantidad de información que existe, tendemos a recordar aquella que consideramos útil en el futuro. Editamos algunos recuerdos *a posteriori*, añadiéndoles detalles en la memoria que antes no estaban allí. Destacamos elementos específicos para formar generalidades, como ocurre con los estereotipos, prejuicios o asociaciones implícitas. Reducimos a elementos clave las listas o los eventos para que representen el conjunto. Almacenamos los recuerdos dependiendo de cómo los

TESI DOCTORAL

experimentamos. Una misma situación puede ser recordada de manera diferente según quien la recuerde o cómo la vivió.

Ejemplos en el ámbito de la alimentación, respecto a la sobrecarga de la información e información suficiente, los encontremos en etiquetados de productos alimenticios en los que figura "todo natural", "envase biodegradable", "orgánico", "eco", "integral", "light", "bajo en calorías", "0,0", "calcio", "bífidos", "omega 3", "bio", "del campo al consumidor", "recién salido de la huerta", "artesano", "favorece al crecimiento", "bajo en grasa", "bajo contenido en azúcares", "bajo contenido en sal", "alto contenido en fibra", etc.

Dada la extensa cantidad de sesgos²⁸⁰ que pueden interferir en la cognición humana, a continuación desarrollo los más comunes, los que más afectan a la toma de decisiones diarias y que tienen elementos que nos permitirían incorporarlos en alguna de las cuatro agrupaciones que he reproducido de Cerezo, a partir de la elaboración efectuada por Benson (que ilustra en un Codex de sesgos cognitivos), así como por su relevancia jurídica en la intervención de la Administración, a la hora de diseñar la Arquitectura de la elección para la consecución de comportamientos adecuados al interés

²⁸⁰ Se han identificado una gran variedad de sesgos y existen diversas clasificaciones que se pueden encontrar en: Informe OCDE 2019 (*Tools and Ethics for Applied Behavioral Insights: The Basic Toolkit*); Barrow et al., 2018 (*Behavioral Design Teams: A Model for Integrating Behavioral Design in City Government*). Diferentes web relacionan una gran cantidad de sesgos y su aplicación práctica, pero como referenciales, han sido consultadas: [50 Cognitive Biases to be Aware of so You Can be the Very Best Version of You | TitleMax](#). infografía bastante entretenida sobre 50 sesgos cognitivos. Se trata de una publicación de la web de [Titlemax](#) titulada *50 sesgos cognitivos que hay que tener en cuenta para ser la mejor versión de ti. 50 sesgos cognitivos que deberías conocer - Cecilia Cores* (<https://ceciliacorespsicologa.es>). También se ha tenido en cuenta la web de Buster Benson en la que desarrolla su Codex de sesgos cognitivos, en una infografía y diferentes hipervínculos:

TESI DOCTORAL

general, por ser coincidentes con el cumplimiento de una finalidad pública. Para ello tomo como referencia la relación efectuada por Cerezo (2021: 71-77) y Benson (2016) complementada con las consideraciones efectuadas por Ibern (2015: 24-29) y por Armayones (2020: 24-25), así como he tenido también en cuenta, por su aplicación práctica, el documento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, “Principales sesgos del inversor, Guía rápida”.²⁸¹ Ello me ha llevado a elaborar una relación original, tributaria del trabajo de Cerezo, en cuanto a su clasificación, estructuración y elementos fundamentales del contenido conceptual.

El sesgo del presente. Nuestra sociedad se caracteriza por un ritmo de vida muy intenso en el que el consumo individual del tiempo no permite la reflexión, ni actuar a largo plazo, esperando consecuencias y resultados de nuestras acciones a muy corto plazo. Cuando debemos adoptar una decisión sobre cualquier aspecto de la vida cuyas consecuencias no se verán hasta el largo plazo, la motivación para adoptarla disminuye considerablemente (Frederick et al., 2002, *Time discounting and time preference: A critical review*). Esto es debido también a la imagen que se tiene sobre el futuro y su incertidumbre.

De este modo, la elección de una opción puede presentar resultados o consecuencias a corto o a largo plazo. Por ejemplo, si una persona se pone a dieta, no verá resultados hasta pasadas unas semanas o meses; o si se decide a reciclar la basura, no verá resultados directos en su entorno o en el medio ambiente hasta pasados unos años (o puede que no los vea nunca). Los

Cognitive bias cheat sheet. An organized list of cognitive biases because thinking is hard. | by Buster Benson | <https://betterhumans.pub>.

²⁸¹ Documento sin fecha consultable en:

GR01_Sesgos.pdf (https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Fichas/GR01_sesgos.pdf)

TESI DOCTORAL

resultados de la toma de decisiones que se presentan de manera temprana o inmediata tienden a ser los preferidos por los ciudadanos (Loewenstein y Elster, 1992, *Choice over time*; Soman et al., 2005, *The psychology of intertemporal discounting: Why are distant events valued differently from proximal ones?*). Este sesgo puede recordar a los contratos de compromiso que evitan el sesgo del presente, llamados comúnmente contratos de Ulises, porque el héroe de la mitología griega obligó a taparse los oídos a sus hombres y atarse en el barco para no sucumbir ante el canto de las sirenas. Una consecuencia de este sesgo es que tenemos una excesiva impaciencia en el corto plazo, queremos recompensas cuanto antes, en lo que se conoce también como **sesgo del descuento hiperbólico**, que es la tendencia a elegir recompensas más pequeñas e inmediatas frente a recompensas mayores y alejadas en el tiempo. Se debe a que la inmediatez de las recompensas tiene un gran poder de atracción. Otra consecuencia es la dilación, es decir, si posponemos una tarea hasta mañana, el valor actual del coste es mucho menor. Por tanto, siempre nos parecerá buena idea dejar las tareas que consideramos costosas para el día siguiente. Read y Van Leeuwen (1998, *Predicting hunger: The effects of appetite and delay on choice*) realizaron un experimento en que preguntaban a un grupo de personas sobre qué querían comer en el corto y en el largo plazo. Un 70% de los participantes aseguraron que durante la siguiente semana iba a consumir fruta y verdura. Sin embargo, cuando se les preguntaba por la decisión inmediata de lo que comerían ese día, la mayoría dijo que comería chocolate. Estos autores concluyeron que en el corto plazo se prefiere la opción menos sana, ya que tienen este sesgo del presente, mientras que veían a su “yo” del futuro comiendo alimentos más sanos.

TESI DOCTORAL

Estos estudios concluyen que nos comportamos de manera optimista cuando nos preguntan por cómo actuaremos en el futuro, pero en nuestras decisiones inmediatas tendemos a equivocarnos, incluso si las consecuencias pueden perjudicarnos a largo plazo. Esto sucede porque hay una brecha de empatía interpersonal, es decir, cuando tenemos que tomar una decisión sobre el futuro, pensamos en qué decidiremos en el momento y suponemos que en el futuro decidiremos lo mismo. No empatizamos con ese “yo” del futuro.

Este sesgo es de gran relevancia en la Arquitectura de la elección, a la hora de diseñar políticas públicas e intervenciones administrativas, cuya incidencia sea a corto plazo, y que actuaciones llevar a cabo cuando su efectividad pueda ser a largo plazo, para conseguir que esa opción con efecto largoplacistas, sea la elegida voluntariamente por el individuo o la colectividad, con el fin de conseguir una finalidad pública de acuerdo con el interés general, como sería en los supuestos de estos estudios la protección el derecho a la salud y conseguir garantizar una alimentación saludable.

Como intervención de la Administración, para limitar los efectos negativos que se asocian a este sesgo, Moreu (2018: 466-468), siguiendo a Sunstein (2014b: 3-6), identifica como “nudge” para orientar las decisiones que toman los ciudadanos, el “nudge” de la elección consciente y activa (“active choosing”) que 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 convencional, entre donar órganos o no donarlos, teniendo en cuenta, como ha indicado Eagleman (2021: 142-143) que las recompensas más próximas al presente se valoran más que las recompensas de un futuro lejano, siguiendo la tesis de Tversky y Kahneman sobre la «inversión de la preferencia». Eagleman hace referencia a los neurocientíficos Sam McClure,

TESI DOCTORAL

Jonathan Cohen y otros, que en sus experimentos concluyeron la existencia de un sistema cerebral que se ocupa de la gratificación inmediata y de otro sistema que participa en la racionalidad a más largo plazo, descubriendo que algunas estructuras cerebrales que intervenían en lo emocional quedaban activadas por la elección de recompensas inmediatas a corto plazo. El mismo autor, siguiendo a Robert Schiller y sus estudios del comportamiento tras la crisis de las hipotecas “subprime” en Estados Unidos, considera que las burbujas especulativas se provocan por el «optimismo contagioso», que se corresponden con un fenómeno social. 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 denominan «elección obligada» o «requerida», esto es, una elección que resulte obligatoria en el momento de realizar ciertos trámites.

El sesgo de confirmación. Las personas buscan y evalúan información de manera que se ajuste a sus ideas preconcebidas, pues se ha constatado que existe una tendencia a buscar o interpretar la información de tal forma que confirme nuestras propias preconcepciones, es decir a considerar que aquello que pensamos es cierto. Los estudios realizados demuestran que se tiende a encontrar y recordar información que confirma las percepciones del individuo, dándole más importancia a los argumentos que refuerzan las ideas preconcebidas que a aquellos que las contradicen (Jonas et al., 2001, *Confirmation bias in sequential information search after preliminary decisions: an expansion of dissonance theoretical research on selective exposure to information*). Por ello se considera que se tenderá a ignorar las informaciones que contradigan o vulneren las ideas preconcebidas. Ello comporta considerar

TESI DOCTORAL

que de manera natural se va a favorecer, buscar, interpretar y recordar la información que confirma las propias creencias o hipótesis.

Este sesgo se anuda a una tendencia del individuo a percibir y seleccionar información que confirma las creencias existentes y establece objetivos o se ajusta al patrón de comportamientos anteriores, lo que lleva a errores sistemáticos a pesar de las oportunidades de aprender. No se suele ser conscientes de encontrarnos atrapados en un bucle de confirmación, buscando solo información de apoyo, en lugar de asumir posiciones críticas o tenerlas en cuenta. Este proceso mental que se identifica con el sesgo de confirmación, Kahneman (2011, *Thinking, fast and slow*) lo identifica con el aforismo "lo que vemos es todo lo que hay". Podemos encontrar este sesgo cuando consultamos medios de comunicación afines a nuestros principios e ideas. También es un sesgo al que se recurre para elaborar discursos populistas, con los que se identifica una parte de la población de interés para el emisor.

Este sesgo es de gran relevancia en la Arquitectura de la elección, a la hora de diseñar políticas públicas e intervenciones administrativas, cuya incidencia requiera de una intervención Ilustradora, Informadora o de Recomendaciones y Advertencias, para conseguir que una opción determinada, sea la elegida voluntariamente por el individuo o la colectividad, con el fin de conseguir una finalidad pública de acuerdo con el interés general, como sería en supuestos de protección del derecho a la salud y garantizando una alimentación saludable, mediante técnicas de información sobre la composición de los alimentos, o nutricional como el «semáforo nutricional», para contrarrestar dicho sesgo, en la inocuidad del consumo de determinados alimentos que a largo plazo pueden tener un efecto perjudicial para la salud.

TESI DOCTORAL

Como intervención de la Administración, para limitar los efectos negativos que se asocian a este sesgo, Moreu (2018: 466-468), siguiendo a Sunstein (2014b: 3-6), identifica como “nudge” para orientar las decisiones que toman los ciudadanos, 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 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 denominan «elección obligada» o «requerida», esto es, una elección que resulte obligatoria en el momento de realizar ciertos trámites.

El sesgo de la disponibilidad. El sesgo de disponibilidad interviene en aquellos juicios erróneos sobre la probabilidad de que ocurran eventos o ciertos resultados basados en sobreestimar la información que se nos presenta más disponible y accesible, considerando que aquello en lo que pensamos en el proceso de toma de una decisión, es lo más común o importante (Freudenburg, 1993, *Risk and recreancy: Weber, the division of labor, and the rationality of risk perceptions*; Tversky y Kahneman, 1974, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*). Se origina en las limitaciones de nuestra memoria y se refiere a la facilidad con que se puede recordar la información que se considera relevante para una decisión actual. Cuanto más reciente y destacada sea una experiencia pasada, más probable es que se presente como un referente ante la toma de una decisión.

TESI DOCTORAL

El sesgo de disponibilidad puede tener un gran impacto en la evaluación de riesgos y comportamientos asociados. Los estudios de que se dispone, establecen que el cerebro sobreestima la información que conocemos que se corresponde con la que es más fácil de recordar, porque se nos presenta más disponible y accesible mentalmente en ese proceso decisional, en el que nuestro inconsciente, cuando va a juzgar la probabilidad o frecuencia de algo, lo hace partiendo de la facilidad con la que otros supuestos nos vienen a la mente. Por ejemplo, si se tiene la percepción de que la mayoría de la sociedad se salta las normas impuestas durante el estado de alarma, ello se debe a la excesiva exposición de este tipo de información en los medios de comunicación, en los que se destaca este incumplimiento o que en el entorno próximo se da dicho supuesto. Este sesgo se caracteriza porque el individuo se basa principalmente en situaciones que ha conocido o le son próximas, que de forma inmediata las tiene presentes en el momento de realizar juicios. Dicho sesgo se puede proyectar también en el **sesgo del efecto halo**, que se manifiesta en la tendencia a enjuiciar a una persona o institución sobre la base de una única cualidad positiva o negativa que hace sombra a todas las demás. Es un sesgo muy frecuente en el ámbito de la inversión, de manera que se tiende a calificar un producto financiero como bueno o malo tomando como referencia un único dato, por ejemplo, los resultados de la empresa o la popularidad del comercializador o gestor del producto financiero en cuestión, sin considerar que ese producto financiero puede no ser adecuado para el objetivo de inversión pretendido o para el perfil de riesgo propio.

Tiene la misma relevancia que la que he identificado en el sesgo de confirmación, respecto al diseño de la Arquitectura de la elección, a la hora de aplicar políticas públicas e intervenciones administrativas, cuya incidencia

TESI DOCTORAL

requiera de una intervención Ilustradora, Informadora o de Recomendaciones y Advertencias.

El sesgo de aversión a la pérdida o de ganancias y pérdidas. En los estudios realizados, se deriva que la relatividad del valor de nuestras decisiones podemos encontrarla en la aversión a la pérdida. Es la tendencia del individuo a preferir, en una mayor medida, evitar una pérdida que la posibilidad de obtener una ganancia. Tversky y Kahneman (1991, *Loss aversion in riskless choice: A reference dependent model*), partiendo de la que identifican como una teoría prospectiva, representaron esta aversión a la pérdida. Inicialmente, se relativiza de diferente manera las pérdidas y las ganancias, a partir de que constantemente se está comparando durante el proceso mental del individuo, incluso sin que se realice en un proceso decisional. Pinker (2020: 73), caracteriza este sesgo de una forma ejemplificativa, cuando nos dice que la psicología confirma que las personas se preocupan por los contratiempos más de lo que saborean su buena suerte y que le hieren más las críticas de lo que les alientan los elogios, identificando una excepción a este sesgo de negatividad en la memoria autobiográfica. Aunque tendemos a recordar los acontecimientos malos al igual que recordamos los buenos, los efectos de los recuerdos negativos de las desgracias se desvanecen con el tiempo, sobre todo si nos han ocurrido a nosotros, al estar programados para la nostalgia, pero en la que el tiempo tiene un efecto sanador.

Este sesgo se suele utilizar en estrategias de marketing, cuando se ofrecen descuentos por tiempo limitado, que generan un pensamiento durante el proceso decisional de que “si lo compro, estoy ganando, mientras que, si no lo compro, pierdo la oportunidad del descuento”, como han puesto de manifiesto

TESI DOCTORAL

Van den Bos y McClure (2013, *Towards a general model of temporal discounting*). En el contexto de la pandemia por el COVID-19, este sesgo podría encontrarse en la causa justificativa de una opinión social más propensa respecto a lo que se estaba perdiendo individual y colectivamente, con las medidas públicas impuestas por las diferentes Administraciones, con motivo de la crisis sanitaria, que a lo que se estaba ganando cumpliendo las mismas.

Thaler y Sunstein (2020: 50-51), consideran que las personas odian las pérdidas, por lo que el sistema automático de toma de decisiones puede ser muy emocional cuando el individuo se encuentren en una situación que pueda comportar una pérdida. La aversión a la pérdida contribuye a producir inercia, lo que comporta un fuerte deseo de conservar las posesiones. Dichos autores consideran que este sesgo “opera como una especie de “nudge” cognitivo que nos impulsa a no hacer cambios, incluso cuando estos nos puedan beneficiar”.

En este sesgo también nos encontramos con la misma relevancia que la que he identificado en los sesgos de confirmación y disponibilidad, respecto al diseño de la Arquitectura de la elección, a la hora de aplicar políticas públicas e intervenciones administrativas, cuya incidencia requiera de una intervención Ilustradora, Informadora o de Recomendaciones y Advertencias.

Como intervención de la Administración, para limitar los efectos negativos que se asocian a este sesgo, Moreu (2018: 466-468), siguiendo a Sunstein (2014b: 3-6), identifica como “nudge” para orientar las decisiones que toman los ciudadanos, el “nudge” de las ganancias, para contrarrestar 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.

TESI DOCTORAL

El sesgo de exceso de confianza u optimismo ilusorio. Todos tendemos a ser optimistas de cara al futuro. Este sesgo representa la diferencia entre la confianza subjetiva del individuo en su propia capacidad, y la realidad de lo que realiza, es decir, el resultado efectivo de su acción (Montibeller y Von Winterfeldt, 2015, *Cognitive and motivational biases in decision and risk analysis*). Los estudios realizados indican que ello se da por una creencia que refuerza la confianza en el propio juicio después de observar resultados positivos de decisiones anteriores. Las circunstancias ideales en las que aparece el sesgo de exceso de confianza son situaciones a las que se atribuye un alto grado de compromiso e importancia. Svenson (1981, *Are we all less risky and more skillful than our fellow drivers?*), realizó un estudio en el que el 93% de los conductores estadounidenses, se calificaron a sí mismos como mejores conductores que el promedio, lo que era estadísticamente imposible. Stott et al. (2020, *Green new deals: Social boasting and the true value of ethical branding*), realizaron un estudio en el que obtuvieron como resultado que las personas exageran lo éticas que son, o exageran respecto a tener comportamientos acordes con las normas sociales.

El sesgo de autopercepción optimista o exceso de confianza se puede resumir en la creencia de que es poco probable que nos pasen cosas malas. Las personas a menudo sobreestiman la probabilidad de eventos positivos y subestiman la probabilidad de que ocurran eventos negativos en el futuro (Sharot, 2011, *The optimism bias. Current biology*). Existen varios factores para explicar el optimismo poco realista, incluido el autocontrol percibido como ilusión de control y el buen humor (Helweg-Larsen y Shepperd, 2001, *Do moderators of the optimistic bias affect personal or target risk estimates? A review of the literature*). Este tipo de sesgo se puede observar entre los

TESI DOCTORAL

fumadores ante los “nudges públicos” que se manifiestan en las advertencias sanitarias o las características de las cajetillas de tabaco. Los estudios realizados en el ámbito de los efectos nocivos del tabaco, confirman que el individuo siente que no le va a afectar y se siente optimista frente a la amenaza de una enfermedad (Arnett, 2000, *Optimistic bias in adolescent and adult smokers and nonsmokers*; Strecher et al., 1995, *Do cigarette smokers have unrealistic perceptions of their heart attack, cancer, and stroke risks?*). En la gestión de la enfermedad, este sesgo puede hacernos sentir menos vulnerables que otros colectivos, como se ha dado en la seguridad de pensar que, en el supuesto del virus SARS-Cov-2, causante de la pandemia del COVID-19, tenemos pocas probabilidades de contraer la enfermedad, y la ilusión de control se encuentra en la motivación de comportamientos respecto a que algunas acciones concretas, como la acumulación de papel higiénico o productos desinfectantes, nos permitirán controlar la situación, o la información social de que el virus afectaba mayormente a personas de edades avanzadas, por lo que en otros colectivos como el de las personas jóvenes y de mediana edad, no existía sensación de amenaza y, consecuentemente, eran más reacios a las medidas de seguridad impuestas y después recomendadas por las autoridades sanitarias. Este sesgo ha reducido sus efectos en los casos en los que un familiar ha caído gravemente enfermo o ha fallecido porque el riesgo se percibe más cercano (Dryhurst et al., 2020, *Risk perceptions of COVID-19 around the world*). El sesgo de exceso de confianza se motiva en el optimismo no realista que está relacionado con el sesgo de confirmación, que se da cuando las personas tienden a verificar la información que confirma sus creencias anteriores al proceso de toma de decisiones en que se encuentre. También está relacionado con el sesgo de la ilusión de control, que hace que

TESI DOCTORAL

creamos que podemos influir en fenómenos aleatorios o que escapan totalmente a nuestra influencia. Pero de los estudios realizados se deriva que también tiene beneficios significativos, ya que puede estimular la actividad, levantar el ánimo, promover la resiliencia y asegurar que las personas continúen esforzándose incluso en circunstancias difíciles.

En este sesgo también nos encontramos con la misma relevancia que la que he identificado en los sesgos de confirmación, disponibilidad, y aversión a la pérdida, respecto al diseño de la Arquitectura de la elección, a la hora de aplicar políticas públicas e intervenciones administrativas, cuya incidencia requiera de una intervención Ilustradora, Informadora o de Recomendaciones y Advertencias.

Como intervención de la Administración, para limitar los efectos negativos que se asocian a este sesgo, Moreu (2018: 466-468), siguiendo a Sunstein (2014b: 3-6), identifica como “nudge” para orientar las decisiones que toman los ciudadanos, 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 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 Sunstein denomina «elección obligada» o «requerida», esto es, una elección que resulte obligatoria en el momento de realizar ciertos trámites.

El sesgo de *statu quo*. Los estudios sobre el cerebro y la mente, aportan evidencias de que al cerebro tiende a mantener las cosas tal y como son en

TESI DOCTORAL

cada momento y, sobre todo, evitar cambios que puedan ser irreversibles. Por ello se considera que cuesta tanto tomar decisiones que comporten cambios, como cambiar de trabajo, de casa o adoptar nuevas normas (Samuelson y Zeckhauser, 1988, *Status quo bias in decision making*). En el momento en que un agente externo modifique de algún modo la libertad de actuación de una persona, en ella se genera un rechazo y resistencia, para mantener su normalidad y la libertad que tenía antes. Este sesgo puede comportar en determinados ámbitos de actuación de la Administración, como en la salud pública, un rechazo a las medidas de control ejercidas por las diferentes Administraciones competentes, reforzándose un comportamiento que da preferencia a lo predeterminado respecto a la alternativa del cambio que impone o recomienda la Administración. Lo cual se pudo comprobar en los resultados electorales en la Comunidad de Madrid, en las elecciones celebradas el 4 de mayo de 2021, en un proceso convocado transcurrido un año desde la declaración del Estado de alarma, por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, pero en el momento de mayor rechazo y debate sobre las medidas adoptadas por el Gobierno de España, en los que el partido político que defendió las posiciones contrarias al confinamiento y a las medidas restrictivas con motivo de la pandemia, defendiendo ante todo la libertad individual y empresarial, así como la continuidad de la situación anterior a la misma, aplicando las medidas menos restrictivas posibles de los derechos individuales, el Partido Popular, que tenía la presidencia de la Comunidad de Madrid, fue el más votado, obteniendo uno de sus mejores resultados electorales, mientras que el partido mayoritario del Gobierno de España, el Partido Socialista Obrero Español, obtuvo uno de sus peores resultados electorales, en dichas elecciones. Los diferentes estudios asocian esta actitud

TESI DOCTORAL

rebelde a un atractivo para los demás, especialmente entre los colectivos de los más jóvenes o de quienes aprovechan la coyuntura política para mostrar su desacuerdo con las medidas tomadas por el Gobierno.. Parte de la población se negaba a acatar un nuevo estilo de vida, arraigada a ese sesgo del *statu quo*, manifestando que la “nueva normalidad” acababa con las libertades de la población.

En este sesgo también nos encontramos con la misma relevancia que la que he identificado en los sesgos de confirmación, disponibilidad, aversión a la pérdida y exceso de confianza, respecto al diseño de la Arquitectura de la elección, a la hora de aplicar políticas públicas e intervenciones administrativas, cuya incidencia requiera de una intervención Ilustradora, Informadora o de Recomendaciones y Advertencias, incluso incidiendo directamente en asentar un marco que permita reorientar el sesgo de *statu quo*, de tal forma que contrarreste el que es contrario al interés general, para poder conseguir la finalidad pública de la efectividad del derecho a la protección de la salud.

Como intervención de la Administración, para limitar los efectos negativos que se asocian a este sesgo, Moreu (2018: 466-468), siguiendo a Sunstein (2014b: 3-6), identifica como “nudge” para orientar las decisiones que toman los ciudadanos, y al que me he referido ampliamente en anteriores Apartados, el 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 *statu 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-

TESI DOCTORAL

in”), es un buen orientador de conductas deseables. Reiteramos, por ser muy explícito, el ejemplo de Sunstein referido a la Universidad de Rutgers (USA), que 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.

El sesgo de encuadre o enmarcado. Se han realizado estudios que concluyen que la información es interpretada de forma diferente según cómo se presente debido al efecto encuadre. Este sesgo recuerda a la teoría del enmarcado o “framing” en comunicación, la cual se centra en cómo los medios de opinión encuadran los acontecimientos y seleccionan unos aspectos de la realidad asignando una definición concreta, una interpretación y un juicio moral. Es decir, se enfatizan y moldean unos atributos de un hecho. Sin embargo, el encuadre se puede localizar tanto en el emisor como en el receptor, en el contenido del mensaje e incluso en el contexto cultural (Ardèvol-Abreu, 2015, *Framing o teoría del encuadre en comunicación. Orígenes, desarrollo y panorama actual en España*; Levin et al., 1998a, *How consumers are affected by the framing of attribute information before and after consuming the product*; y 1998b, *All frames are not created equal: A typology and critical analysis of framing effects*). De una forma clarificadora, este sesgo determina que no percibimos de igual modo una noticia en la que se indica que una vacuna tiene un 90% de eficacia, que una en la que se indica que un 10% de los vacunados no resulta inmunizado correctamente. De igual modo, en la publicidad de un alimento, no es lo mismo incluir en el mensaje que está compuesta por leche, cacao, avellanas y azúcar (mencionado el azúcar en último lugar), que decir que tiene un 56% de azúcar, lo cual comportará un rechazo inmediato en un

TESI DOCTORAL

sector de la població, por sus efectos sobre la obesidad. La característica esencial de este sesgo es que el enmarcado de cómo se presenta una información determinará en gran parte cómo se percibe. Lakoff (2020: 31), considera que las personas piensan en marcos y para que la verdad sea aceptada debe encajar con los marcos de la gente, porque si los hechos no encajan con el marco, el marco permanece y los hechos rebotan.

En este sesgo también nos encontramos con la misma relevancia que la que he identificado en los sesgos de confirmación, disponibilidad, aversión a la pérdida, exceso de confianza y *statu quo*, respecto al diseño de la Arquitectura de la elección, a la hora de aplicar políticas públicas e intervenciones administrativas, cuya incidencia requiera de una intervención Ilustradora, Informadora o de Recomendaciones y Advertencias, incluso incidiendo directamente en asentar un marco que permita reorientar el marco mental de referencia, de tal forma que contrarreste el que es contrario al interés general, para poder conseguir la finalidad pública de la efectividad del derecho a la protección de la salud.

Como intervención de la Administración, para limitar los efectos negativos que se asocian a este sesgo, Moreu (2018: 466-468), siguiendo a Sunstein (2014b: 3-6), identifica como “nudge” para orientar las decisiones que toman los ciudadanos, el recurso a las presentaciones lúdicas, que 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%.

TESI DOCTORAL

El sesgo de anclaje. Los estudios realizados lo identifican con la tendencia a confiar demasiado en un rasgo o una información, durante el proceso de toma de decisiones. En dicho sentido se considera que la primera información que recibimos condiciona las decisiones que a partir de ella debemos adoptar. Cerezo (2021), a quien reproducimos y reformulamos en este apartado, como indicamos al inicio, pone como ejemplo que las configuraciones de las cartas de comida en los restaurantes pueden ser un buen ejemplo de cómo se aplica el sesgo de anclaje. Por ejemplo, si se nos presentan tres tipos de hamburguesa, de 15, 25 y 40€, la hamburguesa de 25€ no nos resultará tan cara, porque vemos una de un precio superior. También es un sesgo muy aprovechado en la publicidad de productos en la teletienda. Primero, ponen un precio “ancla” del producto, para que, según el anuncio avanza, se va reduciendo con ofertas. Si el producto en un principio costaba 200€ y, tras 3 minutos de anuncio este se rebaja a 70€, los espectadores lo percibirán como muy barato, aunque realmente sea un precio caro, porque lo comparan con su precio inicial. Armayones (2020: 24) pone como ejemplo la pandemia de la COVID-19, en que muchas personas equipararon el virus con la gripe estacional, a partir de la información recibida por los medios de comunicación, motivo por el cual la referencia que se tenía del COVID-19, lo era en relación a la gripe estacional, incluso respecto al número anual de muertos, por causa de ésta última. Se había apoderado de la población con el efecto ancla, una enfermedad menos mortífera, con lo que se considera que si el efecto ancla lo hubiera sido con una enfermedad mucho más mortífera, como la causada por el virus del ébola, que apareció en España, dándose un caso en la Comunidad de Madrid, en el año 2014, aprobándose incluso un Plan de emergencia, el grado de rechazo a las medidas adoptadas hubiera sido muy inferior.

TESI DOCTORAL

En este sesgo también nos encontramos con la misma relevancia que la que he identificado en los sesgos de confirmación, disponibilidad, aversión a la pérdida, exceso de confianza, *statu quo* y encuadre, respecto al diseño de la Arquitectura de la elección, a la hora de aplicar políticas públicas e intervenciones administrativas, cuya incidencia requiera de una intervención Ilustradora, Informadora o de Recomendaciones y Advertencias, incluso incidiendo directamente en asentar un marco que permita reorientar el anclaje de referencia, de tal forma que contrarreste el que es contrario al interés general, para poder conseguir la finalidad pública de la efectividad del derecho a la protección de la salud.

El sesgo de identidad social o de la fuerza de la norma social. Los estudios realizados lo identifican cuando los individuos tienden a anteponer la importancia de pertenencia a un grupo, en su proceso de toma de decisiones, ante una argumentación que pueda ser sólida. Ello comporta que se adopten juicios erróneos o falsos solo para permanecer integrados en el grupo, el cual puede llegar a influir decisivamente en el comportamiento individual (Ibern, 2015: 25). Dicho sesgo se puede evidenciar con la relevancia de las redes sociales para crear burbujas sociales que condicionan la forma en que cada uno se relaciona con los demás, disminuyendo la calidad y amplitud del pensamiento relevante para la elaboración e implementación de las políticas. Ello incide en el pensamiento de grupo, estudiado por la psicología, respecto a cómo los individuos toman decisiones en grupo (Janis, 1972, *Victims of Groupthink: A Psychological Study of Foreign-Policy Decisions and Fiascoes*), en el que el liderazgo grupal puede incidir en la toma de decisiones políticas (t

TESI DOCTORAL

Hart, 1994, *Groupthink in Government: A Study of Small Groups and Policy Failure*).

En las Cuestiones preliminares, en el apartado sobre la Arquitectura de la elección y la utilización del “nudge” como técnica jurídica, se explicaba la tesis de Shiller (2019), respecto a la irracionalidad de las personas al tomar decisiones y la necesidad de disponer de información sobre la narrativa en la economía, a través de las tecnologías de la información y las redes sociales, para buscar el origen de las fluctuaciones económicas. Asimismo poníamos de manifiesto la tesis de Akerlof sobre la identidad social en el análisis económico formal, basándose en la psicología social y en áreas de conocimiento externas a la economía, sosteniendo junto a Rachel Kranton que los individuos no tienen preferencias solamente sobre diferentes bienes y servicios, sino que también se adhieren a las normas sociales sobre cómo diferentes personas deben comportarse, considerando que las normas están vinculadas a las identidades sociales de una persona (Akerlof y Kranton, 2000).

Han (2014a: 107-109), en una proyección de la identidad social, vinculada a técnicas de control e influencia social, teoriza sobre la relevancia del análisis de datos y la influencia en las redes sociales para incidir sobre el comportamiento individual y colectivo, a partir de la aparición de la que denomina «psicopolítica digital», aspecto que se puede comprobar en el proceso de las elecciones del 8 de diciembre de 2016, a la presidencia de los Estados Unidos que ganó Donald Trump²⁸². Dicho autor, en un análisis que efectúa sobre el control social a partir de los análisis de datos considera que:

²⁸² Existen estudios (Ayala, A. 2017: *Análisis de la campaña electoral de Trump desde el enfoque de la teoría democrática*, Justicia electoral, 20, 335-374) vinculando la victoria de Donald Trump, primero para la elección como candidato del Partido republicano y posteriormente como presidente de los Estados Unidos, a partir de la utilización del análisis

TESI DOCTORAL

../.. la posibilidad de sacar modelos de conducta de las masas a partir de grandes datos marca el comienzo de la *psicopolítica digital*../.. La explotación de datos hace visibles modelos colectivos de comportamiento, de los que ni siquiera somos conscientes como individuos../.. La psicología digital se apodera de la conducta social de las masas, pes echa la zarpa en su lógica inconsciente. La sociedad de la vigilancia digital, que tiene acceso al inconsciente colectivo, al futuro comportamiento social de las masas, desarrolla rasgos totalitarios. Nos entrega a la programación y al control psicopolíticos.

Respecto al funcionamiento de la psicopolítica, que Han (2014b) considera neoliberal, y se caracteriza por el conocimiento del comportamiento de los individuos a partir de análisis de datos, y el empleo de técnicas de utilización de las redes sociales para condicionar el mismo, mediante su orientación, influencia o condicionamiento, Han (2014b: 57), considera que:

La psicopolítica neoliberal está dominada por la *positividad*. En lugar de operar con amenazas opera con estímulos positivos. No emplea la «medicina amarga», sino el *me gusta*../. Con mucha atención toma nota de los anhelos, las necesidades y los deseos, en lugar de «desimpregnarlos». Con la ayuda de pronósticos se anticipa a las acciones, incluso actúa antes que ellas en lugar de entorpecerlas. La psicopolítica neoliberal es una *política inteligente* que busca agradar en lugar de someter.

La tesis de Han, se corresponde con la teoría del «sistema de recompensa aleatoria o variable»²⁸³, sistema que acogido por la Neurociencia, ha permitido concluir que se generan respuestas adictivas mediante microrecompensas cuya finalidad es llegar a una actitud comportamental dependiente, que genera

masivo de datos y la publicidad dirigida, para lo que contrató a Alexander Nix para dirigir su campaña, miembro de Cambridge Analytica (consultora implicada en un escándalo sobre uso indebido de datos que afectó a Facebook, en el año 2018). Consultado en [Trump ganó la presidencia con ayuda del big data: Alexander Nix | www.eleconomista.com.mx](http://www.eleconomista.com.mx).

TESI DOCTORAL

estímulos internos de dopamina. Estímulos que se activan mediante acciones en el plazo inmediato que afectan a la parte del cerebro del largo plazo. Su proyección en las redes sociales se manifiesta mediante la herramienta del «me gusta», que, “desde el sesgo de la identidad social, vincula a un grupo, persona, idea o tendencia, con el cual se pretende una vinculación mediante un sentimiento emocional de pertenencia identificativa, a través de un desnudamiento voluntario. Lo relevante no es por qué las personas hacen lo que hacen, lo relevante, como nos plantea Chris Anderson, es que lo hace y que se puede medir y seguir, a través de los datos que cada individuo genera” (Han, 2014b: 89). En dicho sentido, se tiene en cuenta el “miedo” a quedarse fuera o a no ser relevante en las redes sociales, que justifica esa necesidad del “me gusta” que lleva asociado el control de cuántos “me gusta” se tienen, y la recompensa que comporta, en algunos casos, incluso económica, por la influencia que puede generar, influencia provocada para retroalimentar los estímulos.

En el estudio del **sesgo de identidad social**, tiene una gran relevancia el «marketing social», vinculado a los «determinantes en salud», a los que hicimos referencia en la Parte Segunda sobre el derecho a la protección de la salud que definíamos como “aquellas circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, resultado de la distribución del dinero, el poder y los recursos mundiales, nacionales y locales que explican la mayor parte de las inequidades sanitarias”. Diferentes teóricos de la comunicación en Francia han realizado un análisis que se recoge en la página

²⁸³ Teoría desarrollada por Burrus Frederic Skinner en los años 50 del siglo XX, estudiada en el ámbito de la psicología conductista y la neurociencia.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

oficial del Instituto de Medio Ambiente (2021)²⁸⁴ sobre el impacto de los “nudges públicos” en el ámbito nutricional, considerando que independientemente de que pueda ser una herramienta con una cierta y relativa utilidad, sus efectos son mínimos, incluso desaparecen con inmediatez, ante los que produce la técnica del «marketing social», que utiliza las herramientas del marketing en beneficio del bien social, y que en el ámbito de la actuación de la Administración pública, es heredera en cuanto a su metodología no en cuanto a su finalidad, de la técnica del «marketing publico», desarrollada en los años 80 y 90 del siglo XX, en el ámbito de la doctrina de la Nueva Gestión Pública, a la que nos referimos en el Apartado 2, de las Cuestiones preliminares al hablar del concepto de “nudge”, que justificaba y

²⁸⁴ El Instituto de Medio ambiente de Francia, publica una noticia en su web institucional, en fecha 09/11/2021, con el título “El empujón: ¿herramienta efectiva o efecto de moda?”, Consultable en: *Le nudge : outil efficace ou effet de mode ? · Inserm, La science pour la santé* (<https://www.inserm.fr>), que se reproduce en relación a la conceptualización del marketing social. **“Así es como funciona el marketing social, que utiliza las herramientas del marketing en beneficio del bien social, dice Patricia Gurviez, quien preside el Instituto de Marketing Social, una asociación de investigadores y líderes de los sectores público y privado cuyo objetivo es resaltar esta disciplina. El marketing social podría dar sus frutos donde los empujones parecen impotentes, especialmente en la lucha contra las desigualdades sociales en los hábitos alimenticios y la actividad física. Por ejemplo, el programa asociativo Vivre en forme (VIF) ha permitido reducir la tasa de obesidad entre los niños en varios municipios de Francia, gracias a campañas de marketing social, dice. Un estudio transversal realizado entre 6.802 niños de seis ciudades que se adhieren al programa VIF (Beauvais, Meyzieu, Royan, Douchy-les-Mines, Saint-Quentin y Vitré) muestra que entre 2008 y 2015, la prevalencia de sobrepeso y obesidad disminuyó en un 28,2% entre los estudiantes en la gran parte de guarderías y en un 19,1% entre los de CM2, gracias a la formación, el apoyo familiar, los talleres prácticos... Este enfoque, que ciertamente puede integrar empujones, requiere un trabajo en profundidad que se base en particular en la observación, la participación de todos los actores locales -padres, funcionarios electos, maestros, educadores, personal de comedores-, así como la realización de entrevistas y encuestas sociológicas, agrega el investigador. Abordar los problemas de salud que enfrenta nuestra sociedad requiere mucho más que incentivos únicos. Sin tener en cuenta todos los determinantes sociales de la salud, no hay salvación”.**

TESI DOCTORAL

propugnaba la titularidad empresarial de los servicios públicos y un marco jurídico favorable a las privatizaciones (Jiménez Blanco, 2018: 337), y que establecía una metodología orientada al diseño de los servicios, planificación y evaluación, a partir de las estrategias del marketing privado (Chías, 1995).

En este sesgo también nos encontramos con la misma relevancia que la que he identificado en los sesgos de confirmación, disponibilidad, aversión a la pérdida, exceso de confianza, *statu quo*, encuadre y anclaje, respecto al diseño de la Arquitectura de la elección, a la hora de aplicar políticas públicas e intervenciones administrativas, cuya incidencia requiera de una intervención Ilustradora, Informadora o de Recomendaciones y Advertencias, incluso incidiendo directamente en asentar un marco que permita reorientar la identidad social, en el ámbito de las redes sociales, de tal forma que contrarreste el sesgo contrario al interés general, para la consecución de fines coherentes con el interés público a proteger, que en el objeto de esta Tesis es coincidente con el derecho a la protección de la salud.

La Administración, para limitar los efectos negativos que se asocian a este sesgo y su proyección en lo que se conoce como “**efecto rebaño**” o “**sesgo de la prueba social**”, cuando por imitación las personas consideran que cierto comportamiento es bueno o malo según el comportamiento de otros debe tener en cuenta en su actuación la tendencia a imitar las acciones que realizan otras personas bajo la creencia de que se está adoptando el comportamiento correcto. Este sesgo se da en situaciones en las que el sujeto no tiene una idea definida de cómo comportarse y se deja guiar por las conductas de otros, asumiendo que tienen más conocimiento. Moreu (2018: 466-468), siguiendo a Sunstein (2014b: 3-6), identifican como “nudge” para orientar las decisiones que toman los ciudadanos, el “nudge” social, con el que “se asume el objetivo

TESI DOCTORAL

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”.

Respecto a los sesgos que he relacionado, en los que la intervención de la Administración puede comportar un relevante jurídico, para limitar los efectos negativos que se asocian al sesgo que corresponda, también se puede incidir, como he hecho referencia en cada uno de ellos, en la creación de conocimiento, que comporte una capacidad reflexiva en el proceso de adopción de decisiones que se puedan caracterizar por ser conscientes e informadas.

Para conseguir dicha finalidad, Moreu (2018: 466-468), siguiendo a Sunstein (2014b: 3-6), ha identificado como “nudge” derivado del “nudge social”, que tiene como finalidad orientar las decisiones que toman los ciudadanos y que ya apuntamos anteriormente, “El **“nudge” informativo o educativo**, que consiste en facilitar más información a los ciudadanos con el objetivo de que adopten mejores decisiones”. En esta Tesis postulo que dicha actuación se correspondería con un “nudge público” cuando estuviera dirigida dentro de un proceso de toma de decisiones, y dicha información para generar “conocimiento” orientara la decisión, respetando la libertad de elección respecto a opciones diferentes a la que pudiera derivarse de la orientación pública. Los experimentos conductuales indican 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. Se considera que

TESI DOCTORAL

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 descende. Es decir que, a partir de cierto momento, la utilidad marginal de suministrar más información deviene cero o negativa". (i) 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 que se incorpora al proceso individual de toma de decisiones". En realidad, el "nudge" informativo coincidiría, para dicha autora, 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", pero en esta Tesis argumento que se está ante un "nudge público" siempre que se utilice con la finalidad de dirigir al receptor en una dirección concreta, coincidente con una finalidad pública, al mismo tiempo que se preserva su libertad de elección, de tal forma que le permita optar o no por la opción a la que le dirige la Administración. "Nos encontraríamos ante una actividad intencionada coincidente cuando el comunicador del mensaje tiene el propósito de influir, es decir, modificar o cambiar una conducta o una creencia del receptor del mensaje. Y, además, cuando no se anula la libertad de elección del ciudadano". En todo caso, este criterio no es pacífico, pues Medina-Molina et al. (2018: 103), considera que "la utilización de la técnica que incluiría los Informes, Recomendaciones o Advertencias", que Moreu identifica como "nudge informativo" y asimila a la comunicación pública de la Administración,

TESI DOCTORAL

realmente “se corresponderían con intervenciones denominadas «impulsores»²⁸⁵ cuyo objetivo es reforzar la capacidad de los ciudadanos para tomar sus propias decisiones, cuando dichos instrumentos jurídicos no intervienen en un proceso concreto decisional, ni por lo tanto se les puede predicar el respeto a la libertad de elección, cuando no se actúa directamente sobre opciones, entre las que el individuo, libremente, pueda optar para adoptar una decisión”. Posición doctrinal con la que nos sentimos más identificados, para poder diferenciar de una forma clara, las acciones que se dirigen a estimular la decisión de las acciones que se dirigen a reforzar el conocimiento para la toma de decisiones informadas. Las primera se dirigen de una forma preferente al Sistema 1 o intuitivo, y las segundas conforman el Sistema 2 o reflexivo.

Ante ello, debe tenerse en cuenta cómo afecta en la toma de decisiones, lo que se denomina “sludge” (lodo). El “sludge”, se refiere a “fricciones, barreras o resistencias excesivas que dificultan que las personas logren los resultados deseados”, tal como se recoge en el Informe de Naciones Unidas sobre Ciencias del comportamiento (2021: 2 y 5, *Behavioral Science Report*). En dicho Informe se indica que esta es una característica de la vida cotidiana, que a menudo “se manifiesta en forma de procesos complicados y confusos, innecesariamente largos como se puede comprobar en muchos formularios de

²⁸⁵ El concepto de «impulsores», dichos autores lo elaboran a partir de su desarrollo por Grune-Yanoff y Hertwig (2016), y del Informe de la OCDE (2017) *Behavioral Insights and Public Policy*, para referirse a una de las dos herramientas vinculadas a la aplicación de los principios conductuales que se utilizan en la actuación de las Administraciones Públicas, la otra serían los estímulos a la decisión, como indentifican a los “nudge”. Ambas herramientas, se integran en esta Tesis como argumento original, dentro de la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración, del resto de poderes públicos y de los entes del sector público.

TESI DOCTORAL

solicitudes que se establecen par relacionarse con la Administración, o requisitos para la realización de entrevistas personales, o el establecimiento de largos tiempos de espera”. El efecto de estos actos administrativos se manifiesta como “barreras que se amplifican por las tendencias naturales de las personas hacia la procrastinación²⁸⁶ y la inercia”. Mientras que algo de “sludge” podría combatirse garantizándose el cumplimiento de finalidades públicas, y en concreto del cumplimiento de las normas, “si las barreras, resistencias o fricciones son excesivas, se tendrán que imponer costes, condiciones, obligaciones o sanciones a las personas o a los colectivos”. Concluye el Informe de Naciones Unidas sobre ciencias conductuales, que “el exceso de “sludge” (lodo) puede reducir en gran medida la aceptación de los programas de interés público, como asistencia alimentaria o ayuda financiera, lo cual además puede comportar un aumento de la frustración, un sentimiento de humillación y de tener unas condiciones de vida indigna, lo cual afectaría negativamente la satisfacción de los beneficiarios de las políticas públicas concretas”²⁸⁷.

²⁸⁶ El Diccionario de la RAE define procrastinación como el acto de diferir o aplazar. Consultado en 17/05/2022: <https://dle.rae.es/procrastinar>.

²⁸⁷ Migliore (2021: 3), considera que “el carácter efímero de algunos “nudges”, como el que consiste en difundir en bares y restaurantes mensajes subliminales susurrando «Bebe o conduce, hay que elegir», no penetra en el campo de conciencia de los individuos y no permite cambios radicales de hábitos. Hay que tener en cuenta la presencia de efectos perversos, como el rebote: un comportamiento muy adecuado al cumplimiento de finalidades públicas, y beneficioso para el individuo en un lugar determinado, gracias a un “nudge” puede comportar uno menos adecuado en otros lugares. También es necesario cuestionarse, si los valores promovidos son valores creados para resolver incertidumbres locales y circunstanciales pero que persiguen un objetivo económico contingente, o más bien valores pedagógicos básicos, que incluso cuando operan dentro de lógicas económicas, realmente pueden influir en el comportamiento. En dichos supuestos ya no se estaría hablando de empujones, sino de «lodos», “sludge” (Thaler, 2021), un término que evoca la acción de arrastrar a los que toman las decisiones equivocadas por el barro. El lodo se adopta en interés del mismo, no de las personas empujadas o del público”.

TESI DOCTORAL

2. La proyección de la Economía conductual, la Neurociencia, la Semiótica y la Lingüística cognitiva, en el proceso de adopción de decisiones individuales y en el comportamiento colectivo. Los marcos mentales.

La proyección de la Economía conductual, en el proceso de adopción de decisiones individuales y en el comportamiento colectivo.

Los trabajos de la racionalidad limitada de Simon (1955), fueron fundamentales para la aparición de la Economía conductual o comportamental²⁸⁸, como han

²⁸⁸ En el Informe de Naciones Unidas *Behavioral Science Report* (2021: 2), se define la Economía conductual “como el método de análisis que aplica conocimientos psicológicos sobre el comportamiento humano para explicar la toma de decisiones económicas. Los economistas conductuales enfatizan que las elecciones de las personas están influenciadas por la racionalidad limitada, el autocontrol limitado y las preferencias sociales”.

La Economía clásica o estándar, la que tiene sus fundamentos en el liberalismo económico, afirma que los seres humanos son completamente racionales, que sus preferencias son estables y fijas, y que están motivadas por el interés propio e individual. El Informe del Banco Mundial (2015: 5, *Mente, Sociedad y Conducta*), cuando analiza la evolución del pensamiento económico sobre la decisión humana, recuerda que “Milton Friedman, en su ensayo titulado *La metodología de la economía positiva* (1953), y otros académicos durante la década de 1950 argumentaron de manera convincente, a partir de las evidencias disponibles en ese momento, que los economistas podían ignorar sin temor a equivocarse los factores psicológicos al realizar predicciones sobre los resultados del mercado. El actor económico individual podía entenderse como un agente desapasionado, racional y centrado puramente en su propio interés, puesto que quien no se comportara de ese modo sería expulsado del mercado por los que sí lo hacían. Los supuestos acerca del cálculo perfecto y de las preferencias fijas y completamente centradas en el propio interés de los modelos económicos convencionales se convirtieron en creencias que se daban por sentado en muchos círculos. Los últimos 30 años de investigaciones sobre los procesos de toma de decisiones realizadas en diversas ciencias sociales y conductuales han llevado a los economistas a una etapa en la que miden y formalizan aquellos aspectos psicológicos y sociales de las decisiones que muchos de los estudiosos fundacionales de la economía consideraban importantes. La labor empírica muestra que cuando las personas toman decisiones, no tienen en cuenta todos los costos y los beneficios. Quieren cumplir con las expectativas sociales. Sus gustos no son invariables ni varían de manera arbitraria. Sus preferencias dependen del contexto en el que se ponen en juego y de las instituciones sociales que han formado los marcos interpretativos a través de los cuales ven el mundo” (Basu, 2010; Fehr y Hoff, 2011)”.

TESI DOCTORAL

puesto de manifiesto Medina-Molina et al. (2018: 93), a partir de la idea de que aunque “algunas teorías reconocen como conductores del comportamiento a los procesos cognitivos, numerosos comportamientos se producen con muy poca deliberación cognitiva (Moraes, et al., 2012, *The coherence of inconsistencies: Attitude behavior gaps and new consumption communities*)”. Medina-Molina et al., destacan que “la abundancia de información y de opciones favorece un proceso de toma de decisiones por parte del individuo, intuitivo y automático que se ha identificado con el Sistema 1. El enfoque de la Economía conductual afecta críticamente al modelo de individuo que interactúa en su proceso de toma de decisiones como un actor racional, puesto que la racionalidad es imperfecta y se apoya en reglas heurísticas para tomar decisiones. La racionalidad humana se caracteriza por ser irracional y por errores sistemáticos conocidos como sesgos cognitivos que moldean las preferencias y decisiones de los individuos, motivo por el cual la Economía conductual proporciona estrategias de decisión que favorezcan una toma de decisiones más favorables para los individuos y para el sistema económico (Ariely, 2008, *Predictably irrational: The Hidden Forces That Shapes our Decisions*)”. Por todo ello Medina-Molina et al., teniendo en cuenta las recomendaciones del Informe de la OECD (2017), consideran que “las políticas públicas deben comprender mejor el comportamiento humano y promover el cambio del mismo a través de un enfoque más científico, teniendo en cuenta los hallazgos conductuales, como fórmula de creación de políticas públicas de un nivel superior, para poder comprender tanto por qué fallan los programas públicos, como qué se puede hacer, lo que comporta un cambio de paradigma en la forma en que la Administración pública actúa en el ejercicio de sus

TESI DOCTORAL

competencias (Datta y Mullainathan, 2014, *Behavioral design: a new approach to development policy*)”.

La Economía conductual aplica la investigación científica a las tendencias cognitivas y emocionales (Miranda y Fernández, 2018: 51), “para una mejor comprensión del proceso de toma de decisiones económicas y sus efectos sobre los precios de mercado, los beneficios y la asignación de recursos (Camerer et al., 2003, *Advances in Behavioral Economics*)”. Aunque su origen puede encontrarse en la obra *The Theory of Moral Sentiments* que escribió Adam Smith (1759) sobre los principios psicológicos y los sentimientos morales que rigen la conducta humana, lo cierto es que comenzó a cobrar protagonismo a mediados del siglo XX, a raíz de los modelos sobre utilidad esperada y utilidad descontada en la toma de decisiones bajo condiciones de incertidumbre y consumo intertemporal. Dichas autoras consideran que “probablemente la publicación más relevante sea el artículo *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, resultado de las investigaciones de Kahneman y Tversky (1979), en el que los autores explicaban las anomalías en la toma de decisiones económicas racionales a través de técnicas de la psicología cognitiva”. Y más recientemente, destacan la obra de Shiller (2016, *Fighting the Next Global Financial Crisis*) en la que “se cuestiona si el individuo, en su esfera privada, y el Estado, en la pública, a través de sus funciones de regulación y estabilización, han aprendido a predecir futuras crisis económicas y financieras, así como a combatirlas de manera más eficaz, aminorando sus efectos negativos y acortándolos en el tiempo”, señalando que la única opción factible para alcanzar estos objetivos sería comprender el papel de lo que denominan «espíritus animales», dentro de la Economía conductual.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

La relevancia de las aportaciones desde otras ciencias sociales a la Economía, está desafiando los fundamentos más arraigados de la misma y cuestionando la forma de visualizar diferentes aspectos del comportamiento de las organizaciones, de las instituciones, de las políticas públicas e incluso de los individuos en su interacción con la sociedad (Miranda y Fernández, 2018: 62).

Se destaca la importancia de la creación de unidades administrativas que formen parte de los Gobiernos, como la que el Gobierno de Reino Unido creó en 2010, el Behavioral Insights Team (-BIT– Equipo de Análisis «Percepción» del Comportamiento)²⁸⁹ y que otros países están configurando desde entonces, cuyo objetivo es incorporar las investigaciones de otras ciencias sociales en la formulación de políticas públicas. Muchas de las transformaciones que está experimentando los Estados de la Unión Europea pretenden restablecer la

²⁸⁹ Cabrales y Rey (2021: 43), nos dan noticia de la creación del BIT en 2010, conocida popularmente como “Nudge Unit”, y sobre cuya creación dentro del Gabinete del Primer Ministro Cameron y su evolución en la actualidad fuera del Gobierno, nos referimos en las Cuestiones Preliminares. Agencias similares fueron creadas en Dinamarca (*INudge You*) y según datos del 2014 recogidos por Cabrales y Rey, se habían creado en 136 países, utilizando las ciencias del comportamiento para diseñar políticas públicas.

El Informe del Banco Mundial de 2019 sobre “Behavioral Science Around the World”, recoge la implantación en 10 países (Australia, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Holanda, Perú, Singapur, Reino Unido y Estados Unidos), de unidades de análisis conductuales en el ámbito de los Gobiernos, para el desarrollo de políticas públicas, estableciéndose sus objetivos, actividades y funciones.

En Italia, con un modelo de organización territorial estructurado en Regiones con un importante grado de autonomía, con similitudes con el sistema de Comunidades autónomas español, la experiencia la encontramos en el Consiglio Regional del Lazio, que en el año 2015, aprobó mediante la “Mozione numero 287, del 20/01/2015” la constitución de un “*Gruppo di Lavoro per la promozione sperimentale di tecniche di nudging*” (Grupo de trabajo para la promoción experimental de la técnica del “nudging”), siendo la primera Administración pública de Italia en crear una unidad para desarrollar metodologías de actuación pública basadas en las teorías de la economía del comportamiento, incidiendo en el monitoraje de las leyes y la evaluación de políticas regionales. La información sobre la misma la encontramos en: *Ágora Innovación: Región del Lacio, unidad Nudge* (<https://www.agoraregionelazio.com>). El contenido de la

TESI DOCTORAL

confianza, promover el consenso y generar un sentimiento de pertenencia al grupo, lo cual consideran estas autoras que reviste mayor complejidad en una época en la que la información nunca había sido tan abundante, accesible y, sin embargo, tan difícil de comprender, comunicar y controlar. Creen que esta tendencia, partiendo del mismo desarrollo de la Economía conductual, “se acentuará en el futuro y continuará cambiando la forma en que funcionan los individuos, las sociedades y las democracias, creando nuevas herramientas para facilitar el debate público e implicar a los ciudadanos europeos en las decisiones que se adopten para tener bajo control los «espíritus animales»”. Implicación que no puede desconocer el funcionamiento de los sesgos, ni el hecho de que en los procesos cognitivos, muchos comportamientos cotidianos, “como la elección del canal a través del cual interactuar con la Administración, requieren y se producen con una mínima deliberación cognitiva” (Medina-Molina et al., 2018: 102).

Ello comporta que la actuación de la Administración para que se produzca el cambio en el comportamiento de los ciudadanos, debe dirigir su intervención sobre los hábitos o patrones de conducta establecidos en la sociedad o segmento de la población en la que se intervenga (Moraes et al., 2012, *The coherence of inconsistencies: Attitude behavior gaps and new consumption communities*). Así, Medina-Molina et al., ponen como ejemplo, que “el recurso a las «campañas descendentes» permitiría intervenir en determinados grupos de ciudadanos como ocurre con los que se encuentran en riesgo de caer en la brecha digital”. Dicha construcción teórica la encontramos en una iniciativa pública, la “*Estrategia de Territorios Inteligentes*” del Gobierno de España,

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

como tercer ámbito de actuación de los denominados servicios públicos 4.0²⁹⁰, apoyados en soluciones tecnológicas que filtran la oferta según las necesidades de cada ciudadano, desarrollando diferentes estrategias en función del tipo de ciudadanos a los que se dirigen. Estrategia que responde a las recomendaciones de la OCDE (Informe 2017), de aplicación de la Economía conductual en el sector público, así como la utilización de técnicas de segmentación en las que las actuaciones se dirijan a un grupo de población (Medina-Molina et al., 2018: 103).

Debe tenerse en cuenta respecto al recurso a las «campañas ascendentes», que hacen referencia Medina-Molina et al., que “permitiría intervenir mediante **dos herramientas vinculadas a la aplicación de los principios conductuales en la actuación de la Administración pública, los «estímulos a la decisión»**”, refiriéndose a los “nudges” (pequeños empujones), en

²⁹⁰ La Estrategia contempla como objetivo, en relación a los servicios 4.0, que la tecnología permitirá avanzar en la proactividad, haciendo llegar a cada persona los servicios que requiere. Se trata de maximizar las posibilidades que brinda el buen uso de las “plataformas de ciudad” para prestar mejores servicios públicos en ciudades y mundo rural. Documento consultable en: *Plan Nacional de Territorios Inteligentes PNTI* (<https://avancedigital.mineco.gob.es>). Esta Estrategia se complementa con el Plan España Digital 2025, configurado como una Agenda actualizada que impulse la Transformación Digital de España como una de las palancas fundamentales para relanzar el crecimiento económico, la reducción de la desigualdad, el aumento de la productividad, y el aprovechamiento de todas las oportunidades que brindan estas nuevas tecnologías. Y que lo logre con respeto a los valores constitucionales y europeos, y la protección de los derechos individuales y colectivos. Documento consultable en: *España Digital 2025.pdf* (<https://www.lamoncloa.gob.es>).

Respecto a la relevancia jurídica de la planificación en general y en concreto en el ámbito digital, España Pérez (2021) considera, siguiendo a Parejo (2020, *La actuación administrativa a caballo de la división entre norma y simple ejecución*) que no se trata de meras recomendaciones de los poderes públicos a los ciudadanos, ni tampoco de normas vagas o simples declaraciones. De manera simple, podríamos decir que estamos ante un proceso de definición de objetivos, directrices y pautas de actuación o comportamiento, junto con la disposición de los recursos materiales, técnicos y personales disponibles para alcanzarlos. Así,

TESI DOCTORAL

que la interacción de la Administración con el ciudadano tiene como finalidad dirigirle en una dirección concreta coincidente con una finalidad pública, al mismo tiempo que se preserva su libertad de elección, de tal forma que le permita optar o no por la opción a la que le dirige la Administración; y **las intervenciones denominadas «impulsores» cuyo objetivo es reforzar la capacidad de los ciudadanos para tomar sus propias decisiones** (Grune-Yanoff y Hertwig, 2016, *Nudge Versus Boost: How Coherent are Policy and Theory*; Informe OCDE 2017, *Behavioral Insights and Public Policy: Lessons from Around The World*), que en la presente Tesis, **identifico igual que los “nudges públicos”, formando parte del marco en el que se desarrolla la función constitucional de ilustración como tarea de la Administración**, del resto de los poderes públicos y de los entes del sector público, que sobre la base del derecho a la educación se proyecta en el principio del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona, para conseguir la toma de decisiones informadas en un proceso que facilite la infraestructura social y las herramientas necesarias para garantizar una adecuada accesibilidad cognitiva al conjunto de los ciudadanos.

La Economía conductual se ha desarrollado en un contexto microeconómico²⁹¹, por ello Baddeley (2018: 309) considera, a partir de los estudios en macroeconomía²⁹² de Katona (1975), centrados en el análisis de los

la planificación es simultáneamente un proceso (desarrollado y cumplido, jurídicamente, en un procedimiento) y un resultado (jurídicamente: una decisión).

²⁹¹ El Diccionario de la RAE define microeconomía como el estudio de la economía en relación con acciones individuales, de un comprador, de un fabricante, de una empresa, etc. Consultado en 17/05/2022: <https://dle.rae.es/microeconomia>.

²⁹² El Diccionario de la RAE define macroeconomía como el estudio de los sistemas económicos de una nación, región, etc., como un conjunto, empleando magnitudes colectivas o

TESI DOCTORAL

sentimientos del consumidor, que “existe un obstáculo importante para la macroeconomía conductual, en la posibilidad de agregar dentro de un modelo macroeconómico las complejidades del comportamiento identificado por economistas conductuales en un contexto microeconómico, si bien que se están diseñando nuevas metodologías, en forma de modelos computacionales basados en agente y aprendizaje automático, que permitirán aplicar con éxito modelos macroeconómicos conductuales. En relación a la relevancia del «agente» principal en la teoría económica, se sabe relativamente poco sobre las preferencias reales del «agente». La aplicación de conocimientos sobre el comportamiento puede proporcionar información valiosa sobre las preferencias del agente (tanto los objetivos como los procesos utilizados para obtenerlos y hacer concesiones entre ellos) y cómo se diferencian de lo que se supone que es la racionalidad total”. Esta información podría utilizarse, por ejemplo, para diseñar programas de Seguridad social y evitar incentivos perversos (OCDE, 2015, *Behavioral Insights and New Approaches to Policy Design*).

La proyección de la Neurociencia²⁹³ en la toma de decisiones individuales y en el comportamiento colectivo.

Ruiz (2015: 1251), considera que “desde un enfoque necesariamente interdisciplinar el derecho se adentra en un terreno prácticamente inexplorado pero destinado a ser fuente de riqueza y de actitudes futuras constructivas”. El

globales, como la renta nacional, las inversiones, exportaciones e importaciones, etc. Consultado el 17/05/2022: <https://dle.rae.es/macroeconomía>.

²⁹³El Diccionario de la RAE define neurociencia como la Ciencia que se ocupa del sistema nervioso o de cada uno de sus diversos aspectos y funciones especializadas. Consultado el 18/05/2022: <https://dle.rae.es/neurociencia>.

TESI DOCTORAL

legislador, la Administración y la doctrina comienzan a ser sensibles a los avances técnicos y los descubrimientos de la Neurociencia, como relevantes jurídicos, a partir de introducir en la dogmática, un razonamiento jurídico teniendo en cuenta la perspectiva ética de los avances y procedimientos neurocientíficos.

Partiendo de la definición de neurociencia como aquella rama de la ciencia médica responsable del estudio interdisciplinar del sistema nervioso, Ruiz (2015: 1253) nos explica que “prolifera neologismos tales como «neurobiología», «neuroimagen», «neuroética», «neuromoral», «neurofilosofía», «neuromarketing» o «neuroderecho», como términos que designan particulares segmentos del área de conocimiento neural”. Narváez (2012: 197) nos da noticia de la existencia de numerosos estudios sobre las concretas transformaciones que el Derecho puede sufrir a raíz de los descubrimientos neurocientíficos (Goodenough y Tucker, 2010, *Law and Cognitive Neuroscience*), diferenciando “neurociencia de neurobiología –en ocasiones empleados como sinónimos–, desde el prisma que la referencia a la neurobiología excluye materias como la «neuroimagen», ciñéndose al mero estudio de la biología del sistema nervioso. Así pues, la perspectiva neurobiológica no incluye las aplicaciones de la «neuroimagen», entendida ésta como el acervo de técnicas que facultan para la obtención de imágenes del cerebro”.

En todo caso, las técnicas de investigación más populares en neurociencia cognitiva son las basadas en las aplicaciones de la «neuroimagen funcional», que permiten observar el sistema nervioso *in vivo* de forma poco invasiva.

TESI DOCTORAL

Sobre la «neuroimagen funcional» Amoedo-Souto (2018: 91), recoge una relación de técnicas aplicables que complementamos, considerando que “el actual desarrollo de la resonancia magnética cerebral utilizada para analizar la actividad cerebral midiendo los campos magnéticos producidos por las corrientes eléctricas en el cerebro, que se considera el método más avanzado para registrar y analizar un cerebro en funcionamiento; la resonancia magnética nuclear funcional que utiliza un poderoso campo magnético, ondas de radio e IA para producir fotografías detalladas de las estructuras que están en el interior adentro del cuerpo; la computación neural, que se corresponde con una red neuronal artificial (“Artificial Neural Network” –ANN-) formada por una serie de algoritmos que se relacionan en un conjunto de datos, y consta de nodos interconectados que le dan la apariencia de una red neuronal biológica”; el “big data” que la RAE²⁹⁴ define como el conjunto de técnicas que permiten analizar, procesar y gestionar conjuntos de datos extremadamente grandes que pueden ser analizados informáticamente para revelar patrones, tendencias y asociaciones, especialmente en relación con la conducta humana y las interacciones de los usuarios; o la nanotecnología, que la RAE²⁹⁵ define como la tecnología de los materiales y de las estructuras en la que el orden de magnitud se mide en nanómetros (medida de longitud que equivale a la milmillonésima parte del metro), con aplicación en la física, la química y la biología.

²⁹⁴ Definición consultada en fecha 18/05/2022: https://dle.rae.es/big_data.

²⁹⁵ Definición consultada en fecha 18/05/2022: <https://dle.rae.es/nanotecnología>.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

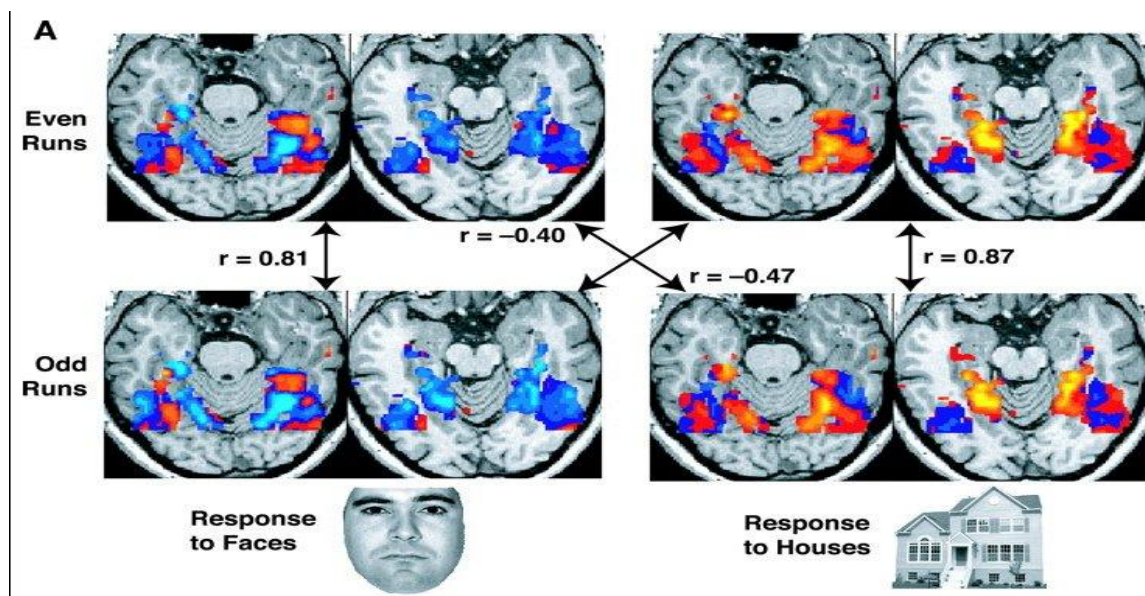


Fig. 11. Imagen: Ejemplo de utilización de una Resonancia Magnética Funcional, para ver qué partes del encéfalo se activan cuando un participante ve caras y objetos, en un estudio sobre diferentes patrones de respuesta cuando el mismo sujeto visualiza una cara o una casa, que acredita la existencia de patrones distintos de respuesta neural ante diferentes categorías, caras u objetos. Dicho estudio también se realizó cuando se visualizaron dos objetos como una silla y unos zapatos. Estudio realizado por J. V. Haxby et al. (2001, *Distributed and overlapping representations of faces and objects in ventral temporal cortex*). Consultable en la Biblioteca Nacional de medicina, del Centro de Biotecnología de los Estados Unidos: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11577229/>.

Todas estas técnicas están arrojando continuos avances en el estudio de la fisiología de los procesos neurales, la visualización de la actividad cerebral y el mapa de procesos o funciones cerebrales. González (2020), explica que “distintas regiones neurales se correlacionan con respuestas emocionales positivas y negativas, o con el proceso decisional de evaluación de costes y beneficios o el del afecto o la emoción, y la técnica de la neuroimagen permite evaluar las características de las distintas influencias en la elección”. Considerando González, que debe tenerse en cuenta que “la actividad neural

TESI DOCTORAL

del sistema afectivo tiene un gran potencial para analizar la efectividad de las intervenciones políticas y para predecir el comportamiento de la población, a la hora de analizar la respuesta a encuestas de opinión que puedan realizarse, en las que las reacciones emocionales y de actitud pueden ser condicionantes”. Los datos que de ellas se deriven y las limitaciones cognitivas del individuo en los procesos decisionales sobre materias complejas, comportan que la intervención de la Administración además de incitar mediante la técnica del “nudge público” estimulando u orientado la decisión, deba utilizar la técnica de los impulsores, aumentando las acciones que se anuden a la importancia de la información sobre los datos que permitan reforzar la capacidad cognitiva y de conocimiento en la toma de decisiones por parte de los ciudadanos. González pone como ejemplo un supuesto de trascendencia económica y medioambiental, especialmente con la crisis energética y económica incrementada por la guerra en Ucrania a partir de febrero de 2021, como es el consumo de energía por los particulares. Sobre dicha situación, el diseño de la Arquitectura de la elección que concrete la intervención mediante etiquetas energéticas y/o mensajes medioambientales, suficientemente sencillos y comprensibles para los ciudadanos, también puede tener en cuenta el resultado de la Neuroimagen, como ha apuntado dicha autora. Los resultados permitirán conocer el efecto de las etiquetas y mensajes en la valoración de la importancia del consumo de energía.

Dicha autora destaca que “los estudios de Neuroimagen pueden predecir fiablemente el consumo de productos con opciones de eficiencia energética y etiqueta ecológica, así como verificar los circuitos neurales involucrados en dicha predicción, que pueden permitir identificar los objetivos públicos a conseguir en la optimización del consumo energético por parte de la población”.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

En el mismo sentido, Amoedo-Souto (2018: 91) considera que “la convergencia, organizada y masiva, de estas tecnologías está produciendo un singular veneno de conocimiento científico unificado sobre el órgano humano más misterioso: el cerebro”. Dicho autor pone de manifiesto que el 2 de abril del año 2013, el presidente Obama presentó la iniciativa “BRAIN” (que significa cerebro y asimismo es el acrónimo de “*Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies*”), impulsada por el neurocientífico español Rafael Yuste²⁹⁶, y que ha servido de base para la protección constitucional de los neuroderechos en el art. 19.1 de la Constitución de Chile introducido por el Art. Único de su Ley núm. 21.383, de 14 de octubre de 2021, que reproducimos en el Apartado cuarto de las Cuestiones preliminares.

A partir de la iniciativa “BRAIN” de Obama, el Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos lanzó un programa para financiar durante 12 años la investigación neurocientífica básica y aplicada, que busca integrar nuevas herramientas tecnológicas y conceptuales con las que desentrañar cómo los

²⁹⁶ Profesor de Ciencias biológicas y Neurociencias de la Universidad de Columbia (Nueva York) y codirector del Instituto Kavli para la Ciencia Cerebral. Dicho científico lleva trabajando en el campo de la investigación, dedicado a desarrollar técnicas para mapear los circuitos neuronales. “La idea de hacer el mapa de la actividad cerebral surgió en un congreso en Chicheley, un pueblo entre Londres y Birmingham, en septiembre de 2011. Sucedió durante un debate entre Yuste y el genetista de Harvard, George Church. Presionado por Church sobre qué quería hacer de verdad, Yuste contestó que le gustaría registrar la actividad de todas las neuronas a la vez, capturar todos los impulsos eléctricos con los que se comunican entre ellas”. El proyecto “Brain” implica a más de quinientos laboratorios de todo el mundo y a varias administraciones públicas de Estados Unidos, pero también a grandes farmacéuticas como Glaxo y a las tecnológicas Facebook o Google. “Los humanos somos animales mentales y todo lo que hacemos depende de nuestra mente y la mente está generada en el cerebro; cuando lo entendamos nos entenderemos a nosotros mismos”. Mapear por completo el cerebro humano y desentrañar el funcionamiento de sus complejos circuitos neuronales permitirá saber “qué es la mente; cómo se arma y cómo funciona”. Consultable en:
https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/04/130404_cerebro_proyecto_cientifico_espanol_jgc
https://www.gutierrez-rubi.es/wp-content/uploads/2013/04/EIMundo_3042013.pdf

TESI DOCTORAL

patrones dinámicos de la actividad neural son transformados en cognición, percepción, emoción y acción, tanto en los cerebros sanos como en los cerebros patológicos o enfermos.

Asimismo, el 3 de mayo de 2018, se publicó el registro de la patente rusa de un sistema de neurocomputación (WO2018080336 (A1)) consistente en controlar dispositivos electrónicos mediante interface cerebro-ordenador.

En la misma línea, “el 9 de enero de 2018, Microsoft patentaba una tecnología “brain-computer interface” para cambiar el estado de una aplicación informática mediante la decodificación de una serie de datos neurológicos captados por una máquina” (Amoedo-Souto, 2018: 92).

En el ámbito europeo, existe el “Human Brain Project” (HBP) que es un consorcio internacional de investigación liderado por la Escuela Politécnica Federal de Lausana, que se financiará con fondos de la Unión Europea durante la década 2013-2023, y con fondos públicos y privados provenientes de los Estados participantes. “En él se están coordinando los esfuerzos interdisciplinares de más de 100 universidades, hospitales y centros de investigación alrededor de seis grandes áreas: neuroinformática (generación y explotación compartida de bases de datos cerebrales), simulación cerebral (replicación de la arquitectura y la actividad cerebral en ordenadores), computación de altas prestaciones, informática médica, informática neuromórfica (desarrollo de computadores inspirados en el funcionamiento cerebral) y neurorobótica (uso de robots para ensayo de simulaciones

TESI DOCTORAL

cerebrales). Además, el proyecto dedica una parte de los gastos elegibles al estudio de sus implicaciones éticas y sociales, en especial los riesgos que pueden generar” (Amoedo-Souto, 2018: 93).

Eagleman (2021: 12-13), en relación al funcionamiento del cerebro y la consciencia, nos explica que “casi todo lo que hacemos, pensamos y sentimos, no se encuentra bajo nuestro control consciente”. Para dicho autor, “el «tú» consciente es el fragmento más pequeño de lo que ocurre en el cerebro, considerando que “aunque dependemos del funcionamiento del cerebro para nuestras vidas interiores, él actúa por su cuenta. Casi todas sus operaciones quedan fuera de la acreditación de seguridad de la mente consciente. El «yo» simplemente no tiene derecho de entrada../.. Los cerebros se dedican a reunir información y a guiar nuestro comportamiento de manera adecuada. Tanto da que la consciencia participe o no en la toma de decisiones. Y casi nunca participa”.

Ibáñez et al. (2018) consideran que “para comprender nuestra mente, debemos estudiar la interacción entre aspectos biológicos, cognitivos e interpersonales”. Nos recuerdan que en los últimos 20 años ha surgido una nueva línea de investigación, llamada Neurociencia afectiva, social y cognitiva (“Social Cognitive and Affective Neuroscience” -SCAN-), que redefinió el estudio de los procesos mentales, a partir de que el cerebro humano se gesta, se desarrolla y se expresa (e incluso se daña) en entornos sociales. “La interdependencia entre factores biológicos y sociales se evidencia en investigaciones sobre cuadros clínicos a partir del reconocimiento de emociones faciales, empatía, teoría de la mente, cognición moral y evaluación del contexto social, con

TESI DOCTORAL

investigaciones que se han desarrollado a partir de fomentar nuevos modelos del cerebro social y una plataforma novedosa para explorar la interacción de las funciones cognitivas y sociales”²⁹⁷. En dicho estudios clínicos realizados, Ibáñez et al., nos indican que han dado como resultado que “en situaciones de aislamiento social, la soledad real o percibida (cuando una persona está rodeada de gente, pero se siente sola y se percibe sin vínculos) puede modificar la expresión de genes inflamatorios, una de las primeras respuestas del sistema inmune. Esto duplica las probabilidades de desarrollar demencia y enfermedades cardíacas, e incluso aumenta el riesgo de muerte. Múltiples estudios científicos recientes de la neurociencia social han revelado cómo las interacciones sociales insalubres, no basadas en la confianza, pueden aumentar el riesgo de desarrollar depresión y otros cuadros psiquiátricos”. De dichos estudios recogidos por para Ibáñez et al, se deriva la relevancia de la SCAN en el conocimiento que debe tenerse por la Administración, de considerar los afectos, la cultura, y la naturaleza intrínsecamente prosocial del ser humano, para alcanzar desarrollos aplicables en la vida cotidiana, el desarrollo de hábitos sociales saludables, las relaciones basadas en la confianza y la reciprocidad, y la promoción de actividades grupales que no sólo mejoran, d acuredo con el resultado de dichos estudios, la calidad de vida de las personas, sino que promueven su salud mental y cerebral. En consecuencia, “desde la Neurociencia se están explorando los vínculos íntimos

²⁹⁷ Un estudio impulsado por el Banco Interamericano de Desarrollo, en la iniciativa “Grupo de estudio de las ciencias del comportamiento para las políticas de protección social y salud: un enfoque basado en el ciclo de vida”, recoge el resultado de las investigaciones apuntadas, a partir del trabajo realizado por Agustín Ibáñez et al. (2018, *Social neuroscience: undoing the schism between neurology and psychiatry*, DOI: 10.1080/17470919.2016.1245214).

TESI DOCTORAL

entre los procesos biológicos individuales y los fenómenos socioculturales interpersonales”.

La potencialidad de las técnicas enunciadas y la relevancia de la Neurociencia afectiva, social y cognitiva, han comportado el desarrollo en la doctrina y en algunas legislaciones de derecho comparado del enfoque ético en la actuación de la Administración, respecto a una nueva categoría jurídica, los neuroderechos. A ello nos referimos en el Apartado cuarto de las Cuestiones preliminares, sobre la Arquitectura de la elección y la utilización del “nudge” como técnica jurídica, reproduciendo su previsión constitucional en Chile, como he apuntado anteriormente, y su previsión legal en Francia.

Bastidas (2021: 169), considera que “el Neuroderecho, como disciplina que se aboca al estudio de las relaciones entre el derecho, la neurociencia y las neurotecnologías avanzadas, busca visibilizar un realismo jurídico que propone sentar las primeras bases para una regulación de los problemas y efectos que se desprenden del uso de las neurotecnologías e inteligencia artificial en los seres humanos”. Dicha autora plantea que “se pone sobre el escenario jurídico una nueva realidad de la especie humana, a partir de lo que denomina transhumanismo”, y desde la relación biológico-artificial, dicha realidad la lleva a plantearse “hasta qué punto seguiremos siendo humanos”. Nos propone enfrentarnos a un cambio de paradigma en que la neuroprotección se vuelva un principio fundamental.

TESI DOCTORAL

El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, del Gobierno de España, ha anunciado²⁹⁸ el lanzamiento de una nueva “Manifestación de Interés para identificar propuestas sobre la aplicación de la Inteligencia Artificial en la neurotecnología”, en el marco de una “Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial: una apuesta por la neurotecnología”, dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Su objetivo parte de que en el siglo XX se vio el surgimiento y florecimiento de la genética molecular y la biotecnología, correspondiendo al siglo XXI el desciframiento del funcionamiento del cerebro como gran desafío científico y tecnológico. Se considera que la neurociencia ayudará a entender la fisiopatología de las enfermedades cerebrales, permitiendo a la medicina encontrar terapias efectivas para trastornos neurológicos y psiquiátricos que tienen un efecto devastador en la población, tanto social como económico, y cuya epidemiología

²⁹⁸ La información se ha hecho pública en la web del Ministerio en fecha 29/10/2021, https://portal.mineco.gob.es/es-es/comunicacion/Paginas/291021_SpainNeurotech.aspx. El objetivo último de la Manifestación de Interés es generar un ecosistema de innovación de neurotecnología basada en IA en España, Spain Neurotech; mediante el fomento de la investigación, la transferencia de conocimiento a la industria y la aplicación de los resultados obtenidos para beneficio de la sociedad, generación de talento, atracción de talento internacional y retención de talento extranjero. Para un impulso exitoso de las anteriores actividades, se plantea la creación de un centro nacional especializado en neurotecnología, con una visión multidisciplinar, donde el uso de la IA tenga un papel disruptor, que permita posicionar al nuevo centro español como un punto de referencia a nivel mundial. La neurotecnología basada en la IA, es una revolución que en el contexto europeo, ya se ha concretado en iniciativas como NeurotechEU entre universidades (<https://theneurotech.eu/>) o en el instituto de neuroelectrónica en Bélgica (<https://www.nerf.be>), sin embargo, se pone de manifiesto que no existe en el mundo un centro enfocado de forma exclusiva a la Neurotecnología, y prácticamente ninguno dedicado al estudio neurocientífico del cerebro humano. Por ello, en esta Estrategia Nacional, se destaca que la “Manifestación de Interés para identificar propuestas sobre la aplicación de la Inteligencia Artificial en la neurotecnología”, forma parte de la carrera global de la neurotecnología en la que España todavía tiene una oportunidad importante de posicionarse, sobre todo si toma un enfoque de integración entre la neurotecnología y la inteligencia artificial (IA).

TESI DOCTORAL

va en aumento. Para ello la neurociencia tendrá que crear nuevas tecnologías inexistentes, que permitan crear una interfaz cerebro-máquina, tanto para leer la actividad como para escribir la actividad cerebral.

Estas iniciativas y estudios han comportado la necesidad de establecer una proyección de la ética sobre el neuroderecho.

Ruiz (2015: 1256), recoge la definición de Neuroética que se da en el Congreso de San Francisco celebrado en el año 2002, inspirado por una metodología analítica, de vocación programática, que viene a describir el contenido potencial de la Neuroética: «El estudio de las cuestiones éticas, legales y sociales que surgen cuando los hallazgos científicos sobre el cerebro son llevados a la práctica médica, a las interpretaciones legales y a las políticas sanitarias o sociales. Estos hallazgos están ocurriendo en campos que van desde la genética o la imagen cerebral hasta el diagnóstico y predicción de enfermedades. La Neuroética debería examinar cómo los médicos, jueces y abogados, ejecutivos de compañías aseguradoras y políticos, así como la sociedad en general, tratan con todos estos resultados». Aspectos que dicho autor, siguiendo a Rooskies (2002, *Neuroethics for the new millenium*), considera que condicionan una relectura y reformulación de nociones jurídicas clásicas como el libre albedrío, el autocontrol, la identidad o la intención. Los estudios existentes a partir de los resultados y evidencias científicas de las Neurociencias, se alinean con los realizados desde la psicología sobre los procesos de toma de decisiones, a los que he dedicado una amplia atención en el apartado anterior, poniendo en críticamente cuestión, desde una dimensión neural, la tesis de que el ser humano actúa en todo momento de forma libre y voluntaria. En dicho sentido Ruiz (2015: 1268-1270), explica que “desde el

TESI DOCTORAL

enfoque de la neurociencia de la ética, es posible analizar cada etapa del proceso neural de toma de decisiones, vinculándolo con el valor constitucional de la dignidad”, sustrato constitucional con el principio de libre desarrollo de la personalidad sobre el que se vehicula esta Tesis, y en ese aspecto “habrá de plantearse la compatibilidad de la resonancia magnética funcional o de la electroencefalografía cerebral o la tomografía de positrones, con derechos fundamentales tales como la intimidad personal o la integridad corporal, así como con los valores superiores constitucionales como la dignidad humana (art. 10.2 CE)”. El parámetro constitucional del artículo 10.1 CE, actúa como límite respecto a tratamientos neurológicos que afecten de forma permanente al núcleo de la personalidad. Ello comporta, respecto al proceso decisional, atender a la especificidad del cerebro como fuente de consciencia y personalidad, lo que motivaría que en la correspondiente norma legal, como la previsión efectuada en el ordenamiento jurídico francés (arts. 16 a 19 de la Loi 2021-1017, de 2 de agosto de 2021, relativa a la Bioética que modifica el Código civil y el Código de salud pública, reproducidos en el Apartado cuarto de las Cuestiones preliminares), se procediera a la prohibición de las intervenciones profundas en el cerebro, que fueran de carácter permanente e irreversible, y cuyos fines no fueran médicos o de investigación científica. Posición que se motiva en que nos encontramos ante una limitación constitucional que impediría la utilización de dichas técnicas, para que la Administración extrajera como consecuencia, de la misma forma que de los experimentos de la psicología sobre el comportamiento utilizados en la aplicación de la técnica del “nudge”, intervenciones sobre el proceso de toma de decisiones focalizados en el Sistema 1 (intuitivo, automático o experiencial).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

En tanto que se puede considerar como núcleo y fuente de la personalidad y consciencia humanas la ética exige el repudio de tales actuaciones cuando revistan carácter permanente, en tanto desnaturalizarían el núcleo mismo de la subjetividad e irrepetibilidad del ser humano, de manera que por afectar gravemente a su dignidad colisionarían de modo irresoluble con los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y Tratados y Declaraciones internacionales de Derechos Humanos.

Aspecto que destaca Ruiz (2015: 1272, siguiendo a Adela Cortina (2011, *Neuroética: ¿las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?*), considerando que “desde el plano sustantivo-jurídico, puede existir contradicción entre los mandatos éticos inscritos en los lóbulos cerebrales y los derechos fundamentales positivizados en las Declaraciones internacionales, como la de Derechos Humanos de 1948”. Y es que la cuestión última en Derecho es la de la legitimación que, en el marco de un Estado Democrático de Derecho sólo puede emanar de la dignidad de la persona, el libre desarrollo de su personalidad y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.2 CE).

La proyección de la Semiótica²⁹⁹ y de la Lingüística cognitiva³⁰⁰ en la toma de decisiones individuales y en el comportamiento colectivo. Los Marcos mentales.

²⁹⁹ Lampis (2009: 211), nos define la semiótica a partir de su función: “estudia las condiciones y los procesos por los que se produce, comparte (COMUNICA) y reelabora el SIGNIFICADO. También constituye, por tanto, una teoría general de la CULTURA como sistema organizado de procesos de significación y comunicación. Más específicamente, la semiótica de la cultura estudia «la correlación funcional de los diferentes sistemas de signos» (Lotman, 1970), «la interacción de sistemas semióticos diversamente estructurados, la no uniformidad interna del espacio semiótico, la necesidad del poliglotismo cultural y semiótico” (Lotman, 1981)». El Diccionario de la RAE, en una de sus acepciones, la define en referencia a la semiología, como el estudio de los signos en la vida social. Consultado en fecha 20/05/2022 en: <https://dle.rae.es/semiótico>.

³⁰⁰ Tal como se recoge en el Diccionario de Términos Clave, del Centro Virtual Cervantes: “La lingüística cognitiva (también llamada *cognoscitiva*) es una disciplina que trata de dar cuenta

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

En este apartado he analizado el proceso de toma de decisiones desde parámetros de la Economía conductual y de la Neurociencia, ahora procedo a analizar el contenido semántico y significado de la información que llega al

del conocimiento lingüístico poniéndolo en relación con otros procesos cognitivos de la mente humana, tales como la percepción, la memoria, la atención, etc. El término, sin embargo, no describe una única teoría bien delimitada, sino que bajo él se engloban aproximaciones diversas a la comprensión de la lengua que, en ocasiones, pueden resultar incluso contradictorias. Se trata de un área del saber interdisciplinar en la que confluyen los intereses de varias ramas de saber —fundamentalmente, la lingüística, la psicología, la neurología y la inteligencia artificial—. Los antecedentes históricos de la lingüística cognitiva se remontan a un simposio celebrado en 1948 en el Instituto de Tecnología de California que reunió a psicólogos, neurofisiólogos y matemáticos interesados por comprender los mecanismos mentales relacionados con el aprendizaje en general. Sin embargo, el escaso conocimiento que en aquel momento se tenía de la mente humana, unido al hecho de que el modelo conductista entonces predominante en la psicología no tuviera suficiente capacidad explicativa para abordar el problema tratado, hicieron que los progresos de la disciplina fueran pobres en sus inicios. No fue hasta finales de los años 50 del siglo XX, con la irrupción en la lingüística de las teorías de Noam Chomsky, cuando la disciplina dio sus primeros frutos, sobre todo a partir de los años 70, debido a las observaciones provenientes del estudio de la adquisición de segundas lenguas y el surgimiento de la noción de interlengua. Paradójicamente, las teorías predominantes en la actualidad en la lingüística cognitiva se oponen al paradigma chomskyano que impulsó sus primeros avances. Según la teoría cognitiva en sus planteamientos actuales, los códigos y estructuras de la lengua se aprenden, se almacenan en la memoria y se recuperan de manera muy similar a otros tipos de conocimientos que poseen los humanos. En definitiva, la lingüística cognitiva aboga por una teoría unitaria de la mente, una estructura cognitiva común para todos los procesos mentales relacionados con el conocimiento. En otros términos, ello significa que la adquisición de la lengua sigue los mismos patrones de aprendizaje que otras habilidades cognitivas complejas. Este planteamiento se opone a la teoría de la hipótesis innatista, basada en la teoría de la modularidad y de la gramática universal; según se aduce, el conocimiento lingüístico no difiere en esencia de otros tipos de conocimientos que poseen los humanos, y no es por tanto preciso postular que hay un módulo del cerebro especializado en el procesamiento de la lengua, ni que existe una gramática innata que el niño adapta a la lengua que aprende durante sus primeros años de vida. Más allá de los aspectos relacionados con la adquisición, la lingüística cognitiva se ha interesado también por la explicación de fenómenos lingüísticos en sí mismos. En especial, se ha preocupado por problemas relativos a la categorización conceptual y por los modos como se relaciona el conocimiento específicamente lingüístico con el conocimiento del mundo. Sus mayores esfuerzos se han centrado en los tres campos siguientes: el estudio de la metáfora y la metonimia y de su motivación cognitiva —G. Lakoff (1982)—; la descripción de las estructuras conceptuales y de su relación con el significado léxico; la comprensión de la motivación cognitiva que subyace a diversos fenómenos gramaticales —R. W. Langaker (1987)—“. Consultable en:

https://cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca_ele/diccio_ele/diccionario/linguisticacognitiva.htm

TESI DOCTORAL

individuo en el proceso de toma de decisiones, desde la semiótica y desde la lingüística cognitiva, teniendo en cuenta que al referirnos al sesgo de encuadre o enmarcado, se explicó la teoría del enmarcado o “framing” en relación a la comunicación, la cual se centra en cómo se encuadran los acontecimientos y seleccionan unos aspectos de la realidad asignando una definición concreta, una interpretación y un juicio moral, enfatizándose y moldeándose unos atributos de un hecho, teniendo en cuenta que el encuadre se puede localizar tanto en el emisor como en el receptor, en el contenido del mensaje e incluso en el contexto cultural (Ardèvol-Abreu, 2015). Pastor y Juste (2010: 57), consideran que “la teoría del enmarcado además, postula que organizamos la información en la memoria de una manera relevante para la toma de decisiones en términos de potenciales ganancias o de potenciales pérdidas”.

Respecto a la semiótica, nos indica Lampis (2009: 145) que “lo que vuelve aceptables o inaceptables la definición de cualquier término no es, pues, su valor intrínseco, sino el sistema total de las relaciones y reenvíos intertextuales, es decir, la organización del sistema enciclopédico y, en última instancia, su utilidad o validez operacional con respecto a una determinada praxis social, comunicativa, discursiva”.

Migliore (2021: 1-2), proyecta la semiótica en la técnica del “nudge”, considerando que “la intervención con dicha técnica sobre una forma determinada de un contenido dirigido a los receptores del mismo, comporta transformarlo en una nueva forma de expresión, discursiva y enunciativa. Existe una metamorfosis entre los dos lados del significado, tal que la función que en un momento dado ocupaba, en profundidad, el nivel de la semántica fundamental, ya en relación con una expresión dada, de repente emerge en sí

TESI DOCTORAL

misma. Se despliega como una articulación perceptiva, afectiva, sensible, capaz de manifestar otros valores. El empujón no se limita a distinguir la decisión beneficiosa para el individuo de la que le puede perjudicar, sino que la simula e *interpreta*, en el doble sentido del término: «traducir» y «jugar». El enfoque es análogo al que Roland Barthes (1964, *Dénotation et Connotation*) explica respecto a que “la acción es un signo cuya forma de contenido se trata de tal manera que se convierte en el significante de un nuevo signo”. Además, “sólo hay significado en la elaboración: la expresión y el contenido no son entidades o planos estáticos, sino estratos en relación con la presuposición recíproca, cambiante y susceptible de ser revertida” (Fabbri, 1998).

En cuanto a la afectación del “nudge” en la semiótica, Migliore (2021: 5-6), considera que “se debe repensar el concepto de toma de decisiones, superando la definición de una intervención pública sobre el rendimiento cognitivo del individuo incitándole en la elección entre posibles opciones alternativas. Pues debe tenerse en cuenta, como expresa Sunstein (2014, *Choosing Not to Choose: Understanding the Value of Choice*), que en el supuesto de las opciones predeterminadas personalizadas, tiene como finalidad hacer que la vida no solo sea más simple, más saludable y más larga, sino también más libre”. La decisión en el “nudge”, no es el resultado únicamente del proceso decisional del individuo, sino que parte del diseño realizado en la Arquitectura de la elección para estimular la decisión, interviniendo sobre los sesgos y las heurísticas, orientando conductas que le beneficien de forma coincidente a la consecución de finalidades públicas. Explica Migliore (2021: 7) que “la semántica discursiva y la sintaxis son la base de la formulación del “nudge”. El tema debe estar bien enmarcado y la

TESI DOCTORAL

figurativización debe prestarse a una interacción en términos de captura estética. Todo se convierte en una cuestión de sensibilidad”. De hecho, si “la intervención debe ser fácil y barata, reempaquetar el entorno de toma de decisiones requiere, sin embargo, una parametrización meticulosa, de modo que los signos que circulan en la sociedad aparezcan bajo el aspecto de valores lúdicos y utópicos”.

Dicha autora pone como ejemplo el efecto de retroalimentación, que existe con el dispositivo “Ambient Orb”, que es una pequeña esfera luminosa que se pone de color naranja cuando el cliente consume demasiada energía eléctrica, pero que se vuelve verde cuando su consumo es reducido. “Este dispositivo actúa como un “nudge”, pues su finalidad es inducir una reducción del consumo energético en horas punta”. Según Migliore “existen configuraciones luminosas, eidéticas, cromáticas, pero también sensoriales, sonoras, olfativas, etc., que son artífices o condicionantes la decisión”.

Respecto a la lingüística cognitiva, Pastor y Juste la afrontan desde la teoría de la metáfora desarrollada como mecanismo cognitivo por Lakoff y Johnson (1980, *Metaphors we live by*), que establecieron que “la metáfora impregna el lenguaje cotidiano y constituye un mecanismo para comprender y expresar situaciones complejas sirviéndose de conceptos más básicos y conocidos”. Las metáforas también tienen sus propias reglas heurísticas, que Lakoff y Johnson llaman “metáforas conceptuales”, esquemas abstractos para agrupar expresiones metafóricas. Y por su función de atajo cognitivo, permiten un análisis más profundo de la realidad representada en el canal de comunicación que se utilice, y que Pastor y Juste, referencian en los medios de comunicación.

TESI DOCTORAL

El constructo de “metáforas conceptuales”, lo complementan Pastor y Juste 2010: 57-58) siguiendo a Lakoff (2004, *Don't Think of an Elephant: Know Your Values and Frame the Debate*) con el concepto de los “marcos de referencia”, que forma parte del “inconsciente cognitivo”. El concepto resume una serie de “estructuras de nuestro cerebro a las que no se puede acceder conscientemente, pero que tienen como consecuencia cambios de opinión y de actitud. Los marcos de referencia pueden analizarse a través del lenguaje, en sus intensificadores, puesto que las palabras se definen en relación a marcos conceptuales”. Dichos autores destacan la relevancia de las imágenes representadas en los medios de comunicación, las cuales están sujetas a análisis de enmarcado y al descubrimiento de heurísticas persuasivas, refiriéndose a las investigaciones de Yegiyan y Lang (2010, *Processing central and peripheral detail: How content arousal and emotional tone influence encoding*). Investigaciones en las que tratan de descubrir cómo funcionan las vías periférica y central en el procesado de imágenes, así como el efecto de las aportaciones de la semiótica cognitiva que incorporan nuevos elementos (Petrilli, 1993, *Sign and values: For a critique of cognitive semiotics*).

Respecto a los marcos mentales, he explicado en el Apartado cuatro de las Cuestiones preliminares, sobre la Arquitectura de la elección y la utilización del “nudge” como técnica jurídica, siguiendo a Chihu (2012) y Bateson (1954), que el concepto de «marco» se utiliza para analizar cómo se estructuran los procesos mentales (creencias, percepciones, sentido común) en relación con el lenguaje, y a su vez, cómo los mismos pueden ser manipulados. Se define al «marco» (“frame”), como el término que se usa para referirse a los principios de

TESI DOCTORAL

organización que gobiernan los acontecimientos sociales y nuestra participación subjetiva en ellos. Y al análisis del marco (“frame analysis”) como el examen de la organización de la experiencia. Los procesos de enmarcado (“framing process”) de la persona en la vida cotidiana constituyen los procesos de producción de significados, a través de los cuales se asigna significado a las situaciones y luego se las interpreta. He argumentado en esta Tesis que la acción de enmarcado aplicando la técnica del “nudge”, comporta que el arquitecto, órgano de la Administración pública, al desarrollar la Arquitectura de la elección desde el enmarcado, ha identificado una idea organizadora central o marco, mediante la cual se dota de sentido a la elección decisoria, por no existir alternativas, que debe adoptar el individuo o la colectividad como algo significativo para organizar la experiencia y orientar la acción individual o colectiva, de la cual solo puede apartarse, pero no optar por otra elección, al no existir dicha posibilidad. Reitero como indica Chihu (2012, 98), que “los marcos definen una situación, definen problemas, identifican los agentes causales de un problema, realizan evaluaciones morales y ofrecen remedios y soluciones para resolver el asunto en controversia”.

Como he hecho referencia anteriormente, Castells (2009: 197), siguiendo la tesis de Lakoff sobre las metáforas cognitivas, considera, a partir de los procesos fisiológicos que ocurren en el sistema nervioso para producir los marcos y su reflejo en el cerebro, que “los marcos son redes neuronales de asociación a las que se puede acceder desde el lenguaje a través de conexiones metafóricas”. Cukier et al. (2021: 21) nos recuerdan la aportación de Tversky y Kahneman, a la acción de «enmarcar», explicando que “la manera en que se presentan los resultados puede afectar al proceso de toma de decisiones, un sesgo cognitivo al que llamaron «efecto marco» y que

TESI DOCTORAL

describieron como un defecto del pensamiento humano”. Considrean dichos autores como una tarea del Estado, la prepració, mediante la educación de os individuos en procesos de agilidad mental, que permita no ver el mundo tal y como es, sino como podría llegar a ser.

Recogía en el Apartado cuatro de las Cuestiones preliminares, sobre la Arquitectura de la elección y la utilización del “nudge” como técnica jurídica, siguiendo a Thaler y Sunstein (2020: 54-56), algunos ejemplos de un encuadre, enmarcado o “framing” sobre el entorno, dirigido directamente a nuestra cognición, mediante una señal visual y su interpretación, que en el ámbito de la circulación de vehículos por la vía pública, intervendrá sobre nuestro instinto natural a frenar, actuando como un “nudge público” motivado en que tendemos a tomar las decisiones de forma negligente y pasiva. En seguridad vial, el “nudge público”, y su efecto de suave empujón, se materializará en reducir gradualmente la distancia entre las líneas blancas de la carretera antes de un giro peligroso. Ejemplo de este tipo de señales lo encontramos en el dibujo en una carretera sobre las líneas laterales, para reducir la velocidad, a través de determinadas marcas viales, como las denominadas “dientes de dragón”, cuyo efecto visual sobre el conductor de estrechamiento de la vía, le hará decidir de forma instantánea, una reducción notable de la velocidad de circulación en el tramo en que estén dibujadas, y las denominadas “líneas de borde quebradas”, cuyo objetivo es concienciar al conductor de que se aproxima a un paso de cebra, lo que le hará decidir la reducción de la velocidad. El conductor verá que las líneas se desplazan cada vez más rápido, lo que le dará la impresión de que su velocidad está aumentando. Entonces tenderá a frenar antes. Estas actuaciones, que no comportan ni coerción, ni obligación, ni condicionamiento

TESI DOCTORAL

en la decisión, se dirigen directamente a facilitar una respuesta con una finalidad pública de seguridad vial, para limitar los riesgos de un exceso de velocidad sobre el conductor y sobre los peatones. Son “nudges públicos” que de forma experimental, el Arquitecto de la elección, el órgano correspondiente de la Administración con competencia en materia de circulación de vehículos en aquella vía, ha diseñado. Se puso como ejemplo la actuación de la Dirección General de Carreteras, del Gobierno de España, que en el marco de la elaboración de una nueva normativa sobre marcas viales, ha puesto en marcha un programa piloto en la travesía de Nava de Roa (Burgos) en la N-122, entre los km 293,652 y 294,356, con el objetivo de comprobar previamente a la incorporación a la nueva normativa la eficacia de las marcas y el grado de percepción y comprensión por parte de los usuarios.

En materia de salud pública, en temas como la lucha contra la obesidad infantil, se han realizado acciones sencillas en los comedores escolares, como reorganizar la exhibición de alimentos colocando lo más saludable a la vista de los niños o niñas, y lo menos dietéticos en un segundo plano, exigiéndose un esfuerzo adicional que tendrá que realizarse por quien quiera comer un pastel en lugar de una fruta (Thaler y Sunstein, 2020: 15-18).

En materia de medio ambiente, una empresa privada, la marca de detergentes Ariel (Procter & Gamble) ha añadido en el embalaje de productos para lavadoras la mención “turn to 30°”, con un mensaje sobre la efectividad del producto respecto a la limpieza de la ropa a esa temperatura, para recomendar que el consumidor sea consciente, que a esa temperatura el efecto de la utilización de la lavadora tiene un impacto positivo en el medio ambiente.

TESI DOCTORAL

Estas intervenciones se dirigen directamente al Sistema 1, intuitivo, automático y experiencial del ser humano, en su proceso decisional automático, estimulando de forma visual su decisión en una dirección concreta que preserva la libertad individual del conductor que sea usuario de esa vía pública, del niño o niña en su alimentación en un comedor público.

Lakoff (2020: 31, 39), considera que “la neurociencia cognitiva ha demostrado que la gente piensa en «marcos», puesto que todos los conceptos que poseemos y estructuran nuestro pensamiento se originan en la sinapsis del cerebro, por lo que aunque se nos presenten datos, el sentido de los mismos lo será a partir de que encajen con la información que ya existe en la sinapsis del cerebro. La ciencia cognitiva utiliza el término «hipocognición», para referirse a la ausencia de un marco establecido relativamente sencillo que pueda evocarse con una o dos palabras, lo cual comporta que no exista de forma extendida una idea fija sobre el significado de ese marco”.

Respecto al poder de las imágenes, Lakoff (2020: 75-78), explica que “todos poseemos neuronas espejo en la corteza premotora de nuestro cerebro, que se activan cuando llevamos a cabo una acción o cuando vemos que otra persona realiza esa misma actividad. Esta parte del cerebro conectada por circuitos neurales con los centros emocionales, se cree que es la base de la empatía, en la que interactúan el sistema de pensamiento metafórico con el sistema de neuronas espejo”. Lakoff pone diferentes ejemplos de esta interacción y cómo nos condiciona en nuestro proceso decisional, a partir de las imágenes de los aviones atravesando las Torres Gemelas en el World Trade Center de Nueva York, en Estados Unidos, sin ser conscientes de las imágenes metafóricas,

TESI DOCTORAL

pero que en cambio forman parte del poder y del horror que experimentamos al presenciarnos. Así, recoge diferentes metáforas, de las que reproducimos algunas significativas, como:

Fin del control: tenemos el control sobre la situación y siempre estamos al tanto de todo. Esto forma parte de la imagen de las torres como símbolo de poder. En este caso el derrumbe de las torres supuso la pérdida de control, de poder.

Imaginería fálica: las torres son símbolos de poder fálico, y su derrumbamiento refuerza la idea de la pérdida de poder. En este caso existía otro tipo de imagen fálica con mayor protagonismo: los aviones penetrando las torres dejando un reguero de calor, y otra nave penetrando a modo de misil el Pentágono, que representa una imagen vaginal desde el aire. Estas interpretaciones fálicas provinieron de mujeres que se sintieron violadas tanto por el ataque como por las imágenes de televisión.

Una sociedad es un edificio: una sociedad puede tener «cimientos» que pueden ser sólidos o no, y puede «desmoronarse» y «caer». El World Trade Center representaba un símbolo de la sociedad, y cuando se vino abajo, la amenaza se extendió a algo más que a un edificio.

Nuestra mente nos juega malas pasadas: ahora la imagen de la silueta de Manhattan está desequilibrada. Estamos acostumbrados a verla con las torres, y nuestra mente impone la imagen antigua, de manera que al no verlas, sufrimos la ilusión del desequilibrio, como si Manhattan se estuviera hundiendo. Dado el símbolo de la ciudad como la promesa de América, parece que dicha promesa estuviera naufragando.

Estas metáforas sirven a Lakoff para concluir que “todo lo que conocemos se materializa en nuestros cerebros; incorporar nuevos conocimientos requiere un cambio físico en nuestras sinapsis cerebrales, una remodelación de nuestro sistema neurológico.”

TESI DOCTORAL

3. La arquitectura institucional de la Perspectiva cognitiva en la evaluación de la actuación de la Administración pública, y su recepción por el Derecho administrativo.

La arquitectura institucional de la Perspectiva cognitiva.

En los anteriores apartados de esta Tercera parte, me he aproximado a la racionalidad humana y su funcionamiento en el proceso de toma de decisiones, a partir de recoger diferentes estudios de carácter experimental efectuados desde el campo de la Psicología, de la Economía conductual, de la Neurociencia cognitiva, de la Semiótica o de la Lingüística cognitiva, y desde la relevancia de garantizar la accesibilidad cognitiva en la actuación de la Administración.

He explicado, a partir de los estudios de Herbert Alexander Simon (1956), que el ser humano percibe el mundo en el que vive, a partir de un modelo simplificado de la compleja realidad del mundo real, caracterizándose por una racionalidad que se encuentra limitada dentro de los límites de su conocimiento. La racionalidad humana se caracteriza por ser irracional y por errores sistemáticos conocidos como sesgos cognitivos que moldean las preferencias y decisiones de los individuos. Y ello ocurre porque como indica Ariely (2021: 262-263), estamos limitados a los instrumentos que la naturaleza nos ha proporcionado “y la forma natural en la que tomamos decisiones está limitada por la calidad y la precisión de dichos instrumentos”. Conclusión a la que llega tras analizar lo que denomina «fuerzas», que influyen en nuestro comportamiento, que identifica en las “emociones, relatividad o normas sociales”.

TESI DOCTORAL

Como he razonado anteriormente, la Administración, al poder apoyarse en el diseño de la Arquitectura de la elección, en los resultados experimentales sobre cómo funcionan las reglas heurísticas y los sesgos cognitivos, a partir del estudio del comportamiento, identifica como relevante jurídico el enfoque de la Perspectiva cognitiva en su actuación, que se proyecta en la técnica del “nudge público”. Enfoque cuya finalidad es garantizar la dignidad del individuo y el libre desarrollo de su personalidad. En dicho sentido, me he referido a la Perspectiva cognitiva en el Apartado 5 de las Cuestiones preliminares, como concepto que nos permitirá integrar en su análisis la forma en la que se crea y perdura la actuación de la Administración, a partir de un determinado enfoque, condicionado en cómo influye dicha actuación en la cognición del individuo, y sobre el fundamento de la búsqueda de la igualdad para evitar situaciones de discriminación, marginación, manipulación o inequidad, ésta última en el supuesto de no tener en cuenta las diferentes circunstancias de los individuos a los que se dirige la actuación de la Administración.

Actuación que he identificado en el diseño de la Arquitectura de la elección, como instrumento jurídico reconocible por el Derecho administrativo, y asimismo instrumento de política pública, por el que la Administración debe preseleccionar los estímulos que recibirán los individuos mediante la técnica del “nudge”, o interviniendo sobre el entorno para la adopción de las mejores decisiones individuales y de un comportamiento colectivo, en concordancia con la defensa del interés general en la consecución de una finalidad pública. El diseño de la Arquitectura tiene como finalidad incitar una conducta determinada sin condicionar la libertad de elección, mediante una intervención estimulando la decisión del individuo y el comportamiento colectivo.

TESI DOCTORAL

Dicha actuación de la Administración, puede ser complementaria o alternativa a (i) otras medidas formalizadas o no, como normas, regulaciones, prohibiciones, coacciones, incentivos, o (ii) actuar como impulsores reforzando la capacidad cognitiva de los individuos en su proceso de toma de decisiones, mediante la educación, la información la sensibilización, la ejemplaridad u otras. Todas ellas como proyección del derecho imperativo o indicativo.

La diferenciación de la Arquitectura con el resto de actuaciones y formas de intervención de la Administración, se encuentra en que se fundamenta en los resultados experimentales y en la evidencia científica respecto al conocimiento de los procesos cognitivos, en el funcionamiento del comportamiento individual y colectivo, a partir de la constatación de una racionalidad limitada y de una conducta humana condicionada por sesgos y heurísticas que dificultan la adopción de decisiones individuales que resulten beneficiosas.

Con respecto a la transparencia y publicidad activa la Perspectiva cognitiva nos permitirá corregir, desde el argumento ético, la intervención administrativa por parte de la Administración en el diseño de la Arquitectura de la elección. Puesto que la utilización de la técnica del “nudge público”, así como su manifestación en diferentes herramientas conductuales con efectos sobre el proceso de elección de los individuos o directamente sobre su toma de decisiones, deben permitirle la libertad de apartarse del “nudge público”. De otra forma la actuación de la Administración puede comportar una manipulación del comportamiento individual. En dicho sentido vinculo el concepto de ética al principio de equidad, recogido en el art. 3 de la LGSP, que acojo como referente jurídico, para poder identificar el informe preceptivo que debería contener la actuación de la Administración, cuando intervenga sobre el Sistema

TESI DOCTORAL

1, de la racionalidad, en la elaboración de un juicio de incertidumbre por parte de los individuos, o cuando utilice las ciencias del comportamiento, la neurociencia cognitiva, la semiótica o la lingüística cognitiva, para incitar decisiones individuales o comportamientos colectivos, es decir cuando su actuación revista un carácter conductual, como identifico en esta Tesis. Dicho artículo prevé que el principio de equidad integra la Perspectiva de género, la atención a las personas con discapacidad y la disminución de desigualdades, debiendo incluirse en todos los informes públicos que tengan un impacto en la salud de la población. Dicha norma nos permite argumentar la necesidad de integrar la Perspectiva cognitiva, también en aplicación del principio de equidad, no tan solo en materia de salud, sino en cualquier actuación de la Administración, del resto de los poderes públicos y entes del sector público, cuando tenga carácter conductual con el alcance que identificamos en esta Tesis, lo cual requiere ese mismo rango normativo legal.

En dicha línea, Dehouck y Lenhof (2019: 19-20), a partir del debate público entre Gigerenzer (2015, *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*) que destaca la posibilidad de que el “nudge público” pueda comportar una manipulación de la conducta individual, y Sunstein (2018, *Misconceptions about nudges*) que justifica en la transparencia el que se evite dicha posibilidad, consideran que “las autoridades públicas no deberían poder utilizar técnicas ocultas de orientación de la conducta, incluso si estas intervenciones aumentan el bienestar de los sujetos de derecho”. Reproducen las ideas clave de dicho debate, que considero que recogen los elementos esenciales para poder configurar la arquitectura institucional de la Perspectiva cognitiva en la evaluación de la actuación de la Administración pública, a partir del concepto

TESI DOCTORAL

de transparencia. En dicho sentido, ponen de manifiesto que “los estándares aprobados por la Administración como requisitos en determinadas materias que regulan el comportamiento de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, así como los actos individuales, en su significado legal, son públicos y, por lo tanto, deberían ser transparentes, mientras que los empujones procederían de la mistificación porque influyen en las personas y distorsionan su decisión”. Sunstein complementa el criterio de Gigerenzer a partir de la tesis de que “la mayoría de los empujones solo funcionan porque se muestran y, por lo tanto, son notorios por los individuos que pueden ser receptores y la colectividad”. Considerando que “la comunicación previa del efecto de un empujón, de hecho, no reduce su efectividad, sino todo lo contrario” (Bruns y otros, 2016, *Can Nudges Be Transparent and Yet Effective?*).

Sunstein explica que hay muchos empujones que han sido adoptados después de un largo debate público sobre sus posibles consecuencias. Poniéndose el ejemplo en los Estados Unidos, respecto a los programas de jubilación ofrecidos por defecto en las empresas. Sunstein (2015, *Fifty Shades of Manipulation*), se opone a la utilización del término "manipulación", pues considera que “un acto manipulador solo puede entenderse como un acto que subvierte la capacidad de deliberación racional, una hipótesis que solo afectaría a muy pocos empujones”. Finalmente, Sunstein (2016, *Do people like nudges?*) considera que “cuando se informa a los individuos que su elección acaba de ser guiada por un empujón, su reacción es positiva, lo que contradeciría las críticas de falta de ética del mecanismo”. Teniendo en cuenta que los “nudges públicos” constituyen una nueva herramienta de los

TESI DOCTORAL

instrumentos de política pública que en ningún caso desplaza o elimina el resto, que puedan materializarse en prohibiciones, o incentivos, a los que complementa como instrumentos mayoritarios de política pública. Concluye Sunstein que “la utilización de la heurística es útil, e incluso en determinadas situaciones necesaria la utilización de los “nudges”, pero en ningún caso se consideran esenciales en la elaboración de políticas públicas”.

Van Aaken (2017: 93-96) plantea que el sistema normativo, lo cual proyectamos sobre la actuación de la Administración, del resto de poderes públicos y entes del sector público, contempla diferentes “instrumentos de intervención pública, (i) manipulando las elecciones individuales o el comportamiento colectivo, de una forma invisible, (ii) ordenando o prohibiendo de forma explícita algunas elecciones individuales o aspectos del comportamiento colectivo, o (iii) apoyando las elecciones individuales o el comportamiento colectivo, a través de un proceso de interacción entre la Administración y los ciudadanos, mediante el cual se incide en el proceso de deliberación individual, para eliminar los posibles fallos de la intuición”. Proceso en el que dicha interacción debe contemplarse en el diseño de la Arquitectura de la elección. En este último instrumento, la intervención orientada a actuar sobre las heurísticas y los sesgos, debe establecer normas de apoyo a la racionalidad y a la autonomía en la elección individual, garantizando los derechos fundamentales, la dignidad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, así como incidiendo sobre la educación, la información, la comunicación y la deliberación.

Ello se proyectaría en la función constitucional de ilustración como tarea de la Administración cuando se interviniera en el Sistema 1, actuando sobre las

TESI DOCTORAL

heurísticas y los sesgos, mediante el estímulo en el proceso decisional del individuo, o en el comportamiento de la colectividad, a través de la representación de opciones de las que libremente se puede apartar el individuo, o mediante el establecimiento de marcos o contextos textuales o gráficos cuya respuesta conductual se conociera experimentalmente.

Pero también se proyectaría mediante la técnica de los impulsores, cuando se interviniera en el Sistema 2, cuya finalidad es reforzar la capacidad de conocimiento por parte de los ciudadanos, mediante la actuación de la Administración en infraestructura social de la educación y la comunicación pública de su actuación, para generar decisiones libres sobre la base de un consentimiento informado, mediante diferentes herramientas como la norma, informaciones, Recomendaciones o Advertencias.

En este marco de intervención sobre la racionalidad del individuo, Medina-Molina et al. (2018: 93), propugnan el reconocimiento de la Administración pública que denominan “conductual”, y que desde los parámetros del Derecho administrativo, entendemos en esta Tesis que es su actuación la que en determinadas intervenciones se caracteriza por su carácter conductual, no el ente identificado como Administración pública, conformado por órganos a través de los cuales manifiesta su voluntad y actúa, en ejercicio de competencias atribuidas legalmente, con reconocimiento legal de personalidad jurídica propia que le atribuye responsabilidad por su actuación y con la capacidad de obligarse y obligar a terceros.

La característica esencial del carácter conductual de la actuación de la Administración, se encuentra en el conocimiento e identificación del

TESI DOCTORAL

comportamiento individual y colectivo, resultado de la observación y la experimentación, que se puede utilizar en el diseño de las políticas y regulaciones, es decir en el diseño de la Arquitectura de la elección.

En ese marco es en el cual intervendrá la Administración, o cuando no haya existido dicho diseño, en la evaluación *a posteriori* de la actuación de la Administración, desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva, por las correspondientes unidades organizativas de inspección, análisis y evaluación, que se creen, sobre si en la actuación de la Administración constituye un relevante jurídico, la utilización de técnicas que puedan identificarse con las diferentes manifestaciones del “nudge público”.

El enfoque de la Perspectiva cognitiva parte de la utilización del método inductivo a partir de resultados experimentales y de la evidencia científica, en el que el conocimiento generado viene a reemplazar lo que se puede considerar el comportamiento ordinario de los ciudadanos, desde la máxima que de los hechos se derivan los principios. Ello viene recogido en las recomendaciones que se contienen en el Informe OCDE 2017 sobre “Perspectivas conductuales y políticas públicas”, en las que se destaca que las intervenciones gubernamentales más efectivas y eficientes dotan de relevancia la aplicación de los hallazgos conductuales en la política pública. En dicho sentido, mi posición en esta Tesis es coincidente con Medina-Molina et al. (2018: 93) siguiendo las tesis de Moynihan y Lavertu, y Li y Cheng (2014), en el sentido de que “ha existido un limitado esfuerzo gubernamental por comprender las implicaciones de los sesgos cognitivos sobre las preferencias, decisiones y

TESI DOCTORAL

acciones de los agentes públicos, reclamándose una mayor aplicación de los principios conductuales por el sector público”.

En esta investigación se propugna que se dan los mismos parámetros constitucionales que han instituido la Perspectiva de género como informadora de la actuación de los poderes públicos, tanto en su proyección normativa como en su actuación, como son garantizar la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, y la efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico como son la libertad, la justicia o la igualdad, que le permitan que se pueda reconocer en toda su extensión constitucional como persona.

Los principios que determinarían la actuación de la Administración, desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva, los he identificado al desarrollar el Apartado Cinco, de las Cuestiones Preliminares, y se ha incorporado a dicho enfoque un concepto amplio de «accesibilidad cognitiva», más allá de la regulación en la que se desarrolla respecto a las personas con discapacidad que se encuadra en el concepto de «accesibilidad universal». Conceptos incorporados en nuestro ordenamiento jurídico a partir del art. 29.bis al TRLGDPD, en el que se establecen las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva como el conjunto sistemático, integral y coherente de exigencias, requisitos, normas, parámetros y pautas que se consideran precisos para asegurar la comprensión, la comunicación y la interacción de todas las personas con todos los entornos, productos, bienes y servicios, así como de los procesos y procedimientos.

TESI DOCTORAL

La Perspectiva cognitiva es el instrumento de la Administración pública para garantizar los derechos humanos y fundamentales, los derechos constitucionales y libertades públicas, los valores superiores de la Constitución, la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, exigibles a la Administración en el diseño de la Arquitectura de la elección y en su actuación de carácter conductual, mediante la intervención en el proceso de toma de decisiones de los individuos y en el comportamiento de la colectividad, utilizando la técnica del “nudge público”.

El enfoque de la Perspectiva cognitiva, como se produce en el enfoque de la Perspectiva de género, requiere la existencia documental de motivación en la actuación de la Administración, en la del resto de poderes públicos y en la de los entes del sector público, que debe exigirse como requisito de validez de la misma. Exigencia que se predica de aquellos supuestos en los que se utilizan herramientas de la neurociencia o herramientas conductuales desde la psicología, la economía, la semiótica o la lingüística cognitiva, o en el ámbito de la psicología se tiene en cuenta cómo afectan las heurísticas y los sesgos cognitivos sobre la racionalidad, respecto a los juicios en la toma de decisiones bajo incertidumbre.

En el primer supuesto se encuadraría la actuación administrativa de carácter procedimental que se materializa en la aprobación de normas, actos, contratos, planes, convenios o cualquier tipo de instrumento jurídico que habilite dicha actuación en ejercicio de una competencia atribuida por la norma correspondiente, con efectos jurídicos sobre terceros.

TESI DOCTORAL

En el segundo supuesto se encuadraría la actuación administrativa de carácter informal, a través de herramientas de carácter impulsor como Recomendaciones, Advertencias o Informes que refuercen la capacidad cognitiva y de conocimiento de los ciudadanos en su proceso decisional.

Sobre ambas planos de la actuación administrativa en general, se proyecta el derecho imperativo en el primer supuesto y el indicativo en el segundo, pero ello ocurre cuando existe un carácter conductual determinante de la actuación de la Administración en ambos supuestos, dirigida a intervenir mediante la utilización de herramientas de la neurociencia o de herramientas conductuales desde la psicología, la economía, la semiótica o la lingüística cognitiva. No nos referimos a la actividad administrativa ordinaria que se manifiesta en las diferentes formas, modos o tareas, o mediante relaciones jurídicas.

Finalmente, nos encontramos ante la actuación administrativa de carácter conductual *stricto sensu*, que se manifiesta mediante la técnica del “nudge”, a través de la cual la Administración interviene directamente como estímulo en el proceso decisional del individuo, o en el comportamiento colectivo, en ejercicio de potestades públicas, estableciendo diferentes opciones sobre las cuales pueda elegir el individuo o enmarcando la opción pública cuando el individuo se relacione directamente con la Administración en el cumplimiento de sus derechos y obligaciones, cuando sea usuario de sus servicios o utilice las instalaciones, sistemas³⁰¹ e infraestructuras públicas³⁰², incitándole a que su

³⁰¹ Se utiliza el concepto urbanístico de sistemas, a partir del contenido que se regula en el art. 25 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

comportamiento se corresponda con la opción pública, por comportarle un beneficio coincidente con el interés general y con la finalidad pública perseguida, pero pudiendo apartarse libremente de dicha opción. Actuación de la Administración pública que, en todo caso, se encuentra presidida por el ejercicio de la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración, lo que la habilita a intervenir en el proceso decisional del individuo y en el comportamiento colectivo, para garantizar los bienes públicos globales, los bienes comunes y los derechos sociales esenciales, que explicamos en la Parte Segunda, como el derecho a la educación, el derecho a la protección de la salud y su proyección en el derecho a una alimentación saludable, y el derecho a un medio ambiente adecuado, entre otros.

Patologías que afectan a la equidad y a la libertad individual.

La perspectiva cognitiva debe permitir corregir las patologías, entendidas como defectos o problemas existentes o que puedan existir en la actuación de la Administración, y que puedan afectar a la equidad³⁰³ o a la libertad individual,

Urbana, como espacios libres: constituido por parques urbanos públicos y áreas públicas que se destina a ocio recreativo o cultural; de comunicaciones, que pueden ser tanto urbanas como interurbanas, incluyendo las reservas de suelo que sean necesarias para la localización de las redes viarias y ferroviarias, áreas de acceso a las mismas y todas aquellas vinculadas a las mismas, como estaciones de ferrocarril, autobuses, aeropuertos, puertos y demás análogas; de equipamiento comunitario, que son todos los centros públicos que están al servicio de la población y se destinan a usos administrativos, culturales, docentes, sanitarios, cementerios y demás servicios de interés social.

³⁰² Se utiliza el concepto de Infraestructuras del territorio, que se corresponde con el conjunto de elementos, dotaciones o servicios necesarios para el buen funcionamiento de un país, de una ciudad o de una organización cualquiera. Consulta efectuada en el Diccionario de la Lengua de la RAE el 27/05/2022: <https://dle.rae.es/infraestructura>.

³⁰³ En relación al principio de equidad, su previsión normativa en general y en el derecho administrativo la encontramos en relación a la aplicación de las normas, en la actuación de revisión de sus actos por la Administración pública en normas de carácter general o procedimental y como principio regulador de carácter sustantivo, en normas sectoriales como la

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

cuando la intervención administrativa incurra en la desviación de poder³⁰⁴ por el amplio margen de discrecionalidad existente en la utilización de la técnica

LGSP. Así, en el art. 3.2 del CC, se establece que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien, las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita. En el art. 110 de la LPACAP, cuando se establece que las facultades de revisión de oficio de la actividad administrativa, materializada en disposiciones generales y actos administrativos, no podrán ser ejercidas, entre otros supuestos, cuando su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe o al derecho de los particulares. Y en el art. 3 LGSP, se establece su alcance, como ya reproducimos anteriormente, cuando se prevé que “las políticas, planes y programas que tengan impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud e incorporarán acciones sobre sus condicionantes sociales, incluyendo objetivos específicos al respecto. Se considerará la equidad en todos los informes públicos que tengan un impacto significativo en la salud de la población. Igualmente, las actuaciones en materia de salud pública incorporarán la perspectiva de género y prestarán atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad”.

El Tribunal Supremo, ha definido este principio general del Derecho en su aplicación por las Administraciones públicas, en sentencia de 19 de Diciembre de 2013, estableciendo que “esta Sala cree conveniente recordar que la equidad, según establece el artículo 3.2 del Código civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico” (FD Sexto). Concepto trasladable a la actuación de la Administración, más allá de la interpretación de las normas, cuyo resultado también se proyecta en la actuación de la Administración. El Diccionario de la Lengua de la RAE, define la equidad como la “bondadosa templanza habitual, propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley”. Consulta efectuada en 27/05/2022: <https://dle.rae.es/equidad>.

Rawls (2015: 266-267), analiza en la relación respecto a los conceptos de “justicia y equidad”, el vínculo entre la sociedad ordenada por ambos principios jurídicos, y la aceptación por los ciudadanos de sus instituciones, cuando se caractericen por la percepción de las mismas como justas, al considerar que “los que crecen en una sociedad bien ordenada por la justicia como equidad, los que tienen un plan racional de vida y los que asimismo saben, o creen razonablemente, que todos los demás tienen un sentido efectivo de la justicia, tienen razones suficientes basadas en su bien (más que en la justicia) para acatar las instituciones justas”. Y ello le lleva a concluir, que “en la sociedad bien ordenada de la justicia como equidad lo justo y lo bueno (según lo determina esa concepción política) se acoplan de tal modo que los ciudadanos que entienden que parte de su bien radica en ser razonables y racionales, y en ser vistos por los otros como tales, son movidos por razones de su bien a hacer lo que exige la justicia.”

³⁰⁴ El Diccionario Panhispánico del Español jurídico de la RAE, define la desviación de poder como el supuesto jurídico que se da cuando se utilizan potestades administrativas para fines

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

conductual, apartándose de la finalidad pública que debe motivar su utilización, hasta la manipulación, entendida como “la acción de intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, o en general, en la actuación de la Administración, del resto de poderes públicos (y entes del sector público), con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares”³⁰⁵.

distintos de los contemplados en la norma atributiva de dichas potestades. «Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico» (LJCA, art. 70.2, y LPAC, art. 48.1). «La desviación de poder definida en el artículo 83.3 de la Ley de la Jurisdicción (se refiere a la de 1956) como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico es apreciable no solo en los supuestos extremos en que el fin realmente perseguido es realmente privado o particular —no público, por tanto— del agente, funcionario o autoridad administrativa actuante, sino también en los supuestos en los que, aun siendo público y estimable el fin perseguido, este es, sin embargo, distinto del previsto y fijado por la norma atributiva de la potestad ejercitada» (STS de 4 de marzo de 1996). Y en el mismo sentido, toda una consolidada doctrina jurisprudencial sin fisuras: SSTS de 5 de abril, 13 de junio, 14 de noviembre, 9 de diciembre, 12 de diciembre de 2000, etc.). En el Apartado 1 de las Cuestiones preliminares explicamos en diversas notas, de forma amplia, el contenido de la doctrina administrativa del Consejo de Estado francés, sobre la desviación de poder o error de derecho, a partir del análisis que se efectúa en el “Arrêt Pariset” de 26 de noviembre de 1875 y en el “Arrêt, Prince Napoléon”, de 19 de febrero de 1875. Se construye conceptualmente como una técnica de control de la discrecionalidad, caracterizada a partir de un supuesto en el que la utilización de una potestad con una finalidad determinada, suponía la utilización de aquella potestad para fines distintos de los previstos en la norma que la había otorgado. Sus antecedentes se encuentran en los “Arrêts Duchesne” de 14 de junio de 1852 y “Syndicat des arrosages Sainte-Cecile” de 4 de mayo de 1856, si bien que se suele fijar el establecimiento de la doctrina en el “arrêt Vernes” de 19 de mayo de 1852, y su consolidación en los “arrêts Les Bats” de 15 de febrero de 1864 y 17 de junio de 1865. En el ámbito de la Unión europea, se considera la desviación de poder como un motivo alegable en los recursos de anulación ante el Tribunal de Justicia de la UE cuando al adoptar un acto de derecho de la UE se persiguen fines distintos a los previstos en este ordenamiento jurídico. «Un acto solo está viciado de desviación de poder cuando resulte, en función de indicios objetivos pertinentes y concordantes, que fue adoptado con el fin exclusivo, o al menos determinante, de conseguir otros fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso» (STJCE, 13-XI-1990, Fedesa, C-331/88, FJ 24). Consulta efectuada en 27/05/2022: https://dpej.rae.es/lema/desviación_de_poder.

³⁰⁵ Definición consultada en el Diccionario de la Lengua de la RAE, que adaptamos a la actuación de la Administración. Consulta efectuada en 27/05/2022: <https://dle.rae.es/manipular>.

TESI DOCTORAL

La Perspectiva cognitiva nos permitirá integrar en su análisis la forma en la que se crea y perdura la actuación de la Administración, a partir de un determinado enfoque, condicionado en cómo influye dicha actuación en la cognición del individuo, y sobre el fundamento de la búsqueda de la igualdad para evitar situaciones de discriminación, marginación, manipulación o inequidad, ésta última en el supuesto de no tener en cuenta las diferentes circunstancias de los individuos a los que se dirige la actuación de la Administración.

Dodsworth (2021: 79), reproduce a Edward Bernays³⁰⁶, cuando considera que “las reacciones y emociones de las personas son predecibles, al menos con cierto nivel de probabilidad”. En dicha obra, escrita en 1928, se nos avanza los fundamentos de la manipulación respecto a la conducta individual y social:

Si conocemos el mecanismo y los motivos que impulsan a la mente de grupo, ¿no sería posible controlar y sojuzgar a las masas con arreglo a nuestra voluntad sin que éstas se dieran cuenta?... Poco importa qué opinión nos merezca este estado de cosas, constituye un hecho indiscutible que casi todos los actos de nuestras vidas cotidianas, ya sea en la esfera de la política o los negocios, en nuestra conducta social o en nuestro pensamiento ético, se ven dominados por un número relativamente exiguo de personas.., (con un control) que comprende los procesos mentales y los patrones sociales de las masas. Son ellos quienes mueven los hilos que controlan el pensamiento público.

Adam Skali (2021)³⁰⁷, vincula la tesis de Bernays a los avances de la psicología en relación con los sesgos cognitivos y a la idea de «gobierno invisible», a partir de la intervención sobre los sesgos, considerando que “si ponemos el

³⁰⁶ Bernays, sobrino de Sigmund Freud y teórico destacado de las relaciones públicas, que dicho autor identificaba como el entendimiento entre el público y una idea, grupo o empresa, escribió en 1928 “Propaganda”, su obra más relevante, a la que corresponde la cita que se reproduce (editada por Melusina, en 2013).

³⁰⁷ Resumen del libro Propaganda de Edward Bernays, accesible en [Resumen del libro Propaganda Edward Bernays – https://thetowerofscience.com](https://thetowerofscience.com).

TESI DOCTORAL

estímulo correcto frente a millones de personas, un gran porcentaje tendrá la reacción deseada, y gracias al que se identifica como **sesgo de prueba social**, se reproducirá el patrón de comportamiento por la sociedad”.

Bernays utiliza la base teórica del conductismo para establecer mensajes y estrategias que permitan controlar las reacciones y opinión de personas a escala nacional. Dicho autor, como nos recuerda Adam Skali, en su obra “Propaganda” consideraba que “la manipulación consciente e inteligente de los hábitos organizados y las opiniones de las masas es un elemento importante en la sociedad democrática. Quienes manipulan este mecanismo invisible de la sociedad constituyen un gobierno invisible que es el verdadero poder gobernante de nuestro país”. Adam Skali (2021), considera que “solemos asumir que si nos enteramos de algo, indica que es importante, pero esto no es más que un sesgo cognitivo conocido como el sesgo de la disponibilidad. Esto significa que las personas con el poder real son aquellas que saben cómo obtener la aceptación pública de sus ideas. El «gobierno invisible» muestra a la gente qué temas son importantes y qué dirección es la correcta, y de esta forma dirige el movimiento de los Estados”³⁰⁸.

³⁰⁸ Un buen ejemplo lo encontramos en el presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson, que para la campaña de su segundo mandato en 1916, prometió que los Estados Unidos iban a mantener la neutralidad y no iban entrar en la Primera Guerra Mundial, lo que le dio un elevado nivel de aceptación y respaldo popular ganando la presidencia. Pero una vez elegido, cambió de criterio y cuando en el año 1917, Estados Unidos acababa de entrar en la Primera Guerra Mundial, el 14 de abril, unos días después de haberle declarado la guerra al imperio alemán, el presidente norteamericano creó el Comité de Información Pública (CPI), Agencia independiente federal del Gobierno de los Estados Unidos. Su finalidad era influenciar en la opinión pública de los estadounidenses respecto de la participación de ese país en la Primera Guerra Mundial. Dicha Agencia, para muchos historiadores, sería a todos los efectos, el origen de la moderna propaganda de Estado. Con sus campañas se justificó la entrada en la Guerra, obteniendo un mayoritario respaldo ciudadano. El encargado de liderar el CPI fue George Creel, un periodista de ideología progresista que formaba parte de los “muckrakers”

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Dodsworth (2021: 121), considera que el Informe del Gabinete Cameron, de 2010, para influenciar sobre el comportamiento a partir de la aplicación de las políticas públicas, se corresponde con una estrategia pública de manipulación. Los elementos que se incluyen, y que se encuentran recogidos como objetivos en el documento, que considero un instrumento de “soft law”, como una verdadera manifestación de derecho indicativo, fueron el germen de la creación de una Unidad específica conductual y de políticas conductuales en los gobiernos del Reino Unido, a partir del 2010, con el Gabinete de David Cameron. Dichos elementos se incluyen en el Informe de 2010 del “Institute for Government”, del Gabinete del Primer Ministro, del Gobierno del Reino Unido, “MINDSPACE: Influencing behavior through public policy” (MINDSPACE: Influenciar el comportamiento mediante las políticas públicas)³⁰⁹.

Este Informe parte de que “la mayoría de las políticas públicas tiene como objetivo cambiar, modificar o moldear nuestro comportamiento, ya sea a partir de instrumentos considerados de “hard law”, como la legislación, la regulación o la coacción, que suelen ser muy efectivos pero costosos y en algunos supuestos inapropiados. A partir de instrumentos considerados “soft law”, el

(removedores de estiércol), cronistas que se dedicaban a denunciar escándalos de corrupción e injusticias sociales y laborales. Para convencer a sus ciudadanos de la necesidad de entrar en la Guerra había que alimentar las pasiones patrióticas, convertir a los alemanes en enemigos odiados y temidos, difundir la necesidad de aceptar sacrificios y apretarse el cinturón, favorecer el alistamiento de voluntarios y fomentar la compra de bonos de guerra. Consultado en: [https://www.si.edu/spotlight/Conociendo a los Presidentes: Woodrow Wilson | Smithsonian Institution; Así inventó EE. UU. la propaganda de estado](https://www.si.edu/spotlight/Conociendo_a_los_Presidentes:_Woodrow_Wilson_|_Smithsonian_Institution;_Así_inventó_EE._UU._la_propaganda_de_estado) (<https://www.muyinteresante.es>)

³⁰⁹ El “Behavioral Insights Team” (BIT -Equipo de Análisis –percepción- del comportamiento-), se crea a partir de los resultados de este informe elaborado por el “Institute for Government”,

TESI DOCTORAL

Gobierno, a menudo, se vuelve menos coercitivo, utilizando medidas que también son muy eficaces, como aprobación de incentivos (por ejemplo, mediante la aprobación de impuestos especiales), actuaciones de información (por ejemplo, campañas de sensibilización y orientación en materia de salud pública), o comunicaciones sofisticadas de carácter técnico”.

En dicho Informe se considera que la teoría conductual se puede aplicar en dichas herramientas de “soft law”, mejorándolas a partir de la evidencia científica de su influencia en el comportamiento de los individuos y en el colectivo. Pero se evidencia la “existencia de nuevas formas potencialmente más efectivas con las que el Gobierno podría modificar el comportamiento, consiguiendo un «cambio de opinión» en los individuos, a partir de la técnica de proporcionar «palos y zanahorias», al mismo tiempo que información precisa, con lo que las personas sopesarían los costos y beneficios de sus acciones y actuarían en consecuencia”. Dicho postulado sobre la intervención pública se motivaba a partir de la “evidencia empírica de que las personas no siempre tienen un comportamiento «perfectamente racional»”.

Asimismo, en el Informe se considera que “para mejorar el bienestar individual y el bienestar social, debía actuarse a través de enfoques basados en «contextos cambiantes», es decir, actuando sobre el entorno en el que tomamos las decisiones y respondemos a las señales que existen en el mismo. Dicha intervención tiene el potencial de generar cambios significativos a un costo relativamente bajo, interviniendo directamente sobre la decisión a adoptar por el individuo”.

un “Think Tank” del Gabinete del Primer Ministro, del cual pasó a depender el BIT, a partir de su creación en 2010, como se explicó en las Cuestiones preliminares.

TESI DOCTORAL

El “Institute for Government”, antecedente del BIT, en dicho Informe utiliza un recurso mnemotécnico, para identificar las 9 acciones con las que influenciar en el comportamiento de una forma no coercitiva, con el acrónimo MINDSPACE, que al mismo tiempo se traduce como Espacio mental, y que se puede utilizar como un “checklist”, como una lista de verificación y de evaluación, en la elaboración de políticas públicas conductuales, que también considero que se puede aplicar en el proceso de diseño de la actuación de la Administración mediante la Arquitectura de la elección, o para testar si la actuación de la Administración se corresponde con un carácter conductual.

La estructura y contenido esencial que figura en el Informe, que se complementa con otras aportaciones doctrinales y propias, parte de desarrollar cada una de las letras del acrónimo con su referente evaluativo para identificar la acción conductual.

M, como Messenger (Mensajero), para identificar que se está fuertemente influenciados por quién comunica la información, la relación con el emisor, y cómo nos afecta. Cuando se percibe a los mensajeros como poseedores de altos niveles de autoridad, o dignos de admiración es más probable que se les crea y se sigan sus consejos y directivas. Por dicho motivo en la comunicación de las acciones de los Gobiernos durante la pandemia, tenía gran relevancia la intervención del personal sanitario de primera línea para que se aceptara que quedarse en cas comportaba protegerse del virus.

I, como Incentives (Incentivos), para identificar que las respuestas a los incentivos se encuentran formadas por atajos mentales predecibles, con los que se pretende evitar las pérdidas, teniendo en cuenta que los

TESI DOCTORAL

incentivos no son solo financieros sino también el cálculo de costes y beneficios sobre nuestra conducta.

N, como “Norms” (Normas sociales), para identificar que se está fuertemente influenciados por lo que hacen los demás, teniendo en cuenta que el poder de las normas se representa en el castigo social por su incumplimiento y en los beneficios sociales por actuar conforme a las mismas.

D, como “Defaults” (Por defecto), para identificar que se actúa con el flujo de opciones preestablecidas, como las marcas en el suelo durante la pandemia del COVID-19 para acceder a determinados establecimientos, o en las entidades financieras o supermercados para esperar el turno a ser atendidos.

S, como “Salience” (Prominencia), para identificar que la atención se dirige a los hechos más recientes y que parecen relevantes, como ocurre cuando circulamos por determinadas vías, con las señales intermitentes de atención o emoticonos con caras de alegría o enfado, para reducir la velocidad, así como en la información de datos y estadísticas, como respecto a accidentes mortales de tráfico, en las que nos podemos identificar.

P, como “Priming” (Preparación), para identificar que los actos, a menudo, pueden ser influenciados por señales subconscientes, como elementos visuales (las mascarillas, en el COVID.19), la utilización de

TESI DOCTORAL

determinados términos (palabra, cara, manos, distancia, en el COVID.19), o sensaciones (como la propia utilización de las mascarillas en el COVID.19), todo lo cual incide directamente en nuestro cambio de comportamiento, y es el mayor determinante del riesgo de manipulación en la actuación de la Administración, como nos recuerda Dodsworth (2020: 123).

A, como “Affect” (Afecto), para identificar que las asociaciones emocionales pueden moldear poderosamente las acciones. Dodsworth (2020: 124), considera que a partir de los estudios sobre el recuerdo que tenemos según estemos contentos, tristes o sintamos miedo, se ha concluido que existe un efecto de congruencia con el estado de ánimo que comporta que una persona se fije y recuerde de forma selectiva la información que sea consistente con su estado de ánimo del momento. Lo cual, en el estado de miedo, incide en un sesgo que motiva que la atención se centre selectivamente en los peligros potenciales en el momento actual, representado amenazas futuras y desastres en potencia. Para dicha autora, estos resultados se han utilizado en la pandemia del COVID-19, para garantizar el cumplimiento masivo de las normas del estado de alarma.

C, como “Commitments” (Compromisos), para identificar que las personas son consistentes a sus promesas públicas, y responden a actos de reciprocidad, comprometiéndose con la consecución de objetivos si alguien más lo hace.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

E, como “Ego” (Ego), para identificar que las personas actúan de tal forma que se sientan mejor consigo mismas, buscando proyectar imágenes positivas, mediante un sesgo cognitivo que nos incide de forma que el mundo tenga sentido. Que en aplicación del **sesgo de correspondencia**, comportaría que nos atribuimos los buenos resultados y reprochamos a los demás los malos.

Este Informe de 2010, es el resultado de diferentes estudios realizados en diferentes servicios públicos del Reino Unido, y de la evaluación que se realizó a partir de la aplicación del “checklist” referenciado. El objetivo era cambiar el comportamiento para combatir los hábitos, a partir de respuestas programadas mediante “nudges” en direcciones diferentes a los hábitos, que entendían en el estudio como disposiciones conductuales que inciden en la repetición de acciones en circunstancias recurrentes, que se desarrollan cuando las acciones se emparejan con un evento o en un contexto, como podría ser el tomar café después de despertarse y levantarse por las mañanas, aunque el emparejamiento inicial sí respondiera a un propósito consciente.

En el Informe que analizamos se da una gran relevancia a la evaluación, para la aplicación de políticas conductuales por todos los niveles de Administración, mediante enfoques desde el Gobierno central que permitan analizar sistemáticamente sus resultados y ponerlos a disposición del resto de Administraciones, que en un procedimiento de análisis y comparación puedan aplicar las que consideren, a partir de la rentabilidad en su aplicación y su aceptabilidad por la población, para fortalecer las relaciones sociales y apoyar hábitos de vidas saludables y prósperas. Finalmente, se valora positivamente la

TESI DOCTORAL

legitimidad de la intervención del Gobierno en el cambio del comportamiento, considerando que no era necesaria la aceptación ciudadana para implantar las políticas públicas conductuales, a pesar de reconocer que las ciencias conductuales tienen implicaciones para el consentimiento y la libertad de elección, de las personas que puede condicionar.

Respecto a dicha característica, Dodsworth (2021: 82), destaca la posibilidad de manipulación con la utilización de la técnica del “nudge”, y citando a Claire Fox³¹⁰, considera que “la teoría del «nudge»” no tiene que ver con negar ciertas elecciones o hacer que otras se vuelvan difíciles. Se emplea para evitar que se den argumentaciones y, en vez de eso, manipular a la gente sin que se dé cuenta. Se trata de un verdadero atropello a la capacidad de la gente de tomar sus propias decisiones. Nos tratan como a ratas de laboratorio. Si la gente no hace algo, no es porque sea incapaz de hacerlo. Es porque ha elegido no hacerlo”.

La tesis de Fox, por muy impactante que parezca y con poca base científica que se ofrezca, se anuda en los planteamientos críticos, realizados a partir de amplios estudios empíricos de Gigerenzer y Pinker, a los que se ha hecho referencia en los dos primeros Apartados de esta Tercera parte de la Tesis.

Esta es una patología determinante del desarrollo del enfoque de la Perspectiva cognitiva para garantizar la libertad, la igualdad, la accesibilidad cognitiva, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que permitan a la persona realizarse plenamente, y reconocerse como tal.

³¹⁰ Directora del “Institute of Ideas”, que trabaja a favor de la libertad de expresión y del debate abierto en la esfera pública.

TESI DOCTORAL

***Los diseños oscuros y la manipulación digital*³¹¹.**

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en una Declaración de 13 de febrero de 2019, sobre las capacidades de manipulación de los procesos algorítmicos, en sus considerandos 8 y 9, nos indica que “las herramientas de aprendizaje automático de hoy en día son cada vez más capaces no solo de predecir opciones, sino también de influir en las emociones y los pensamientos y cambiar el curso de una acción o comportamiento, a veces subliminalmente. Los peligros que amenazan a las sociedades democráticas, vinculados a la posibilidad de utilizar esa capacidad para manipular y controlar no sólo las opciones económicas, sino también el comportamiento social y político, se han conocido recientemente”. En este contexto, el Consejo de Europa destaca el “deber de prestar especial atención al inmenso poder que el progreso tecnológico confiere a quienes, ya sean entidades públicas o actores privados, pueden utilizar estas herramientas algorítmicas sin una supervisión o control democrático adecuado, puesto que los niveles muy sutiles, subconscientes y personalizados de persuasión algorítmica pueden tener efectos significativos

³¹¹ Ponce (2021b y c), se refiere a los “nudges digitales” y diseños oscuros, tal como hicimos referencia en las Cuestiones preliminares, que se reitera en cuanto a los conceptos, para la facilidad de comprensión en este apartado. Dicho autor define el *nudging* digital como “el uso de elementos de diseño de interfaz de usuario para guiar el comportamiento de las personas en entornos de elección digital. Los entornos de elección digital son interfaces de usuario - como formularios web y pantallas de ERP (*Enterprise Resource Planning*)- que requieren que las personas hagan juicios o tomen decisiones”, considerando que “los diseños oscuros están hechos, pues, para aprovechar nuestros sesgos cognitivos, que como humanos y consumidores nos afectan en nuestra toma de decisiones, y nuestras emociones en nuestro perjuicio y en favor de las empresas privadas que actúan como arquitectas de nuestra elección”. Asimismo nos da noticia de la legislación californiana, en la *California Privacy Rights Act* (CPRA), de 2020, aprobada para regular la protección de datos y de la intimidad que completa la de protección de los consumidores en sus relaciones digitales con las empresas, y la utilización de sus datos y su geolocalización, incluyendo asimismo la prohibición de lo que se denomina diseños oscuros, en la definición expuesta por Ponce.

TESI DOCTORAL

en la autonomía cognitiva de los ciudadanos y su derecho a formarse una opinión y tomar decisiones independientes”. Estos efectos no pueden subestimarse incluso si no están suficientemente estudiados. “No sólo pueden socavar el ejercicio y el disfrute de los derechos humanos individuales, sino que también pueden conducir a la erosión de los cimientos mismos del Consejo de Europa. Sus pilares centrales de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho se basan en la creencia fundamental en la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos como agentes morales independientes”. Ello lleva al Comité de Ministros a llamar la atención sobre la “creciente amenaza que emana de las tecnologías digitales avanzadas, que pone en tela de juicio el derecho de los seres humanos a formarse opiniones y tomar decisiones independientemente de los sistemas automatizados. Debe prestarse especial atención a su capacidad de utilizar datos personales y no personales para clasificar y microorientar a los ciudadanos, identificar vulnerabilidades individuales, explotar conocimientos predictivos precisos y reconfigurar entornos sociales para lograr objetivos específicos y responder a intereses particulares”. Entre otras recomendaciones efectúa la de “iniciar, dentro de los marcos institucionales apropiados, debates públicos abiertos, informados e inclusivos con miras a proporcionar orientación sobre la frontera entre las formas permisibles de persuasión y la manipulación inaceptable. Esto puede tomar la forma de influencia subliminal, que explota las vulnerabilidades existentes o los sesgos cognitivos, y / o invade la independencia y autenticidad de la toma de decisiones individuales. Así mismo, se recomienda adoptar medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar que existan salvaguardias jurídicas eficaces contra tales formas ilícitas de interferencia”.

TESI DOCTORAL

En esa línea se orienta el objeto de esta Tesis, a partir del establecimiento y ordenación jurídica del enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración, que tal como se destaca en la Declaración, intenta dar respuesta al papel social del mundo académico en el desarrollo de investigaciones basadas en la evidencia e institucionalización de órganos independientes e interdisciplinarios que asistan a los responsables de la toma de decisiones, sobre la capacidad de las herramientas algorítmicas para mejorar o perturbar la soberanía cognitiva de los ciudadanos, teniendo en cuenta la diversidad que existe en las sociedades, incluyendo a usuarios de todos los orígenes y edades, y centrándose no solo en sus comportamientos como consumidores, sino también en los efectos más amplios sobre su bienestar emocional y sus elecciones personales en el contexto social, institucional y político en el que intervienen.

En dicho sentido, el diseño de la Arquitectura de la elección que se propugna en esta Tesis, responde a la llamada de atención que se efectúa en la Declaración del Comité de Ministros, sobre la “necesidad de evaluar adecuadamente la necesidad de adoptar medidas reglamentarias o de otro tipo, para garantizar una supervisión adecuada y democráticamente legítima del diseño, desarrollo, despliegue y uso de herramientas algorítmicas, con vistas a aplicar una protección eficaz contra las prácticas desleales y la manipulación”.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, complementó la Declaración de 13 de febrero de 2019, con la Recomendación CM/Rec (2020) 1, de 8 de abril de 2020, sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos. En la misma, se parte de que “los principios de un Estado de

TESI DOCTORAL

Derecho que rigen las relaciones públicas y privadas, como la legalidad, la transparencia, la previsibilidad, la rendición de cuentas y la supervisión, también deben preservarse en el contexto de los sistemas algorítmicos”. Y se recuerda la obligación de los Estados Miembros en virtud de la Convención de Derechos Humanos, de “abstenerse de toda violación de los derechos humanos, incluso mediante sistemas algorítmicos, ya sean empleados por ellos mismos o en el curso de sus acciones, y su obligación de establecer marcos legislativos, reglamentarios y de supervisión eficaces y previsibles capaces de prevenir, detectar, prohibir y remediar las violaciones de los derechos humanos, ya sean atribuibles a agentes públicos o privados”. En esta Recomendación se establecen determinadas Directrices, de las que se destaca una selección, manteniendo su numeración, por su afectación al objeto de la Tesis, respecto a la Arquitectura institucional del enfoque de la Perspectiva cognitiva, en cuanto a la evaluación, análisis, seguimiento, gestión de riesgos y control judicial, en cuanto a la afectación a los Derechos Humanos, por el uso nocivo de los sistemas algorítmicos y sus impactos negativos en las actuaciones que se realicen mediante al utilización de “nudges públicos” digitales:

14. El diseño, desarrollo y despliegue continuos de sistemas algorítmicos involucra a múltiples partes interesadas, incluidos desarrolladores de software, programadores, fuentes de datos, trabajadores de datos, propietarios, proveedores, usuarios o clientes, proveedores de infraestructura, actores e instituciones públicas y privadas. Además, muchos sistemas algorítmicos, ya sea que aprendan o no, operan con niveles significativos de opacidad, a veces incluso deliberadamente. Incluso el diseñador u operador, que normalmente define el propósito general y los parámetros del sistema, incluidos los datos de entrada, el objetivo de optimización y el modelo, a menudo no sabe en qué información se basa el sistema para tomar su decisión, y puede no saber con certeza los efectos directos e indirectos del sistema

TESI DOCTORAL

en los usuarios y los entornos más amplios en los que se supone que debe operar.

15. Dada esta complejidad, es esencial que los Estados miembros sean conscientes de los impactos específicos de estos procesos en los derechos humanos y que cualquier inversión en dichos sistemas vaya acompañada de oportunidades efectivas para un seguimiento, evaluación y revisión eficaces, y reparación en caso de efectos negativos o, cuando proceda, abandono de procesos que no respetan las normas de derechos humanos. Los procesos de gestión de riesgos deben detectar y prevenir el uso nocivo de los sistemas algorítmicos y sus impactos negativos. Los Estados miembros deben basarse en el principio de cautela y exigir el rechazo del despliegue de determinados sistemas cuando el despliegue entrañe un alto riesgo de daños irreversibles o su opacidad impida cualquier supervisión o control por parte de un ser humano.

4.1 Niveles de transparencia: ../..Los niveles de transparencia deben ser lo más altos posible y proporcionales a la gravedad de los impactos negativos en los derechos humanos, incluidas las etiquetas éticas o los sellos para los sistemas algorítmicos que permitan a los usuarios navegar entre sistemas. El uso de sistemas algorítmicos en los procesos de toma de decisiones, que plantean altos riesgos para los derechos humanos, debe ir acompañado de estándares particularmente altos de explicación de los procedimientos y productos.

4.3 Impugnabilidad: Las personas y grupos interesados deben disponer de medios eficaces para impugnar las disposiciones y decisiones en cuestión. Como condición previa, debe establecerse la necesidad de explicar y aclarar, de manera oportuna, imparcial, legible y accesible a las personas cuyos derechos o intereses legítimos puedan verse afectados, así como a las autoridades públicas competentes, la existencia, el proceso, la justificación, el razonamiento y los posibles productos de los sistemas algorítmicos a nivel individual y colectivo. Toda impugnación debe incluir, en particular, la posibilidad de ser oída, una revisión efectiva de la decisión y la posibilidad de obtener una decisión no automatizada. No se puede renunciar a este derecho y debe ser asequible y fácilmente exigible antes, durante y después del

TESI DOCTORAL

despliegue, incluso mediante el establecimiento de puntos de contacto y líneas directas de fácil acceso.

4.5 Recursos efectivos: Los Estados deben garantizar procedimientos judiciales y no judiciales justos, de fácil acceso, asequibles, independientes y eficaces que garanticen la consideración imparcial, de conformidad con los artículos 6, 13 y 14 de la Convención, de todas las denuncias de violaciones de los derechos protegidos por la Convención mediante el uso de sistemas algorítmicos, ya provengan de agentes del sector público o privado. A través de sus marcos legislativos, los Estados deben velar por que las personas y los grupos tengan acceso a recursos y recursos eficaces, rápidos, transparentes y funcionales en relación con sus reclamaciones. Un recurso judicial debe seguir siendo posible y accesible si los mecanismos internos de solución de controversias y otros sistemas alternativos resultan insuficientes o si cualquiera de las partes interesadas opta por la revisión judicial o las apelaciones.

5.3 Experiencia y supervisión: Los Estados deben velar por que todas las evaluaciones del impacto en los derechos humanos de los sistemas algorítmicos de alto riesgo sean revisadas e inspeccionadas por expertos independientes. Deben definirse o establecerse procesos multinivel, según proceda, para garantizar una supervisión independiente. Las evaluaciones de los efectos en los derechos humanos realizadas por los Estados o en su nombre deben ser de acceso público, evaluadas adecuadamente y supervisadas eficazmente. Esto puede reforzarse mediante la aplicación de métodos de ensayo dinámicos y la realización de ensayos preliminares, garantizando que las personas y grupos potencialmente interesados, así como los expertos competentes en el campo, sean consultados e intervenidos como agentes con poder real de toma de decisiones, cuando proceda, en las fases de diseño, ensayo y revisión.

Para evitar ese uso nocivo de los sistemas algorítmicos, y en una aplicación en la que encontramos un punto de conexión con los “nudges públicos”, en cuanto a la elaboración de los mismos sin un conocimiento de los estándares y parámetros utilizados, incluso sobre los sesgos con los que puedan haber

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

estado afectados en su elaboración, se da una gran relevancia al derecho de acceso a los mismos así como al del código fuente, como manifestación del derecho a la buena administración y transparencia³¹².

³¹² En un estudio sobre el derecho de acceso a los algoritmos y al código fuente, he explicado (López, 2021: 47-48), que “en la doctrina de los órganos consultivos en transparencia y acceso a la información pública, encontramos pronunciamientos sobre la definición de algoritmo y código fuente, delimitándolos conceptualmente. Así, en Resolución de 21/09/2016, de la Comisión de Garantía del derecho de acceso a la información pública de Cataluña, en la Reclamación 123/2016, se nos define el algoritmo como el “procedimiento de cálculo que consiste en cumplir un conjunto ordenado y finito de instrucciones con unos datos especificados para llegar a la solución del problema planteado” o “conjunto finito de reglas que, aplicadas de manera ordenada, permiten la resolución sistemática de un problema, el cual se utiliza como punto de partida en programación informática”. Respecto al código fuente en la misma Resolución del órgano de transparencia catalán, dictada en la reclamación 123/2016, se nos define como el conjunto de instrucciones escritas –en el lenguaje de programación que corresponda– del programa informático empleado para implementar el algoritmo. Definición más completa se encuentra en la Resolución 701/2018, de 18/02/2019, del Consejo de Transparencia y Buen gobierno de la Administración General del Estado, cuando se define el código fuente, el acceso al cual se deniega, como el archivo o conjunto de archivos que tienen un conjunto de instrucciones muy precisas, basadas en un lenguaje de programación, que se utiliza para poder compilar los diferentes programas informáticos que lo utilizan y se puedan ejecutar sin mayores problemas. Los usuarios pueden usar el software sin mayores preocupaciones gracias a una interfaz gráfica sencilla que se basa en el desarrollo del código fuente. El usuario no necesita saber el lenguaje de programación utilizado para desarrollar un determinado software”.

Asimismo, en dicho artículo se informa de que “el Instituto Nacional de Ciberseguridad, de la Administración General del Estado, ha elaborado en el año 2020, un glosario de términos de ciberseguridad, en el que se define el concepto “seguridad por oscuridad”, como aquella que “pretende emplear el secreto de implementación de un dispositivo o programa; es decir, encubrir cómo está construido interiormente para evitar sufrir ataques o vulnerabilidades y tratar de aumentar así el nivel de seguridad. Sin embargo, esta técnica ha sido ampliamente discutida, demostrando que no es efectiva y que incluso es contraproducente, ya que pueden existir vulnerabilidades solo conocidas por unos pocos que permitirían romper la seguridad de lo que se pretende encubrir”. Por dicho motivo ante una aplicación ponderada de los bienes jurídicos en colisión, el ejercicio del derecho de acceso y la aplicación del principio de seguridad por oscuridad, en el desarrollo del código fuente en la actuación administrativa, motivan la prevalencia del derecho de acceso, por su conexión directa con el derecho de defensa, con el derecho a la información sin injerencias de la Administración y con el principio de transparencia que informa la actuación de la Administración Pública. Se podría considerar que no existe un régimen jurídico para la aplicación de los algoritmos y códigos fuente en los diversos ámbitos del Derecho, por lo que se debe estar a cada aplicación de inteligencia artificial realizada por las Administraciones Públicas, para poder conocer su finalidad y su integración en el ordenamiento jurídico. Ello comporta que su valoración jurídica requiera del

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

acceso a los mismos, de poder obtener la información de qué aplicaciones de inteligencia artificial utilizan las Administraciones Públicas en sus actuaciones automatizadas, quiénes las han desarrollado y cuáles son sus características y funcionamiento en el resultado final de la actuación administrativa. Ello comportaría establecer como garantía jurídica en el ámbito de la transparencia y el buen gobierno, la realización de una publicidad activa de los algoritmos y códigos fuente utilizados por las Administraciones Públicas. Publicidad que se materializaría según los diferentes usos en los procesos de toma de decisiones para producir las mismas. El algoritmo y el código fuente estarían configurados de modo que, atendidos los datos introducidos en el sistema, se generaría un resultado que produciría los efectos jurídicos correspondientes en cada caso. En aplicación de criterios que permitan la efectividad del derecho de acceso a partir de la previsión en Instrumentos internacionales, España ha formado el 23 de noviembre de 2021, por el representante ante el Consejo de Europa, el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos oficiales, hecho en Tromsø (Noruega), el 18/06/2009, en ejecución de la Recomendación (2002) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21/02/2002, sobre el acceso a los documentos oficiales”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 10/07/2006, As. Sdružení Jihočeské Matky, c. República Checa (en doctrina establecida en STEDH de 28/09/2004 –As. Loiseau c. Francia-, y que ha mantenido en SSTEDH 14/04/2009 –As. Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría- y 16/08/2009 –As. Kennedy c. Hungría-), ha anudado el derecho de acceso a la información pública en el derecho de recibir información sin injerencia de la Administración, contemplado en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.”

“En cuanto a la proyección del derecho de acceso al algoritmo en la actuación administrativa automatizada, se ha considerado su viabilidad, en la Resolución de 21/09/2016, de la Comisión de Garantía del derecho de acceso a la información pública de Cataluña, ya citada, vinculándolo al derecho de defensa de las personas interesadas cuando quienes acreditan un interés legítimo reclaman el algoritmo matemático. Pero también en la medida en que se encuentren en poder de la Administración, constituyen información pública a los efectos del art. 2.b) L. 19/2014, que contiene un conjunto de definiciones teniendo en cuenta la noción amplia de información pública que se contiene en el art. 13 L. 19/2013, y 19.1 L. 19/2014 cuando se prevé que el derecho de acceso a la información pública se proyecta sobre los contenidos o documentos cualquiera que sea su formato o soporte en que esta información haya sido elaborada o en que se conserve, y desde la consideración del derecho de acceso como un derecho subjetivo en el art. 2.c) L. 19/2014”.

Desde el Derecho comparado, he explicado (López, 2021: 48) siguiendo a Carloni (2020), que “ha tenido una gran relevancia para construir los parámetros jurídicos que conforman el derecho de acceso al algoritmo y que son reconducibles en el supuesto de los “nudges públicos”, la doctrina establecida por el Consejo de Estado italiano, en diferentes sentencias, sobre el derecho de acceso a los algoritmos por parte de los interesados, como manifestación de los principios de transparencia y buena administración. Se postula el derecho a conocer el algoritmo, desde una interpretación mejorada del principio de transparencia, entendida como transparencia y trazabilidad algorítmica (Patroni Griffi, 2018: 1-12). Disponible en: <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Un principio según el cual debe siempre asegurarse al

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

ciudadano la comprensión de la regla que guía la decisión, incluso cuando esta se expresa «en un lenguaje distinto al jurídico» y debe asegurarse su trazabilidad. En este sentido, siguiendo las indicaciones de la jurisdicción administrativa, el «conocimiento del algoritmo debe garantizarse en todos los aspectos: desde sus autores hasta el procedimiento utilizado para su elaboración, el mecanismo de decisión, incluidas las prioridades asignadas en el procedimiento de valoración y decisión de los datos seleccionados como relevantes» (Consejo de Estado italiano, sentencia 2270/2019, de 06/12/2018). Conclusión que se ratifica por el Consejo de Estado italiano en sentencia 8472/2019, de 05/12/2019, cuando se afirma la necesidad de acompañar los procedimientos robóticos con «un reconocimiento reforzado del principio de transparencia que también implica el conocimiento completo de una regla expresada en un lenguaje diferente del jurídico». Todo ello, como afirma la sentencia 2270/2019, «a fin de poder verificar que los resultados del procedimiento robotizado sean conformes a las prescripciones y las finalidades establecidas por la ley o la propia Administración sobre dicho procedimiento y para que queden claras —y, por lo tanto, sean cuestionables— las modalidades y reglas a partir de las que se haya programado». La decisión algorítmica, y, por tanto, el algoritmo que conduce a la decisión, deben estar a disposición del ciudadano, pero también sujetas a la plena competencia de la jurisdicción, que debe poder valorar su racionalidad, proporcionalidad y coherencia (Esposito, G. M., 2019, «Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo». *Diritto e processo amministrativo*. Fasc. 1: 39-68). Este requisito de transparencia y conocimiento, atribuible en términos esenciales «al principio de motivación y/o justificación de la decisión», adquiere una relevancia sustancial como se indica en la sentencia 8472/2019, en la que también se establece la necesidad del «pleno conocimiento del módulo utilizado y de los criterios aplicados». De la sentencia 8472/2019, del Consejo de Estado italiano, anteriormente citada, se deriva, teniendo como referencia la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 –INL–), la posibilidad de construir como principios generales del Derecho en la aplicación de la inteligencia artificial, el de cognoscibilidad, el de no exclusividad de la decisión algorítmica o derecho de intervención humana y el de no discriminación algorítmica, el cual debería permitir la corrección de los elementos que pudieran conducir a resultados discriminatorios contrarios al principio de igualdad en cualquiera de sus manifestaciones». Dichos principios los considero igualmente predicables en la aplicación por la Administración de la técnica del «nudge público». En reacción al derecho de acceso, el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de marzo de 2020 (RC 600/2018), al conocer sobre el derecho de acceso a información de la Casa Real, que era anterior a la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de Transparencia, ha declarado en interés casacional que la información pública, respecto de la que se ejercita el derecho de acceso, no se limita únicamente a la elaborada tras la entrada en vigor de la Ley, el 10 de diciembre de 2014, estableciendo que el derecho de acceso a la información pública se anuda en el art. 105.b) CE y en los principios generales que rigen la actuación de la Administración, de acuerdo con la previsión contenida en el art. 103.1 CE, no pudiendo limitarse por vía jurisprudencial, lo que no se limita en la propia Ley, debiéndose respetarse el principio de transparencia previsto en el art. 3.1.c) LRJSP. Esta referencia jurisprudencial, llevó a la Fundación Ciudadana CIVIO a interponer recurso contencioso-administrativo, contra la denegación por resolución de 18 de febrero de 2019, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, respecto al acceso al Código fuente de la aplicación informática BOSCO, con la que se gestionan las ayudas previstas en el

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

La Unió europea, ante esos usos nocivos ha promovido la Propuesta COM (2021) 206 final, de 21 de abril de 2021, de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unió. Dicha Propuesta de Reglamento se complementa con la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la IA en la era digital (2020/2266(INI)). En la Propuesta de Reglamento se dedican los

Bono social, por el Ministerio de Transición Ecológica. Dicho recurso tramitado con el núm. 18/2019, fue desestimado por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de la Audiencia Nacional, en sentencia de 30 de diciembre de 2021, al considerarse, entre otras razones, que "no existe ninguna norma que imponga a la Administración el desarrollo de aplicaciones con fuentes abiertas ni la adquisición de software libre". Sentencia que se impugnó en apelación en fecha 3 de febrero de 2022, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de la Audiencia Nacional. Apelación a la que se ha opuesto la Abogacía General del Estado, pero no así el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que en escrito de 10 de mayo de 2022, expresamente manifiesta apartarse de la oposición a la apelación presentada por la Abogacía General del Estado en su nombre, que solicita no se provea, y motiva en la existencia por parte de dicho órgano de asistencia jurídica del Estado de un conflicto de intereses. Documentación consultable en <https://civio.es>. *El Consejo de Transparencia ya no se opone a nuestra petición de liberar el código fuente del bono social.*

Respecto al carácter normativo de los algoritmos, así como de los códigos fuente, he puesto de manifiesto (López, 2021: 49), mi consideración respecto a que la naturaleza jurídica de los mismos, se corresponde con la de las disposiciones de carácter general, incluyendo a los códigos fuente, matizando la posición de una doctrina que argumenta el carácter reglamentario respecto de los algoritmos. Dicha doctrina se encuentra principalmente recogida en Andrés Boix Palop (Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020), Alejandro Huergo Lora (Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo, en Huergo Lora, A. (dir.); Gustavo Manuel Díaz González (coord.), *La regulación de los algoritmos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 23-87), José Ignacio Cubero Marcos (Potestad administrativa de inspección e inteligencia artificial: cuestiones controvertidas. 2ª Jornada. Observatorio Sector Público e Inteligencia Artificial. Universidad de Cádiz). Mi posición la sustenté al considerar que "en todo caso, lo que no se puede obviar es su aproximación a la naturaleza jurídica de una disposición de carácter general, al integrarse en la norma que regule ese procedimiento administrativo en que se apliquen, y que por lo tanto queden integrados en las garantías jurídicas de su tramitación" (p. 49).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

arts. 10.2.f) y 15.3, al examen, en los sistemas de IA de alto riesgo³¹³, de los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba someténdolos a prácticas adecuadas de gobernanza y gestión de datos atendiendo posibles sesgos. Así como se prevé la obligación respecto a los sistemas de IA de alto riesgo, de que sean resistentes a los errores, fallos e incoherencias que pueden surgir en los propios sistemas o en el entorno donde operan, en particular a causa de su interacción con personas físicas u otros sistemas. Aspectos que deberán realizarse, como se recomienda en la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, teniendo en cuenta la importancia de abordar los retos que plantea la IA a los derechos fundamentales, permitiendo así que la IA se convierta efectivamente en un instrumento al servicio de las personas y la sociedad y que persiga el bien común y el interés general; concluyéndose en dicha Resolución que, “para generar confianza en la IA entre los ciudadanos, sus derechos fundamentales deben protegerse en todos los aspectos de la vida, también en el contexto del uso de la IA en la esfera pública y en el lugar de trabajo; debiéndose tener en cuenta la Perspectiva de género y la no discriminación de ningún colectivo, en cuanto a la necesidad de reflejar los derechos, los objetivos y los intereses de las

³¹³ Se recogen en el Anexo I y III de la Propuesta de Reglamento y se refieren a sistemas que contemplan las Estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una amplia variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo. Estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, especialmente la representación del conocimiento, la programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico). Estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización. Así mismo contemplan los que tiene como objeto el desarrollo de: Identificación biométrica y categorización de personas físicas; Gestión y funcionamiento de infraestructuras esenciales; Educación y formación profesional; Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo; Acceso y disfrute de servicios públicos y privados esenciales y sus beneficios; Asuntos relacionados con la aplicación de la ley; Gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo; Administración de justicia y procesos democráticos.

TESI DOCTORAL

mujeres y las comunidades minoritarias en la transición digital; destacándose que los servicios públicos y sus estructuras administrativas deben dar ejemplo; destacándose que la Unión debe acelerar la adopción de los sistemas basados en la IA y la Administración electrónica para facilitar el uso seguro de la IA en las Administraciones públicas; destacándose, además, que la IA puede desbloquear nuevas soluciones en el sector sanitario si los riesgos se gestionan adecuadamente y si el principio de acceso equitativo a la asistencia sanitaria se extiende plenamente a las aplicaciones de IA relacionadas con la salud”. En dicho sentido, he considerado (López, 2020: 66-67), que “no se generará confianza si además de garantizarse la protección de los derechos fundamentales en el desarrollo y aplicación de la IA, la Administración no actúa desde la proyección de la ética sobre la IA, la robótica y la tecnología cuántica. En dicho sentido, el Grupo Europeo sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías, por iniciativa de la Dirección General de Investigación e Innovación de la Comisión de la UE, en documento de marzo de 2018, propone un conjunto de principios éticos fundamentales y prerequisites democráticos, basados en los valores establecidos en los Tratados de la UE y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, como primer paso para alcanzar la formulación de un conjunto de directrices éticas que sirvan de base para el establecimiento de normas y medidas legislativas globales”.

Principios que asimismo, los considero de aplicación en el diseño de la Arquitectura de la elección y aplicación de la técnica del “nudge público”, conformando el contenido jurídico del enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración de carácter conductual.

TESI DOCTORAL

Dichos principios se concretan y desarrollan en los de dignidad humana; autonomía personal; responsabilidad de la Administración; garantía de justicia, equidad y solidaridad como finalidad en la actuación de la Administración; libertad individual y colectiva; igualdad; democracia como principio de gobierno, que en su afectación al enfoque de la Perspectiva cognitiva y al enfoque ético, se vincula con la defensa de los Derechos Humanos y del Estado de derecho; Estado de derecho y rendición de cuentas; seguridad, protección e integridad física y mental: protección de datos y privacidad; sostenibilidad; y autonomía del individuo frente al gobierno de un razonamiento mecánico; analizándose la necesidad o no de nuevos instrumentos jurídicos y de gobernanza. Principios que se reconocen en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 –INL–), que incorpora un Anexo con un código de conducta ética para los ingenieros en robótica, instando a que por parte de los investigadores en el campo de la robótica deberían “comprometerse a adoptar una conducta estricta en materia de ética y de deontología, desde el respeto a los derecho fundamentales, a que las actividades que se realicen estén al servicio del bienestar” y la autodirección informativa que engloba la autodeterminación de las personas y de la sociedad en general, se respeten en todo momento “la dignidad y la autonomía del individuo, tanto física como psicológica, y se actúe de conformidad con el principio de precaución, anticipándose a los posibles impactos de sus resultados sobre la seguridad y adoptando las precauciones debidas, en función del nivel de protección, al tiempo que se fomenta el progreso en beneficio de la sociedad y del medio ambiente”.

TESI DOCTORAL

Conducta ética vinculada al concepto de integridad pública, que ha de orientar y servir como parámetro de supervisión en la conducta de los arquitectos de la elección y como canon de control de la legalidad en la actuación de la Administración, para identificar y evitar las patologías que pudieran afectar a la equidad y a la libertad individual, así como las que puedan derivarse de la posible existencia de los diseños oscuros y la manipulación digital.

Desde un enfoque conductual, se ha analizado en el Informe de la OCDE 2018, sobre “la integridad pública desde una perspectiva conductual. El factor humano como herramienta anticorrupción”. Dicho Informe parte de que “la elección humana está en el núcleo de la integridad. Se pone de manifiesto que diferentes investigaciones sobre el comportamiento han revelado dos determinantes de la integridad: la dinámica interna de cómo los individuos toman decisiones morales y cómo estas decisiones son a su vez influenciadas y moldeadas por otras personas”. El Informe presenta cómo la perspectiva conductual, en nuestro enfoque, Perspectiva cognitiva, podría contribuir a que las políticas de integridad y anticorrupción sean más eficaces y eficientes, “incluyendo aplicaciones de políticas concretas y proporcionando una guía para los responsables de las políticas sobre cómo utilizar la perspectiva conductual en el diseño de políticas de integridad y anticorrupción”. Teniendo en cuenta que “las políticas públicas influenciadas por los estudios de las ciencias del comportamiento y las neurociencias, son una realidad”, así como la utilización de una técnica de las ciencias de la conducta, como es el “nudge”, se reafirma el enfoque de la Perspectiva cognitiva como determinante jurídico en la actuación de las Administraciones públicas y de sus profesionales, y su vínculo con la ética y la integridad.

TESI DOCTORAL

En el Informe de referencia se indica que “los sistemas de integridad pública tienen por objetivo promover entre los servidores públicos decisiones alineadas con el interés público. Como consecuencia, se destaca que numerosas políticas de integridad buscan orientar y regir, directa o indirectamente, las decisiones y las conductas humanas”. A pesar de ello, se considera en dicho Informe que “la perspectiva del comportamiento se sigue descuidando al elaborar políticas de integridad”. Se pone de manifiesto que “la investigación en diversos campos científicos sobre cognición y comportamiento humano (incluyendo psicología, neurociencia, sociología y economía) ha producido hallazgos que ofrecen valiosas enseñanzas y nuevas perspectivas”³¹⁴. Por dicho motivo se considera que “las políticas de control y gestión de riesgos, basadas en el comportamiento y diseñadas para prever los puntos ciegos éticos humanos, ayudarán a reducir los errores”.

Se parte de la certeza empírica de que “el error humano es un desafío para las evaluaciones que se basan únicamente en el criterio humano”. Sin embargo, se considera que “los seres humanos a menudo yerran sistemáticamente, por lo tanto, ciertos errores de juicio se pueden anticipar y evitar”, interviniendo sobre los sesgos y las heurísticas cuando el juicio en situaciones de incertidumbre se realiza a partir de la intervención del Sistema 1 o intuitivo.

Asimismo, el Informe de 2018 dedica un apartado específico a los “nudges” para “garantizar la integridad, como intervenciones de bajo coste, que se aplican en políticas públicas en todo el mundo”. Se pone de manifiesto que “su uso generalmente está destinado a superar un desafío determinado respecto al

³¹⁴ Como resultado de las investigaciones sobre el comportamiento humano, en el Informe se pone de manifiesto que “los encargados de formular políticas de todo el mundo aplican cada vez más la información conductual, a otras áreas de la política pública”, como se recoge en

TESI DOCTORAL

comportamiento dentro de un diseño de políticas (p. ej., cuando las personas olvidan inscribirse en un programa)”. Se explica que “las iniciativas conductuales se utilizan para incrementar la eficacia de las políticas o procedimientos de integridad en un sistema de integridad, considerándose que las iniciativas conductuales pueden operar cuando el éxito de una normativa o procedimiento se ve comprometido por las percepciones y juicios subjetivos de quienes toman decisiones”. Aspecto del todo relevante en el diseño de la Arquitectura de la elección que se puede evitar desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva, que incorpora la evaluación previa y posterior de la Arquitectura de la elección diseñada.

Respecto al sesgo de aversión a la pérdida o de ganancias y pérdidas, en dicho Informe se recoge la constatación de que “la forma en que se presentan las opciones altera el resultado de una decisión”. Se pone como ejemplo que los humanos generalmente tienen aversión a las pérdidas. Como resultado, “la mayoría de las personas se comporta de manera diferente ante una pérdida potencial, en comparación con una ganancia potencial”. Esta preferencia se considera en el Informe que también “afecta las decisiones éticas, como se ha acreditado en experimentos que mostraron que las personas tienen más probabilidades de actuar de forma no ética para evitar una pérdida que para obtener una ganancia” (Kern and Chugh, 2009, *Bounded ethicality: The perils of loss framing*). El Informe plantea como intervención la utilización de la técnica del “nudge”, la cual comporta una alteración en el proceso decisional mediante “la Arquitectura de la elección, destacándose la forma en que se

diferentes referencias (Economist, The, 2017[1]); (European Commission, 2016[2]); (OECD, 2017[3]); (World Bank, 2015[4]).

TESI DOCTORAL

presenta una opción a las personas sin limitar las opciones involucradas. Se basa en investigaciones conductuales que mapean los diversos sesgos de la percepción humana en la toma de decisiones. Al considerar las diferentes formas en que las elecciones humanas difieren de las predicciones racionales, la Arquitectura de elección puede ayudar a las personas a elegir una buena opción en su propio interés”.

En el Informe que reproducimos en los aspectos vinculados al objeto de la Tesis, para dar relevancia a la necesidad del enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración pública, se identifican las que considero como intervenciones que se pueden tener en cuenta en el diseño de la Arquitectura de elección, que incluyen (i) “cambios en la redacción, nombres y comunicación”; (ii) “cambios en el entorno físico”; (iii) “cambios en procedimientos y formularios”; (iv) “uso de retroalimentación e interacción”; (v) “reconocimientos, establecimiento de objetivos y compromiso”. Ello comporta que “la identificación de un área de aplicación potencial para las iniciativas conductuales, en el diseño de la Arquitectura de la elección requiera un análisis detallado del problema a resolver”.

En dicho sentido, en el Informe se recoge un diagrama del proceso de intervención conductual, que se incorpora en la Figura 12, de ayuda para que las decisiones de los individuos les beneficien, en coincidencia con la consecución de una finalidad pública de interés general. Dicho diagrama contempla un proceso de análisis en el que de forma previa se debe identificar el problema o situación sobre la que se quiere intervenir, por parte del arquitecto público, a partir de una comprensión del contexto en el que se desarrollará la intervención. En ese contexto y ante el problema o situación

TESI DOCTORAL

identificados, se estudiará desde las ciencias conductuales, la neurociencia, la semiótica o la lingüística cognitiva, en qué contribuye el comportamiento del individuo o colectivo al problema o situación sobre los que se pretende intervenir, y las causas de dicho comportamiento.

Esta parte del proceso permitirá identificar el interés a largo plazo del individuo o la colectividad sobre los que se intervenga y el rediseño en consecuencia de las correspondientes políticas públicas. Dicho proceso de análisis llevará al arquitecto público a diseñar la iniciativa que desarrollará con la técnica cognitiva que corresponda, en el supuesto que estudiamos en esta investigación, mediante la técnica del “nudge”, o con otras medidas o técnicas, como las derivadas de la aplicación de la neurociencia, la lingüística cognitiva o la semiótica, el marketing social, medidas de derecho indicativo, como Informes, Advertencias o Recomendaciones, o de derecho imperativo, con efectos jurídicos sobre las personas, o cualesquiera otra, que en todo caso se encontrarán suficientemente motivadas e informadas.

Se debe aplicar en dicho diseño, el enfoque de la Perspectiva cognitiva, que comportará acreditar que en la actuación de la Administración pública de carácter conductual se garantiza el respeto a los derechos humanos (recogidos en los Tratados Internacionales), a los derechos fundamentales (recogidos como tales en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la CE), a los derechos constitucionales y libertades públicas (resto de derechos y libertades recogidos en la CE) a los valores superiores del ordenamiento jurídico (recogidos en el art. 1.1 CE), y a los principios y

TESI DOCTORAL

obligaciones ordenadores de la actuación de la Administración (recogidos en los art. 9, 10, 103.1 y 105 de la CE y en el art. 3 de la LRJSP).

Iniciativa que debe ser probada o experimentada, para constatar su eficacia o no, en cuanto a la consecución de la finalidad pública que se pretende. Teniendo en cuenta que si de dicha prueba deriva su ineficacia para conseguir la finalidad pública pretendida, debe volverse a la fase de comprensión del contexto en el que se desarrollará la intervención. Pero si resulta eficaz, deberá intensificarse la medida.

La metodología incluida en este proceso de intervención conductual, es la que considero de aplicación en esta investigación, en la intervención por parte de la Administración mediante la Arquitectura de la elección, desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva.

Proceso que debe quedar documentado, incorporando la correspondiente motivación en cada una de las fases, así como respecto a las herramientas que se identifiquen para su aplicación, en una intervención conductual. **Categoría de “conductual” que, como ya he apuntado en esta Tesis, no asocio a las teorías así conocidas en psicología, economía o derecho, nacidas en la literatura científica especializada, principalmente de los Estados Unidos, sino en cuanto a la intervención sobre el comportamiento individual o colectivo mediante herramientas de las ciencias sobre el comportamiento o conductuales, de la neurocienciocognitiva, de la semiótica, de la lingüística cognitiva, o de la IA, esencialmente.**

TESI DOCTORAL

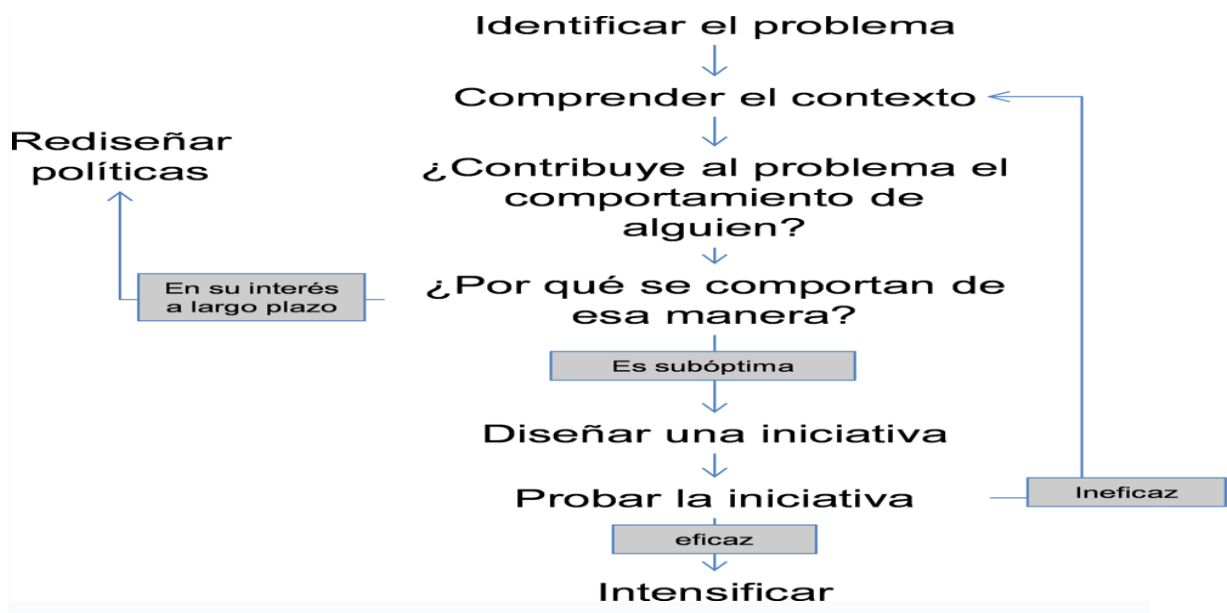


Figura 12: Diagrama de intervención conductual. Fuente: Informe OCDE 2018, “La integridad pública desde una perspectiva conductual. El factor humano como herramienta anticorrupción”.

Directrices para la evaluación de la arquitectura institucional de la Perspectiva cognitiva.

He analizado el enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración, como fundamento de la Arquitectura de la elección, en la intervención de carácter conductual de la Administración, resto de poderes públicos y entes del sector público, desde parámetros constitucionales, en cuanto a su proyección en un régimen de garantías que motivan la invalidez de la actuación de la Administración, si no se acredita la evaluación de dicho enfoque. He argumentado en anteriores Apartados que considero que nos encontramos en el mismo plano jurídico que se exige para la Perspectiva de género, con la cobertura que se encuentra en el art. 2.1.g) del RD 931/2017, de

TESI DOCTORAL

27 de octubre, que regula la Memoria de Análisis de Impacto normativo, en relación con los principios de buena regulación previstos en el art. 129 LPACAP, al que ya nos referimos con anterioridad, cuando prevé que la memoria del análisis de impacto normativo incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente, prestando especial atención a los impactos de carácter social y medioambiental, al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y al impacto que tendrá para la ciudadanía y para la Administración el desarrollo o uso de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma. Por su relevancia en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, he trasladado su aplicación a toda la actuación de la Administración, del resto de poderes públicos y de los entes del sector público, puesto que hasta el legislador en la aprobación de una ley puede utilizar herramientas que actuarán sobre la racionalidad con efectos híbridos, más allá de los propios jurídicos que se pretendan con la norma, en la que se pueda identificar ese carácter conductual, tal como ya he expuesto.

La jurisprudencia ha podido desarrollar una doctrina en relación a la relevancia del enfoque de la Perspectiva de género en cuanto a la evaluación de impacto normativo, en la que si bien se ha reconocido como una irregularidad invalidante su ausencia o deficiente motivación, no es la doctrina jurisprudencial mayoritaria, como indica Canals (2020: 113), respecto a “que su falta o insuficiencia de motivación no se considera como vicio indiscutible de nulidad de pleno derecho y mucho menos de inconstitucionalidad, como sí viene sucediendo con otro tipo de informes”, concluyendo citando a Gil Ruiz

TESI DOCTORAL

(2013, *Los Informes de evaluación de impacto de género como garantía del “gender mainstreaming” y su incidencia en la jurisprudencia y la normativa española*) que “los Tribunales no solo deberían controlar el cumplimiento formal de la exigencia del informe de impacto de género sino también su efectiva motivación”. Como expresión de la tesis dominante en la jurisprudencia, en sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2022 (RC 1070/2020 –FD Décimo), en la que se conoce sobre un Plan de urbanismo, se establecen los requisitos de validez respecto al informe evaluativo sobre la afectación en el mismo de la Perspectiva de género. Se establece como premisa de enjuiciamiento que “el respeto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres constituye una exigencia de carácter básico en todo el territorio nacional../.. reiteramos nuestra doctrina jurisprudencial en el sentido de que el principio de igualdad de género no resulta una cuestión neutral en materia de urbanismo. Por ello, debe afirmarse con claridad que, con independencia de que sea o no preceptivo incorporar a la tramitación del plan un informe sobre impacto de género (lo que dependerá de la correspondiente normativa autonómica), el principio de igualdad de trato resulta siempre exigible y debe ser observado en cada una de las determinaciones del plan”. Añadiéndose en cuanto a la efectividad y parámetros de control judicial que “la imputación de vulneración del principio de igualdad de género en un plan, en sede de recurso contencioso-administrativo, exige identificar las determinaciones del plan a que se refiere aquélla, concretar suficientemente las circunstancias constitutivas de dicha contravención y exponer las razones por las que, conforme a Derecho, debe apreciarse y declararse judicialmente dicha vulneración”.

TESI DOCTORAL

En el voto particular de dicha sentencia se establece que en ningún caso se puede interpretar que el “plan urbanístico” es neutro desde el punto de vista del impacto de género.

Pero en dicho voto particular, y a partir de su aplicación al objeto de la tesis que propugnamos, en el sentido de establecer la necesidad de que se contenga en una Memoria o Informe el enfoque de la Perspectiva cognitiva en la Arquitectura de la elección, se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica y su carácter vinculante, que debe tener dicha Memoria, como parte intrínseca de la actuación que se informa o del documento que incorpora el diseño en que se motiva. Considero que ello es un relevante jurídico, cuando el propio Tribunal Supremo vincula el contenido del Informe de la Perspectiva de género al principio de igualdad, en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, reconociendo la transversalidad del principio de igualdad de trato, y el impacto en la familia, en la infancia y en la adolescencia, si bien que en relación al planeamiento urbanístico, de la actuación de la Administración, que en esta Tesis considero que dicha actuación puede o no tener carácter normativo.

Motivo por el que considero que se anuda, no en una norma legal, sino en la propia Constitución, la actuación de la Administración cuando nos encontramos ante una intervención sobre la racionalidad. En dicho supuesto, también debe valorarse el impacto de la actuación de la Administración en el libre desarrollo de la personalidad, que configura el enfoque de la Perspectiva cognitiva, como principio constitucional sobre el cual también he argumentado su transversalidad, al informar todo el ordenamiento jurídico, y en consecuencia, toda la actuación de la Administración.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

En relación a la Perspectiva de género el Alto Tribunal en sentencia de fecha 27 de abril de 2022 (RC 4049/2021, FD Noveno IV) ha establecido dicho vínculo normativo poniendo de manifiesto que:

Respecto de la **exigibilidad en los proyectos reglamentarios de los informes de impacto en la familia, infancia y adolescencia** tampoco cabe albergar duda alguna conforme a lo dispuesto en la Disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas y en el artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en la redacción dada a ambas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

Considerándose que dicha Memoria o Informe no debe ser “neutro”, en el sentido de manifestar que la norma o actuación que se informa no se encuentra afectada por la Perspectiva cognitiva, sino que el resultado del Informe o Memoria debe corresponderse una evaluación específica. En dicho sentido se ha establecido doctrina jurisprudencial por el Tribunal Supremo, en un supuesto de los Informes a emitir en la tramitación de un Plan Urbanístico, pero en relación a la Perspectiva de género, cuando en sentencia de fecha 27 de abril de 2022 (RC 4049/2021, FD Noveno V) se ha establecido:

Si en el caso enjuiciado cabe deducir que realmente se llevó a cabo el análisis del impacto que las determinaciones del plan de ordenación territorial podrían tener sobre el género, familia, infancia y adolescencia, los informes "neutros" no serán equivalentes a inexistentes; por el contrario, cuando pueda inferirse que se ha utilizado una fórmula rituarial para afirmar la neutralidad de la norma a esos efectos, pero que no ha existido realmente un análisis sobre el particular, esos informes deben reputarse inexistentes.

Dicha tesis la considero de aplicación respecto a la Perspectiva cognitiva, cuando se establece que “la jurisprudencia afirma que la Memoria forma parte

TESI DOCTORAL

intrínseca del Plan, no de su procedimiento de aprobación, y su importancia - recuérdese la escenografía que ha llevado consigo el concepto de "Memoria Vinculante"- es resaltada desde antiguo -por todas, en las SSTS de 23 de junio de 1997 (recurso de apelación 13058/1991), 27 de diciembre de 1995 (recurso de apelación 5436/1991) y 25 de junio de 1996 (recurso de apelación 8533/1991), entre otras muchas posteriores-, indicando, en fin, que la misma ha de contener justificación suficiente sobre las determinaciones fundamentales que establece el plan, exteriorizando las razones por las que adopta las decisiones esenciales contenidas en él”.

Ahora, procedo a establecer una serie de directrices originales que puedan estructurar el marco jurídico, dentro de las fases del procedimiento de intervención conductual explicado, en el que la Administración pueda desarrollar el enfoque de la Perspectiva cognitiva y su evaluación, a partir de tres planos, el funcional, el organizativo y el evaluativo, sobre la previsión constitucional del art. 106.1 de la CE, cuando establece el sometimiento de la actuación de la Administración a los fines que la justifican, lo cual permite su control judicial, como el de la legalidad de la misma y el del ejercicio de la potestad reglamentaria.

a. Directrices desde el plano funcional.

Cuando anteriormente me he referido a los diseños oscuros y la manipulación digital, he argumentado la relevancia de las Directrices contenidas en la Recomendación CM/Rec (2020) 1, de 8 de abril de 2020, sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, aprobada por el Comité de

TESI DOCTORAL

Ministros del Consejo de Europa, complementando la Declaración de 13 de febrero de 2019. Relevancia que motivábamos por su afectación al objeto de la Tesis, respecto a la Arquitectura institucional del enfoque de la Perspectiva cognitiva, en cuanto a la evaluación, análisis, seguimiento, gestión de riesgos y control judicial, en cuanto a la afectación a los Derechos Humanos, a la dignidad del individuo y al libre desarrollo de la personalidad, de técnicas que identificamos como conductuales en la actuación de la Administración, para evitar y eliminar un uso nocivo como lo sería si su finalidad es la manipulación, así como sus impactos negativos tanto en los individuos, como en el comportamiento colectivo, imposibilitando incluso la accesibilidad cognitiva de un sector de la población, especialmente, el de personas con discapacidad, con dichas actuaciones. He tenido como referencia dichas Directrices, así como el marco jurídico contenido en el art. 129 de la LPACAP, en relación con el RD 931/2017, de 27 de octubre, que regula la Memoria de Análisis de Impacto normativo, con el RD 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado y con el RD 259/2019, de 12 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de la Administración General del Estado; así como las propuestas en materia de género contenidas en el documento del Instituto de la Mujer del Gobierno de España (2016, Informes de Impacto de Género que acompañan a los proyectos normativos desde la aprobación de la Ley 20/2003); complementado por Canals (2020: 116-118); y finalmente el documento del BIT-Gobierno del Reino Unido, "Informe Gobierno conductual. Aplicación de las ciencias del comportamiento para mejorar la toma de decisiones de los gobiernos" (2018).

TESI DOCTORAL

A partir de dichos documentos he elaborado unas Directrices originales, a tener en cuenta en el diseño conductual que se realice mediante la Arquitectura de la elección, por la Administración pública, resto de poderes públicos y entes del sector público, con la finalidad de intervenir sobre las heurísticas y los sesgos cognitivos, estableciendo normas de apoyo a la racionalidad y a la autonomía en la elección individual, garantizando los derechos fundamentales, la dignidad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, así como incidiendo sobre la educación, la información, la comunicación y la deliberación. Ello se proyectaría en la función constitucional de ilustración como tarea de la Administración cuando se interviniera en el Sistema 1, actuando sobre las heurísticas y los sesgos, mediante el estímulo en el proceso decisonal del individuo, o en el comportamiento colectivo, a través de la representación de opciones de las que libremente se puede apartar el individuo, o mediante el establecimiento de marcos o contextos textuales o gráficos cuya respuesta conductual se conociera experimentalmente, como he explicado en anteriores Apartados. Pero también se proyectaría en la técnica de los impulsores, cuando se interviniera en el Sistema 2, cuya finalidad es reforzar la capacidad de conocimiento por parte de los ciudadanos, mediante la actuación de la Administración en infraestructura social de la educación y la comunicación pública de su actuación, para generar decisiones libres sobre la base de consentimiento informado, mediante diferentes herramientas como la norma, informaciones, Recomendaciones o Advertencias.

Directriz Primera.- Elaborar una Memoria justificativa de la intervención conductual, en la que se motive su impacto normativo, recogiendo la adecuación de la propuesta de actuación al orden de distribución de

TESI DOCTORAL

competencias, precisando el título o títulos competenciales en el que se basa la misma; la oportunidad de la actuación y la identificación clara de los fines y objetivos que se esperan obtener; y la necesidad de la actuación como intervención menos restrictiva para el ejercicio de derechos individuales o colectivos, acreditando la aplicación de un canon de proporcionalidad, en relación a una valoración previa de alternativas, a partir de un análisis sucesivo de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En dicho sentido, se comprenderá una justificación de la idoneidad de la actuación administrativa, motivando en el correspondiente juicio de razonabilidad, su adecuación para conseguir la finalidad perseguida. Asimismo se deberá motivar su necesidad para la protección del interés público, anudada en la ausencia de alternativas menos gravosas o la alternativa de no llevar a cabo ninguna actuación que pueda tener un carácter conductual, para la consecución de la finalidad perseguida, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Finalmente debe constar la motivación de la proporcionalidad en sentido estricto, justificando que la actuación de carácter conductual, sea proporcionada o equilibrada, por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.³¹⁵

Dicha Memoria justificativa debe adecuarse a los principios de buena regulación, evitando cargas administrativas tanto para la propia Administración,

³¹⁵ González Beilfuss (2003: 15-16, 70-85) realiza un detallado estudio, con una amplia referencia a la jurisprudencia constitucional española y alemana, sobre los diversos elementos del test de proporcionalidad, remontándose su origen a la época de la Ilustración. Estudio que realiza desde su proyección constitucional en el análisis de los derechos y en la actuación de la Administración, resto de los poderes públicos y entes del sector público, formalizándose dicho principio a través de los requisitos de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

TESI DOCTORAL

como para los afectados por la misma, al caracterizarse en la técnica específica del “nudge”, no solo por su simplicidad y fácil comprensión, sino también por su agilidad. Si se correspondiera con una intervención de carácter normativo deberá incorporarse su previsión en el Plan normativo, así como si tuviera carácter subvencional, en el Plan Estratégico de Subvenciones. En estos supuestos la intervención conductual responderá a un instrumento jurídico con un carácter híbrido, con efectos jurídicos sobre terceros o regulatorios sobre la sociedad, pero que incluirá preceptos o disposiciones, o el instrumento jurídico en su totalidad, que se corresponderán con herramientas que sean el resultado de aplicar una técnica conductual, ya sea un “nudge” o cualquier otra.

Directriz Segunda.- Elaborar una Guía metodológica en cada Administración para ordenar los procesos de diseño, desarrollo y evaluación periódica de los efectos y resultados que se esperan obtener y obtenidos, mediante la Arquitectura de la elección, así como el procedimiento de participación ciudadana y transparencia. En dicha Guía se tendrá en cuenta la técnica MINDSPACE, “checklist”, que actúa como una lista de verificación y de evaluación previa, en la elaboración de actuaciones públicas conductuales, que se debería aplicar en el proceso de diseño de la actuación de la Administración mediante la Arquitectura de la elección, y para testar si la actuación de la Administración se corresponde con un carácter conductual.

Directriz Tercera.- Disponer de una Caja de Herramientas cognitivas, en la que se tenga permanentemente actualizado un catálogo de sesgos y heurísticas, y la intervención para corregirlas, mediante la técnica de los

TESI DOCTORAL

“nudges”, que puedan utilizar las Administraciones, poderes públicos y entes del sector público, así como un catálogo de herramientas desarrolladas en el ámbito de las ciencias conductuales, la neurociencia, la semiótica, la lingüística cognitiva, o la IA, y su evaluación y efectos, a partir de las investigaciones científicas más recientes en dichas disciplinas. Deben establecerse indicadores, variables, estándares y parámetros cognitivos, que puedan ser utilizados en la evaluación del impacto de la Perspectiva cognitiva.

Directriz Cuarta.- Establecer una delimitación de la intervención pública, asociada a los impactos específicos de las diferentes técnicas y herramientas, sobre los derechos humanos reconocidos en los Tratados internacionales, así como sobre los derechos fundamentales, los derechos constitucionales y las libertades públicas, reconocidos en la CE. Se deberá analizar el impacto de género en la aplicación de las correspondientes técnicas y herramientas utilizadas, así como los impactos de carácter social y medioambiental, el impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y el impacto si la intervención conductual utiliza los medios y servicios de la Administración digital. Delimitación que debe contemplar el procedimiento de seguimiento, evaluación y revisión eficaces, y reparación en caso de efectos negativos o, cuando proceda, el abandono de procesos, y de las herramientas utilizadas que no respeten dichos derechos y libertades públicas. Debe contemplarse un proceso de gestión de riesgos que debe detectar y prevenir el uso nocivo de las herramientas utilizadas y su impacto negativo. Dicho proceso de gestión debe basarse en el principio de cautela y exigir el rechazo del despliegue de determinados sistemas cuando el despliegue entrañe un alto riesgo de daños

TESI DOCTORAL

irreversibles en cualquier persona, especialmente ante la accesibilidad cognitiva en personas con discapacidad, o su opacidad impida cualquier supervisión o control.

Directriz Quinta.- Deben garantizarse la participación ciudadana respecto a los documentos elaborados que justifiquen la actuación de la Administración de carácter conductual. Los niveles de transparencia y publicidad activa deben ser lo más altos posible y proporcionales a la intensidad de los impactos negativos en los derechos como individuos y como sociedad, incluidas las etiquetas éticas en la actuación interna de la Administración en el proceso de diseño de la Arquitectura de la elección, y los sellos para los sistemas algorítmicos que permitan a los usuarios navegar entre sistemas, en el supuesto de que la misma utilice la IA. El uso de sistemas algorítmicos en los procesos de toma de decisiones, que plantean altos riesgos para los derechos como individuos y como sociedad, debe ir acompañado de estándares particularmente altos de explicación de los procedimientos, productos, y técnicas y herramientas cognitivas utilizadas, con sus efectos.

Directriz Sexta.- Debe establecerse un régimen de revisión de oficio y a instancia de parte del diseño de la actuación administrativa de carácter conductual, así como la posibilidad de revisión judicial y constitucional, desde los parámetros de la revisión de la potestad discrecional tanto en su proyección sobre la actuación administrativa, como sobre la actuación de gobierno, con los límites en cuanto a las herramientas utilizadas, del control judicial de la actividad informal, cuando no se produzca ningún efecto jurídico sobre terceros. Las personas y grupos interesados deben disponer de medios

TESI DOCTORAL

eficaces para impugnar las disposiciones, decisiones, o instrumentos, en los que se motive la actuación administrativa de carácter conductual, a partir del enfoque de la Perspectiva cognitiva. Como condición previa, debe establecerse la necesidad de explicar y aclarar, de manera oportuna, imparcial, legible y accesible a las personas cuyos derechos o intereses legítimos puedan verse afectados, así como a las autoridades públicas competentes, la existencia, el proceso, la justificación, el razonamiento y los posibles efectos de la herramienta que se aplicará en el diseño efectuado que motive la actuación de la Administración de carácter conductual, tanto a nivel de la toma de decisiones individuales como del comportamiento colectivo. Toda impugnación debe incluir, la posibilidad de una revisión efectiva de la actuación de la Administración y del diseño efectuado en la Arquitectura de la elección. No se puede renunciar a este derecho y debe ser asequible y fácilmente exigible antes, durante y después de la implementación, incluso mediante la aplicación de la herramienta conductual.

b. Directrices desde el plano organizativo.

Directriz Primera.- Crear una Unidad conductual que podría encontrarse dentro de la Inspección General de Servicios, órgano al que nos referimos en el Apartado 2 de las Cuestiones preliminares, como órgano especializado en el control interno y en la evaluación de los servicios. Debe establecerse un apropiado, continuo y sistemático programa de formación de sus integrantes. En las Administraciones con pocos recursos para crear y mantener dichas unidades con los medios humanos capacitados que fueran necesarios, como ocurre en algunas entidades locales, la cooperación interadministrativa con

TESI DOCTORAL

otros niveles de entidades locales, o con las Comunidades autónomas y la Administración General del Estado, debe garantizar el funcionamiento de unidades de apoyo. Dicha Unidad debería integrar, además, la supervisión y asesoramiento en materia de ética e integridad pública, cuya relevancia en el ámbito de la actuación de la Administración de carácter conductual, se ha destacado anteriormente.

Directriz Segunda.- Elaborar un Reglamento que regule el funcionamiento de dicha Unidad y los procedimientos de su actividad para garantizar la integridad en la actuación de sus miembros y de los agentes que implementen o apliquen la Arquitectura de la elección, así como el procedimiento de identificación y eliminación de sesgos y heurísticas en su intervención, estableciéndose las especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar. Debe evitarse que la emisión de las Memoria e Informes justificativos de la intervención pública de carácter conductual mediante la Arquitectura de la elección, se tramiten como un mero trámite, aumentando el compromiso en su elaboración en los centros directivos de la unidad responsable, y un sistema de revisión de su contenido, para evitar una percepción sesgada por un solo individuo responsable de su elaboración, manteniendo diferentes opciones de intervención tanto las que tengan un mayor coste e impacto cognitivo como las que tengan uno inferior, para corregir en los arquitectos cognitivos de la Administración el condicionante del sesgo de exceso de optimismo en sus estimaciones.

TESI DOCTORAL

Directriz Tercera.- Aprobar las funciones de la Unidad conductual que deben comprender, la evaluación del impacto normativo por razón de perspectiva cognitiva en la actuación normativa de la correspondiente Administración o poder público; asumir la responsabilidad en la emisión de las Memorias e Informes, evaluación prospectiva y retrospectiva sobre la aplicación y efectos de las técnicas y herramientas de carácter conductual, así como la revisión de las mismas, y de la publicidad activa de toda su actuación; el asesoramiento y propuesta de las actuaciones o iniciativas, incluidas las formativas, que favorezcan la aplicación del enfoque de la Perspectiva cognitiva, en toda la actuación de la Administración pública; recopilar la información necesaria para la elaboración, seguimiento y evaluación de las actuaciones en materia conductual, de ética y de integridad pública; elaborar estudios sobre los efectos de la actuación administrativa de carácter conductual en el ámbito de la Administración o Departamento a la que se encuentren adscritas; asesorar a los diferentes órganos administrativos y de gobierno de la Administración o Departamento al que se encuentren adscritas, emitiendo Recomendaciones, Advertencias en Informes, como actos de derecho indicativo o “soft law”.

Directriz Cuarta.- Disponer de una Caja de Herramientas cognitivas, en la que se tenga permanentemente actualizado un catálogo de sesgos y heurísticas de los arquitectos de la elección o diseñadores de la intervención pública, ya sean autoridades o profesionales, o de los agentes que implementen las diferentes herramientas, así como de los medios de intervención para corregirlos, que puedan utilizar las Administraciones, poderes públicos y entes del sector público, para evitar que de las mismas surjan patologías en el diseño e implementación de la Arquitectura de la elección con efectos negativos en el

TESI DOCTORAL

proceso de decisión o conducta de los individuos y en el comportamiento colectivo. Desarrollar capacitaciones en la eliminación de sesgos, dirigidas a los arquitectos responsables del diseño de la Arquitectura de la elección y, en general, de la actuación administrativa de carácter conductual, previa realización de ensayos rigurosos antes de poder implementarlos a mayor escala.

Directriz Quinta.- Utilizar simulaciones para desafiar la percepción de los arquitectos de control conductual. Estas simulaciones se pueden configurar para mostrar cómo ciertos cambios bien intencionados en un área pueden tener consecuencias no deseadas en otra. Permitirían que los arquitectos y agentes que implementen la actuación administrativa de carácter conductual perciban la intensidad de control que se puede ejercer en la intervención administrativa.

Directriz Sexta.- Deben garantizarse procedimientos y recursos judiciales y no judiciales, de fácil acceso, asequibles, rápidos, transparentes y funcionales en relación con sus reclamaciones, independientes y eficaces que garanticen la consideración imparcial, de todas las denuncias de violaciones de los derechos del individuo y la sociedad. La revisión judicial debe seguir siendo posible y accesible si los mecanismos internos de solución de controversias y otros sistemas alternativos resultan insuficientes.

TESI DOCTORAL

c. Directrices desde el plano evaluativo.

Directriz Primera.- Evaluar *ex ante* (evaluación prospectiva) y *ex post* (evaluación retrospectiva), las consecuencias de la aplicación de la actuación administrativa de carácter conductual sobre los sectores, colectivos o individuos afectados por la misma, articulando un sistema de seguimiento de la Memoria e Informes que permita elaborar observaciones sobre la calidad de los mismos, con los estándares que se establezcan por cada una de las disciplinas cuyas técnicas y herramientas se apliquen (desde las ciencias conductuales, la neurociencia, la lingüística cognitiva, la semiótica o la IA). En el supuesto del «semáforo nutricional», se tendrían en cuenta los efectos del impacto sobre la competencia. Evaluación que también debe analizar el impacto económico y presupuestario de la actuación de la Administración, al caracterizarse por responder a una intervención que tiene unos bajos costes económicos y cognitivos. La evaluación debe ser realizada mediante juicios de valor, que deben fundarse en la información recogida y responder a un análisis sistemático en base a la metodología predefinida y pública, según la pertenencia de la herramienta utilizada a una disciplina concreta. Debe incluir recomendaciones que se correspondan con las conclusiones a las que se haya llegado durante el procedimiento de evaluación que lo será sobre el proceso de diseño e implementación de la Arquitectura de la elección y técnica y herramientas utilizadas, sobre su ejecución y sobre sus resultados.

Directriz Segunda.- Supervisar que todas las evaluaciones del impacto en los derechos sean revisados e inspeccionados por expertos independientes, intercambiando asimismo, los análisis de impacto realizados por otros niveles

TESI DOCTORAL

de Administración, esencialmente las Comunidades autónomas y la Administración General del Estado, compartiendo una Base de Datos estatal que integre todas las actuaciones realizadas por todas las Administraciones públicas, en materia conductual, con unas características similares a las de la Base Nacional de Subvenciones, lo que garantizaría la transparencia, pero también el conocimiento de las intervenciones realizadas por todas las Administraciones públicas. Deben definirse o establecerse procesos multinivel, según proceda, para garantizar una supervisión independiente. Las evaluaciones de los efectos en los derechos individuales y de la sociedad, correspondientes a las actuaciones de las Administraciones públicas de carácter conductual deben ser de acceso público, evaluadas adecuadamente y supervisadas eficazmente. Esto puede reforzarse mediante la aplicación de métodos de ensayo dinámicos y la realización de ensayos preliminares, garantizando que las personas y grupos potencialmente interesados, así como los expertos competentes en la materia, sean consultados e intervengan en las fases de diseño, ensayo y revisión.

La evaluación, la considero un principio general que orienta toda la actuación de la Administración, también en materia conductual, si bien que se establece como principio de buena regulación, tal como se prevé en el art. 130 LPACAP.

Marty (2013: 102-106) considera que la metodología de evaluación de impacto, en este caso cognitivo en la actuación de la Administración de carácter conductual, que también puede proyectarse sobre la actividad regulatoria, “suscita ciertos interrogantes y preocupaciones acerca de la capacidad, tanto del legislador como del juez, para disponer de los conocimientos necesarios

TESI DOCTORAL

para adoptar una decisión óptima, sí como las distintas opciones económicas”. Dicho autor considera que el análisis evaluativo se encuentra determinado principalmente por el criterio de eficiencia económica, no tienen cuenta otros como la equidad, la justicia distributiva, la prosperidad. o el bienestar del consumidor. Considera la existencia de un sesgo en el proceso de evaluación, así como la dificultad de gestionar el riesgo y la incertidumbre por dicho motivo, porque “una de las razones principales por las que la evaluación de impacto regulatorio (que extendemos a la de impacto cognitivo), tiende a privilegiar las perspectivas estrictamente económicas (Thaler y Sunstein, en relación al “nudge” lo desarrollan como una intervención con un bajo coste económico, para resaltar su conveniencia), se debe al hecho de que su metodología dimensiona las variables que son fácilmente cuantificables. Como consecuencia, los procedimientos de evaluación de impacto dan más importancia a lo que aparecerían como datos objetivos que a las dimensiones más cualitativas, que podrían ser vistas como evaluadas subjetivamente”.

4. Construcción doctrinal del “nudge público” como concepto jurídico. Su afectación a los derechos reconocidos en la CE y principios que lo informan.

En el Apartado 2 de las Cuestiones preliminares, he desarrollado el marco conceptual y la ordenación jurídica del “nudge”, definiéndolo como concepto jurídico a partir de la construcción doctrinal de quienes lo crean, desarrollan y promueven, Thaler y Sunstein, así como del que se recoge en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2016, sobre “Integrar los nudges en las políticas europeas” cuyo contenido desarrollé en dicho Apartado.

TESI DOCTORAL

Parto, en todo caso, de reiterar la definición de Díez (2018: 107), que reproducía en la Primera Parte de esta investigación, y sobre la cual he acogido como concepto jurídico, la definición de “nudge” de Thaler y Sunstein, a partir de una construcción jurídico-económico, no positivizada en el Derecho de los Estados Unidos, cuando dicha autora establece que “son conceptos jurídicos aquellos conceptos que, con independencia del objeto de la realidad al que se refieran, de las circunstancias en las que se hayan elaborado y de su proceso de formación, son capaces de cumplir funciones útiles en la mejora de la ordenación, comprensión o aplicación del Derecho”. Considerando esta autora que “para determinar que un concepto es jurídico, se tendrá en cuenta su relación con el derecho por distintas vías”. En dicho sentido, considera que existen diferentes formas conceptuales, como “los conceptos clave o los conceptos puente, entre otros, que se ajustan mejor a las necesidades de explicar un Derecho plural, cambiante, que debe abrirse a los conocimientos procedentes de otras disciplinas” (p.103). Postulado que como pusimos de manifiesto y ahora reiteramos para una mayor comprensión, complementamos con Aguado (2021: 23), siguiendo a Francis-Paul Bénéoit (1995), diferenciando entre noción y concepto, según los efectos en la metodología a utilizar, poniendo de manifiesto que “de esta forma la noción permite calificar los hechos y en consecuencia declarar el régimen jurídico que les resulta aplicable. En cambio el concepto exprime la realidad de una institución, de forma que permite el conocimiento de su realidad y la comprensión de cómo se ha gestado, de su evolución”.

TESI DOCTORAL

Elementos estructurales del concepto jurídico.

En el objeto de esta Tesis, he razonado la funcionalidad del concepto de “nudge” desde la acogida por el Derecho administrativo, en cuanto a que se corresponde con un técnica que puede utilizar y utiliza la Administración, de forma ordenada jurídicamente mediante la Arquitectura de la elección. También puede utilizarse sin responder a ningún tipo de ordenación jurídica previa. Debe tenerse en cuenta que, si bien que en determinados supuestos, los mayoritarios, no responde a una actividad administrativa formalizada con efectos jurídicos sobre las personas, sí responde a la actuación de la Administración en cuanto a su tarea constitucional de ordenación directiva de las relaciones sociales, interviniendo en la toma de decisiones individuales, y en el comportamiento colectivo, a partir de un conocimiento analítico y experimental de la racionalidad y del cerebro.

En dicho sentido, reitero aquí la definición que ya recogí en las Cuestiones preliminares, que efectúan Thaler y Sunstein (2021 y 2020: 20-23), del “nudge”, vinculándolo a la propia construcción que realizan de la Arquitectura de la elección como “cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones (*término que utilizan indistintamente con elecciones*) que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos” (p. 20). “...De acuerdo con nuestra definición, un nudge es cualquier factor que altera de forma significativa la conducta de los humanos, aunque sería ignorado por los econs” (p.23), que para considerarse como tales deben tener costes cognitivos bajos.

TESI DOCTORAL

Definición que complementa Sunstein (2014a: 20-21), respecto al concepto de los “nudges” positivos “como una parte fundamental de la simplificación y de la regulación analítica, .., cuyo fundamento estriba en un análisis preciso de las formas de actuar y de pensar de los seres humanos.. (siendo que) los mejores «nudges» presentan costes reducidos y beneficios elevados. La arquitectura de la decisión es el entorno social en que tomamos nuestras decisiones”. Se refiere indistintamente a los planos diferentes de decisión o elección, al formar parte de un proceso en la toma de decisiones sobre diferentes opciones. Considera que “no es posible prescindir del entorno social y, por ende, la arquitectura de la decisión es una parte consustancial a nuestras vidas, aunque a menudo sea invisible para nosotros, (por lo que) los buenos *nudges* mejoran la arquitectura de la decisión (individual)”.

En una elaboración más sencilla, también recogí en el Apartado 2 de las Cuestiones preliminares el concepto que se establece en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, aprobado por el Pleno en fecha 21/01/2016 en el que se define el “nudge” a partir de la obra de Thaler y Sunstein (2020), como “cualquier aspecto de la arquitectura de la elección que modifica de forma previsible el comportamiento de la gente sin prohibir ninguna opción ni modificar de forma significativa los incentivos económicos”, requiriéndose que el acto deba poder evitarse fácilmente, dado que los “nudges” no tienen carácter coercitivo. Concepto que se enmarca en la identificación de los elementos que han motivado la elaboración de dicho concepto, y que recojo en los Apartados 2.2 a 2.3, del Dictamen, que reitero, cuando, se establecen los elementos cognitivos que caracterizan el estudio del comportamiento a partir de los

TESI DOCTORAL

factores que inciden en una racionalidad limitada. En él se considera que existe “un desfase entre la sensibilización de las personas y sus comportamientos diarios. La causa de esta discrepancia entre las intenciones y la acción han sido analizadas por la economía y las ciencias del comportamiento, disciplina que se ha especializado en la comprensión de los factores que influyen en los comportamientos de los individuos. Según los investigadores de esta disciplina, las 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”. Decisiones y comportamientos que, en última instancia, surgen del Sistema 1, como ha identificado y teorizado Kahneman, que lo define como “una manera de pensar, en gran parte inconsciente, automática, ultrarrápida que nos permite tomar múltiples decisiones diarias minimizando nuestro esfuerzo y ahorrando recursos de atención, pero que se alimenta de estereotipos y asociaciones y nos suele alejar de una racionalidad matemática”.

En dicho Dictamen, en su Apartado 6.1, se considera que debe establecerse un gran rigor en su concepto y aplicación, al plantear cuestiones que son al mismo tiempo técnicas y éticas, sin que en ningún caso los “nudges” sustituyan la obligación de informar a los ciudadanos, ni llevar a cabo las actuaciones necesarias de carácter pedagógico, mediante impulsores dirigidos a reforzar el conocimiento para la toma de decisiones informadas, que he identificado en esta Tesis, destinadas a orientar cómo adoptan sus elecciones los ciudadanos. Y sin que tampoco sustituyan a los medios tradicionales que se corresponden con la legislación y los incentivos económicos. Por otra parte, en dicho

TESI DOCTORAL

Apartado del Dictamen, y tal como he motivado en esta Tesis, no deben subestimarse los riesgos y limitaciones asociados al uso de los “nudges”, motivo por el cual en esta Tesis me he pronunciado en el desarrollo del enfoque de la Perspectiva cognitiva, y de la gobernanza de la Arquitectura de la elección, en la actuación de la Administración cuando revista carácter conductual.

Teniendo en cuenta, tal como se prevé en el Apartado 3.3 del Dictamen, que uno de los objetivos de esta intervención administrativa de carácter conductual es hacer más «responsables» los comportamientos individuales, especialmente en materias como la salud o el medio ambiente, a partir de que las opciones que se incorporen en la intervención administrativa simplifiquen el proceso de decisión de las personas. Estableciéndose en el Apartado 6.5, los aspectos relativos a la definición de objetivos a conseguir con dicha técnica y los aspectos éticos de quien diseña la Arquitectura de la elección.

El Dictamen, en dicho Apartado, considera que “la eficacia de un nudge se establece en relación con un comportamiento deseable, lo que plantea la cuestión de la definición y de la medida de lo que es deseable. En efecto, puede ser muy difícil conocer las opiniones de los ciudadanos sobre su propia felicidad. El nudge plantea también la cuestión de quién decide el objetivo perseguido, es decir, lo que es deseable para la persona o la sociedad. Si se trata de un responsable público, puede orientar este objetivo así como el *nudge* de manera oportunista; pero también, de forma menos intencionada, por falta de información, por ejemplo”.

De Montalvo (2021: 219), focaliza la actuación de la Administración mediante la técnica del “nudge público”, en que la intervención pública lo es “sobre los medios y no sobre los fines, de manera que el ciudadano se vea animado

TESI DOCTORAL

dentro de la Arquitectura de la elección a optar por aquellos medios que permitan obtener unos mejores fines desde la perspectiva de la salud”. Fines que en todo caso, al contrario de lo que postula dicho autor, considero que deben ser coincidentes con la finalidad pública de interés general, que no puede quedar, por dicho carácter, a la interpretación de la misma que realice el ciudadano, motivo por el cual la Arquitectura de la elección también se proyecta en orientar al ciudadano hacia la confluencia de sus fines con los fines públicos, de interés general.

Este marco teórico conceptual explicado, me permite establecer un concepto jurídico original, asumible por el Derecho administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, mediante una definición que elaboro de forma estructurada en los diferentes elementos y características que la componen:

a) Concepto. El “nudge público”³¹⁶ es una técnica cognitiva con relevancia jurídica que se puede utilizar por la Administración, así como por el resto de poderes públicos y por los entes del sector público, en su actuación de carácter conductual, como una tarea que les corresponde, en el ejercicio de su función constitucional de ilustración, para la consecución de una finalidad de interés general, que no requiere para su validez y eficacia jurídica de la tramitación de un procedimiento administrativo.

³¹⁶ Término, con el adjetivo de público, aceptado por la doctrina a nivel europeo. Markus (2022: 86-87), además, lo identifica como “nudge administrativo”. Dicho adjetivo de “administrativo” no lo acojo pues considero que no se limita la utilización de dicha técnica únicamente a la

TESI DOCTORAL

b) Características. He establecido las siguientes, a partir de los elementos que se contienen en el concepto que he elaborado:

1) Dicha técnica se corresponde con una tarea de la Administración y resto de poderes y entes del sector público, en el ejercicio de su función constitucional de ilustración para la consecución de una finalidad pública de interés general.

- Requiere de la atribución de una competencia sobre la materia a la que se aplique, atribuida normativamente a la Administración o poderes y entes del sector público que la utilice.
- Se corresponde con el ejercicio de una potestad discrecional, si bien que entre las diferentes opciones a elegir, la elección que se adopte, o el entorno en que tomará su decisión el individuo o se realizará el comportamiento colectivo, se encuentran condicionados por apreciaciones de tipo técnico que configuran las diferentes herramientas en que se materialice, elaborados en las ciencias conductuales, la neurociencia cognitiva, la semiótica, la lingüística cognitiva, o la IA.
- Para su validez y eficacia jurídica, no siempre requiere de la tramitación de un procedimiento administrativo que finalice en un acto administrativo, un contrato, una disposición de carácter general o cualquier instrumento jurídico que se derive de una relación jurídica en la que intervenga una Administración o poderes y entes del sector público.

Administración pública, sino que también se puede utilizar por el resto de poderes públicos y entes del sector público.

TESI DOCTORAL

- Se materializa en diferentes herramientas jurídicas, que tienen como finalidad incitar una conducta determinada en beneficio del individuo o la colectividad, sin condicionar la libertad de elección individual, ni las diferentes opciones. Teniendo en cuenta que las opciones que se incorporen en la intervención administrativa simplifiquen el proceso decisonal del individuo.
- Su finalidad es modificar el comportamiento de una forma significativa y predecible, no coercitiva, ni imperativa, mediante una intervención sobre el entorno, o estimulando la decisión individual y el comportamiento colectivo en una dirección determinada, que debe preservar en la medida de lo posible la libertad individual y la posibilidad de apartarse fácilmente por parte de aquella persona a quien le pueda afectar la intervención. Ello se motiva en que estamos influidos por los demás y por las interacciones sociales pero también por el contexto y el entorno en el que tomamos las decisiones.
- Como regla general, dicha técnica jurídica se encuentra prevista en el diseño previo que se efectúe por la Administración y resto de los poderes públicos y entes del sector público, en la Arquitectura de la elección, desde un enfoque de la Perspectiva cognitiva en su actuación, cuya implementación requiere de la suficiente motivación y transparencia, y su diseño y ejecución de un proceso de evaluación y revisión permanente.

2) Dicha técnica jurídica requiere para su aplicación, del conocimiento empírico y analítico, sobre la racionalidad y el cerebro, desarrollado a partir de resultados experimentales y la evidencia científica, de las

TESI DOCTORAL

ciencias conductuales, de la neurociencia cognitiva, de la semiótica, la lingüística cognitiva, o de la inteligencia artificial.

3) Dicha técnica jurídica se puede manifestar tanto mediante la proyección del derecho imperativo como del derecho indicativo, con herramientas que se pueden incluir en un texto normativo, como ser manifestación de la actividad informal de la actuación de la Administración.

4) Finalmente, dicha técnica jurídica debe actuar sobre los errores cognitivos que se anudan a los sesgos y las heurísticas cuando se toman decisiones condicionadas por el Sistema 1 o intuitivo, de nuestra racionalidad limitada, sobre juicios en situaciones de incertidumbre, que pueden ser perjudiciales para el individuo. Su objetivo es orientar decisiones, en un proceso de elección no condicionante, pero que en determinados individuos puede ser determinante de su decisión, sin ser conscientes de ello. Modifica de forma predecible y significativa el comportamiento de las personas para alcanzar fines de interés general pensados en su propio beneficio, así como para la promoción de su autonomía, simplificando su proceso decisional, sin tener carácter coercitivo y garantizando su libertad de decisión, para que se pueda evitar la intervención fácilmente.

Se diferencia de los «impulsores», concepto incorporado en el Informe de la OCDE, *Behavioral Insights and Public Policy*, de 2017, que se dirigen a reforzar la capacidad de conocimiento por parte de los ciudadanos para tomar sus propias decisiones, mediante el refuerzo de infraestructuras sociales, como la educación o la transparencia, y de herramientas de la

TESI DOCTORAL

actuación administrativa informal y “soft law”, como los Informes, Recomendaciones o Advertencias. La finalidad de estos instrumentos jurídicos, en un proceso de toma de decisiones se dirige a que la decisión sea informada, y el proceso decisional se encuentre condicionado por el Sistema 2 o reflexivo, en una racionalidad limitada.

c) En conclusión, para diferenciar la técnica del “nudge” de otro tipo de intervención administrativa, se deben analizar sus efectos, si se dirigen o no a aprovechar o corregir algún sesgo cognitivo o heurística, que habrá que identificar, para modificar la conducta, teniendo en cuenta la influencia del contexto en el comportamiento y sin ser la consecuencia jurídica de una norma, independientemente de que un precepto de la misma pueda actuar como un “nudge público”, teniendo entonces un carácter híbrido y complementario de la finalidad de la norma, como he expuesto. Ello ocurre, en la situación más generalizada, cuando una norma incluye “nudges”, como las “opciones por defecto o predeterminadas”.

Los parámetros con los que he estructurado los elementos y características del concepto del “nudge público”, permiten establecer los de control sobre la actuación administrativa conductual mediante la utilización de dicha técnica, que establecí a partir de la exposición de Agudo (2013: 152), tomando como referencia resoluciones judiciales alemanas sobre la actuación informal, cuya aplicación a la actuación administrativa de carácter conductual, he postulado en esta Tesis, y que ahora reitero para una mejor comprensión, respecto a la sistemática utilizada.

TESI DOCTORAL

Dichos criterios, la jurisprudencia alemana los tiene en cuenta a los efectos de aplicación del canon de legalidad y legitimidad en la fiscalización de la actuación informal. Criterios que se concretan en:

- (i) que la actuación de la Administración esté justificada objetivamente, de modo que tenga sentido y esté motivada por la naturaleza del asunto en cuestión;
- (ii) que la actuación de la Administración se realice preservando el orden jurídico-competencial, es decir, es imprescindible que se realice por los órganos y las Administraciones competentes; y
- (iii) es necesario que desde la perspectiva del resultado, la actuación sea impecable en cuanto a su contenido, de forma que el resultado de la ponderación inicial sea razonable y no vacíe de contenido, si fuera el caso, de un procedimiento posterior, si lo hubiera.

A ellos, añadí los que Schulze-Fielitz (1993: 111), en la doctrina alemana, ha establecido como controles de refuerzo, en la aplicación por analogía de la regulación de la normativa de procedimiento a la actuación informal:

- (iv) la intensificación de los controles internos de la Administración, que en esta Tesis he identificado en la figura de la Inspección general y unidades administrativas conductuales, de ética e integridad formando parte de la misma, a los efectos del análisis y valoración desde la Perspectiva cognitiva, de la actuación de la Administración, de carácter conductual; y en
- (v) el adelantamiento de la participación ciudadana en el proceso decisional, como eje fundamental de la actuación de la Administración que he reiterado en

TESI DOCTORAL

esta Tesis, incluso institucionalizando la figura de la mediación para casos de conflicto, como en el modelo norteamericano.

Respecto al control judicial, he asimilado los parámetros de control, que reiteré para una mejor comprensión sistemática, teniendo como referencia los de los actos de naturaleza no administrativa, los actos de gobierno o dirección política. Parámetros que he adaptado en relación al enjuiciamiento de la aplicación de la técnica del “nudge público”, y a la fase inicial del diseño de la Arquitectura de la elección, en la cual se establecerá la motivación de la utilización de la técnica del “nudge público”, a través de las diferentes herramientas en que se pueda manifestar con la finalidad pública que se pretenda conseguir.

Dicho referente de enjuiciamiento, que considero de aplicación analógica por su naturaleza jurídica, en gran medida no formalizada que finaliza en un acto u otro tipo de instrumento jurídico-administrativo, o en una disposición de carácter general, se corresponde como he indicado al de los actos de naturaleza no administrativa, los actos de gobierno o dirección política, ajenos a dicha jurisdicción, para controlar la justificación del procedimiento seguido y de la competencia del órgano que lo emitió, como actos separables respecto del contenido y del fondo de la cuestión. Dicha doctrina se ha materializado en unos parámetros orientadores de la intervención jurisdiccional en el control de la discrecionalidad y en la aplicación de la técnica de los actos separables, recogida por el magistrado del Tribunal Supremo, Xiol Ríos en un voto particular a la sentencia sobre el acceso a documentos reservados del

TESI DOCTORAL

CESID³¹⁷, que para mejorar la comprensión argumental en la explicación realizada, considero necesario reiterar en este Apartado:

a) La técnica de control de la discrecionalidad de los actos administrativos advierte de la necesidad de someter a fiscalización los elementos reglados del acto, así como el encaje de la potestad ejercitada en la habilitación legal conferida, lo cual considero de aplicación analógica a la actuación informal de la Administración que no finaliza en un acto administrativo.

- Se obliga a identificar cualquier indicio de arbitrariedad, es decir, de falta de razonabilidad que pueda advertirse en la motivación, integrada no sólo por los fundamentos de que se acompaña la decisión o la actuación administrativa sino se corresponde con una decisión formalizada, sino también de los informes previos, de tipo jurídico y fáctico, en que el órgano se apoya. Ello comporta también una referencia instrumental a la desviación de poder.
- Además, las técnicas de control de la discrecionalidad, también condicionan el deber de distinguir el nervio de la decisión en cada caso adoptada, o de la actuación administrativa que no finaliza en una decisión formalizada, para examinar si tiene carácter jurídico, supuesto en el que el control judicial tendrá un grado muy elevado de intensidad, o se trata de cuestiones necesitadas de un parecer experto, por la vía del conocimiento científico, de la experiencia o de la especial información, caso en el que se debe tener en cuenta las limitaciones que aconseja el respeto a la llamada discrecionalidad técnica; o si, finalmente, la decisión tiene un núcleo no

³¹⁷ STS de 4 de abril de 1997 –RC 726/1996-. El acrónimo CESID, corresponde al Centro Superior de Información de la Defensa. Fue una agencia de inteligencia española, que agrupó las existentes en el franquismo y que estuvo en funcionamiento desde 1977 hasta 2002,

TESI DOCTORAL

fiscalizable, por razón de la apreciación de criterios de oportunidad reconocida legalmente o de la necesidad de realizar una selección de prioridades relacionada con el nervio de la actividad informal en un sistema democrático, caso en el que el control judicial no podrá ser tan intenso, y deberá conformarse con el examen de los presupuestos de hecho; de los aspectos reglados del acto o de la actuación administrativa que no finaliza en una decisión formalizada y, en todo caso sobre el diseño de la Arquitectura de la elección si se hubiera realizado; de la competencia; de la causa; y del fin; o, por decirlo en términos más familiares al derecho anglosajón, a la revisión de los aspectos jurídico-procedimentales y al test de razonabilidad de la decisión o de la actuación administrativa que no finaliza en una decisión formalizada.

b) La técnica del control por la motivación de las decisiones adoptadas o de la actuación administrativa que no finaliza en una decisión formalizada, constituye un elemento capital para el control jurisdiccional. La técnica de control de los actos discrecionales nos enseña la necesidad de valorar no sólo el contenido de la motivación, sino los antecedentes que le sirven de fundamento y el grado de conocimiento, imparcialidad y competencia con que puede haber sido adoptada. Debe examinarse la motivación no en el aspecto jurídico, que parece menos asequible a un órgano del poder ejecutivo que a un tribunal, sino preferentemente respecto a los hechos necesitados de una valoración por expertos, siendo necesario valorar también la proximidad a la cuestión de quienes suministran las razones en que la decisión se funda.

cuando fue reemplazada por el actual Centro Nacional de Inteligencia. Consultado en: *Nuestra historia* (<https://www.cni.es>).

TESI DOCTORAL

c) La técnica del control por los principios y valores constitucionales, la llamada interpretación principal, permite superar algunas limitaciones propias de los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control, pues no juega sólo con niveles de certeza y de determinación, sino que incorpora elementos valorativos tomados de la CE. La aplicación de dicha técnica ha de partir de dos elementos fundamentales:

- el reconocimiento del carácter capital de los derechos fundamentales, a los que se deben sacrificar, siempre que se den las condiciones de proporcionalidad exigibles, otros derechos y valores constitucionales, dado el valor informante que aquellos tienen sobre todo el sistema, y
- la incorporación para ponderar la justificación de las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales de los criterios operantes en el derecho comparado, especialmente en el marco de los Tratados suscritos por España, y muy especialmente el del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además del valor que como Tratado internacional ratificado por España tiene este convenio, debe notarse su especial incidencia en materia de interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la CE, en virtud de lo expresamente previsto en su art. 10. Dicho convenio no sólo contiene apelaciones a la legitimidad de ciertas limitaciones necesarias en una sociedad democrática en relación con la libertad de expresión (art. 10) y con las libertades de reunión, asociación y sindicación (art. 11), sino que contiene también, referencias similares en relación con la publicidad de los procesos (art. 6), con el respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia (art. 8) y con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9).

TESI DOCTORAL

d) La técnica del control a partir de la fijación de estándares y anticipación de criterios que, sin salirse del ámbito propio del examen y la resolución de la controversia judicial, permita hacer uso del valor orientador de la jurisprudencia, cuya autoría, sin otra referencia suprema que la reconocida en materia de garantías constitucionales en favor del Tribunal Constitucional (artículo 123 de la CE), está asignada a los Tribunales. En la actuación informal de la Administración, no estamos ante un sistema organizado por la ley, sino ante un sistema ordenado por sí mismo, cuyos supuestos rasgos característicos resultan tanto de las previsiones como de las ausencias legales. La noción de asequibilidad en relación a la actuación directiva y ordenadora de la Administración y, en cuanto a su contenido, respecto a la naturaleza de la materia sobre la que dicha actuación se proyecte, así como la impredecibilidad de las decisiones judiciales, afecta en su esencia a valores constitucionales básicos como la igualdad y la seguridad jurídica, motivo por el cual debe ser mayor el esfuerzo de construcción del nivel de control judicial, respecto al correcto funcionamiento, para la subsistencia misma, del sistema del Estado en el que se integran la Administración pública, el resto de poderes públicos y de los entes del sector público.

Parámetros doctrinales de la ordenación jurídica del “nudge público”.

Tal como he recogido en los elementos que estructuran el concepto jurídico del “nudge público”, éste se presenta como una herramienta que pretende incidir en la elección de decisiones individuales, dirigiéndose al individuo o a la colectividad, actuando directamente para corregir los sesgos cognitivos del

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

individuo que determinan su conducta según reglas heurísticas, como reglas cognitivas, que, inconscientemente, todo ser humano aplica al procesar la información que recibe del exterior³¹⁸, para que disponga de elementos de cognición que actúen directamente sobre dichos sesgos en la consecución de una finalidad pública acorde con el interés general, cuando es el poder público quien utiliza dicha herramienta, actuando sobre el entorno social en el que se toma las decisiones.

Ello me conduce a establecer unos criterios de sistematización de los parámetros en que desde el derecho administrativo se analiza la actividad de los poderes públicos, y de forma concreta de la Administración pública³¹⁹. Criterios que no son autónomos sino que se encuentran conectados entre sí, y en las diferentes líneas de investigación, pero que tienen características de análisis que los diferencian.

En las herramientas en que se manifiesta la técnica del “nudge público”, podríamos considerar que nos encontramos ante una actuación de la Administración de carácter informal³²⁰. He argumentado a lo largo de este

³¹⁸ Kahneman i Tversky (1974:1124).

³¹⁹ Schmidt-Assmann (2003: 181), en relación a la doctrina de las formas o modalidades de la actividad administrativa, considera como una función heurística de la misma, que “«puede ayudar a desarrollar un nuevo conjunto de categorías clasificatorias certeras, a partir de las cuales resulte en verdad posible una presentación sistemática» (citando a Forsthoff, en *Verwaltungsrecht*, p. 369). El material obtenido de los distintos sectores de referencia en cuanto a instituciones jurídicas, modelos de regulación y planteamiento de problemas puede ser, así, objeto de reelaboración bajo puntos de vista más generales.”

³²⁰ Bauer (1993), considera que la actuación administrativa de mera gestión representa un cajón de sastre para las actividades administrativas que se resisten a las restantes clasificaciones convencionales y ha concitado atención, sobre todo en el contexto de la actuación administrativa informal (como advertencias o recomendaciones), cuando la

TESI DOCTORAL

trabajo que en ningún caso nos encontramos ante dicha técnica si la actuación de la Administración se dirige a terceros, con efectos jurídicos directos, como ocurriría en la que se corresponde con relaciones jurídicas formalizadas que finalizan en una decisión instrumentada jurídicamente, o en la actuación de carácter coactivo o ablatorio, o de fomento. Pero tampoco nos encontramos ante dicha técnica en la actuación mediante impulsores para reforzar la capacidad de conocimiento informado, como ocurriría con algunas de las manifestaciones de la actividad informal mediante Informes, Recomendaciones o Advertencias.

Con dicha técnica se interviene sobre la conducta individual y el comportamiento colectivo, desde una incitación y orientación³²¹ mediante la incorporación de un elemento material, una herramienta que responde a un conocimiento predictivo de la conducta humana, como resultado de estudios experimentales y analíticos sobre la racionalidad y el comportamiento, en el proceso de elección de decisiones individuales, garantizándose que el individuo conserva la posibilidad de elegir opciones distintas a la establecida por el poder público, para su adecuación a finalidades públicas de interés general, puesto que la intervención pública lo es sin condicionar o determinar las decisiones individuales, aunque se conoce e gran medida cuáles pueden ser las mismas, como respuesta a determinados estímulos o entornos sobre los que interviene la Administración, como resultado de estudios científicos de las ciencias

Administración intenta, en colaboración con el ciudadano, suprimir inseguridad jurídica y cumplir cometidos administrativos de forma rápida, económica, efectiva y practicable.

³²¹ Como definiciones del verbo orientar, el Diccionario de la Real Academia española de la Lengua, recoge las de “dar a alguien información o consejo en relación con un determinado fin”, y “dirigir o encaminar a alguien o algo hacia un fin determinado”. Definición consultada en el diccionario en línea de la RAE, en fecha 11/04/2021: [orientar | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

conductuales, la neurociencia cognitiva, la semiótica, la lingüística cognitiva, y la IA.

La doctrina científica ha abordado la intervención administrativa en el proceso de elección de decisiones individuales, para su adecuación a finalidades públicas de interés general, cuando dicha intervención no tienen carácter coactivo o ablatorio, ni de fomento o persuasión, ni de informe, recomendaciones o advertencias, tanto desde una aproximación conceptual, como desde la identificación de algunas de sus características, a partir de parámetros claramente diferenciados, que nos permiten llevar a cabo una presentación sistemática desde tres planos, el de su ordenación jurídica desde los conceptos de regulación y garantía, como manifestación del “soft law”, derecho indicativo o legislación indirecta, cuando se propone la regulación de una conducta no obligatoria pero deseable; el de su ordenación jurídica desde la técnica evaluativa; y el de su ordenación jurídica desde las técnicas de control de la conducta.

Nos encontramos ante un análisis jurídico de la intervención administrativa, más allá de parámetros de la dogmática jurídica³²², ante lo que significaría un

³²² Muñoz (2019: 2), considera que “lo esencial de la dogmática jurídica sería la elaboración, aplicación e interpretación de un conjunto de normas –que por definición se refieren al “deber ser” de la conducta humana- que discurrirían en un plano distinto al de otras disciplinas que, por el contrario, sí estarían guiadas por el método científico aplicado a la realidad de los hechos sensibles”. Siguiendo a Molina Fernández, F. (2011. Justicia penal y pensamiento científico, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* -p. 7-10-), en la que considera como dominante entre los juristas la tesis de la especificidad, en un sentido fuerte, de lo normativo, Muñoz considera que dicha tesis dominante no acierta a señalar por parte de los juristas en que predomina, cuál sería el anclaje último del que la normatividad jurídica se deriva, si no lo es sobre razonamientos metafísicos o tautológicos.

TESI DOCTORAL

cambio de paradigma³²³, al tener en cuenta la Perspectiva cognitiva, en cuanto a su incidencia en un estudio conductual del derecho, que en el ámbito del derecho público y en concreto en el del derecho administrativo, permitan establecer una sistemática de estudio, sobre la intervención de los poderes públicos y en concreto de la Administración pública, “a partir de modelos de conducta prescriptivos y descriptivos resultado del análisis empírico realizado en el ámbito de la psicología social y cognitiva” en el de la neurociencia, en el de la economía conductual, en el de la lingüística cognitiva y la semiótica, en el de la IA, y en el de las políticas públicas, “cuyo objetivo sea incidir en las posibilidades de elección del individuo, sin condicionarle la toma de decisiones, con la finalidad de adecuar su comportamiento al interés general, introduciendo en dicho proceso de elección, elementos que le permitan evaluar la calidad de su toma de decisiones adecuándolas a un fin público”³²⁴.

En dicho sentido, la doctrina española, tanto en el ámbito del derecho penal, como del derecho procesal, como del derecho civil, lleva más de una década, analizando la perspectiva jurídica de los sesgos cognitivos, desde el plano conductual³²⁵, y su relevancia en Derecho. Aspectos a los que también ha sido

³²³ Kuhn (2005), considera que el cambio de paradigma es un elemento crucial que determina la irrupción de las revoluciones científicas, condicionando un motor de avance en el conocimiento, partiendo de que un paradigma es el estado de conocimiento en un momento dado en el tiempo que define el conjunto de interpretaciones comúnmente compartidas por la mayor parte de los científicos en un determinado campo de conocimiento.

³²⁴ Ulen (2015: 46), siguiendo la construcción doctrinal del concepto “paradigma” de Khun, considera que “las inconsistencias entre la teoría y la realidad existen necesariamente, tanto por la posibilidad de errores en la teoría, como por mediciones erróneas de datos. La mayoría del trabajo académico valioso de un campo consiste en llenar los huecos del modelo estándar, explicando aparentes inconsistencias, extendiendo el modelo a nuevos fenómenos y sujetándolo a nuevos datos”.

³²⁵ Ulen (2015: 25), considera que “el derecho es un sistema conductual. Busca moldear el comportamiento humano –regular, incentivar, impulsar a los individuos a que se comporten de

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

sensible la jurisprudencia tanto penal, como civil, del Tribunal Supremo, y de diferentes tribunales de los órdenes penal y civil³²⁶.

a. La ordenación jurídica de la técnica del “nudge” desde el concepto de regulación³²⁷.

El “nudge” como técnica de intervención administrativa y su utilización en algunas manifestaciones de la actuación de la Administración en cuanto a su tarea constitucional de ordenación dotada de autoridad, en la actividad regulatoria de los poderes públicos y como alternativa a la regulación, es la tesis mayoritaria en la doctrina científica, que utiliza el concepto de actividad

cierta manera y no de otras-. En décadas recientes los académicos del derecho han llegado a entender que el comportamiento humano puede moldearse a través de varios mecanismos que exceden las reglas formales gestionadas de modo técnico –mecanismos que incluyen incentivos económicos, normas sociales y encuadres psicológicos («psychological framing»). Todas estas herramientas nos proveen de oportunidades para manipular el comportamiento y con frecuencia pueden utilizarse como sustitutos entre sí y para mecanismos legales más familiares como los derechos de propiedad, sanciones penales o responsabilidad civil”.

³²⁶ Encontramos diferentes referencias bibliográficas y jurisprudenciales en Muñoz (2011:34-39; 2019: 45-54).

³²⁷ Lence (2017) realiza un análisis crítico para entender la regulación desde sus fundamentos y substrato ideológico, cuando considera que “esta corriente liberalizadora no puede entenderse al margen del contexto de la globalización y el consiguiente debilitamiento de los Estados-Nación. Empresas cada vez más grandes reclaman Estados cada vez más pequeños. En este proceso, no podemos dejar de mencionar la amplia propagación de las tesis de Friedrich Hayek que, recogiendo el testigo iniciado por Adam Smith en el siglo XVIII, según el cual el libre mercado es la manera más eficiente de organizar la economía, propugna la necesidad de un “Estado mínimo”, cuyo papel ha de quedar básicamente reducido a proteger la propiedad privada y a asegurar el imperio de la ley. Según estos postulados, detrás de la –con frecuencia profusa- regulación estatal, se hallan en realidad los intereses corporativos de las clases medias, que controlan los procesos democráticos y los ponen al servicio de sus intereses para convertirlos en mecanismos de captura de rentas”. “Hayek está considerado la referencia más importante del neoliberalismo. Sus obras más relevantes son “Camino de Servidumbre”, publicada en 1944 y “La Constitución de la Libertad”, publicada en 1960. Ejerció como profesor de economía en la London School of Economics y en la Escuela de Chicago oponiéndose a las propuestas económicas de Keynes implantadas por la Administración de Roosevelt en el New Deal, una política intervencionista para paliar los efectos de la crisis de 1929”.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

administrativa como un todo, que en esta Tesis diferencio en cuanto a la actividad de la Administración que trae causa de un procedimiento o formalización.

En la Parte primera, en las Cuestiones preliminares, he desarrollado el concepto de regulación, acogiendo la tesis de Tornos (2000: 1341-1342), que incorporo para una mejor comprensión. Dicho autor considera que el concepto de regulación nos remite “a un tipo de actuación administrativa caracterizado por su fin, la búsqueda del equilibrio, y por la importancia del caso concreto frente a la aplicación abstracta de la norma general”. Actividad reguladora que puede llevarse a cabo a través de técnicas administrativas de diverso signo³²⁸,

³²⁸ En dicho sentido, explicábamos en Nota al pie del Apartado 2 de las Cuestiones preliminares, de la que realizamos un extracto, que el concepto jurídico de regulación, que utilizan Thaler y Sunstein (2020: 19), en relación a la intervención de las Instituciones públicas y privadas para “orientar las decisiones de las personas en direcciones que mejoren sus vidas”, construido a partir de un enfoque desde la Ciencia económica, de intervención sobre el comportamiento humano, se complementa con el enfoque que se construye en la Ciencia política que focaliza la regulación en la actividad de los poderes públicos y su incidencia sobre la sociedad, con el enfoque desde el Derecho administrativo que focaliza la regulación en la elaboración de normas o aprobación de actos administrativos. Destacábamos, la definición dada en la Conferencia permanente de la Organización de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ley Tipo de Defensa de la competencia, capítulo VII, 2017 (United Nations Conference on Trade and Development –UNCTAD- 16º período de sesiones, Ginebra –Suiza-, 5 a 7 de julio de 2017), estableciéndose que “El término «regulación» se refiere a los diversos instrumentos de que se valen los Gobiernos para prescribir normas a empresas y ciudadanos, abarcando... orientaciones administrativas y normas subsidiarias de todos los niveles de la administración, así como normas de organismos no gubernamentales o profesionales autónomos en los que los Gobiernos hayan delegado facultades de regulación”. Y considerábamos que es en Bruno Lasserre, vicepresidente del Consejo de Estado francés, en quien encontramos un concepto integrador más acorde con la realidad jurídica en la que se encuentran los poderes públicos dentro de la Unión Europea, cuando en su discurso sobre el “Estado regulador”, manifiesta que **la regulación que no es ni reglamentación, ni legislación, ni autonormación, ni la preparación de textos normativos, no excluyéndose una cierta actividad normativa que va desde la asignación de recursos escasos, hasta el arbitraje, la sanción o el “soft law”, da respuesta a una nueva forma de normatividad, que responde a la necesidad de adaptarse a situaciones cambiantes para las que las**

TESI DOCTORAL

como el reglamento, la autorización, la sanción o los actos ejecutorios, de carácter imperativo, pero también y de forma principal, mediante otros que no tengan dicho carácter”, y que identificamos en esta Tesis como proyección del derecho indicativo que se puede manifestar en instrumentos jurídicos como el informe, la propuesta, la mediación, el arbitraje, o el convenio. Dicho autor identifica la regulación como un conjunto de poderes de actuación cuya unidad se encuentra en el fin que se persigue con su ejercicio, la búsqueda del equilibrio o la ordenación no exclusivamente imperativa, pues también considera dicho autor que para regular, también se puede “incitar, mediar o arbitrar”.

Encuadrado en dicho concepto, he expuesto como mayoritariamente, a partir de la tesis de Thaler y Sunstein, se considera el “nudge público” como un instrumento de la actividad regulatoria y de gobernanza de los poderes públicos, para persuadir, estimular o influir en la toma de decisiones individuales y en el comportamiento colectivo³²⁹. Como he expuesto en las Cuestiones preliminares, e incorporo para su mejor comprensión, Thaler y Sunstein (2020: 29), consideran que “una mejor gobernanza requiere menos, en el sentido de coerción y limitación gubernamentales y más, en el de libertad de elección, concluyendo que sustituyendo las exigencias y prohibiciones por incentivos y “nudges”, el gobierno será más pequeño y más modesto pero con

formas habituales de manifestación del Derecho resultan ineficaces o insuficientes, mediante instrumentos jurídicos más o menos flexibles, como Recomendaciones, Códigos de conformidad, Directrices, o Códigos deontológicos (Discurso ante los alumnos de la École National d'Administration, Estrasburgo –Francia-, 25 de enero de 2019), consultable en *L'Etat régulateur: discours de Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État (conseil-etat.fr)*.

³²⁹ En el mismo sentido se manifiesta Markus (2022: 87-90), de entender la técnica del “nudge” como complemento regulatorio, incluso identificándolo como una fuente normativa.

TESI DOCTORAL

una mejor gobernanza”. Como se puede comprobar, sus tesis regulatorias y sobre el paternalismo libertario, coinciden con la doctrina que evoluciona a partir de la Escuela de Chicago, donde los dos impartieron docencia, y continua Thaler, de menos Administración, pero también menos regulación si se pueden utilizar otros medios de intervención pública, expuesta en las Cuestiones preliminares.

Sunstein (2014: 14, 20-21) nos recuerda que entre 2009 y 2012, fue director de la Oficina de Información y Asuntos regulatorios (OIRA) de la Administración Obama, integrada en la Oficina de Gestión y Presupuestos, en Estados Unidos, encargada de supervisar la regulación federal. En dicha responsabilidad, fomentó la simplificación de la regulación, la utilización de un lenguaje claro y sencillo en las normas, resúmenes de normas complejas que las hicieran comprensibles, y el uso de “nudges”, que caracteriza como “mecanismos sencillos, baratos y respetuosos con la libertad, inspirados en la economía conductual, que pretenden ahorrar dinero, mejorar la salud y alargar la vida de la gente”. En esa tesis, considera el “uso de “nudges” como un mecanismo de regulación”, que debe focalizarse en la simplicidad, tal como insiste Thaler, en “hazlo fácil”, al mismo tiempo que “ser respetuosos con el libre mercado y con la libertad individual, y permiten a la gente hacer las cosas a su manera”. Para Sunstein, por su experiencia como director de la OIRA, los “nudges” requieren de “la simplificación y de la regulación analítica. Su fundamento estriba en un análisis preciso de las formas de actuar y de pensar de los seres humanos”, sin poder prescindir del entorno social, puesto que “las decisiones se toman ante una situación que nos viene dada por las Instituciones públicas y privadas”,

TESI DOCTORAL

pero como la gente se puede equivocar, “nos puede venir bien un poco de ayuda alguna vez”.

Chevallier (2019: 6), considera que los “nudges”, “lejos de constituir una alternativa a la regulación, como plantean Thaler y Sunstein, se presentan más bien como un medio para asegurar de antemano su correcta aplicación, eliminando obstáculos y previniendo las resistencias que puedan surgir durante su implementación”. Dicho autor considera que los “nudges” forman parte de un proceso de elaboración de políticas públicas.

En este entorno y marco regulatorio, incidiendo en la mejora de la regulación, es en el que la doctrina ha analizado los “nudges” y sus efectos, como en la Primera parte referimos.

b. La ordenación jurídica de la técnica del “nudge” desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva.

En esta posición doctrinal se encuentra el contenido de esta Tesis. He analizado el “nudge público” como una técnica conductual de carácter evaluativo que interviene sobre la racionalidad, que se considera limitada, para corregir o aprovechar los errores cognitivos, incitando una determinada conducta en el proceso decisorio del individuo, o un determinado comportamiento colectivo, que le favorezca o beneficie, con una finalidad pública que responde al interés general, pero de la que se puede apartar libremente. Por ese motivo el foco del análisis lo he centrado en desarrollar el enfoque de la Perspectiva cognitiva, que condiciona la adecuación a derecho de la utilización de dicha técnica y el respeto de los derechos humanos

TESI DOCTORAL

recogidos en los Tratados internacionales, y de los derechos fundamentales, derechos constitucionales y libertades públicas recogidos en la CE. Técnica evaluativa que se desarrolla o que se acoge si ya se encuentra implementada en la Arquitectura de la elección, proceso que Thaler y Sinstein definen como entorno en el que se toman las decisiones, pero que he complementado en esta Tesis, sin apartarme de los contornos en que se construye por sus autores, como proceso en el que se diseña, desarrolla, identifica y se implementa el “nudge”, evaluándose sus efectos, a partir de un estudio analítico, experimental y de costes, de las diferentes herramientas en que se manifiesta.

En esta Tesis vinculo asimismo la técnica del “nudge público”, a la actuación administrativa de carácter conductual, en la que la Administración ejerce como tarea, una función constitucional de ilustración al público, con la finalidad de incitar comportamientos prosociales, “beneficiosos desde el punto de vista colectivo”, mediante la contribución voluntaria a la protección de los bienes públicos, los bienes comunes y los derechos sociales, facilitando desde la actuación de la Administración, elementos para la adopción de decisiones cooperativas entre los poderes públicos y los individuos, con una finalidad social (Miller, 2021: 53-56).

Chevallier (2019: 6), a partir de la experiencia de la implementación de los “nudges públicos”, como un instrumento de modernización administrativa en la Administración pública francesa³³⁰, destaca la relevancia del enfoque cognitivo

³³⁰ Chevallier (2019: 4), nos informa que en Francia se implantaron por primera vez los “nudges” en 2014, por iniciativa de la Administración tributaria, (le «Direction générale des finances publiques» -DGFIP-), para animar a los contribuyentes a utilizar con más asiduidad y frecuencia los servicios en línea, principalmente en la declaración de la renta. Con dicha

TESI DOCTORAL

respecto a su utilización, más allá de considerarlos como un elemento de comunicación y marketing públicos. Dicho autor lo considera como un instrumento cuya efectividad se consigue “basándose en los logros de la ciencia cognitiva y de la economía conductual, para influir en el comportamiento, apoyándose en reacciones instintivas y reflejos condicionados”. Para Chevalier, el “nudging” “solo es relevante respecto a un determinado tipo de políticas públicas, aquellas que tienen como objetivo influir en el comportamiento, por ejemplo, en los campos de la salud, la seguridad o el medio ambiente, por lo cual, las condiciones requeridas para su uso, excluyen cualquier posibilidad de sistemática, por razones de temporalidad y medios”.

Pero la intervención de la Administración no solo se dirige al Sistema 1 o intuitivo, para corregir el efecto de los sesgos cognitivos y las reglas heurísticas en las decisiones, mediante la técnica del “nudge público”. También incide en el funcionamiento del Sistema 2 o reflexivo, mediante los impulsores, como se ha desarrollado ampliamente, para generar conocimiento y que la decisión sea informada. En este sentido, extrapolábamos la construcción de derecho civil sobre el “consentimiento informado”, construida por la jurisprudencia, en la que la Administración o sus agentes, proveen de conocimiento a los interesados,

iniciativa se pretendía aumentar las declaraciones en línea con un nivel de un 33%, cuando el promedio en los países de la OCDE era del 65%. La implantación se llevó a cabo, a partir de un estudio etnográfico previo que permitió identificar un conjunto de obstáculos como sesgos cognitivos sobre los cuales se implementó la técnica del “nudging”. Dichos sesgos identificados fueron: que la información para utilizar el servicio en línea era insuficiente; la complejidad de la tecnología, que dificultaba su utilización; el miedo por parte de los contribuyentes al error, a equivocarse; la deficiente y mala redacción de los documentos que dificultaban su comprensión; o el efecto rebaño en el comportamiento de los contribuyentes. Dicho sistema implantado en España desde hace años, pero sin responder a la conciencia de que se utilizaba la técnica del “nudge”, cuenta con un programa que permite descargar y confirmar el borrador

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

respecto a los diferentes elementos que les permitirán adoptar decisiones de una forma voluntaria, razonada y reflexiva, respetando la libertad individual, como ocurre en una visita médica, en la que se ofrece información sobre la enfermedad y los diferentes tratamientos y opciones de las que dispone el individuo, que tiene libertad para adoptar su decisión. Así como también se ha construido la teoría de la “pérdida de oportunidad”. Ambas han tenido acceso a la jurisprudencia contencioso-administrativa, desde el plano jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración³³¹. La responsabilidad de la

realizado por la propia Agencia Tributaria con sus datos, y permite confirmarlo agilizando y facilitando la declaración de la renta.

³³¹ En relación al **consentimiento informado**, la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 2 de enero de 2012 (RC 6710/2010), en una doctrina muy consolidada, ha establecido los requisitos para que pueda exigirse responsabilidad a la Administración, si por sus agentes, no se ha llevado a cabo la información necesaria de acuerdo con la *lex artis*, en cumplimiento de un derecho legal de información en el ámbito de la salud, estableciendo el carácter autónomo del deber de información, considerando que “...”, referido al consentimiento informado específico de la intervención practicada, en cuanto a los riesgos que se pueden producir y alternativas, debemos partir del hecho que la sentencia lo valora como incompleto, genérico y sin adecuación a la concreta intervención que se le iba a realizar a la Sra. XXX, por más que contenga fórmulas estereotipadas respecto a que la información se produjo. (...) Este motivo ha de estimarse por cuanto contradice la Jurisprudencia ya consolidada de esta Sala y Sección relativa a la naturaleza autónoma y, por tanto, relevante por sí misma, de la infracción del derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento. Podemos citar la reciente sentencia de esta Sala y Sección de dos de noviembre de dos mil once, recurso de casación 3833/2009, en la que se reitera esta Jurisprudencia: "b) Que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente (a tener por cierta en el caso de autos ante la duda no despejada sobre el cabal cumplimiento de aquella obligación) constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

2011)." Como se dijo en la Sentencia de esta Sala de diecinueve de diciembre de dos mil nueve, recurso de casación de unificación de doctrina 257/2006, el consentimiento informado no puede convertirse en un trámite rutinario, burocrático, carente de la relevancia que ha de tener como es que el paciente ha de asumir la existencia de diferentes escenarios al tratamiento. Ello va más allá de formularios estereotipados puesto que implica que el médico ha de observar tanto la capacidad del paciente de entender la información que se le ofrece como la situación concreta en la que se encuentra y las posibilidades de éxito, fracaso, mejoría, etc. Es una compleja relación que requiere análisis caso por caso atendiendo a las circunstancias concurrentes. Por tanto, ha de estimarse el recurso y considerar que la sentencia es errónea en cuanto que exige una prueba irracional para entender relevante una infracción de la *lex artis* como es la relativa a los derechos reconocidos legalmente al paciente, artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, entonces vigente" (FD Quinto).

En relación a la doctrina de la **pérdida de la oportunidad**, se construye en el ámbito del derecho de daños y en el de la defensa en un proceso judicial. Si el riesgo de que se produzca el daño es mínimo, no se aplica dicha doctrina, como tampoco se aplica cuando existe una clara relación causal y una mínima incertidumbre. Se aplica dicha doctrina cuando nos encontramos ante conductas negligentes pero sin que exista malicia, como posibilidad querida de causar el daño, y en el caso de daños médicos, deberá haberse actuado de acuerdo con la *lex artis*. Además de la conducta negligente, otra característica es que exista incertidumbre causal, lo que comporta que la causa del daño no pueda probarse con certeza, la prueba debe acreditar que en circunstancias normales, tampoco se podría probar el éxito de cualquier otra solución que se hubiera adoptado, por depender la solución de multitud de factores. Podríamos concluir estableciendo que en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, el daño se evalúa, no por una mala *praxis* y la existencia de una relación causal con el acto que lo motiva, sino por la incertidumbre de si podría haber sido otro el resultado de haberse seguido otros parámetros de intervención. Y en ese enfoque se construye en esta Tesis su aplicabilidad a los "nudges públicos", en si la intervención de la Administración mediante dicha técnica cognitiva, podría haber tenido otro resultado mediante la utilización de otra técnica con la que actúa la Administración, a partir de la evidencia científica.

Desde la construcción jurisprudencial de la **pérdida de la oportunidad**, la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2018 (RC 2302/2016), en una doctrina muy consolidada, ha establecido los requisitos para que pueda exigirse responsabilidad a la Administración, anudados al derecho a la información en cuanto a la posibilidad de otros tratamientos u otras actuaciones, aunque se haya actuado de acuerdo con la *lex artis*, teniendo en cuenta que "Existe un supuesto intermedio entre esa vulneración de la *lex artis* o la concurrencia de la misma, con los relevantes efectos de acceder a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados o denegar dicha indemnización, es el supuesto de la pérdida de oportunidad que, como recuerda la sentencia de 13 de enero de 2015 (recurso de casación 612/2013), con cita abundante cita, "*la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo,... configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio.*".. /.Los supuestos de pérdida de oportunidad constituyen un supuesto intermedio porque se ocasiona cuando, producido el daño, la experiencia y el estado de la ciencia médica permite acoger la probabilidad de que un diagnóstico diferente al que fue

TESI DOCTORAL

Administración se derivará en todo caso de los efectos que sobre la persona física o jurídica, pueda causar la intervención administrativa, tanto en su proyección conductual, sobre el proceso de decisión del individuo, como en su proyección mediante impulsores para generar conocimiento, facilitando datos o el acceso a datos que permitan disponer de elementos evaluativos en su toma de decisiones, tanto positivos como negativos afectando sus derechos bienes o personas. Si bien que he hecho referencia en esta Tesis, a diferentes resoluciones de los órganos judiciales españoles, alemanes y japoneses, relativas a que no existe responsabilidad en la actuación administrativa informal cuando nos encontramos ante actos meramente informativos o declarativos de un indiferente jurídico, al no existir actos de voluntad que traten de imponer una conducta, ni exista una sanción jurídica. Ello se da en el supuesto general de la aplicación de la técnica del “nudge público”, cuando no existe una manifestación jurídica formalizada consecuencia de una relación jurídica, si la Administración únicamente informa, no afectando otros derechos fundamentales. Y, en el ámbito de los derechos económicos, he considerado que no se afecta al de la competencia, cuando la información pública es

correcto, podría haberlo evitado. No se olvide que el diagnóstico, según la misma jurisprudencia tiene declarado, no es sino un dictamen, una opinión sobre una situación presente a la que se anuda un tratamiento conforme al criterio de quien lo emite, pero que nunca garantiza un resultado. Y en esa situación de presente ha de moverse quien lo emite atendiendo a la realidad que se le presenta, en especial a los síntomas que se manifiestan en el paciente y sus propios conocimientos. Ahora bien, nada impide que una vez transcurrido el proceso del tratamiento aconsejado conforme a aquel diagnóstico, sea admisible poder concluir en que a la vista de aquellos síntomas podría haberse dado otro dictamen y tratamiento que, probablemente habría evitado el daño o la habría podido disminuir.” (FD Sexto). Respecto a los orígenes de dicha teoría, nos dice Medina Alcoz, L. (2009, “La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla -La Mancha. Reflexiones críticas”, *Revista Jurídica de Castilla -La Mancha*, 47, 107-157), que se encuentran precedentes franceses a principios del siglo XIX, pero también aplicaciones de esta doctrina por los tribunales británicos y norteamericanos (Estados Unidos y Canadá).

TESI DOCTORAL

ilustradora, pues entran en juego otros bienes jurídicos a proteger como el de la salud, así como la garantía de derechos fundamentales, destacando como una de las tareas de la Administración la de contribuir a orientar a los ciudadanos para que puedan adoptar decisiones libremente, incluso en situaciones de incertidumbre. Y en esa tarea de ilustración que se corresponde con el ejercicio de una función constitucional, así como en la Arquitectura de la elección desarrollada por una actuación de la Administración de carácter conductual que tiene en cuenta el enfoque de la Perspectiva cognitiva, como cuando dicha actuación es de carácter impulsor dirigida a reforzar el conocimiento, considero que tiene una gran relevancia la IA, en que las Bases de datos públicas permiten facilitar esa actividad evaluativa del individuo, mediante el acceso y análisis de datos, en bases de datos digitales, de una forma accesible cognitivamente, comprensible y fácil.

c. La ordenación jurídica de la técnica del “nudge”, desde las técnicas de control de la conducta. El nuevo panóptico³³².

³³² Distopía como modelo de prisión diseñado por el filósofo alemán Jeremy Bentham en 1791. “Su nombre viene de la raíz griega “verlo todo” (*pan-opticón*), y como su propio nombre indica, se basaba en una construcción circular opaca por su cara exterior y transparente por su zona interior, de forma que, colocando una torre de vigilancia en medio, se podría vigilar a todos los presos a la vez con un mínimo consumo económico y personal. ../.. En estos modelos de presidio, el reo tiene una presencia omnisciente que no le quita el ojo de encima, lo que hace que se deshumanice, teniendo en todo momento una sensación de ser observado, llegando a crearle trastornos de conducta../.. Esta idea de presidio, ha sido reflejada de una u otra manera por muchos autores, por ejemplo George Orwell en su obra “1984”, critica un sistema basado en un Gran hermano que lo ve todo, y los ciudadanos, en todo momento son controlados por este. Foucault, en “Vigilar y Castigar” habla de que la sociedad es un auténtico panóptico de Bentham”. Consultado en: *El Panóptico: ¿una prisión perfecta o ataque a la intimidad?* | <https://nationalgeographic.es>.

Adjetivo que define el Diccionario de la Lengua española de la RAE, como “dicho de un edificio: Construido de modo que toda su parte interior se pueda ver desde un solo punto”.

TESI DOCTORAL

He referenciado, el enfoque de diferentes estudios y literatura tanto desde del ámbito de la Psicología, como del de las Políticas públicas, como del Derecho, advirtiendo del control que comporta la utilización de la técnica del “nudge”, por parte de los poderes públicos, como en la sociedad disruptiva que se recoge en los libros de Aldous Huxley, *Un mundo feliz*, o de George Orwell, *1984*, que tiene como referencia el panóptico de Bentham (autor sobre el cual nos referimos al hablar del ideario de la Ilustración), en el que desde un solo punto se puede ejercer el control de todo un entorno.

He recogido las diferentes posiciones doctrinales en diferentes áreas de conocimiento, que inciden en identificar la técnica del “nudge”, como técnica de control de la conducta, en cuya aplicación se anula el «libre albedrío», independientemente de las patologías o manipulación que se pueda derivar, han puesto su centro de análisis en el hecho de que mediante esta técnica y las tecnologías digitales basadas en la IA, los poderes públicos controlan, como un panóptico, el comportamiento individual y colectivo, para que se adopten decisiones, que por mucho que sean coincidentes con finalidades públicas (vida saludable, pago de impuestos, donación de sangre y órganos, evitar daños en circulación de tráfico...), no son libres, al conocer la Administración, y en general los poderes públicos y entes del sector público, como condicionar la respuesta a partir de estudios (efectuados desde las ciencias conductuales, desde la neurociencia cognitiva, desde la lingüística cognitiva, desde la semiótica y desde la IA) experimentales sobre la racionalidad y su carácter limitado, sobre el funcionamiento de los sesgos y las

TESI DOCTORAL

reglas heurísticas en los procesos de decisión con incertidumbre, en que se actúa de una forma impulsiva y no reflexiva, así como la respuesta que se pueden dar en el entorno que prefigure la Administración o con la utilización de las técnicas del marketing (Joule y Beauvois, 2002; Dodsworth, 2021; Flückiger, 2018; Galletti y Vida, 2018).

He hablado en el Apartado anterior de esta Tercera Parte, de las patologías en el diseño e implementación de la Arquitectura de la elección con efectos negativos en el proceso de decisión o conducta de los individuos y en el comportamiento colectivo, de los diseños oscuros y de la manipulación digital. Pero también de que la utilización de los “nudges” y de las tecnologías de la información y de las comunicaciones para el control del comportamiento orientado a la consecución de finalidades públicas, es una realidad, y el Derecho debe dar una solución jurídica para poder intervenir sobre dichas patologías, desde el respeto a los derechos del individuo reconocidos en los Tratados internacionales y en la Constitución, a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Lo cual he teorizado y desarrollado en este trabajo de investigación.

La afectación del “nudge público” en el derecho de libertad de empresa reconocido en la CE, y principios que lo informan.

La actuación de la Administración de carácter conductual, mediante la técnica del “nudge público”, puede afectar el ejercicio de diferentes derechos y libertades públicas previstos en la CE, tanto en el ámbito de la materia que ampare la utilización de esa técnica en la consecución de una finalidad pública, acorde con el interés general, como al margen de dicha afectación, en los

TESI DOCTORAL

derechos reconocidos en la CE de las personas física o jurídica, desde el plano estricto de su libertad individual.

En dicho sentido, identifico como más relevante el derecho de **libertad de empresa**, por su incidencia en las relaciones económicas y por el enfoque de análisis de caso que se da en esta Tesis, sobre la aplicación de un “nudge” que afecta la libertad de empresa e incluso puede afectar la competencia, como podría ocurrir en el supuesto del «semáforo nutricional». Derecho que puede verse afectado por la intromisión de la intervención administrativa en el proceso de toma de decisiones individuales y del comportamiento colectivo, así como colisionar entre ellos, cuando existe la necesidad de protección de otros derechos y libertades públicas.

Realizaré una delimitación del contorno constitucional en que puede verse afectado sin entrar en un detalle que se vería condicionado a los efectos en una materia concreta y la determinación de la finalidad pública buscada, con la motivación suficiente en la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a la ponderación de los derechos y bienes jurídicos afectados, en los que se pudiera amparar la intervención administrativa conductual (orientada a la adopción de decisiones individuales determinadas por el Sistema 1, de carácter intuitivo) o de carácter impulsor (orientada a la creación de conocimiento para la adopción de decisiones individuales determinadas por el Sistema 2, de carácter reflexivo).

Respecto a los valores superiores del ordenamiento jurídico y principio que se proyecta sobre el resto de derechos constitucionales y libertades públicas, he

TESI DOCTORAL

desarrollado ampliamente su afectación tanto respecto a los de igualdad y no discriminación, como al de libertad (incluyendo la ideológica y de opinión), así como al valor constitucional de dignidad y al principio de libre desarrollo de la personalidad, que informan el resto de principios, derechos y libertades, y hacen reconocible a la persona como ser humano. Teniendo en cuenta que respecto al de protección a la salud, o al de libertad ideológica, éste, en cuanto a su dimensión externa en que se contiene el *agere licere*, me he referido ampliamente (en el de libertad ideológica, al tratar el derecho de autodirección informativa), por su vinculación directa con el objeto de esta Tesis.

Zagrebelsky³³³ (1995: 16), nos recuerda la relevancia del método hermenéutico, que considera debe ser “dúctil”, en una “dogmática fluida”, respecto a la interpretación y aplicación de los derechos constitucionales, teniendo en cuenta la existencia de una pluralidad de valores, que identificamos en nuestro ordenamiento constitucional español con los valores superiores del ordenamiento jurídico, principios y bienes jurídicos, que deben interrelacionarse a partir de “la aspiración no a uno, sino a los muchos principios y valores que conforman la convivencia colectiva”. Destaca la necesidad de tener en cuenta, en dicha interpretación hermenéutica, “la condición del tiempo en que vivimos, valorar la libertad, las capacidades y la responsabilidad del individuo conjuntamente con las reformas sociales, la protección de los bienes colectivos o la intervención colectiva para el apoyo de los más débiles”.

³³³ Catedrático de derecho constitucional, que fue magistrado y presidente de la Corte constitucional italiana.

TESI DOCTORAL

De esta forma concluyo esta introducción para dar paso al desarrollo de los principios que afectan al derecho de la libertad de empresa, teniendo en cuenta los objetivos que pivotan a lo largo de toda la Tesis, y configuran el núcleo esencial del enfoque de la Perspectiva cognitiva, en la actuación de ilustración como función constitucional y tarea de la Administración de carácter conductual, valorando la libertad, capacidad y responsabilidad del individuo desde la intervención de la Administración, resto de los poderes públicos y entes del sector público en la protección de los bienes colectivos y la consecución de finalidades de interés general.

La libertad de empresa. Se reconoce como de derecho fundamental en el art. 38 de la CE, y en el art. 16 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión europea, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. La libertad de empresa como derecho constitucional requiere de una cobertura legal para el establecimiento de límites. También deberá respetar el contenido esencial de este derecho que comporta, como ha destacado la jurisprudencia constitucional (entre otras, la STC 96/2013, de 23 de abril –FJ Sexto–, que reitera lo establecido sobre la «libre competencia» en SSTC 88/1986, de 1 de julio -FJ 4-; y 135/1992, de 5 de octubre -FJ 8-) "el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado".

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Lence (2017), recuerda que en "la STC 83/1984, el Tribunal Constitucional ya indicó que la libertad de empresa no reconoce el derecho a acometer cualquier actividad empresarial pues el ejercicio de la misma puede estar sujeto a normas de muy diverso orden. Las razones que pueden invocar los poderes públicos para justificar su intervención son muy variadas, abarcando la práctica totalidad de las materias sobre las que es posible legislar y en esto reside precisamente la dificultad que plantea aproximarse al «contenido esencial del derecho»³³⁴ de la libertad de empresa y lo distingue de otros derechos

³³⁴ El Pleno del TC, en sentencia 11/1981, de 8 de abril de 1981, construyó dogmáticamente la definición del concepto jurídico indeterminado "contenido esencial del derecho", al establecer en su FJ 8, que "Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos,

TESI DOCTORAL

fundamentales”. Dicha autora, considera que “una de las particularidades del derecho a la libertad de empresa es que potencialmente cualquier bien interés con relevancia pública y fundamento constitucional puede erigirse en causa que legitime una intervención sobre el derecho o incluso una restricción al ejercicio o al sostenimiento de una actividad. Y aunque en los procesos de mejora regulatoria está muy presente la idea de Gobierno abierto que reclama una mayor transparencia y mejorar los mecanismos de participación ciudadana en los procesos de elaboración de normas, la globalización ha traído también consigo el debilitamiento de los Estados-Nación. Por ello, ha de tenerse presente el riesgo de que la acción democrática de los poderes públicos quede deslegitimada si situamos en un primer plano las libertades económicas, por encima de intereses generales como la salud de la población o el medioambiente.”

Como ha puesto de manifiesto Rodríguez Portugués (s.f: 92), siguiendo a Martín-Retortillo Baquer (*Derecho Administrativo económico*, 86-87), debe considerarse “la idea de que la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE es «absolutamente» un derecho subjetivo, no meramente un principio de un modelo económico que la Constitución sanciona. Y ello con todas las

sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse. De este modo, en nuestro caso lo que habrá que decidir es la medida en que la normativa contenida en el Real Decreto-Ley 17/77 permite que las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga se trata de satisfacer.”

TESI DOCTORAL

consecuencias: su titular ostenta un *status* jurídicamente tutelable por los Tribunales de Justicia, en los términos que establecen los arts. 24, 53 y 106 CE, frente a la actuación de los distintos poderes públicos que pudieran suprimirla, modificarla o reducirla.” Dicho autor parte de que “la libertad de empresa es calificada por la doctrina como un tipo del género de los derechos fundamentales, aunque un derecho fundamental *sui generis*, porque su contenido es difícilmente delimitable. Aunque derecho fundamental, no goza de la garantía del recurso de amparo”. En todo caso debe tener en cuenta que el TC no ha definido es núcleo esencial del derecho reconocido en el art. 38 CE, pero sí estableció sus contornos, tempranamente, condicionados por el hecho de que “en el art. 38 (no) se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden” (STC 83/1984, de 24 de julio –FJ 3-). Contornos que se delimitan en el valor superior del ordenamiento jurídico de “libertad” y en la intervención de la Administración que disciplina el contenido del mismo. No existiendo por tanto un impedimento constitucional a la intervención conductual o de impulsores de la Administración, en la que se proyecte el derecho indicativo, además de la regulatoria y, en general, en cualquier otra en que se proyecte el derecho imperativo.

En dicho sentido, y partiendo de lo que he explicado en relación al Informe de intervención conductual MINDSPACE, los instrumentos considerados “soft law”, que se proyectan en el derecho indicativo, pero también las herramientas conductuales a partir de la técnica del “nudge público”, pueden ser utilizados de forma eficaz sobre las relaciones entre los consumidores y las empresas,

TESI DOCTORAL

afectando el derecho de empresa, como puede ocurrir con el «semáforo nutricional» o la aprobación de incentivos (por ejemplo, mediante la aprobación de impuestos especiales), actuaciones de información (por ejemplo, campañas de sensibilización y orientación en materia de salud pública), o comunicaciones sofisticadas de carácter técnico.

Sobre dicha circunstancia se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal alemán³³⁵, en relación a la actuación de la Administración mediante información sobre un producto, exigiendo a las empresas la utilización, en su presentación al consumidor, de “advertencias” que afectan al producto, como ya nos referimos en la normativa española respecto al tabaco, nos encontramos en que el bien jurídico protegido es el derecho a ejercer una profesión, no el derecho de opinión cuando las mismas no contemplan un contenido valorativo.

Dicho Alto Tribunal, en la sentencia que se referencia, y a la que nos referimos al hablar de la normativa española reguladora de la información existente en las cajetillas de tabaco, delimita los contornos jurídico-constitucionales de este tipo de actuación de la Administración, asimilables a la actuación de carácter conductual mediante la técnica del “nudge público”, considerando que:

La advertencia de esos peligros para la salud pertenece a las funciones legítimas del Estado. La política de salud estatal debe advertir en todo caso sobre los graves peligros médicos para el fumador y concientizar a los consumidores de que los fumadores activos causan daño a los fumadores pasivos.

³³⁵ BVerfGE, 95, 173 (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2009: 347-367).

TESI DOCTORAL

La simple forma del lenguaje que caracteriza esa advertencia conduce a los destinatarios a reflexionar con base en lo peligros para la salud sobre su decisión de compra.

Esa ilustración estatal sirve, por tanto, a la protección de la población frente a los peligros para la salud../.. las advertencias remiten, de acuerdo con el significado común del concepto “causas”, a un contexto causal, típico y generalizado de fumar y daños a la salud; ellos tienen por objeto crear conciencia en el hecho de que la renuncia al fumar ayuda a evitar un riesgo para la salud../..

Por lo demás, se considera la prohibición de la propaganda, junto a las ilustraciones sobre la salud, como una medida más adecuada para combatir el consumo irracional de tabaco.

Las condiciones para la comercialización también se deberían analizar (por ejemplo, la prohibición del comercio en máquinas automáticas y la venta a los jóvenes).

Frente a esas alternativas, la reglamentación impugnada aparece como la más suave de las medidas.

El deber de incluir advertencias no toca de manera abierta los límites de la razonabilidad.

La intervención en el ejercicio de la profesión permite a la industria del tabaco ejercer posteriormente su actividad de comercialización y le brinda al consumidor simplemente un fundamento médico para al momento de tomar la decisión de comprar el producto.

El medio de restricción elegido –un simple efecto lingüístico mediante la advertencia– es una forma de actuar, que no afecta el intercambio de bienes mediante la oferta y la demanda, y que hace consciente al demandante de unas consideraciones que de acuerdo con el estado actual del conocimiento médico, deben ser de conocimiento general.

Como he puesto de manifiesto al hablar, en el Apartado 3 de la Parte Segunda de esta Tesis, del derecho a la protección de la salud, como bien público global

TESI DOCTORAL

y derecho social esencial, y su proyección en el derecho a una alimentación saludable, y que por sistemática considero necesario reproducir, la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad alimentaria y Nutrición establece el marco jurídico en el cual se debe desarrollar la actuación de las Administraciones públicas, cuando su intervención tiene como finalidad garantizar la seguridad en los alimentos, mediante la prevención de los riesgos derivados para la salud humana por su consumo, y garantizar una alimentación saludable, que facilite el deseable bienestar social y el necesario desarrollo económico sostenible.

Dicha norma recoge, en su art. 4, los principios generales que informan la actuación de la Administración cuando la misma pueda afectar el derecho a la libertad de empresa, en el ámbito alimentario, mediante sus diversas modalidades o formas y ejercicio de sus potestades, y por lo tanto, también cuando la actuación administrativa tenga el carácter conductual mediante la utilización de la técnica del “nudge público”.

Dichos principios, que se reproducen y se dirigen a informar de forma directiva la intervención de la Administración cuando revista carácter conductual, por ser de aplicación para ponderar los bienes jurídicos que puedan colisionar cuando la actuación de la Administración afecte, tanto a la libertad de empresa, como a las decisiones de los individuos, o sobre el comportamiento colectivo, son:

- a) **Principio de necesidad:** las actuaciones y limitaciones, deberán estar justificadas por una razón de interés general, que deberá acreditarse y resultar aplicable a la medida en cuestión.
- b) **Principio de proporcionalidad:** las actuaciones y limitaciones deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan.

TESI DOCTORAL

c) **Principio de no discriminación:** las actuaciones y limitaciones no deberán introducir diferencias de trato, facilitando la accesibilidad cognitiva y la libertad de elección.

d) **Principio de mínima afección a la competencia:** se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen el normal ejercicio de la libertad de empresa, garantizando los derechos y libertades constitucionales, sin menoscabo de la protección de la salud.

Así pues, reitero la conclusión a la que llegaba en el Apartado 3 de la Parte Segunda de esta Tesis. Nos encontramos con obligaciones en la actuación de la Administración pública, que deben conjugarse con la responsabilidad en la toma de decisiones individuales, en cuyo proceso de decisión también puede intervenir la Administración, desde el diseño de la Arquitectura de la elección individual y del comportamiento colectivo, en ejercicio de la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración. Dicha intervención comporta facilitar una infraestructura social que garantice la educación y conocimiento, para la adopción de decisiones razonadas, beneficiosas para el individuo y coincidentes con el interés público, en el momento de optar entre diferentes opciones o, con la misma finalidad, incite actuando sobre los sesgos y heurísticas, que en dicho proceso decisional puedan condicionar una racionalidad que en el Apartado Primero de las Cuestiones preliminares he motivado desde la psicología, por su condición de limitada.

TESI DOCTORAL

Los principios esenciales en la intervención conductual, en cuanto a su afectación a los derechos y libertades reconocidos en la CE.

Como principios informadores de la actuación de la Administración de carácter conductual, cuando pueda afectar derechos y libertades constitucionales, considero como más relevantes, los de proporcionalidad, de buena fe y confianza legítima, y de racionalidad y razonabilidad, por afectar directamente a la ponderación de bienes jurídicos y a la expectativa del individuo en la convicción de que la actuación de la Administración es conforme a Derecho y a la protección de sus derechos constitucionales.

Sobre dichos principios, pivotan el resto de los principios contemplados en el ordenamiento jurídico cuando se proyectan sobre el procedimiento o sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas, lo cual no es objeto de esta Tesis.

Me refiero a una actuación de la Administración de carácter conductual, que si bien puede proyectarse sobre un procedimiento formalizado, lo sería en la fase previa de su diseño, en la Arquitectura de la elección. Si un acto, disposición general o cualquier tipo de instrumento jurídico resultado de la tramitación de un procedimiento, tiene efectos conductuales es por su carácter híbrido, y los principios y normas reguladores de la actuación de la Administración y del resto de los poderes públicos, serán los que rijan dicho procedimiento formalizado. Teniendo en cuenta que la herramienta en que se manifiesta la técnica, se podría encajar en la actividad informal de la Administración, con similitudes con la actuación no administrativa y de gobierno caracterizada por responder al ejercicio de la potestad discrecional.

TESI DOCTORAL

Una vez reconocida la posibilidad de que la actuación administrativa de carácter conductual incida, en ocasiones con una alto grado de intensidad, sobre la libertad individual o sobre cualquier derecho constitucional y libertades públicas, y en el supuesto que he analizado, sobre la libertad de empresa, con el límite del respeto al contenido esencial de los derechos y libertades sobre los que pueda afectar, procedo a destacar las características esenciales de los principios que deben orientar la actuación de la Administración, del resto de poderes públicos y entes del sector público. Para ello, tendré en cuenta los criterios que he establecido tanto respecto a la Arquitectura de la elección, como al enfoque de la Perspectiva cognitiva que debe presidir la actuación de la Administración, para garantizar el respeto a los derechos individuales y colectivos, y a las libertades públicas, previstos en la CE y Tratados internacionales de derechos humanos.

En primer lugar debe tenerse en cuenta el **principio de proporcionalidad**. Ante la aplicación de dicho principio, se permite la adopción por los poderes públicos, de medidas restrictivas de otros derechos. Como he explicado en anteriores Apartados de esta Tesis, la actuación de la Administración sea formalizada o no, se encuentra sometida a la obligación de aplicar dicho principio en su actuación, cuando el art. 4.1 de la LRJSP, aunque se dirige a la realización de una actividad, expresamente establece que “las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos”.

Barnes (1998: 16) acogiendo la doctrina constitucional alemana sobre el test de proporcionalidad³³⁶, que enfatiza sobre la distinción y el análisis sucesivo de los

³³⁶ Alexy (2009: 8-9, 13), catedrático de derecho público y filosofía del derecho de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, que ha destacado por sus aportaciones a la argumentación jurídica, la teoría de los derechos humanos y fundamentales y la filosofía del derecho, así como por sus críticas al positivismo jurídico, establece, desde la dogmática alemana, los elementos constitutivos del principio de proporcionalidad a partir del subprincipio de ponderación y la idea de optimización, cuando analiza de forma crítica su aplicación por la jurisprudencia constitucional. Dicho autor analiza el principio de proporcionalidad (“Verhältnismäßigkeit”), explicando que “éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación –al que Barnes se refiere como idoneidad- (“Geeignetheit”), necesidad (“Erforderlichkeit”) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas. Los subprincipios de adecuación y necesidad tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales. El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio Pa, no fuera idóneo para esto, mas sí perjudicara la realización de Pb; entonces de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb, aunque sí los habría para Pb de emplearse M. Pueden Pa y Pb ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados conjuntamente, Pa y Pb prohíben el uso de M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto (Solución de eficiencia económica realizada cuando en cierta situación “Ya no puede ser que una persona esté mejor sin empeorar la condición de otra”, denominada así en honor del economista italiano Wilfredo Pareto, el primero en desarrollar esta idea): una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra. Lo mismo vale para el principio de necesidad. Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven Pa de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en Pb. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio Pc afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en Pb. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como elementos integrantes del mismo, test introducido en el TC por el magistrado Carles Viver i Pi-Sunyer, no sin cierta controversia, nos indica que:

está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta a priori absolutamente inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir a todas luces otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia; o desproporcionado en sentido

o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación. La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”, la cual dice: Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar. La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.” Dicha tesis de aplicación del canon de proporcionalidad desde la proyección del subprincipio de ponderación, permite concluir a Alexy en el sentido que “los derechos fundamentales ganan fuerza sobreproporcionalmente (“überproportional”) si la intensidad de la intervención se eleva, por esto tienen algo así como un núcleo resistente”. Conclusión que se realiza teniendo en cuenta algunas decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán, entre ellas una sobre advertencias de peligros a la salud, sobre la cual hemos realizado varias referencias en esta Tesis, la sentencia BVerfGE 95, 173. “En esta resolución el Tribunal Constitucional Federal clasificó el deber de las tabacaleras (“Produzent von Tabakwaren”) de colocar sobre sus productos advertencias sobre los peligros de fumar, como una intervención relativamente ligera en la libertad de ocupación (“Berufsfreiheit”); frente a ésta, una onerosa sería proscribir totalmente los productos del tabaco. Entre tales casos leves y graves se encuentran aquellos de mediana intensidad de intervención. De este modo la escala se compone de tres niveles: “leve”, “medio” y “grave”; el ejemplo muestra que es posible clasificar válidamente en estos niveles... De esta manera es tan seguro que es leve la intensidad de la intervención y alto el grado de importancia de la razón para ella, que el resultado del examen de proporcionalidad en sentido estricto es absolutamente señalado como “evidente” por el Tribunal Constitucional Federal.”

TESI DOCTORAL

estricto, por generar patentemente más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego. Es al fin elegido por la norma o en su aplicación al que hay que hacerle hablar, el que nos dirá si el medio adoptado quiebra solemnemente los criterios apuntados.

Pero el test sólo dará «positivo», nótese bien, cuando la medida limitadora desborde alguna de esas prohibiciones de forma evidente y manifiesta, lo que implica, desde luego, que tan sólo la desproporción extrema y objetivable adquiera relevancia jurídica y que no sea ésta, por lo demás, una hipótesis frecuente, como tampoco lo es la utilización o introducción de elementos diferenciadores calificables de arbitrarios o carentes de todo fundamento racional a los efectos del art. 14 CE, o la adopción de normas sin consistencia racional alguna de cara al art. 9.3 CE, o la evidente desfiguración del contenido esencial de un derecho (art. 53.1 CE), por citar algunos controles materiales de constitucionalidad.

En la aplicación dogmática de dicho principio, se le vincula al de racionalidad, y se anuda en el fin de la norma, que considero que tal como prevé el art. 106.1 de la CE, respecto del control judicial, requiere el sometimiento de la actuación de la Administración a los fines que la justifican, lo que comportará ponderar que su actuación sea la menos restrictiva de los derechos individuales y colectivos.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el **principio de buena fe y confianza legítima**. El Tribunal Supremo ha consolidado una doctrina jurisprudencial que bebe de fuentes jurisprudenciales alemanas, en la que ha desarrollado el régimen jurídico de dicho principio anudado al de la doctrina de los actos propios y con el límite del principio de seguridad jurídica. Esta doctrina la considero de una gran relevancia puesto que coloca al individuo en una posición garantista ante la Administración. En ella se parte del

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

convencimiento del individuo de que la Administración actúa en el espacio jurídico de sus competencias, de acuerdo con la normativa que le sea de aplicación. Su relevancia jurídica en la actuación de la Administración de carácter conductual, lo es a partir de dicho convencimiento, que comporta la creencia de que dicha actuación se realiza desde las garantías de la legalidad de la misma y, por lo tanto, desde el respeto a sus derechos constitucionales. Por dicho motivo se procede a reproducir un apartado de dicha doctrina contenido en el Fundamento de Derecho Segundo, de la sentencia de 6 de abril de 2017 (RC 453/2016 –FD Segundo.3):

Según expusimos en la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2006 (RC 5959/2001), y que reprodujimos en la sentencia de 15 de diciembre de 2007 (RC 1830/2005), tiene el siguiente ámbito de protección, condicionado a la concurrencia de éstos presupuestos:

El principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2). Así, la STS de 10-5-99, recuerda "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias

TESI DOCTORAL

suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general". Por otra parte, en la STS de 1-2-99, se recuerda que "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa".

TESI DOCTORAL

Se trata en definitiva de un principio de origen jurisprudencial, que debe examinarse desde el casuismo de cada decisión, y que se concibe como una reacción del Juez frente a actuaciones irregulares tanto del Poder Legislativo, como de la Administración, caracterizadas por sorprender la confianza del destinatario, en materias tan dispares como cambios normativos sorpresivos en supuestos de intervención económica, especialmente en el ámbito de la Política Agraria Común (STJCE 16-12-1999), o en procesos de selección en la función pública (STJCE 17-4-1997). En definitiva, como señala la STJCE de 12-5-1998, para anular un acto irregular recaído en el seno del derecho nacional de un Estado, el Juez deberá ponderar los intereses en conflicto en cada caso, y resolver dando primacía, bien al principio de legalidad, revocando el acto, lo que demanda el interés general, bien dando protección a la confianza legítima, en defensa del interés individual.

A estos efectos, resulta oportuno recordar que, en relación con el alcance y significado de la doctrina de los actos propios, en la sentencia de esta Sala de 5 de enero de 1999 (RC 10679/1990), dijimos:

[...] En la S.T.C. de 21 de abril de 1988, nº 73/1988, se afirma que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos. El principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de 1 de febrero de 1990 (FJ. 1º y 2º), 13 de febrero de 1992 (FJ. 4º), 17 de febrero, 5 de junio y 28 de julio de 1997. Un día antes de la fecha de esta sentencia se ha publicado en el BOE la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Uno de los artículos modificados es el 3º, cuyo nº 1, párrafo 2º, pasa a tener la siguiente redacción: "Igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima", expresándose en el Apartado II de la

TESI DOCTORAL

Exposición de Motivos de la citada Ley lo siguiente: "En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente.

Y en la sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 2002 (RC 7242/1997), se afirma:

Además, la doctrina invocada de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos que sean realmente declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos.

Ello nos lleva a entender, con Rodríguez Arana (2013: 51) que "en virtud del principio de confianza legítima, la actuación administrativa será respetuosa con

TESI DOCTORAL

las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración en el pasado”. Y en virtud del “principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”.

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta el **principio de que la actuación de la Administración sea razonada y razonable**, como concepto jurídico indeterminado, que se ha construido por la jurisprudencia constitucional en relación a las decisiones judiciales, y en la contencioso-administrativa en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, respecto a la existencia de antijuridicidad, pero reconducible a la actuación de la Administración, desde el deber de motivación y reparación de los daños causados, que se incardinan de forma nuclear en el derecho a una buena administración, recogido en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, al que ya he hecho referencia de su relevancia en el objeto de esta Tesis, a la hora de revisarla judicialmente.

El que se predique la falta de antijuridicidad en la actuación de la Administración cuando ha podido acreditar que su actuación ha sido razonada y razonable, se vincula, esencialmente, al ejercicio de potestades discrecionales, motivo que se tendrá en cuenta en la actuación de carácter conductual cuando en la intervención administrativa se utilice la técnica del “nudge público”.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015 (RC 2335/2012), se desarrolla dicho criterio de enjuiciamiento, respecto a la motivación que la actuación de la Administración ha sido razonada y razonable.

TESI DOCTORAL

Considerándose razonable cuando responde a parámetros de racionalidad exigibles. El fundamento de dicha sentencia lo considero extrapolable al objeto de la Tesis:

La jurisprudencia viene aceptando como circunstancias que excluyen la antijuridicidad de la lesión, el hecho de que el acto anulado generador de los perjuicios comporte el ejercicio de potestades discrecionales,/... Se entiende que en tales supuestos es el propio Legislador que ha configurado esas potestades discrecionales el que ha establecido un margen de actuación a la Administración para que decida conforme a su libre criterio dentro de los márgenes de los elementos reglados; de ahí que siempre que en esa decisión discrecional se mantenga en los términos de lo razonable y se haya razonado, no puede estimarse que el daño sea antijurídico, generando el derecho de resarcimiento.

Es decir, sería la propia norma que configura esas potestades discrecionales la que impondría ese deber de soportar los daños ocasionados por el acto, siempre que la decisión adoptada fuese razonable y razonada y se atuviera a los elementos reglados que se impongan en el ejercicio de esas potestades, por más que resulte posteriormente anulado en vía contenciosa o incluso en la misma vía administrativa. No admitir esa posibilidad dejaría en una situación ciertamente limitada de las potestades de la Administración para poder apreciar en cada supuesto cual de las varias opciones admisibles, y todas válidas en Derecho, resultan más idóneas para el interés público a que afectase el acto en cuestión.

Pero no es solo el supuesto de ejercicio de potestades discrecionales las que permiten concluir la existencia de un supuesto de un deber de soportar el daño ocasionado con el acto anulado, como se sostiene en los motivos del recurso que se examinan, porque como se declara por la jurisprudencia a que antes se ha hecho referencia, "ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente

TESI DOCTORAL

subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución.

En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones" (sentencia antes citada de 21 de abril de 2005).

Como recuerda la sentencia de 26 de octubre de 2011 (recurso de casación 188/2009), en relación con los actos que no tengan carácter discrecional, "habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa.

Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión."

TESI DOCTORAL

Incluso se insiste en la mencionada sentencia que "no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes.

En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita.

Ese mismo criterio respecto a la aplicación del principio de lo "razonado" y lo "razonable" (cuando responde a parámetros de racionalidad), se recoge en una consolidada jurisprudencia del TC, elaborada en cuanto a la impugnación de resoluciones judiciales, en las que se considera que no se respeta dicho principio. El hecho de que su aplicación afecte al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, fundamento esencial de un Estado de Derecho, nos permite motivar la aplicación de dichos principios, cuando en la actuación administrativa de carácter conductual, no existe la posibilidad de ejercitar dicho derecho a la tutela judicial efectiva, al no existir un relevante jurídico en la actuación de la Administración, motivo por el cual anudamos a dicho principio

TESI DOCTORAL

de lo “razonado” y lo “razonable”, la motivación de la actuación de la Administración cuando actúe con carácter conductual.

El derecho a la tutela judicial efectiva, se proyecta en el ámbito de la Administración, en el derecho a la tutela administrativa efectiva, que se manifiesta en la garantía que tienen los ciudadanos de revisión de la actuación y actividad de la Administración. Entre las finalidades de la actuación de la Administración, como ocurre con la de los órganos judiciales, se encuentra la de tutelar y garantizar el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CE y en los Tratados internacionales incorporados al Ordenamiento jurídico español.

En la sentencia 34/1989, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional en relación a un aspecto procesal, relativo a la sentencia que se ataca en amparo, establece que “indagar ahora si la resolución ../.. es no sólo razonada en términos jurídicos sino también suficientemente razonable y ajustada al deber de interpretación favorable o no restrictiva de los preceptos legales en cuya aplicación se funda” (FJ 2).

En el mismo sentido, respecto al ámbito procesal, en relación a la interpretación de las normas por el juzgador, se establece en sentencia 161/1989, de 16 de octubre, que “el cambio de criterio en la interpretación de las normas es legítimo, contemplado desde la perspectiva del principio de igualdad siempre que sea razonado, razonable y consistente, esto es, mantenido, una vez que se adopta con un mínimo de continuidad, requisitos todos que pueden resumirse en la exigencia de que el cambio no sea arbitrario” (FJ 3).

TESI DOCTORAL

Rodríguez Arana (2013: 50), recoge el principio de racionalidad, dentro del derecho fundamental a la buena Administración pública, considerando que "se extiende especialmente a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación administrativa". Criterio con el que coincidimos en la argumentación que he efectuado en esta Tesis, en cuanto sirve como parámetro del principio de lo "razonable", pero complementando el criterio de Rodríguez Arana, entendiendo lo racional como aquello que se manifiesta acorde con la dignidad humana y es socialmente aceptable por la comunidad (Bazán y Madrid, 1991: 185, 188, a partir de la tesis de Chaïm Perelman, sobre la fundamentación de la razonabilidad jurídica, en su obra *De la justice* -1945-).

Como he argumentando anteriormente, considero que nos encontramos, en la actuación de la Administración de carácter conductual, con una afectación a los derechos individuales y colectivos, cuyo grado de intensidad variará según las personas y el entorno en el que se desarrollan sus vidas, según su nivel de accesibilidad cognitiva y según sus perfiles de comportamiento, más dominados por el Sistema 1 que por el Sistema 2.

Motivo por el cual, y como se ha establecido en la regulación en materia de género, postulo la necesidad de que en la regulación contenida en la LRJSP y en la LPACAP, se incluya un contenido específico que prevea la actuación de la Administración de carácter conductual, tanto respecto a especificidades en el procedimiento, y en especial, respecto a la actuación administrativa de carácter informal, como en cuanto al régimen jurídico en el que se establezcan su afectación y garantía de los derechos individuales.

TESI DOCTORAL

Ello, junto con la afectación a los derechos y libertades públicas reconocidos en la CE, condicionan que el diseño de la Arquitectura de la elección requiera de una regulación contenida en una norma con rango de ley, y que se reconozca, respecto a los daños que se produjeran, la exigibilidad de la correspondiente indemnización, para evitar su dificultad de enjuiciamiento cuando la actuación de la Administración de carácter conductual, no se realice en una actividad administrativa formalizada, o ante la dificultad de prueba, por el carácter discrecional que la informa.

También he argumentado, a partir de la jurisprudencia citada sobre responsabilidad patrimonial por falta de información médica y pérdida de oportunidad, que sería exigible la posibilidad de indemnización, mediante la institución de la responsabilidad patrimonial, en los siguientes supuestos:

- a) si mediante la técnica del “nudge público” se afecta a la competencia, o a la marca de un producto, sin que exista una motivación de que la actuación de la Administración responde a la aplicación de un canon de proporcionalidad entre diferentes intereses afectados, prevaleciendo en la misma un interés público que requiere de protección,
- b) cuando la actuación de la Administración mediante la técnica del “nudge público”, tiene como resultado la colisión entre diferentes bienes jurídicos protegidos, y no se acredita que era la actuación menos restrictiva de los derechos de terceros;

TESI DOCTORAL

c) cuando la actuación de la Administración mediante la técnica del “nudge público”, limita de forma discriminatoria la accesibilidad de personas con dificultades cognitivas o cualquier tipo de discapacidad, o se genera en el individuo una reacción contraria a la conducta esperada, que pueda comportarle un perjuicio objetivable.

La posición que mantengo en esta Tesis, sobre la posibilidad de exigencia de responsabilidad patrimonial en los supuestos identificados, comporta un enfoque de la antijuridicidad coincidente con el postulado por García Amado (2019), cuando se pregunta “¿qué pasa, entonces, con el requisito de la antijuridicidad del daño? Pues que es perfectamente ocioso, prescindible. Es prescindible por el lado de la conducta de la Administración, puesto que también cabe responder por daños que se sigan del funcionamiento normal de los servicios públicos (aquí tenemos la diferencia quizá, con el Derecho penal, pues no hay responsabilidad penal por el “funcionamiento normal”, plenamente jurídico, de los sujetos). Y es prescindible por el lado del daño mismo, pues lo que lo hace indemnizable no es una condición intrínseca consistente en “no deber jurídicamente ser soportado por la víctima del mismo”, sino el que el sistema jurídico lo señale como imputable a la responsabilidad de la Administración y sin que concurra, a tenor de tal sistema jurídico, ninguna razón para exonerarla de esa responsabilidad por él. Son los mecanismos de imputación los que determinan la responsabilidad y sus excepciones. Al llamar antijurídico a ese daño imputable y para el que no rige una de las excepciones, nada añadimos y nada ganamos; al contrario, introducimos un nuevo equívoco... Lo que ciertamente se está necesitando para superar ese desconcierto, en el fondo asistemático, de hablar continuamente de quiméricas

TESI DOCTORAL

rupturas del nexo causal y de falta de antijuridicidad de un daño que, en verdad, no necesita ser propiamente antijurídico para resultar indemnizable, es construir una teoría consistente y completa de los criterios de imputación, en su doble vertiente, de criterios positivos o que justifican la atribución de responsabilidad y, en consecuencia, de la obligación de reparar, y de criterios negativos o de exclusión de la atribución de responsabilidad a la Administración.”

Pero también considero que cabe la exigencia de responsabilidad indemnizatoria, cuando la actuación de la Administración, ya sea mediante la técnica del “nudge público”, anudada a una Arquitectura de la elección, para intervenir sobre los fallos en la racionalidad del individuo, motivados por sesgos y heurísticas, o ya sea mediante la utilización de «impulsores» para generar conocimiento que facilite la adopción de decisiones informadas, el diseño de reglas predeterminadas o cualquier otra herramienta en la que se manifieste el “nudge público”, o errores en el diseño de las Advertencias, o de la Información, o de la Recomendación, puedan conducir a las personas a las que se dirigen, hacia decisiones equivocadas que les puedan generar un perjuicio o daño, en su persona o derechos, o una situación de inferioridad o menoscabo respecto a terceros.

5. Caja de herramientas de “nudges públicos”.

En esta Tesis he acogido el concepto de «caja de herramientas» cognitivas, pero desde el plano de las que dispone la Administración pública en su actuación de carácter conductual, mediante la utilización de la técnica del

TESI DOCTORAL

“nudge público”. Algunas de ellas, las he explicado, como la “opción por defecto o predeterminada”, o en la relación que recogí de Moreu en el Apartado 1 de esta Tercera Parte.

El mismo criterio que he utilizado con los sesgos, siguiendo a Cerezo (2021), considero conveniente utilizarlo en los “nudges públicos”, a partir de los que Sunstein (2014. Nudging: A Very Short Guide. *Journal of Consumer Policy*, 37(4), 583-588)³³⁷, ha identificado como más relevantes.

Utilizo como concepto el de «caja de herramientas» cognitivas, a partir de la tesis de Alfaro (2016) cuando acoge los postulados de Gigerenzer, en el sentido de “que tenemos que concebir el estudio de la conducta humana como el análisis de la «caja de herramientas» cognitivas de las que dispone el ser humano para tomar decisiones y examinarlas comparativamente”.

Así pues, complemento la teorización efectuada por Sunstein en la traducción desarrollada por Cerezo, y la amplío en su contenido con aportaciones originales, teniendo en cuenta también, la categorización contemplada en el Apartado 4 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 2016. Se recoge un listado con las siguientes diez categorías de estrategias persuasivas, que considero herramientas cognitivas en las que se materializa la técnica del “nudge público”:

- 1. Las reglas predeterminadas u opciones por defecto (“default rules”).** El empleo de valores predeterminados es una estrategia



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

ampliamente utilizada por los arquitectos de elección. Estas son elecciones que se aplican cuando una persona no actúa activamente en la toma de decisión. Es decir, es el valor o la opción que viene marcada por defecto entre una oferta de varias. Como recoge el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, se trata de proponer una solución automática por defecto, considerada la más conveniente por la autoridad que la establece, pero además la más fácil de aplicar. Se basa en la fuerza de inercia de los individuos. Es el caso, por ejemplo, de la declaración de la renta en Francia en la que, desde 2005, se considera por defecto que cada hogar posee un receptor de televisión. Ello ha permitido reducir el porcentaje de fraude del 6 % al 1 %. Asimismo, también encontramos en el ámbito de la acción pública, la inscripción automática en planes de atención médica, en programas diseñados para mejorar la salud, en programas de educación o en programas de ahorro, que puede tener efectos significativos. También es una estrategia utilizada cada vez más a menudo por bancos, proveedores de energía y otras empresas que proponen “por defecto” facturas electrónicas y no en formato papel. Investigaciones como la de Goldstein et al. (2008) han comprobado que este tipo de valor es una fuerte influencia para los consumidores y sus elecciones. Por ejemplo, cuando los proveedores de “software” en el proceso de instalación recomiendan hacer una instalación rápida con un botón, «siguiente» en realidad nos dan opciones predeterminadas que guían nuestros comportamientos hacia la opción que ellos quieren. Esto, sin entrar en un análisis exhaustivo, beneficia aparentemente tanto a proveedores como a clientes, ya que a

³³⁷ Consultable en <https://doi.org/10.1007/s10603-014-9273-1.a>).

TESI DOCTORAL

estos se les facilita la tarea de leer y comprender todos los pasos. Otro ejemplo de este tipo de “nudges” es el del estudio de Oullier y Sauneron (2011), que pusieron como opción por defecto en la Universidad de Rutgers (Nueva Jersey) las fotocopias a doble cara. Los resultados mostraron que en un semestre se salvaron el equivalente a 620 árboles. En relación con el ahorro de papel en centros públicos, ha sido determinante la pandemia originada por la COVID-19 y la consecuente implantación de la administración electrónica y la docencia virtual, a partir de la declaración del Estado de alarma en España y las restricciones de movilidad, en el año 2020. Estas nuevas alternativas, basadas en el empleo de pantallas y de una identidad digital, plantean opciones por defecto que, directamente, obvian el gasto de papel (García-Peñalvo, 2011; 2021; García-Peñalvo et al., 2021).

Diferentes autores (Carroll et al., 2009; Sunstein, 2015) distinguen tres razones respecto a la efectividad de la utilización de reglas predeterminadas surte efecto:

La primera, implica la inercia y la dilación. Para modificar la opción predeterminada, las personas deben hacer una elección activa, un esfuerzo extra. Especialmente en los casos en que las personas estén ocupadas, si la pregunta es complicada, es tentador no elegir esta opción.

La segunda explica que las personas pueden considerar la opción por defecto como una recomendación implícita, fiándose de los arquitectos de elección que la han elaborado.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

La tercera involucra al sesgo de aversión a la pérdida. En este sentido, la opción por defecto define el *statu quo*, determinando un punto de referencia.

A partir de ese punto de referencia (la opción por defecto), el usuario podría empezar a considerar las pérdidas del cambio de opción como más valiosas que las ganancias de este cambio.

En 2018 apareció como noticia, que Holanda había convertido a todos sus ciudadanos mayores de 18 años en donantes de órganos. Lo que ha hecho es convertir la donación como la opción por defecto. Si algún ciudadano no desea ser donante solo tendrá que notificarlo (Ferrer, 2018). De hecho, de manera periódica se les pregunta si siguen queriendo serlo, por lo que no se presenta como una imposición. En España, la Ley 30/1979, de trasplantes, como ya se expuso y ahora reiteramos, establece que todos los ciudadanos son donantes, si no han establecido expresamente su oposición, cuando el fallecimiento es causa de un accidente, y siempre que sus familiares no dispongan lo contrario (“las personas presumiblemente sanas que fallecieron en accidente o como consecuencia ulterior de este se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido”). Dicha previsión también se contempla en la normativa de Francia, Bélgica, Portugal, Noruega, Croacia o Austria.

Goldstein et al. (2008) distribuyen en dos categorías las taxonomías de los valores predeterminados: las masivas y las personalizadas.

Los predeterminados masivos: se dan a toda la población en su totalidad, independientemente de sus características particulares. Por ejemplo, el caso de la donación de órganos. Es muy útil cuando el



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

agente que da las opciones desconoce los perfiles de los ciudadanos o clientes. Estos se subdividen en tres grupos.

Los predeterminados benignos. En ellos se valora más qué configuraciones u opciones serían más aceptables para la mayoría de los clientes y supusieran menores riesgos para clientes y empresa. A la hora de intentar satisfacer las necesidades “de la mayoría”, las empresas deben plantearse qué opción plantearían a alguien sin preferencias, cuál sería la menos dañina para el mayor número de personas, con cuál correrían menos riesgos, etc.

Los predeterminados aleatorios. Cuando la población se asigna arbitrariamente a cada valor predeterminado. Se suele utilizar en testeos o experimentos en los gustos de los clientes para después crear entornos personalizados.

Las opciones ocultas: se presenta a los clientes como la única opción, aunque existan otras ocultas o difíciles de encontrar.

Los predeterminados personalizados: este segundo grupo tiene en cuenta las características de un grupo o un individuo. Se subdivide en:

Los predeterminados inteligentes. Se aprovechan las características de la población de destino, como el género o la edad, para ofrecerles unos valores predeterminados.

Los predeterminados persistentes. Por ejemplo, si un cliente ha elegido una habitación para no fumadores con anterioridad, si vuelve al hotel se le dará automáticamente una habitación con esas características.

Los predeterminados adaptativos. Se actualizan cuando los clientes toman las decisiones. Los agentes actúan como asesores cuando el

TESI DOCTORAL

cliente toma una decisión (“si has elegido esto, probablemente quieras también esto”).

2. La simplificación. Su objetivo, en parte, es promover el desarrollo y utilización de programas públicos existentes. En la mayoría de los países, la complejidad en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, y entre los consumidores y usuarios y las empresas y entidades, es un problema, en parte, porque causa confusión e incumplimientos normativos, en parte porque puede aumentar los gastos (lo que podría reducir el crecimiento económico), y en parte porque disuade la participación en programas necesarios para los propios interesados. Muchos programas no consiguen sus objetivos, o tienen menos éxito del previsto, debido a la complejidad en la forma de presentarse. Como regla general, los programas deben ser fácilmente accesibles y utilizables, incluso intuitivos. La simplificación de formas y regulaciones debe ser una alta prioridad. Los efectos de la simplificación son fáciles de identificar y los beneficios de programas con relevancia incluso social como los de educación, salud, finanzas, pobreza y empleo, se reducen en gran medida debido a una complejidad en su gestión y utilización.

Un ejemplo de esta simplificación de información puede ser el caso de un centro de salud en España que, durante la vacunación en mayo de 2021, decidió colocar un cartel con el texto “Vacunamos con Faisier (Pfizer)”. Esto llamó la atención por la intención de los sanitarios de ese centro para que sus pacientes comprendieran fácilmente el mensaje (La Sexta, 2021).

TESI DOCTORAL

Otro ejemplo de simplificación de información es el «semáforo nutricional» Nutri-Score. Su objetivo es facilitar una decisión rápida sobre alimentos más saludables por sus propiedades nutricionales, según el color y letra del semáforo, en el momento de su adquisición. Sin embargo, los criterios que sigue para su clasificación, basados en algoritmos elaborados por la Administración de salud francesa, que tiene la propiedad intelectual, han dificultado su regulación en España y que sea tan solo una Recomendación para la industria alimentaria. Varios estudios han investigado la forma de atraer a los consumidores hacia alimentos saludables (Brunner et al., 2018; Liu et al., 2014; Sacks et al., 2009; Sonnenberg et al., 2013).

3. El uso de normas sociales. Una de las herramientas del “nudge” más efectiva es informar a las personas que la mayoría de los demás están involucrados en un comportamiento, enfatizando lo que las personas deben hacer. La fuerza de la norma social es considerada otro factor que determina los comportamientos socialmente responsables, por ello, se entiende que otra estrategia óptima para el desarrollo de los “nudges públicos” está asociada a incitar a las personas pertenecientes a un mismo entorno de proximidad (vecinos o compañeros de trabajo) a tener hábitos similares para adecuarse a la norma social, destacando lo que constituye la conducta habitual de la mayoría de las personas de ese entorno cercano. Como se indica en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, puede utilizarse para animar a la gente a actuar en un sentido determinado, considerándose que este mensaje incitará a las personas a comportarse de la misma manera.

TESI DOCTORAL

En dicho sentido, en el Dictamen se recoge la iniciativa que se llevó a cabo en 2011, en un experimento del proveedor de energía Opower, de Estados Unidos (Allcott y Kessler, 2019), que permitía comparar en las facturas el consumo energético de un hogar con el de sus vecinos. Basándose en los datos de consumo de electricidad de 600 000 hogares, se enviaron cartas a los interesados en las que se les informaba, por ejemplo: «El mes pasado ha gastado usted un 15 % más de electricidad que sus vecinos más ahorradores». Los gráficos permitían comparar el consumo energético de un hogar con el de sus vecinos y otros consumidores, e iban acompañados de un icono de smiley sonriente en caso de disminución del consumo. A raíz de esta iniciativa se produjo una disminución media de consumo de electricidad del 2 % en los hogares participantes, lo que supuso un ahorro total de 250 millones USD según OPOWER. Experiencias similares arrojan resultados que varían entre el 1 % y el 20 % de reducción del consumo de energía.

Otro ejemplo puede ser el de la reutilización de toallas por parte de los huéspedes de los hoteles (Goldstein et al., 2008) en lugar de cambiarlas diariamente. En su estudio se incluyó una nota en el aseo de la habitación en la que ponía el porcentaje de huéspedes que utilizaban sus toallas y un mensaje que animaba a unirse a ellos, obteniendo resultados muy positivos.

Una gran cantidad de evidencias experimentales de la psicología social, muestran que las personas se comportan de acuerdo con sus iguales (Ferreira y Van den Wijngaard, 2019; Wood, 1989), a menudo como parte de una mentalidad de grupo; hay un fuerte impulso para pertenecer

TESI DOCTORAL

y ser aceptado por este. Dado que el consumo de alcohol suele ser una actividad social, se pueden emplear pautas de normas sociales de una forma más eficiente para ayudar a las personas a regular su consumo de alcohol evaluando esta ingesta respecto a la de sus iguales. Por tanto, el uso de normas sociales puede reducir el comportamiento que es perjudicial para el individuo o la colectividad, ya sea en el ámbito de la salud o de cualquier otro tipo (como el abuso del alcohol, fumar o comportamientos discriminatorios). Cuando existe un apoyo social a determinados comportamientos perjudiciales, puede ser útil resaltar no lo que la mayoría de la gente hace en realidad, sino lo que la mayoría de la gente piensa que la gente debería hacer (como "el 90% de las personas en Irlanda creen que la gente debería pagar sus impuestos a tiempo").

Uno de los inconvenientes más destacados en este tipo de estrategias es el efecto "boomerang". En el ejemplo de la comparación de energía en los hogares, se percibió que aquellos más sostenibles aumentaron su consumo de energía, ya que se veían muy alejados de la media. Este fenómeno puede verse como el resultado de lo que los psicólogos sociales denominan "normalización", los individuos tienden a acercarse a la norma que perciben como predominante entre sus pares.

4. El incremento de la facilidad y la conveniencia. Las personas a menudo toman la decisión fácil y, por lo tanto, un buen eslogan es el siguiente: "facíltelo". Si el objetivo es fomentar un determinado comportamiento, reducir varias barreras (incluido el tiempo necesario para entender qué hacer) resulta útil. En ocasiones, la resistencia al



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

cambio es un producto no de desacuerdo o escepticismo, sino de dificultad percibida o de ambigüedad.

Si el conjunto de opciones disponibles está dividido en categorías, puede influir también en la decisión del consumidor. Por ejemplo, si se agrupan alimentos en un menú en categorías dependiendo de su salubridad, es más probable que el consumidor elija un mayor número de opciones saludables que no saludables. El estudio de Fox et al. (2005) confirma que la división o clasificación de las opciones puede influir fuertemente en aquellos consumidores o usuarios que están cognitivamente más predispuestos a necesitar orientación.

Una gran cantidad de investigación muestra que las decisiones pueden verse influenciadas por la mera descripción o "encuadre" de las elecciones. Las personas prefieren la carne etiquetada como "75% magra" en lugar de "25% de grasa" (Levin y Gaeth, 1988). Y una extensión de la investigación clásica sobre la influencia del encuadre en la toma de decisiones sobre el riesgo (por ejemplo, Kahneman y Tversky, 1979) sugeriría que la mayoría aceptaría ser operado en una intervención con un 90% de eficacia que una donde el 10% de los pacientes mueren. En el estudio de Holzwarth et al. (2020), en el ámbito de la salud, vemos cómo enmarcar el dolor por el ejercicio como un signo de desarrollo muscular llevó a las personas a sentirse menos negativas sobre el ejercicio, pero enmarcar el dolor de la vacunación como un signo de que el cuerpo se fortalecía no produjo un efecto comparable. En dicho sentido se pueden crear opciones de bajo coste "low cost", o dando, en materia de alimentación, más visibilidad a productos más saludables.



TESI DOCTORAL

5. La divulgación o revelación de información (Disclosure). Para los consumidores, las políticas de divulgación pueden ser altamente efectivas, al menos si la información es a la vez comprensible y accesible. La simplicidad es extremadamente importante (la divulgación más detallada y completa puede estar disponible por otros medios para quienes estén interesados en ella). En algunos entornos, la divulgación puede operar como un control de la falta de atención privada o pública, negligencia, incompetencia, irregularidades y corrupción. Por ejemplo, los costos económicos o ambientales asociados al uso de energía, el costo total de ciertas tarjetas de crédito o las grandes cantidades de datos.

6. Las advertencias gráficas, avisos u otras alertas. Las fuentes grandes, las letras en negrita y los colores brillantes pueden ser efectivos para atraer la atención de las personas. Un punto central es que la atención es un recurso escaso y las advertencias están atentas a ese hecho. Una de las ventajas de las advertencias es que pueden contrarrestar la tendencia humana natural hacia un optimismo poco realista y, al mismo tiempo, aumentar la probabilidad de que las personas presten atención a largo plazo. Sin embargo, existe el riesgo de que estas respondan a las advertencias descontándolas ("estaré bien"), en cuyo caso tendría sentido experimentar con mensajes más positivos (por ejemplo, proporcionar algún tipo de recompensa para el comportamiento preferido, incluso si la recompensa no es monetaria, como en las aplicaciones que ofrecen conteos simples y felicitaciones).



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

El empaquetado de tabaco sin formato, que estandariza la forma, el color y el método de apertura del paquete, así como la inclusión de advertencias sanitarias, pueden ayudar a reducir el atractivo del consumo de tabaco, a asociarlo con percepciones más negativas del consumo (Brose et al., 2014), además de restringir el uso del paquete como una forma de publicidad y promoción. En el estudio de Wansink et al. (2013), por ejemplo, se demostró que presentando las verduras de manera atractiva, los estudiantes tenían más probabilidades de elegir las en su menú.

Un método simple de aumentar la actividad física a través de un “nudge” puede ser el empleo de señales visuales en contextos relevantes para alentar a las personas a tomar opciones más activas. Por ejemplo, la elección entre tomar las escaleras en vez del ascensor (Oliver, 2011; Weghorst, 2016). Andersen et al. (1998) colocaron el número de calorías que se quemaban según se iba subiendo una escalera, como podemos comprobar en la Figura 7 de esta Tesis doctoral. De este modo, la manera en la que se diseña un mensaje que alienta a mantener conductas saludables tiene una importancia decisiva para captar la atención de los usuarios.

Soler et al. (2010) demostraron que un mensaje específico como "7 minutos de escalada protege tu corazón" es más efectivo que un mensaje general como "Manténgase saludable, use las escaleras". Esto recuerda al sesgo de encuadre.

7. Las estrategias de compromiso previo. A menudo, las personas tienen ciertos objetivos (por ejemplo, dejar de beber o fumar, participar



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

en actividades productivas o ahorrar dinero), pero su comportamiento no alcanza esos objetivos. Si las personas se comprometen a participar en una determinada acción, como un programa para dejar de fumar, es más probable que actúen de acuerdo con sus objetivos. En particular, comprometerse con una acción específica en un momento futuro preciso en el tiempo motiva mejor la acción y reduce la postergación. En este sentido, si una persona se compromete a ponerse a dieta con acciones específicas y orientadas, con un objetivo concreto en el futuro (por ejemplo, un plan de nutrición que termina en un tiempo y día concreto tiene que mostrar unos resultados), aumentan el compromiso de esta persona.

8. Los recordatorios. Las personas tienden a tener muchas cosas en mente (exceso de información) y cuando no se involucran en una determinada conducta (por ejemplo, pagar facturas, tomar medicamentos o pedir cita con un médico), la razón puede ser una combinación de inercia, otras obligaciones importantes o un simple olvido. Un recordatorio puede tener un impacto significativo. Para los recordatorios el tiempo importa mucho, asegurarse de que las personas puedan actuar de inmediato sobre la información es primordial. Por ejemplo, una herramienta en la que se manifiesta un “nudge” de estas características puede ser un recordatorio de un reloj inteligente en el que se notifica con un aviso sonoro o mediante la vibración del dispositivo de que se lleva demasiado tiempo sentado o en una actividad sedentaria. Esto incita al usuario a tomarse unos minutos para levantarse o hacer ejercicio. Otro ejemplo puede ser enviar un SMS recordatorio a las

TESI DOCTORAL

personas que se tienen que vacunar ese día para evitar olvidos o distracciones.

9. Implementar la provocación de intenciones. Es más probable que las personas se involucren en actividades si alguien provoca sus intenciones. Con respecto a la conducta relacionada con la salud, una pregunta simple sobre la conducta futura ("¿planea vacunar a su hijo?" o "¿planea acudir a la clase de "spinning"³³⁸ de mañana?") puede tener consecuencias significativas.

10. La información sobre la naturaleza y las consecuencias de las elecciones que se tomaron en el pasado. Las instituciones públicas y privadas suelen tener una gran cantidad de información sobre las elecciones anteriores de las personas; por ejemplo, sus facturas de electricidad, el gasto en medicamentos o en la sanidad pública, como ocurre en España cuando en los productos subvencionados en la farmacia por el sistema público, se informa del coste para la Administración, o cuando las compañías energéticas, incluyen en la factura gráficos de la evolución anual del consumo, con una referencia comparativa del año anterior. El problema es que los individuos carecen de esa información de forma automática. Si las personas la obtienen de quien la dispone, su comportamiento puede cambiar, afectando positivamente la economía y el gasto, individual y público.

³³⁸ Se trata de un concepto que identifica el entrenamiento aeróbico que se desarrolla sobre una bicicleta estática, al ritmo de la música (<https://definicion.de/spinning>).

TESI DOCTORAL

Sunstein (2014a: 21-22; 2017: 142, 154), además identificó a partir de las políticas que llevó a cabo en la Administración Obama, la aplicación de «buenos nudges», a los que me he referido anteriormente, pero que por sistemática complemento con los 10 expuestos, puesto que los mismos tienen más que ver con orientaciones que deben tener los diseñadores, como arquitectos de los “nudges públicos”:

- Esfuerzos creativos para facilitar las elecciones de la gente**, posibilitándoles el acceso a la Universidad, ahorrar para su jubilación, recibir una buena alimentación en el colegio y obtener cobertura sanitaria.
- Deberes de información y publicidad**, diseñados para proteger a estudiantes, consumidores e inversores garantizando que «antes de comprar tengan cien ojos porque al vendedor le basta uno solo».
- En general se hace **hincapié en la libertad de elección**, promoviendo aproximaciones a la regulación que maximicen esa libertad.
- Formas de **colaboración público-privada**, diseñadas para reducir las enfermedades ocasionadas por el tabaco, las distracciones al volante y la obesidad.
- Una especial atención en el **análisis de costes y beneficios**, insistiendo en que los beneficios deben justificar los costes.
- Énfasis en la importancia de la **dignidad humana**, relevante para las normas orientadas a reducir el nivel de violaciones en prisión y a proscribir la discriminación por razón de discapacidad y orientación sexual.

TESI DOCTORAL

-El **análisis retrospectivo de las normas vigentes**, encaminado a eliminar o racionalizar cientos de obligaciones que ya no tienen sentido (si es que alguna vez lo tuvieron).

-Esfuerzos dedicados a **promover la cooperación internacional en materia de regulación**, eliminando divergencias innecesarias en materia de obligaciones transfronterizas.

García Arteagoitia (2019: 143-154), sistematiza a partir de un esquema desarrollado por el BIT (2014), y en base a cuatro principios EAST (acrónimo de fácil –easy-, atractivo, social y a tiempo), diferentes instrumentos administrativos, como herramientas en que se materializan los “nudges” y los principios psicológicos que recogen el enfoque de los sesgos que vincula a los mismos. Dicha autora identifica “trece instrumentos y cuatro principios para estructurar el diseño de políticas y programas: hazlo fácil, hazlo atractivo, hazlo social y hazlo a tiempo. Esta estructura ha sido ampliada con instrumentos provenientes de otras agencias (ideas 42 y EU Science Hub) o que se han considerado relevantes de mencionar basándose en la investigación psicológica actual”.

Dicha autora considera que la técnica del “nudge público” “derivada de la evolución de las ciencias del comportamiento en las últimas décadas, pone a disposición del administrador los conocimientos necesarios para diseñar sus interacciones con la ciudadanía de manera más efectiva: aumentando la claridad, el civismo o la receptividad de los mensajes, así como la facilidad de los procesos. Esta estrategia pública no busca sustituir, si no complementar, las demás herramientas a disposición del Estado (como la coacción y los

TESI DOCTORAL

incentivos económicos), a menudo sirviendo para llamar la atención de la ciudadanía hacia esos mecanismos preexistentes (p. 154).

Algunas de las diferentes herramientas en que se manifiestan los “nudges públicos” eran reconocidas y aplicadas, en gran parte, en nuestro ordenamiento jurídico, con anterioridad a la obra de Thaler y Sunstein de 2008, en la que desarrollan su concepto y recomiendan su aplicación por los poderes públicos. Pero su aplicación no respondía, en ningún supuesto a un análisis empírico sobre cómo podían afectar en el comportamiento individual y colectivo, las diferentes herramientas. Las mismas no respondían, de forma consciente y motivada, al objetivo de orientar, estimular o modificar la conducta, respetando la libertad individual en el proceso de toma de decisiones. Se aplicaban herramientas que las Ciencias del comportamiento han identificado de carácter conductual, a partir de la evidencia científica, sin conocerse que podían tener dicho carácter.

Los estudios de las Ciencias del comportamiento, a partir del trabajo e investigaciones de Simon sobre la racionalidad, y de Kahneman y Tversky sobre los juicios bajo incertidumbre, condicionados por sesgos y heurísticas que reducen las tareas complejas de estimación de probabilidades, así como el estudio por Kahneman sobre los procesos de toma de decisiones ante la existencia de dos Sistemas de la mente, el 1 intuitivo, y el 2 reflexivo, han enmarcado el desarrollo teórico de Thaler y Sunstein, que han aplicado dichos conocimientos a la elaboración de políticas públicas. Políticas públicas que han comportado que la Administración y resto de poderes y entes del sector público, puedan incorporar en su actuación la técnica del “nudge público”, mediante la utilización de herramientas cognitivas que los estudios efectuados

TESI DOCTORAL

desde las ciencias conductuales, neurociencia cognitiva, semiótica o lingüística cognitiva, han identificado por su carácter conductual, por acreditarse como herramientas que incitan un cambio de comportamiento individual y colectivo, si bien que el carácter público de su finalidad les otorga relevancia jurídica. Así ocurre con herramientas con relevancia jurídica, utilizadas por los poderes públicos, sin la comprensión de su relevancia conductual, como ocurre con “las opciones por defecto o reglas predeterminadas”, la “simplificación”, el “uso de normas sociales”, la “facilidad”, la “divulgación”, o la “información y publicidad”.

6. Ilustración 4.0: Perspectiva cognitiva, “Nudge público” e inteligencia artificial. La actuación administrativa conductual.

En las Cuestiones preliminares, al referirme al interés general, teniendo en cuenta el análisis que sobre dicho concepto jurídico indeterminado realizó el Consejo de Estado francés en el documento “Réflexions sur l'intérêt général”, de 30 de noviembre de 1998, destacué la importancia de la sustitución, siempre que fuera posible, de los procedimientos coercitivos por procedimientos de convicción, en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, a partir de una nueva legitimidad que se anuda en la participación de éstos en la toma de decisiones por aquella.

Medina-Molina et al. (2018: 92), proponen el reconocimiento del «enfoque conductual» de la actuación de la Administración pública, a partir del análisis de la misma desde la perspectiva “micro” de las actitudes y comportamientos individuales, partiendo de las bases psicológicas que subyacen bajo los mismos. En esta Tesis me aparto del concepto de «enfoque conductual» que desarrollan dichos autores centrado en el receptor, el individuo, para construir y

TESI DOCTORAL

desarrollar el «enfoque desde la Perspectiva cognitiva» de la actuación de la Administración pública, de la del resto de los poderes públicos y de la de los entes del sector público, centrado en la actuación pública, en el emisor, y en la garantía de los derechos y libertades públicas del individuo. Enfoque que se centra en el análisis de dicha actuación, en cuanto incide sobre las actitudes y comportamientos individuales y colectivos, garantizando la libertad individual y el libre desarrollo de la personalidad.

Siguiendo la tesis de Grimmelikhuijsen et al. (2016, *Behavioral Public Administration: Combining Insights from Public Administration and Psychology*) y el Informe OCDE (2017)³³⁹, Medina-Molina et al., consideran que en dicho enfoque se incluiría la prestación de servicios digitales, al recomendarse su uso en el sector público, para modificar las pautas de comportamiento y las elecciones de los ciudadanos.

Dichos autores consideran la necesidad de un diálogo interdisciplinario, y que dentro del ámbito académico de estudio de la Administración pública, se sea receptivo a los estudios de la psicología sobre el comportamiento. Ponen como ejemplo la relevancia de la psicología en el estudio del comportamiento del liderazgo y de los procesos de toma de decisiones grupales (Golembiewski and Miller, 1980, *Small Groups in Political Science. In The Handbook of Political Behavior*, Vol 2, 1-71) así como los estudios que demuestran la relevancia de las redes sociales para crear burbujas sociales que condicionan la forma en que cada uno se relaciona con los demás disminuyendo la calidad y amplitud del pensamiento relevante para la elaboración e implementación de las políticas, como hicimos referencia al explicar el sesgo de identidad social. Ello

TESI DOCTORAL

incide en el pensamiento de grupo, estudiado por la psicología, respecto a cómo los individuos toman decisiones en grupo (Janis, 1972, *Victims of Groupthink: A Psychological Study of Foreign-Policy Decisions and Fiascoes*), en el que el liderazgo grupal puede incidir en la toma de decisiones políticas (t Hart, 1994, *Groupthink in Government: A Study of Small Groups and Policy Failure*). Liderazgo grupal sobre el cual también se proyecta la actuación de la Administración retroalimentándose mediante la Arquitectura de la elección y su incidencia en el comportamiento colectivo y el proceso de decisión individual, desde el momento en que incita una determinada conducta, siendo sensible al influjo que recibe de diferentes grupos sociales.

En esta Tesis, he disertado sobre los antecedentes históricos en la Ilustración, respecto a la intervención del poder público, en sus diferentes manifestaciones a lo largo de la Historia, en el proceso de toma de decisiones del individuo y en la ordenación directiva del comportamiento colectivo, para conseguir el bienestar personal del individuo, respetando su libertad. Decía al hablar de la Ilustración y del Cameralismo, que la máxima, la “búsqueda de la felicidad”, pasó a caracterizar el pensamiento de la Ilustración, introduciéndose junto al derecho a la felicidad, el concepto de bienestar y su refrendo constitucional como fundamentos de la acción de los poderes públicos. El objetivo de la actuación de la Corona, luego del Estado, era la ilustración de los gobernados para que lograsen su propia felicidad y la prosperidad común.

Para poder abordar el carácter conductual de la actuación de la Administración pública, he de partir de la función constitucional de ilustración como tarea de la

TESI DOCTORAL

misma. Función constitucional que tiene como elementos configuradores de su esencia, el enfoque de la Perspectiva cognitiva, la técnica del “Nudge público” y el impacto de la Inteligencia artificial, que nos lleva a identificarla como Ilustración 4.0, como evolución de las tesis de la Ilustración a partir de las características determinantes construidas en lo que se ha denominado Derecho Administrativo 3.0, Web 4.0, Revolución industrial 4.0 y Cuarta generación de derechos, que procedo a exponer.

Derecho Administrativo 3.0. Dimitropoulos (2015), citado por Ponce (2018: 14) a quien sigo en este apartado, introduce el concepto de Derecho Administrativo 3.0, que integraría la técnica del “nudge público”, a partir del establecimiento de límites y garantías para los ciudadanos, con la finalidad de conseguir el bienestar en las relaciones de ordenación directiva entre el Estado y la sociedad. Dicho autor considera que el Derecho Administrativo 1.0 se correspondería con los inicios del Derecho Administrativo desde la regulación y la coacción, que evolucionó al Derecho Administrativo 2.0, en la relevancia del análisis económico del Derecho con incentivos basados en el mercado, y que en los últimos años, a partir de la generalización de la utilización de la técnica del “nudge”, nos encontramos ante el Derecho Administrativo 3.0, que integra la economía del comportamiento y la psicología cognitiva en el diseño de las instituciones gubernamentales y la intervención de la Administración. Este planteamiento teórico se corresponde con una tesis que de momento no ha tenido una amplia acogida doctrinal, y que no puede obviar en cuanto a la terminología vinculada a los ordinales 1.0, 2.0, 3.0, 4.0, la categorización que se efectúa en la implementación de la Administración electrónica, vinculada al

TESI DOCTORAL

desarrollo tecnológico de la infraestructura Web y de la IA, y su utilización desde todo tipo de dispositivos.

Web 4.0. Pérez Crespo (s. f.) considera que nos encontramos en un proceso de definición a partir de la evolución desde la Web 2.0 (Fumero y Roca, 2007, *Web 2.0*), de gestión de datos interface de prestación de servicios e interoperabilidad, con servicios como la utilización de etiquetas para catalogar la información que se incluye en las páginas web, principalmente, que requieren la instalación de aplicaciones para poder utilizarlos y que surge con el auge de las redes sociales. Web 2.0, que evoluciona hacia la Web 3.0 (Corchado Rodríguez et al., 2009, *Puesta en marcha y desarrollo de la Web 3.0: Internet del futuro*), conocida como internet en la “nube” que incluiría todos los servicios integrados en el navegador web, sin necesidad de instalar aplicaciones adicionales, pudiendo navegar en tiempo real desde diferentes dispositivos, y que incluiría, principalmente, la “Web semántica” (web que no sólo entendieran las personas sino también los ordenadores), el “WebOS” (entendido como el escenario en el que las aplicaciones rompen la barrera del escritorio, integrando aplicaciones informáticas que se ejecutan desde un navegador web), la “Web3D” (donde se incluirían los distintos tipos de “metaversos” que comienzan a desarrollarse: mundos virtuales, mundos espejos – que incorporan un sistema de capas de información sobrepuesta a la información básica-, o realidad aumentada, entre otros; que actúan como entornos donde los humanos interactúan social y económicamente como iconos, a través de un soporte lógico, en un ciberespacio que aparece como una metáfora del mundo real, pero sin las limitaciones físicas) y la “Web ubicua” (hace disponible la web en cualquier momento y en cualquier lugar,

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

mediante la unión definitiva de la plataforma móvil con la web, a través de la integración de los servicios web en el mundo móvil, así como se utilizan los sistemas de “realidad aumentada”, en los que las tecnologías realzan la realidad del mundo físico a través de información complementaria a la que el ser humano por sí sólo es capaz de descubrir). Web 3.0 que evoluciona hacia la Web 4.0, en que Internet podrá funcionar de manera predictiva, ya no solo recibiendo órdenes de parte del usuario, sino que mediante el empleo de la inteligencia artificial se podrá anticipar a sus solicitudes e incluso predecir comportamientos en el futuro. Se generalizarán también las interacciones mediante la voz, con el uso de dispositivos inteligentes que permitan realizar búsquedas habladas³⁴⁰.

Revolución industrial 4.0. Effoduh (2016), comentando el libro de Klaus Schwab³⁴¹, *La Cuarta revolución industrial*, explica su tesis sobre el concepto

³⁴⁰ “En el inicio se identifica la web 1.0, que se caracteriza porque los internautas sólo tienen un rol, consumir la información que se aloja en servidores informáticos. La navegación era netamente textual y las consultas son muy limitadas, aparece el lenguaje de programación web HTML (Hyper Text Markup Language). Alrededor del año 2000 se empieza a hablar de la Web 2.0, al fomentarse la interacción entre páginas web y usuarios. Internet se entiende como una plataforma colaborativa, en la que todos los usuarios participan. Además de leer, los internautas también pueden generar informaciones y publicarlas en sitios web, en foros de usuarios, blogs, redes sociales y wikis (páginas editables por cualquier usuario). Con la Web 3.0, las páginas web se pueden relacionar de manera semántica, añadiendo metadatos que aportan valor a la información y mejora la búsqueda y la posibilidad de encontrar información en la web al comprenderse el significado de las palabras”. Contenido complementado con la información consultable en: [Qué diferencia hay entre web 3.0 y web 2.0\(https://www.redeszone.net\)](https://www.redeszone.net) y [En qué se diferencian la web 1.0, la 2.0, la 3.0 y la 4.0\(https://www.trecebits.com\)](https://www.trecebits.com).

³⁴¹ Economista alemán, Presidente y fundador del Foro Económico Mundial, cuya tesis sobre la Cuarta Revolución industrial, por la relevancia de la revolución digital, ha tenido una importante acogida doctrinal, desde que la publicó el “World Economic Forum” (Geneva, 2016). Se puede consultar un análisis reciente en VVAA (2020), “Capturing the Fourth Industrial Revolution”, Foresight Africa, Brookings. Su tesis se fundamenta en que “en la Primera Revolución industrial se empleó el uso de máquinas de vapor para la producción mecánica; en la Segunda se utilizó

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

de Revolució³⁴² industrial 4.0, para designar la Cuarta Revolución Industrial, conocida también como Industria 4.0, en la que los avances tecnológicos y científicos en diferentes áreas, se han focalizado en conectar las máquinas, las personas y la IA, teniendo en cuenta como ha puesto de manifiesto Sánchez (2022), la gran relevancia de búsqueda de energías verdes como modo de generar un modelo más sostenible y de evitar o minorar el ritmo del cambio climático. Considera que nos encontramos ante una revolución digital, en la que interactúan los dominios de los planos físico, digital y biológico, a través de la tecnología, la genética, la biotecnología, la IA, las impresiones 3D, la nanotecnología, la computación cuántica, la tecnología “blockchain” (de cadena de bloques), o el internet de las cosas. Destaca que los Gobiernos y los Estados deben adaptarse al hecho de que el poder se comparte con actores no

la electricidad y la división del trabajo para la producción en masa; en la Tercera se introdujeron las tecnologías de la información y la comunicación, para automatizar los procesos de producción”, destacando Sánchez (2022), que “durante la segunda mitad del siglo XX, tanto el desarrollo de la energía nuclear como el empleo creciente del gas natural como modos de producción de energía, a la par que la progresiva introducción en los sistemas productivos de robots y ordenadores, así como el desarrollo de la informática en la última parte del milenio, fue modificando, una vez más, no solo los procesos productivos, sino las propias estructuras socioeconómicas, en esa llamada tercera revolución industrial, en la que se comenzaba a intuir el mundo virtual y el poder de las máquinas cibernéticas; y en el siglo XXI estamos experimentando una revolucionaria transformación digital que de forma global impacta tanto en la producción y en el trabajo, como en general en las relaciones económicas y sociales”. Destaca el impacto de la Cuarta Revolución industrial en la economía global, el comercio, la seguridad internacional, la identidad, la moral, la ética, o las relaciones humanas.

³⁴² El Diccionario de la Lengua española de la RAE, define revolución en su tercera acepción, como un cambio profundo, generalmente violento, en las estructuras políticas y socioeconómicas de una comunidad nacional. Consulta efectuada en fecha 28/05/2022 en: [revolución | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE. https://del.rae.es/revolución..](https://del.rae.es/revolución..) Sánchez (2022), considera respecto al adjetivo con el que se identifica “revolución” que el hecho de “que se apellide como «industrial», no hace más que, quizás, poner el foco en una de las causas primigenias para su desencadenamiento. Por ello, el cambio de paradigma, la mutación rápida de esa relación entre cambio tecnológico, prosperidad y empleo —relación siempre compleja y difícil— que implica una «revolución industrial», motiva que en amplios sectores pueda existir una tendencia a frenar el avance y el desarrollo de la tecnología, para así poder mantener los sistemas existentes”.

TESI DOCTORAL

estatales, no gubernamentales, igual que la capacidad de influencia de las Instituciones públicas se comparte a través de las redes sociales. Considera dicho autor que la tecnología permitirá cada vez más a los ciudadanos nuevas formas para expresar sus opiniones, al mismo tiempo que a los Gobiernos una nueva vigilancia con mayor poder sobre la conducta de los ciudadanos. Schwab pone en valor desde el enfoque del individuo, los conceptos de identidad, moralidad y ética, a partir de considerar que la innovación y el avance de la tecnología, deben analizarse a partir del individuo, para garantizar su bienestar y su dignidad. Ello comporta un rediseño de la humanidad dirigido a la consecución de una mayor eficiencia, pero con una mayor calidad de vida. Sánchez (2022), complementa dicho análisis considerando que la combinación de tecnología y digitalización confiere a los procesos económicos unas capacidades y unas posibilidades sin parangón en la historia, y aparentemente, contribuirá a crear un nuevo modelo de sociedad, un nuevo paradigma socioeconómico.

Cuarta generación de derechos. Como indiqué en el apartado sobre el Derecho a la protección de la salud, como bien público global y derecho social esencial, Vasak (1977), en su teoría ordenadora de los derechos fundamentales, en que clasifica los derechos humanos en generaciones.

Identifica en la primera los derechos individuales que se corresponden con los derechos civiles y políticos, que surgen con la Ilustración, el proceso revolucionario de independencia de las colonias británicas en América del Norte, y la Revolución francesa, y se basan en el derecho a oponerse al Estado, caracterizándose por imponer al Estado la obligación de respetar ciertas obligaciones hacia los ciudadanos, incluyéndose el derecho a la vida y a

TESI DOCTORAL

la integridad física, la libertad e igualdad ante la Ley, o la prohibición de la tortura, entre otros.

Considera que los derechos económicos, sociales y culturales, corresponden a la segunda generación de derechos, y surgen con la revolución industrial y las luchas obreras del siglo XIX.

En la tercera generación de derechos, se encontrarían los derechos colectivos, de solidaridad o emergentes, que surgen a partir de la segunda mitad del siglo XX y especialmente en el último tercio del siglo, como el derecho al desarrollo sostenible, el derecho a la paz, al medio ambiente, los derechos de los consumidores o la protección ante la manipulación genética. Considera que la aparición de estos derechos se debe a la necesidad de cooperación entre grupos y Estados para afrontar problemas globales.

Ante esta clasificación, el jurista constitucionalista Brasileño, Paulo Bonavides, enunció una cuarta generación de derechos, que integrarían el derecho a la democracia, a la información y al pluralismo, y los relacionados con el desarrollo tecnológico, con las tecnologías de la información y la comunicación, con la protección digital y con el ciberespacio.

Ilustración 4.0.

En el entorno que he descrito, en el que en el siglo XXI recorren sus primeros pasos la Administración 3.0, la Web 4.0, la Revolución industrial 4.0, y la Cuarta generación de derechos, planteo en esta Tesis, como una aportación original, una reformulación de los postulados de la Ilustración a partir de la categorización de la Ilustración 4.0.

TESI DOCTORAL

Pinker (2020: 27) nos recuerda la definición sobre la Ilustración de Immanuel Kant³⁴³ en su Ensayo “Qué es la Ilustración” (1784), como “la salida de la humanidad de su autoculpable inmadurez, su perezosa y cobarde sumisión a los dogmas y fórmulas de las autoridades religiosas o políticas”, identificando como lema su “¡Atrévete a saber!”, a partir de una demanda fundamental, la libertad de pensamiento y de expresión.

Definición que desde la perspectiva del siglo XXI, se ha desarrollado según Pinker, por David Deutsch (2011, *El comienzo del infinito*), en el sentido que:

../.. los problemas son inevitables, porque nuestro conocimiento siempre estará infinitamente alejado de la completitud. Ciertos problemas son arduos, pero es un error confundir los problemas arduos con problemas de improbable resolución../..

Una civilización optimista está abierta a la innovación y no la teme, y se basa en las tradiciones de la crítica. Sus instituciones siguen mejorando, y el conocimiento más importante que encarnan es el conocimiento de cómo detectar y eliminar los errores../..

Ilustración que como expone Pinker (2020: 28-30), dimanó de la Revolución científica y la Era de la Razón, como se denomina a partir de los siglos XVII y XVIII, al momento histórico en el pensamiento europeo, en el que destaca la racionalidad y la búsqueda del conocimiento, y que se desarrolló hasta el liberalismo clásico del siglo XIX, en el que los pensadores ilustrados a partir de

³⁴³ Dicha definición se amplía en una recopilación de sus obras, bajo el título “Filosofía de la Historia” (Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2000: 25-37). “La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapere aude! (Atrévete a saber) ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la ilustración”.

TESI DOCTORAL

los desafíos a la sabiduría convencional de la ciencia y la exploración, buscaban una nueva comprensión de la condición humana, teniendo como referencia la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso, a partir del debate, el escepticismo y la comprobación empírica, como paradigma para lograr un conocimiento fiable.

Pinker (2020: 35, 47, 52) considera que no supone ningún menoscabo de los pensadores ilustrados identificar ciertas ideas cruciales acerca de la condición humana y la naturaleza del progreso que nosotros conocemos y ellos ignoraban. Ideas como la entropía o medida del desorden de un sistema, la evolución y la información que se acumula en un genoma en el transcurso de la evolución. Entropía, evolución e información, definen para dicho autor el relato del progreso humano, que tiene en cuenta la tragedia en la que nacimos y nuestros medios para granjearnos una existencia mejor, puesto que “pese a todos los defectos de la naturaleza humana esta contiene las semillas de su propio perfeccionamiento, siempre y cuando proponga normas e instituciones que canalicen los intereses particulares hacia los beneficios universales. Entre estas normas figuran la libertad de expresión, la no violencia, la cooperación, el cosmopolitismo, los derechos humanos y el reconocimiento de la falibilidad humana; y entre las instituciones están la ciencia, la educación, los medios de comunicación, el gobierno democrático, las organizaciones internacionales y los mercados. No por casualidad estas fueron las principales creaciones de la Ilustración” (p. 52).

En este ideario se anuda el desarrollo que procedo a realizar sobre la evolución del concepto de Ilustración, en la que identifico como Ilustración 4.0., aquella

TESI DOCTORAL

que se desarrolla en la actuación de la Administración pública de carácter conductual.

Ilustración que en una posición original, considero que evoluciona en Cuatro categorías que no se corresponden con momentos históricos, sino con idearios que se construyen conformando una unidad conceptual integradora, a partir de la elaboración de las finalidades de la actuación del Estado, que orientan la actuación de la Administración pública, y en general, la de los poderes públicos y entes del sector público. Parto de la premisa de que la Administración no puede dejar de actuar al margen de la realidad social, al igual que las normas que regulan su actuación deben interpretarse teniendo en cuenta sus antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, como prevé el art. 3 del CC.

La Ilustración 1.0 se correspondería en sus orígenes, con la Monarquía Absoluta, a partir de un ideario que dimanó, tal como ha apuntado Pinker (2020), de la Revolución científica y de la Era de la Razón. Ello ocurrió, a partir de los siglos XVII y XVIII, hasta el liberalismo clásico del siglo XIX. Ideario asentado en el predominio de la razón humana y la creencia en el progreso, en la modernización, en la innovación, en la racionalidad, en el cambio y en el reformismo de la Administración para atender más eficazmente las necesidades sociales, asegurando el bienestar, y ofreciendo prestaciones directas a los ciudadanos, de carácter social y sobre la base de la educación, considerando el bienestar un componente esencial de la felicidad.

TESI DOCTORAL

La Il·lustración 2.0 se correspondria con la caracterización del Estado de Derecho, a partir del ideario liberal asentado en la naturaleza de la autoridad política y la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial. Dicho ideario incorpora progresivamente el reconocimiento del derecho de representación de los ciudadanos, el reconocimiento de derechos y deberes de la persona como miembro de la sociedad, o la salvaguarda de la igualdad ante la Ley y la libertad individual, así como la preocupación por la educación como base del progreso social. Su fundamento se encuentra en la contraposición entre voluntad individual y bien común expresado en la voluntad general, haciendo compatible el interés individual con el colectivo. Ideario que evoluciona a partir de los principios democrático y social.

La Il·lustración 3.0, se correspondria con el reconocimiento de los Derechos humanos y su protección por los Organismos internacionales surgidos a partir de la Segunda Guerra mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Ello se proyecta en el reconocimiento de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, teniendo en cuenta que la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de forma justa y equitativa, en pie de igualdad y dando a todos el mismo peso. En este entorno se integran asimismo, los derechos sociales esenciales, así como los bienes públicos, bienes fundamentales y bienes comunes globales, cuyo alcance he desarrollado en anteriores apartados de la Parte Segunda de esta Tesis.

La Il·lustración 4.0, se correspondria con el impacto de la revolución tecnológica y digital, así como con el desarrollo de la Inteligencia Artificial, en la

TESI DOCTORAL

que se denomina la Era digital³⁴⁴, y con el resultado de los estudios empíricos sobre la racionalidad y sobre el proceso de toma de decisiones por parte del individuo, así como sobre el comportamiento colectivo. Integrando asimismo, el conocimiento del funcionamiento del cerebro y de la mente en dicho proceso de toma de decisiones, y la incidencia de todos estos determinantes con consecuencias jurídicas, cuando los utiliza la Administración para intervenir de forma no coactiva o ablatoria en la decisión individual y en el comportamiento colectivo.

Su comprensión y utilización por parte de la Administración pública para orientar de forma directiva la conducta, requerirá de la institucionalización de un régimen de garantías respecto a la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, así como de los derechos inherentes a la persona.

En este marco se configura la aparición de la que denomino Ilustración 4.0, en la que la actuación de la Administración se caracterizará como conductual, en la aplicación de técnicas como el “nudge público”, cuando sean resultado de ese conocimiento experimental de la conducta humana y del funcionamiento del cerebro en el proceso de toma de decisiones. En relación con el cerebro y en el marco que he expuesto, se encuentra la Declaración de 11 de agosto de 2021, del Comité Jurídico Interamericano sobre “Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos humanos: nuevos desafíos jurídicos para las Américas”, que entre diferentes recomendaciones, realiza una dirigida a los Estados, para que procedan a establecer que el uso de las tecnologías

³⁴⁴ Así se designa por el Parlamento de la Unión europea en sus documentos, como en la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la Inteligencia artificial en la Era digital; o el documento de Estrategia de la Comisión europea sobre Una Europa adaptada

TESI DOCTORAL

basadas en interfaces cerebro-ordenador solo deberán perseguir finalidades legítimas, prohibiéndose su uso para fines de control social, vigilancia masiva de los ciudadanos o de crédito social (“scoring social”)³⁴⁵.

Reformulación como Ilustración 4.0, que anudo desde la máxima de la Ilustración en la “búsqueda de la felicidad”, junto al reconocimiento del derecho a la felicidad y al bienestar de las personas, como fundamentos de la actuación de la Administración y, en general, de los poderes públicos y entes del sector público, a través de sus diferentes manifestaciones a lo largo de la Historia. Así como en el proceso de toma de decisiones del individuo, para conseguir su bienestar personal, respetando su libertad.

Sobre la actuación de la Administración de carácter conductual.

Los anteriores fundamentos orientan la actuación de carácter conductual de la Administración, en un entorno caracterizado por el enfoque de la Perspectiva cognitiva, en el que la IA y la técnica del “nudge público” se desarrollen desde la garantía de la libertad individual, la igualdad, la dignidad y libre desarrollo de la personalidad y de los derechos inherentes que permitan al individuo desarrollarse como persona. En ellos se asientan los fundamentos que se han desarrollado en esta Tesis, respecto a la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración y, en general, de los poderes públicos y entes del sector público, en sus relaciones con los ciudadanos.

a la Era digital, consultable en: *Una Europa Adaptada a la Era Digital | Comisión Europea* (<https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024>).

³⁴⁵ El “social score” o “social scoring” es una especie de puntuación social que determina la credibilidad o reputación de una persona o cuenta en redes sociales. Esta puntuación se

TESI DOCTORAL

Coincido en la necesidad del reconocimiento de la Administración pública, cuando Medina-Molina et al. (2018: 93), la denominan “conductual”, si bien que considero que desde la aplicación de los parámetros del Derecho administrativo, es su actuación la que en determinadas intervenciones se caracteriza por su carácter conductual. Su característica esencial, tal como se defiende en esta Tesis, se encuentra en el conocimiento, comprensión e identificación del comportamiento individual y colectivo, y del proceso de toma de decisiones, resultado de la observación y la experimentación, que se puede utilizar en el diseño de las políticas públicas y regulación administrativa, las cuales se materializan en la actuación de la Administración pública, ya sea de forma formalizada o no, mediante el proceso de diseño de la Arquitectura de la elección, que adquiere relevancia jurídica de interés para el Derecho Administrativo.

En ese marco es en el cual intervendrá la Administración, o cuando no haya existido dicho diseño, en la evaluación *a posteriori* de su actuación, desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva, por las correspondientes unidades organizativas de inspección, análisis y evaluación, sobre si en su actuación constituye un relevante jurídico, la utilización de técnicas que puedan identificarse con las diferentes manifestaciones del “nudge público”.

En dicho sentido, se ha pronunciado García Arteagoitia (2019: 154) cuando considera que “está en las manos del Estado entonces decidir qué combinación de herramientas quiere utilizar para alcanzar los objetivos fijados democráticamente, asegurando los derechos fundamentales de la ciudadanía.

TESI DOCTORAL

Y existe para ello mucho potencial. De las nueve áreas que la Unión Europea (2016) identifica como relevantes para las ciencias del comportamiento, la competencia del mercado, la protección del consumidor, el empleo, la energía, el medio ambiente, la sanidad, las finanzas, los impuestos, y el transporte. En España sólo existen ejemplos en cinco de ellas, y menos de dos ejemplos por área. Estos diseños, como el carnet por puntos, que hace uso de la aversión a la pérdida, no son consecuencia de un esfuerzo concertado por humanizar la Administración, sino que son la consecuencia de innovaciones asistemáticas. Es significativa esta falta de sistematización pese a que existen en España grandes consensos sociales en áreas con mucho potencial sin explorar; es así el caso de la sanidad pública o la protección del medio ambiente. Una inversión más consciente de recursos hacia un diseño humanista de procesos en estos ámbitos podría ayudar a abordar problemas tan agudos como la crisis del antibiótico o el cambio climático”.

El ejemplo que destaca dicha autora, del «carnet por puntos», regulado en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, lo analiza Grande Serrano (2022), desde la intervención conductual y los sesgos sobre los que se actúa con dicha norma, elaborada sin que en los debates parlamentarios ni en la Memoria de análisis normativo se hiciera ninguna referencia a sus efectos desde las ciencias conductuales, considerando que “estamos ante una interesante aplicación de dos conceptos bien conocidos: el efecto dotación (“endowment effect”) y la aversión a las pérdidas (“loss aversión”). El efecto dotación implica que valoramos más lo que tenemos que lo que podríamos tener, incluso aquellas cosas de las que

TESI DOCTORAL

disponemos sin haberlas adquirido del todo. El reconocimiento de un crédito de puntos con símbolo de la confianza depositada en los conductores implica una valoración implícita del permiso y licencia de conducción superior a la que se tenía del mismo con anterioridad a la reforma. Esto conecta con la aversión a las pérdidas, que se refiere a la mayor sensibilidad que tenemos a las pérdidas frente a las ganancias, es decir, las pérdidas duelen –aproximadamente– el doble de lo que gustan las ganancias.

La asignación de un crédito inicial que se va a perdiendo con cada sanción administrativa genera un dolor psicológico mucho mayor que partir de una situación inicial de cero puntos y acumular créditos –negativos– hasta un total de 12 que supondría la retirar del permiso o licencia de conducción. El contexto, como vemos, no es neutro, y el diseño de la arquitectura de la elección, o de la toma de decisiones, (“choice architecture”) es relevante para lograr que las políticas públicas sean eficaces y eficientes”.

En este trabajo de investigación he puesto otros ejemplos de este carácter híbrido de normas jurídicas, en que con desconocimiento del legislador o de la Administración cuando su carácter es reglamentario, tienen un doble efecto, un carácter híbrido, como he teorizado, al responder a técnicas conductuales como el “nudge”. Es el supuesto de las advertencias e imágenes en las cajetillas de tabaco, de las normas con «opciones por defecto», como en el supuesto de la donación de órganos en caso de fallecimiento, o de la regulación del «carnet por puntos» al que he hecho referencia.

He teorizado, distanciándome de Ulen (2015) y Sunstein (2012), no acogiendo la tesis que propugnan, con enfoques diferenciados, respecto a la identificación

TESI DOCTORAL

que realizan del Derecho conductual, con identidad propia en el estudio del Derecho, como se ha asociado con la Economía, independientemente de su acogida doctrinal en Estados Unidos. Dichos autores parten de una posición crítica a la Teoría de la Elección Racional, desarrollada en los años 50 del siglo XX desde la Economía, como ya nos referimos en su momento respecto a las tesis de autores como Milton Friedman, y que se incorpora mediante el estudio del análisis económico del Derecho. Crítica que motivan en la evidencia científica, como resultado de experimentos de laboratorio, trabajos de campo y análisis de datos de archivos, para demostrar que en el proceso humano de toma de decisiones se cometen errores al formular juicios y tomar decisiones que consideran predecibles, pero difíciles de corregir por los individuos. A partir de estos parámetros motivan la existencia de un Derecho conductual, cuya finalidad es “moldear el comportamiento humano en referencia a cierta medida de bien social” (Ulen, 2015: 26).

En primer lugar, no considero la existencia de un Derecho conductual, por la complejidad de categorizar con una Escuela de la Psicología, la conductista o la cognitiva y su evolución, la complejidad del Derecho en sus diferentes ramas y especialidades, pues la Psicología es una ciencia con múltiples Escuelas de pensamiento, antagónicas en algunos casos, como ya nos referimos en su momento.

En segundo lugar, porque se focaliza en la aplicación de las ciencias conductuales, principalmente la Psicología y la Economía, pero ya he indicado que también intervienen en el análisis y comprensión del comportamiento y del

TESI DOCTORAL

proceso de toma de decisiones, la Neurociencia cognitiva, la Lingüística cognitiva, la Semiótica o la IA.

Considero que el Derecho ha de dar respuesta, cuando dichas intervenciones pueden comportar relevantes jurídicos, aunque no tengan efectos jurídicos directos sobre terceros, por ello considero que desde el ordenamiento jurídico predominante a nivel continental, no se puede calificar el Derecho como conductual. Pero ello no se contradice, en que como he teorizado, sí se pueda integrar en la actuación de la Administración esta característica, cuando reúna los requisitos que he establecido, que van más allá de la utilización de la técnica del “nudge”, pues integra la utilización de otras técnicas, desarrolladas, identificadas o aplicadas en otras disciplinas como la neurociencia cognitiva, la lingüística cognitiva, la semiótica o la IA.

He acogido el adjetivo conductual solo con ese efecto, con el de la utilización de técnicas de diferentes disciplinas que estudian el comportamiento humano, el proceso de toma de decisiones y el cerebro, para conocer la conducta y cómo influir sobre la misma.

La actuación administrativa de carácter conductual se proyecta sobre el derecho imperativo y sobre el derecho indicativo, desde el plano jurídico y desde el plano material, sobre cualquier actuación y actividad de la Administración, resto de poderes públicos y entes del sector público. No se puede categorizar en ningún tipo de modalidad en las que se pretenda clasificar la actuación de la Administración y la actividad administrativa como he diferenciado en la Primera parte.

TESI DOCTORAL

Con ello también doy respuesta a la primera de las preguntas que me he formulado, respecto a que el “nudge público” como técnica que nace a partir del desarrollo teórico y académico en el ámbito de la Economía y el Derecho conductual en Estados Unidos, y se nutre de las investigaciones y resultados empíricos de las ciencias del comportamiento sobre el Sistema 1 o intuitivo en la emisión de juicios en situaciones de incertidumbre, podría identificarse como una nueva modalidad de actuación de las Administraciones públicas, como podría denominarse a una “actuación administrativa conductual”. Pero teniendo en cuenta que su proyección lo es sobre cualquier tipo de modalidad, porque lo es sobre toda la actuación de la Administración, del resto de los poderes públicos y entes del sector público, en cualquiera de sus manifestaciones, y tanto desde el plano del derecho imperativo como del derecho indicativo. Respuesta que complemento con la que he expuesto y reitero, en relación a los resultados esperados en el proceso de investigación. Nos encontramos ante una técnica de intervención del Derecho sobre la cognición y en esencia, sobre la racionalidad que se considera limitada, a partir del conocimiento de las reglas heurísticas, los sesgos cognitivos y las conexiones neurales en el individuo. Existe una finalidad social de interés general, que se concreta en que las elecciones del individuo y de la colectividad, lo sean en la efectividad del derecho a la protección de la salud, y su proyección en el derecho a una alimentación adecuada y saludable. En dicho sentido doy respuesta afirmativa a la primera pregunta que me formulo, que nos encontramos ante una técnica de intervención administrativa caracterizada por la aplicación, esencialmente, de las Ciencias conductuales, la Neurociencia cognitiva, la Lingüística cognitiva, la Semiótica o la Inteligencia artificial, en el diseño del

TESI DOCTORAL

comportamiento colectivo, que tiene identidad propia como actuación administrativa conductual.

Una norma como el carnet por puntos es una norma sancionadora, ablatoria y coactiva respecto al infractor de la normativa de seguridad vial, tráfico y circulación de vehículos, pero es una herramienta normativa que constituye un “nudge” para el conjunto de la sociedad, es un “nudge público”, cuya génesis se encuentra en un poder público, el legislativo, pero que se aplica por otros poderes públicos, las Administraciones con competencia en su territorio en dicha materia. “Nudge público” que se dirige al proceso decisonal del individuo y al comportamiento colectivo. Norma con efectos híbridos, los propios jurídicos de la misma, y los conductuales, no previstos, ni diseñados previamente, puesto que ni ha existido Arquitectura de la elección, ni profesionales o autoridades como arquitectos, ni se ha tramitado desde la arquitectura institucional de la Perspectiva cognitiva.

En todo caso, no se puede obviar, y en este sentido acojo la tesis de Bourcier y Casanovas (2003: 32 y 41), el enfoque del Derecho como Sistema, teniendo en cuenta que “un Sistema es un conjunto de elementos con interrelaciones dinámicas y funcionales. Este conjunto se organiza en función de un fin../.. Uno de los objetivos del análisis sistémico es delimitar las similitudes y las diferencias entre tipos de sistemas diferentes, por ejemplo, biológicos y cosmogónicos, artificiales y humanos. Es interesante comparar el sistema constitucional y el sistema de comunicación institucional, o el sistema de pensamiento de un juez con las herramientas que tiene a su disposición../..”

TESI DOCTORAL

Tesis que asocian a la Inteligencia artificial y su conexión cognitiva, cuando ponen de manifiesto que “el derecho es una tecnología cognitiva, es decir un conjunto de prácticas descritas como producto de prácticas intelectuales y de adquisición de conocimientos susceptibles de ser tratados por ordenador”.

Por los motivos expuestos y razonados, reitero mi criterio de que debemos apartarnos de la consideración de que en nuestro ordenamiento jurídico podamos entender el Derecho como conductual, como si nos encontráramos ante una especialidad o rama del Derecho. En el mismo sentido, tampoco he considerado que se pueda entender la Administración como conductual, entendiéndolo que solo su actuación puede tener dicho carácter, cuando se den las circunstancias y elementos que he establecido.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

CUARTA PARTE.- LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA CONDUCTUAL MEDIANTE “NUDGES” Y EL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN SALUDABLE, ANTE EL MODELO DE SEMÁFORO NUTRICIONAL, “NUTRI- SCORE”.

“Vigilantibus non dormientibus iura succurrunt”. Aforismo latino de autor desconocido³⁴⁶.

“La idea general de una alimentación adecuada puede descomponerse en varios elementos: la oferta de alimentos debe ser adecuada, lo que significa que los tipos de alimentos comúnmente disponibles (nacionalmente, en los mercados locales y, en definitiva, en los hogares) deben ser culturalmente

³⁴⁶ Su traducción, según consulata efectuada en fecha 19 de junio de 2022, en el Diccionario Panhispánico del español jurídico de la RAE, es “**El Derecho protege a los vigilantes, no a los indolentes**”. En Derecho civil este aforismo latino se ha vinculado al concepto de diligencia debida, al que nos hemos referido en diferentes Apartados de esta Tesis, consagrando el **principio de autotutela de los propios intereses**. Consultable en *Definición de vigilantibus non dormientibus iura succurrunt - Diccionario panhispánico del español jurídico* (<https://dpej.rae.es>).

Dicho aforismo latino se utilizó por el Abogado General Giuseppe Tesauro, en el Asunto C-373/90, en cuya Conclusión número 9, de interés por la relevancia de la publicidad como información para la toma de decisiones, si bien que el supuesto lo era en relación al mercado automovilístico, en el que la publicidad tiene un efecto de incitación sobre el consumidor medio al que se considera “no carente enteramente de discernimiento”, a partir del elemento de comparación de precios, para adoptar una decisión informada. Ello lo traslado en relación a la información nutricional respecto a diferentes productos para adoptar el que se considere más saludable según el contenido de la información. En dicha Conclusión se manifiesta que “con el fin de determinar si la citada publicidad puede afectar efectivamente al comportamiento económico de las personas a las que va dirigida, debe tenerse en cuenta el hecho de que el mercado de automóviles se caracteriza por determinada transparencia de precios y que el consumidor medio —que me empecino en considerar como no carente enteramente de discernimiento— es incitado a efectuar, considerando asimismo el elevado dispendio que se apresta a hacer, una comparación seria de los precios que le son propuestos, informándose, a veces de una forma muy detallada, a través del vendedor, acerca de los accesorios de los que está provisto el vehículo. A este respecto, permítaseme recordar que, conforme a un antiguo adagio, *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*.”

TESI DOCTORAL

aceptables (es decir, ajustarse a la cultura alimentaria o dietética existente); la oferta disponible debe cubrir todas las necesidades nutricionales generales desde el punto de vista de la cantidad (energía) y la calidad (proporcionar todos los nutrientes esenciales, como vitaminas y yodo); y, por último, aunque no en orden de importancia, los alimentos deben ser seguros (sin elementos tóxicos o contaminantes) y de buena calidad (por ejemplo, en lo que se refiere al gusto y la textura)." Asbjørn Eide³⁴⁷.

D. La intervención administrativa mediante la técnica del “nudge”, para garantizar el derecho de autodirección informativa, en la implantación en España del semáforo nutricional “NUTRI-SCORE”.

“La clave está en el conocimiento –sostiene Deaton.../.. señala que incluso la mera idea que mora en el corazón de la Ilustración en virtud de la cual el conocimiento puede hacer que vivamos mejor, puede suponer una revelación en aquellas regiones del mundo en las que la gente vive resignada a su mala salud, sin soñar siquiera con que los cambios en sus instituciones y sus normas puedan mejorarla.” Pinker³⁴⁸.

³⁴⁷ Relator Especial de Naciones Unidas. Extracto de la cita efectuada anteriormente, en el Apartado 3 de la Parte Segunda, al tratar el derecho a la protección de la salud y a una alimentación saludable. Consultable en: *El derecho a la alimentación El derecho humano a una alimentación adecuada y a no padecer hambre* (<https://www.fao.org>).

³⁴⁸ Pinker (2020: 97), cita a Deaton (2013), en una idea que se corresponde con el ideario que he acogido de la Ilustración, la relevancia del conocimiento para una vida mejor y saludable. Esa función constitucional de ilustración, la he proyectado en el análisis del semáforo nutricional, como acción de la Administración que materializa en ejercicio de su tarea de garantía del derecho a la autodirección informativa, a que las personas puedan adoptar decisiones informadas para disfrutar de una alimentación saludable, para garantizar la

TESI DOCTORAL

En esta parte, como he puesto de manifiesto en el Apartado A de la Introducción, sobre la estructura de la investigación, pretendo enmarcar la aplicación de la técnica del “nudge público” en el derecho a una alimentación saludable, a partir de los principios y directrices contenidos en la regulación indicativa o imperativa de las Instituciones de la Unión Europea, sobre una alimentación saludable.

En la Parte Segunda de esta Tesis, he desarrollado los principios y directrices sobre el derecho a la protección de la salud y su proyección en el derecho a una alimentación saludable, a partir de su identificación como una alimentación adecuada. Principios y directrices contenidos en la regulación indicativa de Organismos internacionales y Tratados internacionales, y su interpretación por los Comités que amparan y vigilan su respeto y aplicación por los Estados miembros.

También haré referencia sobre el derecho a la prevención y control de las enfermedades no transmisibles que pudieran originarse por exceso de macronutrientes en el consumo de productos alimenticios, con una atención específica respecto a las grasas, especialmente las denominadas “trans”, así como la regulación del Derecho de la Unión europea sobre la información al consumidor.

Por otro lado, expondré la regulación y las medidas recogidas en el ordenamiento jurídico español, respecto a la actuación de la Administración

efectividad del derecho a la salud, al disponer de los recursos cognitivos y de “conocimiento” para su adopción, tal como se ha desarrollado en esta Cuarta Parte.

TESI DOCTORAL

General de Estado, en relación a la implantación del semáforo nutricional, respecto al derecho a una alimentación saludable.

Parto, en cuanto al plano subjetivo al que se dirige esta regulación, de la consideración del concepto de «consumidor medio», recogido por la normativa de la Unión europea, cuando en el Considerando 15 del Reglamento (CE) 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, se establece que “es importante que las declaraciones de los alimentos puedan ser comprendidas por el consumidor y es conveniente que todos los consumidores estén protegidos de las declaraciones engañosas../.. (teniendo) como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos../.. La prueba del consumidor medio no constituye una prueba estadística. Los tribunales y las autoridades nacionales tendrán que ejercer su propia facultad de juicio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso determinado.”

Concepto de «consumidor medio», que considero que debe complementarse con el de «consumidor vulnerable», que se recoge en el art. 3.2, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuando lo define como “aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de

TESI DOCTORAL

subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.”

Sobre dichos conceptos de «consumidor medio» y «consumidor vulnerable», pivotará el desarrollo que realizo en esta Cuarta parte, a partir de la actuación de la Administración de carácter conductual, utilizando la técnica del “nudge público”, en el diseño de la Arquitectura de la elección mediante la herramienta jurídica del «semáforo nutricional», teniendo en cuenta el enfoque de la Perspectiva cognitiva. Sin olvidar que la traspolación de normas cuyo contenido desarrollen conceptos jurídicos de derecho privado, se asume con cautela por la doctrina administrativa, en determinadas circunstancias y ámbitos, como en el del derecho de protección a los consumidores y usuarios, a partir de la centralidad de la persona, más allá de una dicotomía público-privado centrada en la fórmula del *Corpus iuris* de Justiniano, en la que el Derecho público es el que afecta a la utilidad del Estado y el privado, el que se refiere a la utilidad de los particulares (Guariglia, 2005: 21)³⁴⁹. Rodríguez-Arana (2008: 5, 7) identifica la intervención de la Administración, teniendo en cuenta el régimen jurídico-privado, como en el supuesto de la regulación del régimen jurídico de los consumidores y usuarios, a partir del concepto de “servicios de interés general” en su proyección desde el Estado social. Considera que se anuda dicho concepto, a la tarea constitucional de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos, mediante una presencia pública que se caracteriza por una mayor intensidad para materializar una concepción del Derecho administrativo, como el Derecho del poder para la libertad, valor constitucional que con el de

³⁴⁹ Dicha fórmula, como nos indica Guariglia, se recoge en las Instituciones de Justiniano, I i 4, Digesto, I.I i 2, como *quod ad statum rei romanae spectat, quod ad singulorum utilitatem*.

TESI DOCTORAL

igualdad, dignidad y el principio de libre desarrollo de la personalidad, orientan la actuación de la Administración, del resto de los poderes públicos y entes del sector público, cuando reviste carácter conductual.

En este marco conceptual y jurídico, dicho autor se manifiesta con una tesis favorable a una mayor intensidad de la intervención pública, para garantizar los derechos de los ciudadanos, y en concreto, el valor constitucional de libertad, como función del Derecho administrativo en el Estado social y democrático de Derecho, considerando que:

El Derecho Público se nos presenta ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho que denomino dinámico, abierto, plural y complementario. Ello no quiere decir que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que **el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que haga buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo, anteriormente referida, como el Derecho del poder para la libertad.**

En este marco conceptual encuentra su explicación el **nacimiento de los servicios de interés general y la posición central del usuario como correlato necesario de la relevancia que ha adquirido en el Derecho Administrativo la función de garantía de los derechos de los ciudadanos como tarea fundamental** a la que hoy está convocado.

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las Ciencias Sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

redefinir todos aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen con la existencia de una auténtica Administración pública cada vez más consciente de su posición institucional en el sistema democrático.

../..en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Marco conceptual que para Ibern (2015: 28-29), desde la afectación al derecho a la libertad de empresa, que puede verse afectado en las intervenciones públicas relativas a garantizar una alimentación adecuada y saludable, se caracteriza porque “en base a la libertad de empresa, se puede decidir ofrecer al mercado productos y desarrollar actuaciones que sean más o menos saludables en el marco legal existente.” A partir de dicha tesis Ibern establece tres opciones de intervención en el ámbito de la nutrición:

Las tres opciones que se proponen son: **la auto-regulación voluntaria, los acuerdos público-privados y la regulación e intervención en el mercado.**

Mediante el primero la propia industria decide cómo considera óptimo regularse atendiendo al interés general y no solo al interés sectorial. La mayor dificultad estriba en que todas las compañías deben acogerse a la auto-regulación, de otro modo la existencia de “freeriders” le resta valor a tal opción.

Como segunda respuesta encontramos los acuerdos público-privados. Es conocido que el acuerdo entre gobierno y un determinado sector para establecer y promover determinadas prácticas saludables resulta complejo de adoptar y hacer cumplir en la mayoría de casos. Los

TESI DOCTORAL

partidarios de este punto de vista argumentan que la industria cada vez produce más alimentos o bebidas que son poco saludables y que un acuerdo entre el gobierno y estas industrias podría reformular algunos productos para ser menos insanos y un compromiso de reducir este daño podría tener un gran beneficio en la salud pública.

En cuanto a la última respuesta, la regulación e intervención en el mercado, cabe decir que la regulación pública reconoce específicamente los conflictos de intereses entre la promoción y la protección de la salud pública y las empresas que se benefician de los productos no saludables. La amenaza de la regulación gubernamental es la única manera de cambiar las organizaciones transnacionales.

Esta regulación debe dirigirse en distintas líneas.

En primer lugar, las acciones deben ir encaminadas a la ejecución de políticas de salud pública, investigación y programas. Algunas de las acciones que se pueden emprender, por ejemplo, podrían ser no dar ningún papel en la formación de políticas para las enfermedades no transmisibles, restringir la interacción con la industria tabaquera y hacerla más consistente con las recomendaciones de las convenciones para el control del tabaco, discusiones entre las industrias de productos no saludables solo entre estas y el gobierno, con una meta clara por parte de este último.

En segundo lugar, la regulación también debe ir destinada a los profesionales de la sanidad pública, así como a las instituciones y a la ciudadanía. Por ejemplo, implementar políticas efectivas y de bajo coste que ejerzan presión directa sobre la industria del tabaco, del alcohol o de la alimentación y bebidas, concienciar al público de los efectos perjudiciales de estas industrias, no financiar ni dar otros apoyos para la investigación, la educación y los programas a todas estas industrias que afectan a la salud pública.

Por otra parte, el gobierno y los organismos internacionales intergubernamentales también tienen un papel clave. Un ejemplo sería la introducción de legislación, regulación, impuestos, precios, prohibición y restricción de la publicidad y el patrocinio para reducir la mortalidad y discapacidad causada por enfermedades no transmisibles.

TESI DOCTORAL

Las actuaciones de los gobiernos en el marco de la promoción de hábitos de vida saludables se han centrado fundamentalmente en la difusión de información así como estrategias de cambio de comportamiento desde los servicios de salud. La difusión de información es necesaria pero no suficiente. **El fundamento que sustenta la difusión de información parte de considerar la racionalidad como guía para las decisiones individuales.** Como hemos visto anteriormente, **decisiones individuales y comportamiento se alejan a menudo de tal paradigma.**

Las estrategias desde la atención sanitaria tienen un componente superior a la simple información, y tratan de cambiar comportamientos buscando aquellas opciones que puedan ser más efectivas, se trata de un proceso *ad hoc*, no sistematizado, de resultados variables.

Una de las maneras que tienen los gobiernos para influir en la toma de decisiones de los individuos es a través del “nudging”. Los “nudges” son intervenciones que conducen a las personas en una dirección concreta, preservando la libertad de elección, y cuya intención es ayudar para mejorar el bienestar personal o la promoción de la autonomía.

En los últimos años, tanto las instituciones privadas como las públicas han mostrado un gran interés en el uso del “nudging”, porque generalmente presenta unos costes muy bajos y tiene un gran potencial para promover objetivos económicos y de otro tipo, incluyendo objetivos relacionados con la salud pública.

El objetivo principal del “nudging” es influir en las decisiones de manera que las personas, fruto de su decisión libre, estén mejor de lo que estaban antes de dejarse influenciar. Es decir, es hacer la vida más simple, más segura o, simplemente, más fácil. Aunque pueda decirse que los “nudges” son una forma de paternalismo suave, estos están específicamente **diseñados para preservar la libertad de elección.**

Cualquier forma de “nudging” oficial debe ser transparente y abierta. Una de las principales ventajas es que evitan la coerción. Por lo tanto, **nunca pueden manipular o engañar.** La ciudadanía debería ser

TESI DOCTORAL

capaz de revisar y escudriñar los “nudges” igual que otras acciones del gobierno o de otro tipo. El interés en el nudging está creciendo porque presenta costes muy bajos o incluso inexistentes, proporciona resultados rápidos (incluyendo significativos ahorros económicos), mantiene la libertad de elección y porque es altamente efectivo. Muchas veces los “nudges” tienen un mayor impacto que otras medidas más caras y más coercitivas.

Como puse de manifiesto en el Apartado 1 de la Parte Segunda, la intervención administrativa mediante la técnica del “nudge público”, puede utilizar herramientas informativas como el etiquetado, y herramientas de enmarcado, como la colocación de los alimentos en un comedor escolar, para reforzar y orientar a la toma de decisiones saludables en la alimentación. En dicho sentido se indica en el Apartado 4.6 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 2016, que “el *nudge* también puede utilizarse para modificar la presentación de las diferentes opciones, o la apariencia de determinados productos, a fin de destacar los considerados más sanos, más ecológicos, etc. Este tipo de nudge puede aproximarse a veces al principio del etiquetado.

Asimismo se han llevado a cabo varios experimentos en comedores para incitar a los clientes a consumir alimentos saludables. Para ello, los alimentos más sanos se situarán al comienzo de las vitrinas, lo que permite en algunos casos duplicar su consumo respecto a si se coloca a mitad o al final del expositor. Otros comedores han tratado de reducir el despilfarro reduciendo el tamaño de los platos: se pueden llenar pero la cantidad servida será limitada (y los clientes siempre pueden volver a servirse si así lo desean).”

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Respecto al alcance y características de lo que se deba entender por alimentación saludable, Royo (2013: 16) lo referencia a un patrón alimentario vinculado al principio de precaución, para prevenir enfermedades crónicas de nuestro tiempo. Considera que “en función del conjunto de la evidencia científica existente, la mejor forma de prevenir las enfermedades crónicas más prevalentes de nuestro tiempo, como la obesidad, las enfermedades cardiovasculares y el cáncer, causantes de aproximadamente dos tercios de todas las muertes, se podría resumir en tres recomendaciones: mantener el peso dentro del rango considerado saludable, evitando tanto el exceso como el bajo peso, llevar una vida físicamente activa, realizando actividad física de forma regular y restringiendo las actividades sedentarias, y adoptar un patrón alimentario saludable, como la dieta mediterránea u otra de características similares”³⁵⁰. Para dicho autor, el entorno en el que se toman las decisiones en materia de alimentación tiene una especial relevancia, considerando que “más

³⁵⁰ Royo (2013: 17), Dr. en Medicina, especialista en Salud pública, y profesor de la Escuela Nacional de Sanidad, del Instituto de Salud pública Carlos III, del Ministerio de Economía y Competitividad, del Gobierno de España, considera que “para adoptar un patrón alimentario saludable, como la dieta mediterránea u otra de características similares, conviene seguir las siguientes recomendaciones: a. Consumir al menos 5 raciones diarias de verduras y frutas, preferiblemente frescas o congeladas. b. Elegir alimentos elaborados con cereales integrales en lugar de refinados. c. Consumir legumbres varias veces a la semana. Otras fuentes de proteínas aconsejables son los huevos, el pollo y el pescado. d. Emplear aceite de oliva para el consumo en crudo y para cocinar. e. Consumir frutos secos (nueces, almendras, avellanas) de forma habitual en pequeñas cantidades (un puñado al día, por ejemplo). f. Elegir el agua para hidratarse: Beber en torno a dos litros al día y tomarla en todas las comidas. g. Si se consume alcohol, hacerlo en cantidades moderadas. h. Evitar el consumo de bebidas azucaradas, como refrescos, zumos y bebidas deportivas. i. Evitar el consumo de productos que contengan grasas hidrogenadas (ácidos grasos trans). j. Evitar el consumo de productos procesados altamente energéticos y pobres en nutrientes. k. Evitar el consumo de carnes rojas (ternera, cerdo y cordero) o procesadas (salchichas, hamburguesas, embutidos y fiambres). l. Evitar el consumo de productos ahumados o curados mediante salazón. m. Evitar el cocinado de los alimentos a temperaturas muy elevadas y mediante el uso de métodos que favorezcan el contacto directo con las llamas o el carbonizado, como la parrilla, el horno, la sartén o a la plancha.”

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

allá de la responsabilidad individual, existe la responsabilidad colectiva de construir un entorno sociopolítico, físico, económico y cultural que facilite las opciones saludables, para que cada persona esté en condiciones de elegir libremente la forma de alimentarse, en función de sus propios intereses y preferencias” (p.18)³⁵¹.

Royo (2013: 6) en una tesis con la que coincido, vincula el patrón alimentario no solo a la alimentación *stricto sensu*, sino también, y muy especialmente, al proceso de toma de decisiones, del individuo, para lo que considera relevante la información nutricional que existe en el etiquetado alimentario, considerando que:

Al deterioro del patrón alimentario de la población también contribuye un etiquetado alimentario deficiente.

El etiquetado nutricional de los productos procesados altamente energéticos, ricos en grasas de mala calidad, azúcares o sal y pobres en nutrientes no suele presentar la información nutricional en un formato

³⁵¹ Royo (2013: 18) identifica determinadas medidas para garantizar la disponibilidad de información fiable y accesible: “a. Establecer un etiquetado nutricional más informativo y fácilmente comprensible para todos los consumidores: identificación del contenido en ácidos grasos trans, tamaño de letra adecuado, ubicación en la parte frontal del producto, uso de símbolos gráficos para identificar los productos más saludables. b. Promover campañas de comunicación poblacional sobre las características y los beneficios de una alimentación saludable. c. Incluir en el curriculum escolar formación (conocimientos y habilidades) sobre alimentación saludable y cocina. d. Supervisar rigurosamente la información de los productos o cualquiera de sus medios publicitarios sobre alegaciones nutricionales y de salud.” Asimismo identifica medidas para construir un entorno que facilite las opciones saludables: “a. Poner en marcha políticas agroalimentarias que faciliten la producción y distribución generalizada de productos saludables a precios asequibles para toda la población. b. Establecer subsidios para facilitar el acceso a productos saludables para las personas en posición económica desfavorable. c. Prohibir la publicidad dirigida a niños de productos alimentarios altamente energéticos y pobres en nutrientes. d. Elaborar menús escolares en función de criterios nutricionales. e. Sustituir en los colegios e institutos las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas por fuentes de agua. f. Eliminar las grasas trans de la cadena alimentaria. g. Reformular los productos alimentarios procesados para reducir su contenido en sal y azúcares.”

TESI DOCTORAL

fácilmente legible y comprensible para muchos consumidores, omitiendo el contenido de nutrientes estrechamente relacionados con un mayor riesgo de enfermedades crónicas, como los ácidos grasos trans.

En nuestro entorno, el grupo Eroski representa una excepción notable, ya que ha introducido el semáforo nutricional y se ha comprometido a limitar el contenido de ácidos grasos trans de sus productos de marca propia, en la misma línea que algunos gobiernos como el de Dinamarca, que han limitado el uso de ácidos grasos trans producidos industrialmente a un máximo del 2% de la grasa de cualquier producto alimentario.

En la actuación de la Administración en la proyección del derecho indicativo o “soft law”, con la finalidad de modificar o incitar la conducta de los individuos y el comportamiento de la población, para conseguir hábitos de alimentación saludable, se ha establecido como un instrumento jurídico relevante el de la planificación estratégica. La Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, dedica el Capítulo VII a regular la “Alimentación saludable, actividad física y prevención de la obesidad”. El art. 36, identifica con el acrónimo NAOS, la estrategia del Gobierno de España, para fomentar una alimentación saludable y promover la práctica de actividad física, con el fin de invertir la tendencia ascendente de la prevalencia de la obesidad y, con ello, reducir sustancialmente la morbilidad y mortalidad atribuible a las enfermedades no transmisibles asociadas a ella. La Estrategia estará basada en el análisis de la situación y el conocimiento científico existente en la materia, además de ser coherente con las recomendaciones de los organismos internacionales con los que existan acuerdos suscritos. Se establece que la Estrategia será revisada con periodicidad quinquenal. Estrategia que se regula de forma transversal en el Estado compuesto, a partir de establecer los criterios

TESI DOCTORAL

de coordinación interadministrativa entre las diferentes Administraciones públicas, como la Administración General del Estado, la de las Comunidades autónomas, y la de las Entidades locales, con la previsión de la participación de los operadores económicos y los agentes sociales.

En los apartados 2 a 6 de dicho artículo 36, se establece la delimitación del alcance y contenido jurídico de la Estrategia, recogiendo medidas que identificaríamos como de fomento, en cuanto a la regulación de los Premios NAOS, premios que al mismo tiempo responden a herramientas de “nudges públicos”.

No figura ninguna referencia en el trámite legislativo de tramitación de la Ley, a la utilización de estudios empíricos sobre la afectación de los premios NAOS que se regulan en dicho artículo. Premios cuya finalidad es la reorientación de la conducta del individuo, como desarrollaremos en los ejemplos que explicaremos, que tienen un carácter híbrido, pues además de ser una medida de fomento, responden a diferentes “nudges públicos”.

Reorientación de la conducta que se establece como obligación de la actuación de la Administración, cuando se prevé que “el Gobierno impulsará el reconocimiento en esta materia a través de los Premios NAOS con el fin de reconocer y dar visibilidad a aquellas iniciativas consideradas ejemplares y que mejor contribuyen a la consecución de los objetivos propuestos en la Estrategia NAOS. Dichos premios que tienen una periodicidad anual, contarán en todo caso, entre sus categorías, debido a sus características especiales, con premios en el ámbito escolar, tanto para la promoción de una alimentación saludable, como para la práctica de actividad física.”

TESI DOCTORAL

Considero que dichos premios se corresponden con los “nudges públicos” del «uso de normas sociales», a partir de la identificación del individuo, con el colectivo y con la organización o colegio, en el ámbito escolar, receptores del premio NAOS; con el de «divulgación», que se asocia a la del propio premio, respecto a asociar el comportamiento a la publicidad de haberlo recibido o formar parte de la organización receptora del mismo, en el entorno de relaciones del individuo; con las «estrategias de compromiso», a partir del efectuado en la participación para la obtención de los premios NAOS, ya sea de forma directa o en la organización que concurra, lo que obliga al individuo a mantener una conducta asociada a dicho compromiso; o con el del «recurso al juego», que favorece el deseo de emulación, que se genera en los concursos para fomentar determinadas prácticas.

La Estrategia NAOS, con los diferentes instrumentos jurídicos utilizados, cuya identificación responde a los términos de Plan o Estrategia propiamente dicha, la considero una manifestación de la actividad administrativa procedimentalizada de planificación, concepto que he diferenciado del más amplio de actuación administrativa.

Sobre las formas, tipos o modalidades de la acción administrativa y su dificultad de teorización en el actual Derecho administrativo, me pronuncié tanto en la Primera como en la Segunda Parte de esta Tesis, recogiendo una cierta uniformidad doctrinal en acoger la planificación como una de las tareas de la Administración, como se contempla en Esteve (2017: 353 y 355-380), Sánchez Morón (2008: 432-433), o Parejo (2010: 275-301).

TESI DOCTORAL

La función de planificación como tarea de la Administración, comporta una ordenación y evaluación de su actuación, de forma sectorial o general, que trae causa del derecho a una buena administración basado en el principio de racionalidad y razonabilidad, que explicamos anteriormente. Requiere del establecimiento de unos objetivos o resultados a conseguir en el marco de una ordenación de las relaciones jurídicas que se establecen en los mismos, así como identificar los recursos asignados, la periodificación de su ejecución, y el establecimiento de la participación ciudadana y su evaluación *ex ante* y *ex post*.

Arnáez (2014: 370) la define como “un enunciado normativo en virtud del cual se determinan las pautas y las directrices básicas que inspiran y condicionan la actuación, tanto de los poderes públicos como de los particulares, incluyendo las relaciones que se establezcan entre ellos; pautas y directrices que se materializan e instrumentan jurídicamente a través de los diferentes planes, proyectos y programas administrativos”. Dicha autora considera que desde el punto de vista del Derecho administrativo “la planificación tiene unas características propias y esenciales que la definen como una potestad pública³⁵². En este sentido, la planificación se puede definir como una de las facultades de actuación o prerrogativas que el ordenamiento jurídico atribuye a

³⁵² Para Arnáez (2014: 371) “las características propias de la potestad administrativa de planificación son las siguientes: su normativismo, en tanto que en cada una de las manifestaciones instrumentales de la planificación se establecen pautas de comportamiento y directrices de actuación orientadas a la consecución de fines u objetivos concretos y que son susceptibles de vincular tanto a los poderes públicos como a los administrados; su virtualidad como cauce de participación tanto de los poderes públicos (trámite de audiencia) como de los particulares (información pública) y de determinados colectivos técnicos o peritos en el ámbito de la gestión administrativa y, finalmente, su instrumentalización para la ejecución de los

TESI DOCTORAL

las Administraciones públicas, revistiéndolas de un estatus especial de imperium derivado de su misión de servicio a la protección, garantía y realización del interés general”. En dicho sentido, en el ámbito de regulación básica del régimen jurídico de las entidades locales, encontramos en el art. 4.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen local, la atribución al municipio, de la potestad de programación o planificación.

Arnáez (2014: 385) vincula la actuación de la Administración, mediante el ejercicio de la potestad de planificación, con el principio de participación ciudadana y legitimidad democrática en un momento de transformación del Derecho administrativo. En dicho sentido, su planteamiento tiene relevancia para el objeto de esta Tesis, en que en la actuación de la Administración, cuando revista carácter conductual, en la implementación de la arquitectura institucional que he desarrollado desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva, no solo deberá velar por la transparencia en su actuación, sino que la misma deberá responder a un proceso participativo, como el que se propugna en el ejercicio de potestades como la de planificación.

Como manifiesta dicha autora, la participación ciudadana, además de legitimadora de la actuación de la Administración, justifica un nuevo rol ciudadano, que pasa a ser coprotagonista en la misma. En la actuación de la Administración de carácter conductual, considero y mantengo en esta Tesis que dicho rol debe construirse desde la gobernanza participativa y el empoderamiento de la población, entre sus áreas prioritarias para la acción³⁵³.

principios constitucionales de objetividad, eficacia y coordinación de la actuación de las Administraciones Públicas”.

³⁵³ Dicha característica de calidad democrática que se manifiesta en la gobernanza ciudadana y empoderamiento poblacional, se recogen de forma específica cuando se interviene en el

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

En dicho sentido, Arnáez (2014: 385) considera que:

Frente a los cauces tradicionales de participación ciudadana, tales como la consulta popular, la información y la audiencia pública o las iniciativas y propuestas ciudadanas, en los últimos tiempos se ha generalizado el desarrollo de procesos innovadores de planificación participativa, en coherencia con un modelo de gestión pública participativo y de proximidad a los destinatarios y usuarios de los servicios públicos.

Destacan como características más significativas de las referidas iniciativas de planificación participativa, aplicadas básicamente en el ámbito de las administraciones autonómicas y locales, las cuatro siguientes consideraciones:

En primer lugar, la profundización participativa, indicativa del pluralismo y del número de participantes.

En segundo lugar, la transversalidad de las experiencias planificadoras, en las que conviven diversos contenidos sustantivos, o sectores de actuación pública, con una pluralidad de redes de participantes o actores implicados.

En tercer lugar, la innovación conceptual derivada de la novedad del mecanismo participativo.

En cuarto, el impulso a redes de capital social, como capacidad de las iniciativas participativas para generar acuerdos, intercambios, cooperación y confianza entre los ciudadanos participantes.

ámbito de la proyección del derecho a la protección de la salud, sobre el derecho a una alimentación adecuada y saludable, en el documento *Estrategia "Salud 2020"* de la Región Europea de la Organización Mundial de la Salud, aprobada el 12 de diciembre de 2012, para establecer un nuevo marco político europeo para la acción gubernamental y social en promoción y protección de la salud, que presenta entre sus objetivos, "mejorar de manera significativa la salud y el bienestar de la población, reducir las desigualdades en salud, reforzar la salud pública y asegurar sistemas de salud centrados en las personas y que sean universales, igualitarios, sostenibles y de alta calidad". Para lo cual se tiene en cuenta el liderazgo y la gobernanza participativa, teniendo la inversión en salud entre las áreas prioritarias para la acción pública, a partir de un enfoque de ciclo de vida y empoderamiento de las personas.

TESI DOCTORAL

En quinto y último lugar, destacan los rendimientos sustantivos del proceso de planificación participativa, en la medida en que tienen como objetivo o finalidad la consecución de resultados en términos de transformación y optimización de la vida de los ciudadanos como destinatarios de los servicios públicos, cuya gestión se les participa.

En definitiva, si de lo que se trata es de reforzar la legitimidad democrática de la actuación de los poderes públicos, condicionada fundamentalmente por la proximidad y la receptividad que éstos tienen respecto de las demandas de la sociedad, habrá que articular los instrumentos necesarios para informar a los ciudadanos e integrarles en la planificación de las políticas públicas, desde su redacción o formulación inicial hasta su control y evaluación, según los objetivos alcanzados en la fase de su implementación o ejecución material.

El reto para el derecho administrativo reside, por lo tanto, en regular nuevos mecanismos de estimulación para que los ciudadanos formen parte de los procesos de planificación participativa; dicho en otras palabras, en articular técnicas, procedimientos e instrumentos para la gestión de los intereses públicos que resulten atractivos para el ciudadano, de tal forma y manera que se de cumplimiento al mandato constitucional del artículo 9.2 de nuestra Norma Fundamental de «promover las condiciones que faciliten la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural»

Este enfoque de planificación estratégica, para materializar la efectividad del derecho a una alimentación saludable, como obligación constitucional que se proyecta en el derecho a la protección de la salud, se ha materializado por parte de la Administración General del Estado, principalmente, en tres de las iniciativas que considero de mayor relevancia. Dichas medidas son la Estrategia para la Nutrición, Actividad Física y Prevención de la Obesidad (NAOS)³⁵⁴, de la Agencia española de Seguridad alimentaria y Nutrición, cuyas

³⁵⁴ La AESAN, dependiente del Ministerio de Consumo del Gobierno de España, en su página web explica los orígenes y contenido de dicha Estrategia, manifestando que “desde su lanzamiento en el año 2005, la Estrategia NAOS desarrolla acciones o intervenciones, en

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

acciones o intervenciones, lo son en base a la evidencia científica y se orientan a ayudar al consumidor a tomar decisiones y elecciones más saludables en entornos que les permitan la adopción de estilos de vida más saludables y activos; el Plan de colaboración para la mejora de la composición de los alimentos y bebidas 2020 de la AESAN³⁵⁵; y el Plan estratégico de salud escolar y estilos de vida saludable, 2016-2020, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte³⁵⁶, con el que se otorga el distintivo de calidad de centros docentes "Sello Vida Saludable".

base a la evidencia científica y en todos los ámbitos de la sociedad (familiar, educativo, empresarial, sanitario, laboral, comunitario) que promueven y facilitan opciones a una alimentación variada, equilibrada y a la práctica de actividad física, así como a la información más adecuada para ayudar al consumidor a tomar decisiones y elecciones más saludables en entornos que les permitan la adopción de estilos de vida más saludables y activos. Para ello desde la Estrategia NAOS se fomenta la implicación, sinergia y colaboración de todos los sectores y agentes de la sociedad tanto públicos (CCAA, ayuntamientos, otros ministerios) como privados (industria de alimentos y bebidas, sociedades científicas, organizaciones de consumidores, sectores de distribución y restauración, etc.). Las iniciativas desarrolladas en el marco de la Estrategia NAOS aunque van a toda la población, se priorizan fundamentalmente las dirigidas hacia los niños, los jóvenes y los grupos de población más desfavorecidos, con enfoque de género y evitando desigualdades en salud. Los principios que rigen la Estrategia NAOS son la equidad, igualdad, participación, intersectorialidad, coordinación y cooperación sinérgicas, con el fin de proteger y promover la salud. En el año 2011, la Estrategia NAOS fue consolidada e impulsada por la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición. Su lema es ¡"COME SANO Y MUEVETE"! como binomio inseparable para prevenir el sobrepeso y la obesidad y contribuir a cambios en nuestros estilos de vida." (<https://www.aesan.gob.es>).

³⁵⁵ La AESAN, en su página web explica los orígenes y contenido de dicho Plan, manifestando que su "objetivo es mejorar la composición nutricional de varios grupos de alimentos y bebidas habitualmente presentes en la cesta de la compra, así como la oferta de productos y menús fuera del hogar, facilitando las opciones más saludables a los consumidores para ayudar a prevenir el sobrepeso y la obesidad. Este Plan, iniciado en 2017 e impulsado por el entonces Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, incluye 180 compromisos sectoriales a los que se han adherido 20 asociaciones sectoriales que representan a casi 400 empresas de 5 sectores de la alimentación: fabricación, distribución, restauración social, restauración moderna y vending." Consultable en: (<https://www.aesan.gob.es>).

³⁵⁶ El Plan se fundamenta en *El estudio sobre conductas de los escolares relacionadas con la salud (Health Behaviour in School-aged Children o HBSC)*. Tal como se informa en el documento del Plan, Estudio internacional auspiciado por la Organización Mundial de la Salud, que comenzó con la iniciativa de tres países (Finlandia, Noruega e Inglaterra) en 1982 y en el

TESI DOCTORAL

A ellas y su regulación normativa nos referimos en el Apartado 3 de la Segunda Parte de esta Tesis.

Estas tres iniciativas, materializadas en el ejercicio de la potestad de planificación por parte de la Administración, las considero manifestaciones de la función constitucional de ilustración, como tarea de la Administración y su vinculación directa con el derecho a la educación, tal como explicamos en su momento. Están orientadas a garantizar el valor constitucional de dignidad y el principio de libre desarrollo de la personalidad, y se corresponden con un proceso de Arquitectura de la elección, desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva, mediante la infraestructura social que materializa dicho derecho fundamental. Su finalidad se dirige a orientar el conocimiento de los individuos en el proceso de toma de decisiones informadas y reflexivas, pero también a facilitar la accesibilidad cognitiva universal en el proceso de adopción de toma de decisiones, caracterizadas por su inmediatez intuitiva. Dicha finalidad constituye el contexto en el que se intervendrá mediante los “nudges públicos” en que se materializará dicha planificación, como he explicado en relación a los premios, incitar hábitos de comportamiento saludables. Son ejemplos del carácter híbrido de la actuación de la Administración y del resto de los poderes

marco del cual se han venido realizando sucesivas ediciones (la última en 2014), con el fin de conocer en profundidad los estilos de vida de los escolares y analizar su evolución. En este estudio, cada cuatro años se realiza una recogida de datos a través de un cuestionario con el objetivo principal de obtener una visión global de los estilos de vida en la adolescencia y disponer de orientaciones sobre cómo promocionar la salud en esta población. Siguiendo las directrices de la OMS, se entiende por salud el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad. Por este motivo se recogen datos relativos a diferentes ámbitos: relaciones familiares, relaciones con los iguales, el contexto escolar, ajuste psicológico, alimentación y dieta, consumo de sustancias y actividad sedentaria. El Plan se diseña con la necesidad de priorizar y actualizar objetivos que propongan las líneas

TESI DOCTORAL

públicos en el ejercicio de una potestad, cuando de dicho ejercicio se pueden derivar intervenciones de carácter conductual.

En dicho sentido, en el Plan estratégico de salud escolar y estilos de vida saludable, 2016-2020, se destaca, al hacer referencia a los modelos teóricos sobre los cuales se actúa, que “estos modelos contemplan la **formación y el entrenamiento de habilidades para la vida como un elemento educativo que capacita a las personas para vivir una vida autónoma y saludable. El objetivo es promover, entrenar y capacitar a las personas para el desarrollo de habilidades cognitivo-conductuales que, de forma adaptada a cada edad, les permitan el desarrollo de estilos de vida saludables, mediante la toma de decisiones razonadas y desarrolladas** en el marco de entornos no siempre favorables a la protección y al fomento de la salud” (p. 23). En dicho Plan, se condensa la tesis que defendemos, cómo la Administración diseña una Arquitectura de la elección en la elaboración de un Plan estratégico, manifestación del ejercicio de la potestad de planificación, definiendo la finalidad y objetivos de su intervención, y teniendo en cuenta las ciencias conductuales, pero sin aplicar el enfoque de la Perspectiva cognitiva en la arquitectura institucional que he construido en este trabajo de investigación, desde la gobernanza y empoderamiento de los ciudadanos en la fase de diseño, ni de su implementación. Por dicho motivo conviene reproducir la motivación que se efectúa en el Plan de referencia, teniendo en cuenta que se describen “nudges públicos” (como el uso de normas sociales, la simplificación, la facilidad y la conveniencia, o las estrategias de compromiso) que no se identifican como tales, sino como “dinámicas de modelación comportamental o,

fundamentales de actuación de cara al futuro en marco de la promoción y educación para la salud en el actual contexto educativo.

TESI DOCTORAL

lo que es lo mismo, el entrenamiento en habilidades sociales y habilidades para la vida, (que) capacita a las personas para poder adoptar y ejercer conductas saludables” (p. 25):

El modelo de Creencias en Salud y el modelo de la Influencia Social constituyen herramientas clave de Promoción y Educación para la Salud. Permiten identificar y trabajar indicadores de salud de ámbito individual.

Ambos enfoques son complementarios y, mientras que el primero identifica factores facilitadores y reforzadores que influyen en la adquisición de comportamientos saludables, el segundo, basado en las propuestas teóricas aportadas desde las ciencias del comportamiento, incide en la importancia modeladora de las personas clave del entorno (familiar y social inmediato de cada persona) para el aprendizaje de las conductas en salud.

Este marco conceptual permite la consideración de las personas como seres con capacidades cognitivas para procesar activamente la información que captan a través de su entorno. Esta capacidad, que les distingue del resto de animales, permite que puedan establecer relaciones razonadas entre su conducta y las consecuencias que de ella se derivan.

Por ello, el modelo plantea que:

1. Existen factores facilitadores y reforzadores (deseos, percepciones, participación en el proceso de toma de decisiones, etc.) que influyen en la adopción de comportamientos relevantes en salud. En la medida en que se promueven estos factores, las personas se hallan más capacitadas para mantener y/o mejorar su salud y calidad de vida.
2. Las personas aprenden gran parte de su conducta y de sus conocimientos mediante la observación de otras personas que actúan como modelos.
3. Parte del conocimiento aprendido se basa en la observación de las consecuencias que, derivadas de sus actos, dichos modelos experimentan.
4. La percepción subjetiva de consecuencias negativas o problemas potenciales genera el deseo de evitar dichas consecuencias.

TESI DOCTORAL

5. Las expectativas, creencias, autopercepciones y valoración coste-beneficio de la adopción de un comportamiento determinado modelan la conducta de cada persona de forma notable.

6. Teniendo en cuenta estas dinámicas de modelación comportamental o, lo que es lo mismo, el entrenamiento en habilidades sociales y habilidades para la vida, capacita a las personas para poder adoptar y ejercer conductas saludables. Desde esta perspectiva, se reconoce y enfatiza el enorme peso que ejerce el entorno en la elección de los estilos de vida en general y de los relacionados con la salud en particular.

Y, por ello, se consideran las conductas y actitudes del entorno inmediato, que rodean a cada persona desde el nacimiento hasta la adolescencia, como un proceso donde el establecimiento de vínculos emocionales, la interiorización de valores y el desarrollo de habilidades y hábitos juegan un papel decisivo en el desarrollo armónico de la salud física, emocional y social.

Además, todos estos factores pueden reforzarse con otros de carácter más global, como son las normas sociales y del entorno inmediato relacionadas con el respeto y cuidado de la salud.

1. El Derecho de la Unión Europea, respecto a las propiedades saludables en los alimentos y las obligaciones de información alimentaria al consumidor, para la adopción de decisiones que beneficien su salud.

a. Las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos. Reglamento (CE) 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006.

Anteriormente, he destacado la relevancia que para las Instituciones comunitarias tiene el concepto de «consumidor medio» y su característica de «consumidor vulnerable» referida a determinados grupos, como los niños, atendiendo al principio de proporcionalidad, que se recoge en el Considerando 15 del Reglamento (CE) 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de

TESI DOCTORAL

20 de diciembre de 2006, bajo la máxima de que las declaraciones de los alimentos puedan ser comprendidas por el consumidor, que debe estar protegido de las declaraciones engañosas.

El Reglamento (CE) 1924/2006, regula las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos con la finalidad de garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores y de facilitar su elección entre los diferentes alimentos, se establece que los productos comercializados deben ser seguros y poseer un etiquetado adecuado. El art. 2.2.1, entiende por declaraciones, “cualquier mensaje o representación que no sea obligatorio con arreglo a la legislación comunitaria o nacional, incluida cualquier forma de representación pictórica, gráfica o simbólica, que afirme, sugiera o dé a entender que un alimento posee unas características específicas”. Concepto que se complementa en el art. 2.2.4, cuando establece que “una declaración nutricional afirma o sugiere que un alimento posee propiedades nutricionales benéficas específicas con motivo del aporte energético que proporciona y de los nutrientes u otras sustancias que contiene o que no contiene”.

En dicho sentido, el semáforo nutricional se corresponde con una representación gráfica de la calidad nutricional de un alimento concreto, y una visualización sencilla de un mayor o menor beneficio para la salud.

Calidad nutricional que, tal como se recoge en el *Informe COM(2020) 207 final, de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 20 de mayo de 2020, sobre la utilización de formas adicionales de expresión y presentación de la información nutricional*, se deriva de la creación de «perfiles nutricionales»³⁵⁷,

³⁵⁷ En el Informe COM(2020) 207 final, se expone que “de conformidad con el Reglamento sobre declaraciones, la Comisión debía fijar «perfiles nutricionales» para 2009, pero todavía no

TESI DOCTORAL

que se corresponden con la categorización de alimentos en función de su composición nutricional utilizando criterios previamente establecidos. El «perfil nutricional», para la Unión europea, como se recoge en dicho Informe, “se utiliza en el contexto de las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables de los alimentos” y se corresponde con “el umbral máximo de nutrientes como la grasa, la sal o los azúcares por encima del cual se limitan o prohíben las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables, evitando de tal modo un mensaje sanitario positivo para los alimentos con un contenido elevado de estos nutrientes.”

El Informe destaca que “los perfiles nutricionales también se utilizan comúnmente en los sistemas de etiquetado nutricional en la parte frontal de los envases. La mayoría de los sistemas de etiquetado en la parte frontal de los envases se basan en criterios de creación de perfiles nutricionales que pueden ser simples umbrales nutricionales —por ejemplo, para definir cuándo se asignará en un sistema el color verde, el ámbar o el rojo—, o algoritmos más complejos a través de los que se calcula una puntuación global. Los criterios de los perfiles nutricionales pueden aplicarse a todos los grupos de alimentos o ser específicos de grupos de productos concretos. Los criterios de creación de perfiles nutricionales no figuran en las etiquetas como tales.”

se han establecido por el elevado nivel de controversia que genera este tema, lo que quedó de manifiesto en las opiniones divergentes y polarizadas que se expresaron en 2009 cuando la Comisión trató de fijarlos. Se está llevando a cabo una evaluación del Reglamento sobre declaraciones centrada, entre otras cuestiones, en la creación de perfiles nutricionales, y más concretamente en la cuestión de si sigue siendo adecuado establecer perfiles nutricionales para evitar declaraciones atractivas en alimentos demasiado salados, grasos o azucarados, o si deberían buscarse alternativas para lograr estos objetivos.”

TESI DOCTORAL

El Reglamento (CE) 1924/2006, complementa, como indica su Considerando 3, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios. Asimismo, en el Considerando 6, se vincula el Reglamento con el Codex Alimentarius del Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias, teniéndose en cuenta las definiciones y las condiciones establecidas en el Codex, documento de “soft law” o derecho indicativo en el que se contienen las directrices generales sobre declaraciones de propiedades, adoptadas en 1991, y las directrices para el uso de declaraciones nutricionales, adoptadas en 1997³⁵⁸. Nos encontramos con una norma de aplicación directa en los países miembros de la Unión europea, como Derecho imperativo que se anuda en el Derecho de la Unión, pero también en normas internacionales de Derecho indicativo.

En el Considerando 4 y art. 1.2, se establece el ámbito de aplicación del Reglamento, a todas las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables efectuadas en las comunicaciones comerciales, incluidas entre otras, las campañas publicitarias colectivas y las campañas de promoción, tales como las patrocinadas, total o parcialmente, por las autoridades públicas. No obstante, se establece su exclusión respecto a las declaraciones efectuadas en comunicaciones no comerciales tales como las orientaciones o el asesoramiento dietéticos facilitados por las autoridades u organismos de salud pública o las comunicaciones e información no comerciales en la prensa y en

³⁵⁸ La Comisión del Codex Alimentarius adoptó en 2004 una modificación de estas últimas, que tiene por objeto la inclusión de las «declaraciones de propiedades saludables» en las directrices de 1997.

TESI DOCTORAL

las publicaciones científicas. Se establece su aplicación, asimismo, a las marcas que puedan interpretarse como declaraciones nutricionales y de propiedades saludables.

Los efectos del Reglamento sobre el proceso de toma de decisiones de los individuos, que pueden verse condicionadas por la promoción de los productos de consumo con información contraria a los conocimientos científicos, lo que les puede perjudicar en su salud, los encontramos en el Considerando 9, cuando se establece que “los consumidores pueden percibir los alimentos promocionados con declaraciones como productos que poseen una ventaja nutricional, fisiológica o en cualquier otro aspecto de la salud con respecto a productos similares u otros productos a los que no se han añadido estos nutrientes y otras sustancias. Esto puede alentar a los consumidores a tomar decisiones que influyan directamente en su ingesta total de nutrientes concretos o de otras sustancias de una manera que sea contraria a los conocimientos científicos.”

Ello motiva una intervención por parte de la Administración imponiendo restricciones sobre dichas declaraciones con “el objetivo de permitir que los consumidores realicen elecciones nutricionales con conocimiento de causa”, pero teniendo en cuenta la afectación de dichas restricciones al comercio intracomunitario, el Reglamento establece los criterios a aplicar, con el fin de “garantizar que las sustancias sobre las que se efectúa la declaración han demostrado poseer un efecto nutricional o fisiológico beneficioso” para la salud (Considerando 13). Garantía que se positiviza a partir del principio de precaución sobre criterios de certidumbre científica, estableciéndose en el Considerando 22, que “las declaraciones de propiedades saludables solamente

TESI DOCTORAL

deben autorizarse para su uso en la Comunidad después de efectuar una evaluación científica del nivel más elevado posible, por parte de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, a fin de garantizar una evaluación científica armonizada de estas declaraciones.”

Asimismo, se prevé la exigencia de un fundamento científico, cuando las comunicaciones que se efectúen sobre los alimentos hagan referencia a que pueden influir en las funciones psicológicas y comportamentales del individuo, ante la dificultad de transmitir un mensaje global, veraz y significativo en una declaración breve que se utilice en el etiquetado y la publicidad de alimentos (Considerando 23).

b. La información alimentaria facilitada al consumidor. Reglamento (UE) 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011.

El art. 2.2.a) del Reglamento (UE) 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, define el concepto de «información alimentaria», como “la información relativa a un alimento y puesta a disposición del consumidor final por medio de una etiqueta, otro material de acompañamiento, o cualquier otro medio, incluyendo herramientas tecnológicas modernas o la comunicación verbal”.

En su apartado j) define el concepto de «etiquetado», como “las menciones, indicaciones, marcas de fábrica o comerciales, dibujos o signos relacionados con un alimento y que figuren en cualquier envase, documento, rótulo, etiqueta, faja o collarín, que acompañen o se refieran a dicho alimento”.

TESI DOCTORAL

Y en su apartado m) define el concepto de «legibilidad», como “el aspecto físico de la información, a través del cual el público en general obtiene visualmente la información, y que está determinado, entre otros factores, por el tamaño de la fuente, el espacio entre letras y líneas, el grosor del trazo, el color de la impresión, el tipo de letra, la relación entre la anchura y la altura de las letras, la superficie del material y el contraste entre el texto y el fondo.”

Aspectos que claramente se relacionan con la herramienta “nudge” del enmarcado, y con un análisis de la lingüística cognitiva y la semiótica, en cuanto a su afectación en la cognición humana, en el proceso de toma de decisiones del individuo, a quien va dirigida la información nutricional, mientras que para el operador alimentario, es una obligación que se le impone.

Desde diciembre de 2016, tal como se pone de manifiesto en el Informe COM(2020) 207 final (Apartado 1), el Reglamento sobre la información alimentaria facilitada al consumidor exige que la gran mayoría de los alimentos envasados incluyan información nutricional, normalmente en la parte trasera del envase, con miras a que los consumidores puedan adoptar decisiones saludables y con conocimiento de causa. Esta información puede complementarse con una **repetición voluntaria de sus elementos más importantes en el campo visual principal** (denominado «parte frontal del envase»), **con el fin de ayudar a los consumidores a consultar rápidamente la información nutricional esencial al comprar un alimento. Para esta repetición en la parte frontal pueden utilizarse otras formas de expresión o presentación (por ejemplo, formas o símbolos gráficos)**

TESI DOCTORAL

además de las que ya figuren en la información nutricional (por ejemplo, palabras o números).

Nos encontramos de nuevo ante el carácter híbrido de una norma jurídica, cuyo contenido se proyecta en el derecho imperativo a nivel de la Unión europea, en cuanto a su aplicación directa, pero que su aplicación comporta un efecto conductual mediante la utilización de la técnica del “nudge”, sin que se realice ninguna referencia en la norma, que afecta directamente al proceso de toma de decisiones del individuo. Asimismo, esta norma se proyecta en cuanto a su finalidad como «impulsor» para la adquisición de conocimiento en la toma de decisiones informadas. Es decir, la finalidad recogida en la norma y que procedo a explicar, se dirige tanto al Sistema 1 como al Sistema 2, en el proceso de adopción de decisiones ante juicios de incertidumbre del individuo.

En los Considerandos 10 y 34 del Reglamento (UE) 1169/2011, se motiva la necesidad del mismo, en que “la presentación obligatoria de información nutricional en el envase debe ayudar a actuar en el ámbito de la educación del público sobre nutrición, como parte de la política de salud pública, la cual podría incluir recomendaciones científicas que contribuyan a la educación del público sobre nutrición y a tomar decisiones con conocimiento de causa.” Para la Comisión “permitir que los consumidores decidan con conocimiento de causa es esencial tanto para una competencia efectiva como para el bienestar de los consumidores. El conocimiento de los principios básicos de la nutrición y una información nutricional apropiada sobre los alimentos ayudaría notablemente al consumidor a tomar tales decisiones. Las campañas de educación e

TESI DOCTORAL

información son un importante instrumento para hacer que las informaciones sobre alimentos sean más comprensibles para los consumidores.”

La Comisión se basa en el conocimiento científico, para establecer obligaciones de información, por su relevancia en la toma de decisiones, cuando además de ser comprensibles son de «buena legibilidad», dando relevancia al tamaño de la letra, al color, y al contraste. Concepto que se corresponde con “nudges públicos”, como el de la herramienta de la «simplificación» o la de «incremento de la facilidad y la conveniencia», explicadas en el Apartado dedicado a la Caja de herramientas de “nudges públicos”.

En el anexo V del Reglamento 1169/2011 se enumeran los alimentos exentos del requisito de información nutricional obligatoria, entre los que se incluyen el agua de consumo humano, la sal, los edulcorantes, aromas, o aditivos alimentarios, entre otros.

He expuesto aspectos que conforman elementos que inciden sobre la cognición, en este caso a partir de la lingüística cognitiva y la semiótica. Por dicho motivo, considero que el diseño normativo de su utilización requiere la acreditación de que la actuación de la Administración responde a un enfoque desde la Perspectiva cognitiva, que motive y justifique, desde la transparencia, la obligación de adoptar esas medidas por parte de los productores y comercializadores, con la finalidad pública de incitar decisiones saludables en los ciudadanos, a través de las obligaciones de información nutricional.

Así se establece en el art. 3, en relación a los objetivos generales cuando se prevé que “la información alimentaria facilitada perseguirá un nivel de

TESI DOCTORAL

protección elevado de la salud y los intereses de los consumidores, proporcionando una base para que el consumidor final tome decisiones con conocimiento de causa y utilice los alimentos de forma segura, teniendo especialmente en cuenta consideraciones sanitarias, económicas, medioambientales, sociales y éticas.”

En dicho sentido, en el Reglamento, se manifiesta en el Considerando 26, que “las etiquetas de los alimentos deben ser claras y comprensibles para ayudar a los consumidores que deseen tomar sus decisiones respecto a la alimentación y la dieta con mayor conocimiento de causa. Los estudios muestran que una buena legibilidad es un factor importante a la hora de potenciar al máximo la influencia que la información de la etiqueta puede tener en el público y que una información ilegible sobre el producto es una de las principales causas de descontento de los consumidores con las etiquetas de los alimentos. Por consiguiente, es preciso elaborar un criterio global a fin de incluir todos los aspectos relacionados con la legibilidad, incluido el tamaño de letra, el color y el contraste.”

Los efectos de la información alimentaria en la toma de decisiones de los consumidores, cuando el consumo de productos puede ser perjudicial para la salud, deben complementarse con regulaciones en las que se proyecta el derecho imperativo, imponiendo determinadas obligaciones a los productores. Ello ocurre en la composición de grasas trans³⁵⁹ en los alimentos y sus efectos

³⁵⁹ El Anexo I.4 del del Reglamento (UE) 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, define "grasas trans" (AGT –Ácidos Grasos Trans-) como “los ácidos grasos que poseen, en la configuración trans, dobles enlaces carbono-carbono, con uno o más enlaces no conjugados (a saber, interrumpidos al menos por un grupo metileno)”. En el Informe SWD(2015) 268 final, de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, en relación con las grasas trans en los

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

nocivos para la salud, ha comportado una regulación específica limitadora de dicho componente. Se da relevancia jurídica a la información nutricional³⁶⁰, a

alimentos y en la dieta general de la población de la Unión, se pone de manifiesto que “las cardiopatías son la principal causa de muerte en la Unión y una elevada ingesta de AGT aumenta gravemente el riesgo de cardiopatías, más que cualquier otro nutriente por unidad de calorías. Aunque se ha informado de que la ingesta media en la UE está por debajo de los niveles recomendados a escala nacional e internacional, esto no es así en todos los grupos de población. En el mercado se encuentran productos alimenticios con un alto contenido de AGT industriales, y pueden conseguirse beneficios para la salud pública mediante la reducción de la ingesta.” “Algunos AGT se producen industrialmente (AGT industriales). La principal fuente dietética de AGT industriales son los aceites parcialmente hidrogenados. Estos aceites contienen en general grasas saturadas e insaturadas, entre ellas AGT en proporciones variables (desde un porcentaje muy escaso hasta más del 50 %), según la tecnología de producción utilizada. Los AGT también puede estar presentes de manera natural en los productos alimenticios procedentes de animales rumiantes, como los productos lácteos o la carne de vacuno, ovino o caprino (AGT de rumiantes). Las reducciones del contenido de AGT se centran en los AGT producidos industrialmente, ya que la proporción de AGT en esas grasas puede modificarse, mientras que la proporción de AGT en las grasas de rumiantes es relativamente estable.” En la normativa española, las obligaciones que se derivan del Reglamento (UE) 1169/2011, con las consideraciones recogidas en el Informe SWD(2015) 268 final, se contemplan en el art. 43, de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad alimentaria y nutrición, estableciéndose un sistema de control sobre la comercialización de productos que contengan ácidos grasos «trans», cuando prevé que “1. En los procesos industriales en los que se puedan generar ácidos grasos «trans», los operadores responsables establecerán las condiciones adecuadas que permitan minimizar la formación de los mismos, cuando se destinen a la alimentación, bien de forma individual o formando parte de la composición de alimentos. 2. Los operadores exigirán a sus proveedores la información sobre el contenido de ácidos grasos «trans» de los alimentos o materias primas que les proporcionen y tendrán a disposición de la Administración la información relativa al contenido de ácidos grasos «trans» en sus productos. 3. Estos requisitos no se aplicarán a los productos de origen animal que contengan, de manera natural, ácidos grasos «trans»”.

³⁶⁰ Debe tenerse en cuenta que la Comisión se ha pronunciado sobre el efecto relativo que puede tener el etiquetado, así como ampliar las desigualdades sanitarias, cuando en el Informe SWD(2015) 268 final, de la Comisión se considera que el “etiquetado permitiría la comercialización de productos con diferente contenido de AGT en el mismo mercado. Las decisiones de los consumidores se verían afectadas no solo por la información proporcionada mediante la etiqueta, sino también por las posibles diferencias de precios entre productos reformulados y alternativas más baratas. Las poblaciones de renta baja tendrían más probabilidades de consumir los productos más baratos (con elevado contenido de AGT); esto podría ampliar las desigualdades sanitarias (pero no agravar los efectos sanitarios en los más vulnerables, en comparación con un escenario sin cambio de política).” En dicho Informe se propone, como se acabó aprobando en el Reglamento (UE) 2019/649, una limitación del porcentaje de “grasas trans” en los productos alimentarios, ante la menor eficacia de los

TESI DOCTORAL

los efectos que además de dicha limitación, figure en el producto el contenido de “grasas trans”, para que el ciudadano, a la hora de consumir aquél producto sea consciente de dicho contenido apra que pueda optar por no adquirir aquél producto.

El 30 de abril de 2018, tal como se recoge en el Antecedente 6, del Reglamento (UE) 2019/649, de la Comisión, de 24 de abril de 2019, que modifica el anexo III del Reglamento (CE) 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adición de vitaminas, minerales y otras sustancias determinadas a los alimentos, la Comisión de la Unión europea pidió a la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, que compilara los resultados del asesoramiento científico facilitado por la Autoridad, en relación con los efectos en la salud de las “grasas trans”, en particular en lo que respecta a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables, los valores alimentarios de referencia y los aditivos alimentarios; y que informara a la Comisión sobre la manera en que este asesoramiento científico tiene relación con los objetivos y las recomendaciones actuales sobre la ingesta de grasas trans para preservar la salud, al considerarse que existe evidencia científica de su relación con enfermedades cardiovasculares. En aplicación de dicha solicitud, el 4 de diciembre de 2009, la Autoridad Europea de Seguridad

efectos del etiquetado en la toma de decisiones del consumidor. “En el caso específico del etiquetado, la eficacia parece depender de tres factores clave: la aportación a la ingesta media de AGT que suponen los productos a los que se impondría el etiquetado, la capacidad de los consumidores para utilizar adecuadamente la información facilitada por la etiqueta y su disposición para pagar más por alimentos más saludables. Una evaluación preliminar de estos factores apunta a importantes limitaciones. La evaluación también sugiere que un límite legal del contenido de AGT industriales sería la medida más eficaz en lo que respecta a la salud pública, la protección de los consumidores y la compatibilidad con el mercado interior.”

TESI DOCTORAL

Alimentaria adoptó un dictamen científico³⁶¹ en el que concluía que la ingesta de ácidos grasos trans debe ser lo más baja posible en el contexto de una dieta adecuada desde el punto de vista nutricional.

El art. 1 del Reglamento (UE) 2019/649, establece que el contenido de “grasas trans”, que no sean las “grasas trans” presentes de forma natural en las grasas de origen animal, en alimentos destinados al consumidor final y en alimentos destinados al suministro a minoristas, no deberá ser superior a 2 gramos por cada 100 gramos de grasa, tal como ya había aprobado la correspondiente regulación, algún país como Dinamarca, referencia que realizamos en la introducción de esta Cuarta Parte. Pero dicho límite máximo no ha sido efectivo hasta el 1 de abril de 2021, para aquellos alimentos que ya se estaban comercializando a la entrada en vigor del Reglamento³⁶².

La medida adoptada en el Reglamento, limitativa del porcentaje de grasas trans” que podía contener un alimento, responde a la Resolución del Parlamento europeo de 26 de octubre de 2016, sobre los ácidos grasos trans (AGT), motivada en que “según la OMS (*Eliminating trans fats in Europe: A policy brief*, p. 6), una política de etiquetado de grasas trans puede ser la medida que más cueste aplicar de forma eficaz, mientras que el impacto financiero de la prohibición de las grasas trans ha sido mínimo en los países

³⁶¹ Dictamen elaborado por la Comisión técnica de Productos Dietéticos, Nutrición y Alergias de la EFSA (European Food Safety Authority –Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria-): *Scientific Opinion on Dietary Reference Values for fats, including saturated fatty acids, polyunsaturated fatty acids, monounsaturated fatty acids, trans fatty acids, and cholesterol* («Dictamen científico sobre los valores alimentarios de referencia para las grasas, incluidos los ácidos grasos saturados, los ácidos grasos poliinsaturados, los ácidos grasos monoinsaturados, los ácidos grasos trans y el colesterol», documento en inglés). EFSA Journal 2010; 8(3):1461.

TESI DOCTORAL

que la han aplicado, habida cuenta de los bajos costes de aplicación y de seguimiento”.

Todo ello ha llevado a la Comisión, a plantear en Informe COM(2020) 207 final, la necesidad de aprobar y reglamentar un etiquetado nutricional de la parte frontal de los envases armonizado y obligatorio a nivel de la UE, para ayudar a los consumidores a tomar decisiones sobre alimentos teniendo en cuenta su salud. Iniciativa que se motiva en que a partir de “la sólida relación existente entre la creación de perfiles nutricionales y el etiquetado nutricional en la parte frontal de los envases, abordar conjuntamente estas dos cuestiones podría generar sinergias. En el Pacto Verde Europeo, adoptado por la Comisión el 11 de diciembre de 2019, se anuncia que en el marco de la estrategia de la granja a la mesa se propondrán acciones para ayudar a los consumidores a elegir dietas saludables y sostenibles. En concreto, la Comisión estudiará nuevas maneras de informar mejor a los consumidores sobre el valor nutritivo de los alimentos. Dada esta prioridad política, todo lo expuesto anteriormente y el potencial de los sistemas de etiquetado en la parte frontal de los envases para ayudar a los consumidores a tomar decisiones sobre alimentos teniendo en cuenta su salud, parece apropiado introducir un etiquetado nutricional de la parte frontal de los envases³⁶³ armonizado y obligatorio a nivel de la UE. A su

³⁶² Entrada en vigor que se produjo a los veinte días de su publicación en el «DOUE» núm. 110, de 25 de abril de 2019.

³⁶³ En el Informe COM(2020) 207 final, se da gran relevancia al etiquetado frontal en los alimentos por considerar que coadyuva la toam de decisiones saludabels en materia de alimentación por parte de los consumidores. En dicho Informe se justifica llevar a cabo la regulación del mismo explicando que “el aumento de las tasas de sobrepeso y obesidad en la mayoría de los Estados miembros de la UE y la considerable carga de morbilidad atribuible a los riesgos asociados con la alimentación han hecho que el interés de las autoridades públicas por el etiquetado nutricional en la parte frontal de los envases haya aumentado desde la adopción del Reglamento sobre la información alimentaria facilitada al consumidor. Los objetivos en materia de política del etiquetado en la parte frontal de los envases suelen ser dos:

TESI DOCTORAL

debido tiempo, la Comisión elaborará una propuesta legislativa en consonancia con los objetivos de la estrategia de la granja a la mesa y con los principios de mejora de la legislación.”

2. La regulación de las obligaciones de información alimentaria al consumidor, en la normativa estatal española.

La Ley 17/2011, de 5 de julio de Seguridad alimentaria y Nutrición, a la cual he dedicado una atención importante en las Partes Segunda y Tercera e Introductoria de esta Cuarta de la Tesis, en su Exposición de Motivos recoge la interrelación entre seguridad alimentaria, salud e intervención de los poderes públicos en la consecución de dichos fines. Establece que “la Constitución Española de 1978, en su artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud, encomendando a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Asimismo, este artículo prevé que los poderes públicos fomentarán

1) facilitar información adicional a los consumidores para que adopten decisiones alimentarias más saludables y 2) animar a los operadores de empresas alimentarias a reformular sus productos para convertirlos en opciones más saludables (Kanter et al., 2018). Por lo tanto, el etiquetado en la parte frontal de los envases se considera cada vez en mayor medida como una herramienta para respaldar estrategias de prevención de la obesidad y de otras enfermedades no transmisibles relacionadas con la alimentación. En la UE ya se han diseñado y puesto en marcha varios sistemas de etiquetado en la parte frontal de los envases. Los Estados miembros de la UE están adoptando diversos enfoques (por ejemplo, acuerdos de reformulación; limitaciones de comercialización para productos con un elevado contenido de grasas, sal y azúcar; contratación pública de alimentos saludables, o imposición de las bebidas azucaradas) como parte de sus estrategias para mejorar la salud y prevenir enfermedades. La Comisión Europea apoya a los Estados miembros en sus acciones relacionadas con lograr unos estilos de vida y una alimentación saludables a través de la Estrategia europea sobre problemas de salud relacionados con la alimentación, el sobrepeso y la obesidad de 2007, el marco de la UE para las iniciativas nacionales sobre determinados nutrientes de 2011 (en 2008 se había acordado un marco de reformulación para reducir la sal) y el Plan de Acción de la UE contra la Obesidad Infantil 2014-2020. Promover estilos de vida saludables ayudará a los

TESI DOCTORAL

la educación sanitaria, la educación física y el deporte" ../.. La globalización de los intercambios comerciales y los movimientos migratorios, los cambios en las preferencias de consumo alimentario y en la nutrición de los ciudadanos españoles igualmente plantean problemas nuevos que exigen soluciones legislativas también nuevas. Destaquemos la tendencia creciente de la obesidad y el sobrepeso que la Organización Mundial de la Salud (OMS) considera ya una pandemia../.. Nunca hasta ahora se ha tenido tal conocimiento de la relación existente entre alimentación y salud, ni se han generado tantas situaciones de incertidumbre científica, ni se ha demandado por parte de la ciudadanía una intervención administrativa tan importante para garantizar la gestión de los riesgos. Esta Ley parte de la idea de que la protección efectiva del derecho a la seguridad alimentaria de mujeres y hombres, requiere de un enfoque integral que contemple los riesgos asociados a la alimentación desde la granja a la mesa, y que considere todas las perspectivas posibles. Por ello, la nueva ley atiende a las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución. Además, tiene en cuenta de forma muy particular la creciente importancia de los riesgos nutricionales, dada la preocupante prevalencia en la actualidad de la obesidad y principalmente de la obesidad infantil y juvenil”.

En su art. 1 se anuda su objeto y fines al art. 43 CE, y entiende que en la protección efectiva del derecho a la seguridad alimentaria, se incluye el



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

derecho a conocer los riesgos potenciales que pudieran estar asociados a un alimento y/o a alguno de sus componentes; el derecho a conocer la incidencia de los riesgos emergentes en la seguridad alimentaria y a que las Administraciones competentes garanticen la mayor protección posible frente a dichos riesgos. Se concreta la protección efectiva del derecho en asegurar un nivel elevado de protección de la salud de las personas en relación con los alimentos, así como establecer las bases para fomentar hábitos saludables, que permitan luchar contra la obesidad.

En el art. 41 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, se recoge una norma de carácter imperativo, de la cual se puede derivar, por su carácter abierto, el desarrollo de actuaciones de la Administración de carácter conductual, menos restrictivas de derechos, y complementaria de la misma. En el mismo se imponen obligaciones a las Administraciones públicas en materia de contratación pública, para incluir en los pliegos que regulen prestaciones en relación a servicios de restauración, que “cuando liciten las concesiones de sus servicios de restauración, las Administraciones públicas deberán introducir en el pliego de prescripciones técnicas requisitos para que la alimentación servida sea variada, equilibrada y adaptada a las necesidades nutricionales de los usuarios del servicio. Igualmente, supervisarán todo ello, atendiendo a las guías y objetivos nutricionales, establecidos por el departamento competente en materia sanitaria. Estos requisitos deberán ser objeto de especial consideración dentro de los criterios de adjudicación del contrato.”

Dicha obligación permite entender como vinculada a la misma, que la actuación de la Administración, en ejercicio de las competencias de dirección del contrato y, cuando se encuentre en el supuesto de prestación de servicios, en ejercicio

TESI DOCTORAL

de las competencias de ordenación y regulación de los mismos, complemente la regulación contenida en el pliego de condiciones, con otras medidas no regulatorias ni por tanto imperativas en aplicación de la ley del contrato, entre las cuales, cabría destacar las de naturaleza conductual, como estamos argumentando en esta Tesis, para intervenir en el proceso de decisión de los usuarios de los servicios adjudicados o de las prestaciones contratadas, de tal forma que las decisiones individuales y el comportamiento colectivo se corresponda con hábitos de alimentación saludables. Aspecto que he expuesto en el ejemplo de los premios NAOS, y del distintivo de calidad de centros docentes "Sello Vida Saludable". Si bien que dicha norma se refiere a los contratos de restauración, en el art. 40 se regulan medidas dirigidas al ámbito escolar, considerándose que las atribuciones de la Administración en la relación contractual, se pueden predicar tanto de los contratos de restauración general, como de los relativos a los comedores escolares. En relación a los comedores escolares, se establece en el art. 40, una obligación para todas las Administraciones públicas con competencia en la materia, que ampara el planteamiento que efectuamos cuando prevé que "las autoridades educativas competentes promoverán la enseñanza de la nutrición y alimentación en las escuelas infantiles y centros escolares, transmitiendo a los alumnos los conocimientos adecuados, para que éstos alcancen la capacidad de elegir, correctamente, los alimentos, así como las cantidades más adecuadas, que les permitan componer una alimentación sana y equilibrada y ejercer el autocontrol en su alimentación." Obligación que se complementa con la de garantizar la calidad nutricional cuando se prevé que "las autoridades competentes velarán para que las comidas servidas en escuelas infantiles y centros escolares sean variadas, equilibradas y estén adaptadas a las necesidades nutricionales de

TESI DOCTORAL

cada grupo de edad. Serán supervisadas por profesionales con formación acreditada en nutrición humana y dietética”. Se establece un control previo y autorizador de la publicidad en los centros escolares y en el patrocinio de los equipos, de acuerdo “con los criterios establecidos por las autoridades sanitarias que tengan por objetivo promover hábitos nutricionales y deportivos saludables y prevenir la obesidad”.

El Ministerio de Consumo, en fecha 28 de abril de 2022 y hasta el 12 de mayo de 2022, ha llevado acabo un proceso de consulta pública previa del proyecto de Real Decreto por el que se establecen normas de desarrollo de los artículos 40 y 41 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, para el fomento de una alimentación saludable y sostenible en centros educativos. El proyecto, que parte de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, tiene como objetivo establecer criterios mínimos de calidad nutricional y de sostenibilidad que orienten la contratación, adquisición y oferta de alimentos y bebidas en comedores escolares, desarrollando las previsiones contenidas en los artículos 40 y 41 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición.

La prohibición de discriminación que se regula en art. 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio de Seguridad alimentaria y Nutrición, nos permite vincular dicho precepto al diseño de la Arquitectura de la elección desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva como elementos fundamentales del objeto de esta Tesis. En el mismo se nos dice que:

1. Está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

2. Se considera discriminación directa por esta razón, la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
3. Se considera discriminación indirecta, por esta razón, la situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, pone a las personas con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse, objetivamente, en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.
4. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sobrepeso u obesidad.
5. Los actos y cláusulas, que constituyan o causen discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, se considerarán nulos y sin efecto.
6. Los poderes públicos adoptarán medidas específicas, a favor de las personas con sobrepeso u obesidad, para corregir situaciones patentes de desigualdad, así como medidas de intervención y fomento para la prevención y tratamiento de la obesidad, especialmente, de la obesidad infantil y de otros trastornos alimentarios.

En el apartado 3, se contempla la posibilidad de que cualquier actuación de la Administración aparentemente neutra pueda generar una desventaja particular a las personas con sobrepeso u obesidad, respecto al resto de personas, sancionado dicha actuación con su nulidad. Y es importante resaltar que se utilizan los conceptos jurídicos indeterminados de “una disposición”³⁶⁴, criterio³⁶⁵

³⁶⁴ En una de las acepciones del Diccionario de la Lengua española de la RAE, que es la que tomamos en consideración, para analizar su relevancia jurídica, se define «disposición» como “Precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato de la autoridad”. Consulta efectuada en fecha 24 de junio de 2022 en: [disposición | Definición | Diccionario de la lengua española | \(https://dle.rae.es\)](https://dle.rae.es).

³⁶⁵ En una de las acepciones del Diccionario de la Lengua española de la RAE, que es la que tomamos en consideración, para analizar su relevancia jurídica, se define «criterio» como “norma para conocer la verdad”, definiéndose norma como “regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc”, acepciones conceptuales complementarias que son las que tomamos como referencia, para analizar su relevancia jurídica. Consulta efectuada en fecha 24 de junio de 2022 en: [criterio, norma | Definición | Diccionario de la lengua española | \(https://dle.rae.es\)](https://dle.rae.es).

TESI DOCTORAL

o práctica³⁶⁶, es decir no tan solo nos encontramos ante la posibilidad de que exista una actuación de la Administración, como proyección del derecho imperativo (disposición), sino que también lo pueda ser como proyección del derecho indicativo o también imperativo, según el instrumento jurídico utilizado (criterio), o que la misma se corresponda con una actuación técnica o material (práctica), y en todos esos supuestos se refiere el apartado 3 del art. 37, a que los efectos discriminatorios sean indirectos. Ello comporta que cualquiera de dichos conceptos que pueden caracterizar la intervención de la Administración, no deben corresponderse con una actuación administrativa en el marco de la ordenación de relaciones jurídicas con los ciudadanos, que se materialice en una forma jurídica concreta y reconocida en una norma (acto administrativo, contrato, convenio, protocolo, disposición de carácter general, pacto, etc.), que vincule, en cuanto a sus efectos, de forma directa a quienes se dirija.

En dicho sentido y en relación al concepto jurídico indeterminado de “práctica”, lo debemos relacionar con lo que en el Apartado 6 de la Parte Primera de esta Tesis he puesto de manifiesto, a partir de la posición de Parejo, siguiendo a Robbers, cuando la caracteriza como actuación material de la Administración, identificando que su objetivo no es la consecución de consecuencias jurídicas, sino la ejecución de tareas administrativas.

El apartado 6 del art. 37 de la Ley 17/2011, se dirige a todos los poderes públicos con el mandato de adoptar medidas que deben ser específicas, es decir con la previsión de un resultado concreto y determinado respecto a quien

³⁶⁶ En una de las acepciones del Diccionario de la Lengua española de la RAE, que es la que tomamos en consideración, para analizar su relevancia jurídica, se define «práctica» como “uso continuado, costumbre o estilo de algo”. Consulta efectuada en fecha 24 de junio de 2022 en: *práctico, práctica | Definición | Diccionario de la lengua española | (<https://dle.rae.es>)*.

TESI DOCTORAL

se dirijan, para corregir situaciones de desigualdad. Medidas, entre las que se pueden encontrar las conductuales, así como otras medidas de intervención y fomento, con un carácter preventivo para el tratamiento de la obesidad, especialmente la infantil.

En este plano, el de la actuación de la Administración como garante de derechos, es en el que considero que se desarrolla el diseño de la intervención mediante la Arquitectura de la elección con relevancia jurídica, y en su motivación en el correspondiente Informe o Memoria desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva. Memoria o Informe, en el que se analicen los aspectos de accesibilidad cognitiva en la intervención de la Administración, cuando con la misma se dirija a la cognición del individuo o al comportamiento colectivo, a partir del conocimiento empírico de la respuesta que puede darse según los parámetros de su actuación y según los diferentes grupos y perfiles de individuos a los que se dirige, para actuar sobre situaciones de desigualdad y discriminación.

En relación al etiquetado y sus características, relativas a la información que debe reunir sobre cada producto, se ha regulado en el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de Etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, sin que se haga ninguna referencia al etiquetado frontal mediante el logotipo de semáforo nutricional, o a los efectos del mismo sobre la conducta de los consumidores en la adopción de decisiones saludables en relación a su alimentación. Ello es lógico en su redacción inicial, pues no se había iniciado su implantación en dicha fecha en ningún país, y teniendo en cuenta que su última modificación se realiza por el Real Decreto 126/2015, de 27 de febrero, que aprueba la Norma

TESI DOCTORAL

general relativa a la información alimentaria de los alimentos que se presenten sin envasar para la venta al consumidor final y colectividades, de los envasados en el lugar de venta a petición del comprador, y de los envasados por los titulares del comercio al por menor. El Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, según su Exposición de motivos, incorpora las modificaciones mediante la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/4/CE, de 27 de enero, cuya finalidad es permitir, por medio de un etiquetado más completo, mejorar la información de los consumidores y respetar la lealtad de las transacciones comerciales. Real Decreto que, como es anterior a la Ley 17/2011, de 5 de julio de Seguridad alimentaria y Nutrición, se anuda en el art. 149.1.13 y 16 CE, y en el art. 40.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, por el que se reconoce como competencia del Estado, las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, la sanidad exterior, las bases y coordinación general de la sanidad, la legislación sobre productos farmacéuticos, y la determinación de los requisitos sanitarios de las reglamentaciones técnico-sanitarias de los alimentos, servicios o productos directa o indirectamente relacionados con el uso y consumo humanos.

En todo caso, conviene recordar que los antecedentes del Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, los encontramos en el Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el texto del Código Alimentario Español, cuya Sección Segunda del Capítulo IV³⁶⁷. En su apartado 2.04.19, se establecían las normas de rotulación y etiquetado de los alimentos,

³⁶⁷ Derogada por la Disposición Derogatoria Única.a).i del Real Decreto 1086/2020, de 9 de diciembre

TESI DOCTORAL

prohibiendo, signos, inscripciones, dibujos y omisiones que induzcan a error o engaño en la presentación del producto.

3. El semáforo nutricional “Nutri-Score”, como modelo de la Administración General del Estado para la efectividad del derecho a una alimentación saludable, mediante la identificación visual de la calidad nutricional de los alimentos.

a. El modelo de etiquetado frontal de información nutricional en la Unión europea. El semáforo nutricional.

En la década de 1980, algunos Gobiernos empezaron a diseñar etiquetas nutricionales para la parte frontal de los envases en el marco de estrategias destinadas a evitar la obesidad y otras enfermedades no transmisibles relacionadas con la alimentación, tal como se recoge en el Informe COM(2020) 207 final, de la Comisión (Apartado 1.4).

En dicho Informe se explica la relevancia del etiquetado nutricional en la parte frontal, con la aparición a principios del siglo XXI de numerosas iniciativas en todo el mundo, con distintos formatos, para actuar en ese aspecto ante la epidemia mundial de la obesidad y ante la mayor presencia de alimentos transformados en los mercados. En el Apartado 1.4 del mismo, se explican los diferentes sistemas valorativos de etiquetado, desde su construcción teórica y relevancia jurídica en su aplicación, en relación a los modelos de perfiles nutricionales, concepto y significado al cual he hecho referencia en los anteriores apartados:

Los sistemas pueden dividirse en sistemas «para nutrientes específicos», que facilitan información más o menos detallada sobre nutrientes concretos, y sistemas «de indicador sintético», que facilitan

TESI DOCTORAL

una valoración resumida sobre la calidad nutricional / características saludables generales del producto (Savoie et al., 2013). La categoría «para nutrientes específicos» puede subdividirse en las subcategorías «numéricos» y «con código de colores».

Los sistemas de indicador sintético pueden subdividirse en indicadores «positivos» (logotipos de aprobación), que solamente pueden utilizarse en alimentos que cumplen determinados criterios nutricionales, e indicadores «graduados», que proporcionan una información general graduada sobre la calidad nutricional de los alimentos y que pueden aplicarse a todos los productos alimenticios (Julia y Hercberg, 2017).

Existe otra tipología relacionada con cómo de directo es el sistema, es decir, la medida en que la etiqueta facilita una indicación directa sobre si el producto es o no nutricionalmente bueno para el consumidor (Hodgkins et al., 2012).

También puede realizarse otra clasificación en función de dos categorías: sistemas «reductivos» (versión reducida de la información nutricional que figura en la parte trasera de los envases) y sistemas «valorativos» (que valoran la información nutricional para el consumidor) (Newman et al., 2014).

Por definición, todos los sistemas valorativos de etiquetado en la parte frontal de los envases, tanto los centrados en nutrientes específicos como los de indicador sintético, se basan en modelos de creación de perfiles nutricionales.

En la figura 13, se clasifican los sistemas públicos (aplicados o propuestos) y algunos sistemas privados con arreglo a las diferentes tipologías, indicándose quién los ha creado y el lugar en que se utilizan o en que fueron propuestos/anunciados. Dicho cuadro ha sido elaborado por la Comisión europea, y se incluye en el Apartado 1.5 del Informe COM(2020) 207 final.

TESI DOCTORAL










<i>Taxonomies</i>	<i>Ejemplos de sistemas de etiquetado en la parte frontal</i>	<i>Creador</i>	<i>Estado miembro de la UE</i>	
Etiquetas para nutrientes específicos	<i>Etiqueta de ingestas de referencia</i>		<i>Privado</i>	<i>En toda la UE</i>
	<i>NutrInform Battery (pilas de información nutricional)</i>		<i>Público</i>	<i>IT</i>
	<i>Etiqueta para la parte frontal de los envases del Reino Unido</i>		<i>Público</i>	<i>UK</i>
	<i>Otras etiquetas de tipo «semáforo»</i>		<i>Privado (minoristas)</i>	<i>PT, ES</i>
Etiquetas sintéticas	<i>Cerradura</i>		<i>Público</i>	<i>SE, DK, LT</i>
	<i>Logotipos de corazón/salud</i>		<i>ONG</i>	<i>FI, SI</i>
			<i>Público</i>	<i>HR</i>
	<i>Healthy Choice (elección saludable)</i>		<i>Privado</i>	<i>CZ, PL</i> <i>Retirado en NL</i>
<i>Nutri-Score</i>		<i>Público</i>	<i>FR, BE</i> <i>ES, DE, NL, LU</i>	

Fig. 13. Tipologías y formatos de sistemas de etiquetado nutricional en la parte frontal de los envases aplicados, propuestos o anunciados en los Estados miembros y en el Reino Unido. Fuente: Informe COM(2020) 207 final, de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 20 de mayo de 2020, sobre la utilización de formas adicionales de expresión y presentación de la información nutricional.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

El Informe COM(2020) 207 final, recoge la evolución en diferentes países de la Unión de sistemas de etiquetado nutricional en la parte frontal de los envases, de los cuales se destacan por sus difernets características, los siguientes:

En Eslovenia, la Asociación para la Salud Cardiovascular introdujo en 1992 el logotipo «alimento protector» (también llamado «pequeño corazón»), promovido por el Gobierno (Miklavec et al., 2016). Se utiliza en alimentos envasados que cumplen determinados criterios nutricionales.

En 2013, el Reino Unido introdujo oficialmente un sistema voluntario de etiquetado para la parte frontal de los envases, conocido como sistema «semáforo», después de años de investigación y consultas con las partes interesadas por la Agencia de Normas Alimentarias del Reino Unido. El sistema combina códigos de colores con ingestas de referencia porcentuales y se complementa con una guía adoptada por las autoridades del Reino Unido³⁶⁸. Facilita información sobre el contenido de grasas, ácidos grasos saturados, azúcares y sal, así como el valor energético del alimento por ración o porción. Se utilizan colores para clasificar el contenido de esos nutrientes como «bajo» (verde), «medio» (ámbar) o «alto» (rojo). Los umbrales de los colores hacen referencia a una cantidad de 100 g/ml del alimento o la bebida (en los alimentos vendidos en porciones grandes, para el color rojo se aplican umbrales de porción).

³⁶⁸ La Food Standards Agency (Agencia de Normas alimentarias) aprobó en enero de 2007, la *Guide to creating a front of pack (FoP) nutrition label for pre-packed products sold through retail outlet* (Guía sobre cómo crear una etiqueta nutricional para la parte frontal de los envases para productos envasados vendidos en establecimientos minoristas), cuya última actualización es de 8 de noviembre de 2016, disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/front-of-pack-nutrition-labelling-guidance>. Además de la Guía, con cierta periodicidad, el Departamento de Salud y Asistencia social, conjuntamente con los Departamentos de Salud de Irlanda del Norte, Escocia y Gales, publican los resultados de consultas públicas de evaluación de la implantación del modelo de semáforo nutricional, para garantizar la efectividad de la etiqueta frontal en informar sobre opciones saludables, *Building on the Success of Front of Pack Nutrition Labelling in the UK: A Public Consultation*. La última de julio de 2020. Consultable en: *Front-of-pack nutrition labelling in the UK: building on success - GOV.UK* (www.gov.uk).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

En octubre de 2017, Francia adoptó el sistema Nutri-Score³⁶⁹ tras una serie de estudios experimentales a gran escala. Nutri-Score, basado en el modelo de creación de perfiles nutricionales de la Agencia de Normas Alimentarias del Reino Unido, indica la calidad nutricional general de un alimento concreto.

³⁶⁹ Tal como informa la Agencia de salud pública de Francia, la creación y aprobación del logotipo de etiquetado frontal el 31 de octubre de 2017, fue el resultado del trabajo del equipo del profesor Serge Hercberg, presidente del Programa Nacional de Nutrición y Salud, así como de la experiencia de la Agencia Nacional de Seguridad Sanitaria y de la del Consejo Superior de Salud Pública, con diferentes estudios que se encuentran publicados en la página web de la Agencia, sobre la validación del algoritmo, la validación del formato gráfico y sobre la existencia de diferentes modelos. El logotipo consiste en 5 colores (de verde oscuro a naranja oscuro) asociados a 5 letras (categorías de la A a la E). **El motivo de utilización de las letras de la A a la E, y la evolución de los colores verde a naranja, lo explican para optimizar su accesibilidad cognitiva y comprensión por parte del consumidor, así como su capacidad para guiarlos hacia elecciones de alimentos más favorables nutricionalmente.** Se incorpora en la *Loi 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé*, cuyo art. 14 modifica el art. L. 3232-8 y R. 3232-7 del Código de Salud pública. En el nuevo redactado se pasa a establecer el marco jurídico para la aprobación de un etiquetado frontal en los alimentos, aplicando el art. 35 del Reglamento 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, relativo a la información alimentaria facilitada a los consumidores. El objetivo de dicha modificación, como se recoge en el propio redactado del artículo, es el de facilitar la elección del consumidor con respecto al suministro de energía y nutrientes en su dieta, estableciéndose que la declaración nutricional obligatoria prevista en dicho Reglamento podrá ir acompañada de una presentación o expresión complementaria por medio de gráficos o símbolos, en las condiciones establecidas en el artículo 35 de dicho Reglamento. Asimismo se prevé que los procedimientos con arreglo a los cuales se establecen y evalúan las recomendaciones de la autoridad administrativa previstas en el artículo 35, apartado 2, se definirán, previa consulta a la Agencia Nacional de Seguridad y Salud Alimentaria, Ambiental y Laboral, por Decreto del Consejo de Estado. El Código de Salud pública se volvió a modificar por el art. 21 V, de la *Loi 2019-1479 de 28 de décembre de 2019, de finances pour 2020*, que modificó el art. L2133-1 del Código de Salud Pública, transformando el derecho a colocar el Nutri-Score en una obligación en los mensajes publicitarios sobre productos alimenticios, que denan acompañarse de una declaración nutricional de conformidad con el artículo L. 3232-8. La misma obligación de información se aplica a todas las promociones destinadas al público mediante impresos y publicaciones periódicas publicadas por los productores o distribuidores de estos productos. Deberá efectuarse un pago a la Agencia Nacional de Salud Pública, cuando los fabricantes y distribuidores del sector alimentario decidan no incluir el Nutri-Score al difundir sus mensajes publicitarios y en el embalaje de sus productos. Asimismo, la Agencia de Salud pública de Francia, aprueba un reglamento regulador de utilización del logo por parte de cualquier persona física o jurídica, el *Reglement d'usage du logo "Nutri-Score"*, cuya última versión consultada es de 31 de enero de 2022. Documentos accesibles en: [Nutri-Score \(https://www.santepubliquefrance.fr\)](https://www.santepubliquefrance.fr).



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Esta etiqueta utiliza una escala de cinco colores, desde verde oscuro para los alimentos de la máxima calidad nutricional hasta naranja oscuro para los alimentos de menor calidad nutricional, asociados con las letras A a E. El algoritmo utilizado para calcular la puntuación nutricional tiene en cuenta tanto los elementos negativos (azúcares, ácidos grasos saturados, sal y calorías) como los positivos (proteínas, fibra, fruta, verduras, legumbres y frutos secos). Bélgica también adoptó el Nutri-Score (marzo de 2019). En marzo de 2020, Alemania notificó a la Comisión un proyecto reglamentario nacional sobre el uso de Nutri-Score. España (noviembre de 2018), los Países Bajos (noviembre de 2019) y Luxemburgo (febrero de 2020) han anunciado su intención de adoptarlo.

En enero de 2020, Italia notificó a la Comisión un proyecto de decreto en el que se recomendaba el uso del sistema voluntario «NutriInform Battery» en la parte frontal de los envases. El sistema, basado en la etiqueta de ingestas de referencia (descrita más adelante), incluye el símbolo de una pila en la que se indica la cantidad de energía y nutrientes contenida en una porción, expresada como porcentaje de la ingesta diaria. Este sistema aún no está presente en el mercado de la UE.

Como se pone de manifiesto en el Informe COM(2020) 207 final, “las Directrices del Codex sobre Etiquetado Nutricional³⁷⁰ únicamente facilitan una orientación limitada sobre el etiquetado nutricional en la parte frontal de los envases, por lo que constituyen una fuente de información nutricional complementaria. Las Directrices establecen que este tipo de información nutricional debe tener como objetivo mejorar la comprensión de los consumidores sobre el valor nutricional de los alimentos y ayudarles a interpretar la información nutricional. No existen directrices específicas sobre mejores prácticas en materia de etiquetas nutricionales para la parte frontal de

TESI DOCTORAL

los envases a nivel internacional y se han creado diversas etiquetas. Puesto que la proliferación de etiquetas podría generar problemas para el comercio internacional, el Comité del Codex sobre Etiquetado de los Alimentos acordó en octubre de 2017 empezar a trabajar en la elaboración de directrices sobre los sistemas de etiquetado en la parte frontal de los envases para los gobiernos que deseen poner en marcha este tipo de etiquetado, lo que ayudaría a armonizar dichos sistemas y facilitaría el comercio internacional.

En el Informe COM(2020) 207 final, se recoge la metodología para la implantación de las etiquetas frontales y la evaluación de sus resultados, las características de las mismas, el procedimiento empírico que se ha llevado a cabo, mediante el método cuantitativo de la encuesta, a partir del método cualitativo empleado en el análisis efectuado, y cómo pueden incitar en el proceso decisional sobre la elección del consumidor. Desarrollan el proceso de la Arquitectura de la elección con una finalidad pública, que es la de garantizar una alimentación saludable, en la que identifican, a partir de diferentes estudios y resultados empíricos, los sesgos de los consumidores y cómo el etiquetado puede responder a un “nudge” que les incite en la toma de decisiones rápidas, y cambio en sus hábitos de consumo, hacia decisiones de alimentación saludable. Pero dicho Informe también recoge los efectos contrarios a los deseados en la intervención administrativa con carácter conductual, tal como se diseña la herramienta del “semáforo nutricional”, en concreto, inducir a una mayor ingesta del producto con cualidades nutricionales que se identifican como saludables. En dicho sentido se manifiesta que:

³⁷⁰ Directrices del Codex sobre Etiquetado Nutricional, CAC/GL 2-1985. Consulta edición revisada en 2017. Consultable en *DIRECTRICES SOBRE ETIQUETADO NUTRICIONAL*

TESI DOCTORAL

Sin embargo, el hecho de que las personas realmente cambien sus patrones de compra en respuesta a las etiquetas en la parte frontal de los envases depende de una serie de factores. Para que resulte eficaz, una etiqueta en la parte frontal debe atraer la atención de los consumidores, que posteriormente deben aceptarla y entenderla, antes de que pueda influir en sus elecciones alimentarias (Grunert y Wills, 2007) y más adelante en su alimentación y su salud. Antes de que los consumidores puedan aceptar y entender una etiqueta que figure en la parte frontal de un envase, esta debe haber llamado su atención. Se ha demostrado que las etiquetas que figuran en la parte frontal de los envases reciben más atención que las de la parte posterior (Becker et al., 2015). El número de consumidores que afirman mirar las etiquetas que figuran en la parte frontal es muy elevado [por ejemplo, el 60 % en un estudio realizado con consumidores belgas (Möser et al., 2010)], pero la bibliografía indica claramente que el uso de las etiquetas declarado por los propios consumidores es superior a lo que indican los estudios de observación realizados en establecimientos (Grunert et al., 2010).

Existen varios elementos importantes que pueden aumentar la atención prestada a las etiquetas nutricionales de la parte frontal de los envases. Aumentar el tamaño de las etiquetas ayuda a llamar la atención con mayor rapidez. La atención también es mayor cuando el envase del alimento contiene menos información al margen de la etiqueta y cuando el tipo de etiqueta y su ubicación en el envase permanecen siempre iguales. Al parecer, los colores llaman más la atención cuando se logra un contraste entre la etiqueta y el envase. Además de las características específicas de las etiquetas, parece que la atención que reciben también depende de las características de los consumidores, como la edad, el nivel de educación y la motivación en materia de salud. La señalización en los pasillos de los establecimientos comerciales o la facilitación de un folleto informativo puede mejorar la atención recibida en gran medida (Centro Común de Investigación, 2020).

Por lo general, los consumidores prefieren etiquetas con el mínimo contenido numérico y que empleen gráficos y símbolos (Campos et al., 2011), especialmente los consumidores con un nivel socioeconómico más bajo (Méjean et al., 2013).

TESI DOCTORAL

El color también se ha identificado claramente como una característica importante (Babio et al., 2014). Otro factor importante es cómo de directa es la etiqueta frontal: a algunos consumidores les gustan las etiquetas directas porque permiten tomar una decisión rápida, mientras que otros podrían reaccionar de manera negativa si se les dice que algo es «saludable» sin facilitar información nutricional detallada (Grunert y Wills, 2007; y Hodgkins et al., 2012). Por consiguiente, algunos investigadores sugieren que un sistema que combine tanto elementos directos como elementos no directos podría ser un formato efectivo (Hodgkins et al., 2012).

Otro aspecto importante de la aceptabilidad es la confianza. Los estudios indican que, si un logotipo es adoptado por una institución fiable, ofrece a los consumidores una mayor confianza y se acepta más fácilmente (De la Cruz-Góngora et al., 2017). En lo relativo a la aceptabilidad de los sistemas de etiquetado en la parte frontal de los envases, la bibliografía no indica ninguna preferencia clara. Diferentes estudios indican una preferencia por distintos sistemas, tal vez debido a las características específicas de las etiquetas estudiadas o a diferencias culturales (Centro Común de Investigación, 2020). La bibliografía existente sobre esta cuestión indica que el hecho de que una etiqueta sea la preferida no implica que dicha etiqueta genere la mejor comprensión objetiva ni que sea la que más ayuda a los consumidores a saber cuál es la opción más saludable (Ducrot et al., 2015b; y Gregori et al., 2014).

La bibliografía indica claramente que, en un contexto experimental, la mayoría de las etiquetas nutricionales en la parte frontal de los envases tienen un efecto positivo en la capacidad de los consumidores para determinar cuál es la opción más saludable, en comparación con un supuesto en el que no hay etiqueta (por ejemplo, Cecchini y Warin, 2016; Roseman et al., 2018; y Hawley et al., 2013). La mayoría de los estudios sugieren que los sistemas valorativos que utilizan códigos de colores, y especialmente códigos de colores combinados con un indicador graduado, según un estudio internacional reciente (Egnell et al., 2018c), ayudan a los consumidores de diferentes edades, niveles socioeconómicos y contextos culturales a reconocer los productos más saludables (Centro Común de Investigación, 2020; Egnell et al., 2018a; y Ducrot et al., 2015a).

TESI DOCTORAL

Cuando se utilizan etiquetas para nutrientes específicos basadas en códigos de colores para indicar el nivel de características saludables de los alimentos, parece que los consumidores consideran más importante evitar los rojos que elegir los verdes (Scarborough et al., 2015). Parece que los sistemas valorativos ayudan más a los consumidores a entender las características saludables de los productos que los sistemas reductivos (Centro Común de Investigación, 2020) y que son más eficaces que las etiquetas reductivas a la hora de que los consumidores comparen productos que son difíciles de comparar (Newman et al., 2018).

Si bien hay una gran cantidad de estudios y pruebas que indican que los sistemas de etiquetado en la parte frontal de los envases mejoran la comprensión de la información nutricional, los estudios científicos que realmente verifican si las etiquetas en la parte frontal tienen algún efecto en las decisiones de compra de alimentos de los consumidores son mucho más escasos. La mayoría de los estudios sobre la intención de compra indican que las etiquetas en la parte frontal de los envases pueden mejorar la calidad nutricional de las decisiones alimentarias y las cestas de la compra (Centro Común de Investigación, 2020).

Existen estudios comparativos experimentales que profundizan en la eficacia relativa de diferentes etiquetas para los patrones de compra, pero muy pocos incluyen comparaciones entre países que analicen el efecto de las diferencias culturales. Los resultados preliminares de un estudio internacional indican que, de las cinco etiquetas para la parte frontal analizadas, las etiquetas Nutri-Score y las de formato del tipo semáforo eran las que generaban mejoras más frecuentes y de mayor alcance para las decisiones alimentarias de los consumidores en aras de unas opciones más saludables en los diferentes países.

Algunos estudios sobre la vida real confirman que los sistemas valorativos en la parte frontal de los envases pueden mejorar la calidad nutricional de las decisiones alimentarias; los sistemas con códigos de colores o con códigos de colores combinados con un indicador graduado parecen ser los más prometedores (Centro Común de Investigación, 2020). Varios estudios indican también que los sistemas en la parte frontal de los envases pueden tener un impacto considerable si su

TESI DOCTORAL

incorporación se combina con campañas de concienciación o comunicación (por ejemplo, Graham et al., 2017; y Julia et al., 2016).

Asimismo, existen pruebas de que los sistemas en la parte frontal de los envases son eficaces para fomentar unos consumidores «motivados», es decir, saludables (por ejemplo, Finkelstein et al., 2018; y Ni Mhurchu et al., 2018).

Para evaluar directamente si los sistemas de etiquetado en la parte frontal de los envases realmente mejoran la alimentación y la salud de los consumidores, sería necesario observar sus decisiones alimentarias diarias a largo plazo y analizar los efectos para la salud de los sistemas en la parte frontal de los envases mediante ensayos aleatorios controlados durante años. Habida cuenta de la dificultad de poner en marcha este tipo de estudios y de demostrar la relación causa-efecto, no se dispone de suficientes pruebas empíricas que permitan extraer conclusiones sobre los efectos del uso de etiquetas en la parte frontal de los envases en el nivel de características saludables de la alimentación de los consumidores y en la propia salud (Cecchini y Warin, 2016; Hersey et al., 2013; y Crocket et al., 2018).

Como alternativa, los investigadores utilizan enfoques de modelización para extrapolar los efectos en los patrones de compra a los resultados sanitarios generales de la alimentación y relacionados con la alimentación (Centro Común de Investigación, 2020). Los escenarios modelizados, consistentes en sustituir alimentos comúnmente consumidos por opciones más saludables identificadas a través de etiquetas valorativas (basadas en modelos de creación de perfiles nutricionales), indican posibles reducciones en el consumo de calorías y nutrientes de preocupación para la salud pública (por ejemplo, Amcoff et al., 2015; Roodenburg et al., 2013; y Cecchini y Warin, 2016).

Algunos estudios sobre la relación entre la calidad de la alimentación (de los voluntarios) y enfermedades relacionadas con la alimentación sugieren que la calidad de la alimentación, evaluada a través del índice nutricional en el que se basa el sistema Nutri-Score, está asociada con un menor riesgo de enfermedad cardiovascular (Adriouch et al., 2016 y 2017), cáncer (Deschasaux et al., 2018) y sobrepeso (Julia et al., 2015). En otro estudio, cuyo objeto eran cinco etiquetas frontales distintas, se

TESI DOCTORAL

llegó a la conclusión de que las etiquetas nutricionales de la parte frontal del envase pueden contribuir a reducir la mortalidad derivada de enfermedades no transmisibles relacionadas con la alimentación, con efectos que dependen del tipo de etiqueta examinada; de todas ellas, Nutri-Score parece ser la más eficiente (Egnell et al., 2019).

La bibliografía correspondiente también indica que las etiquetas pueden tener efectos no deseados para la alimentación. Por ejemplo, percibir un alimento como saludable podría aumentar su ingesta al reducirse la sensación de culpabilidad (Chandon y Wansink 2007), y también podrían consumirse unas porciones demasiado grandes si la etiqueta incluida en la parte frontal del envase no indica que las características saludables de un alimento son limitadas (Egnell et al., 2018b).

Torres (2021: 405) considera que “aunque el etiquetado frontal es muy útil, puede dar lugar a cierta manipulación del consumidor al presentar los alimentos en más o menos saludables y hacer depender de ello su elección, más allá de decidir con base a la información nutricional específica. Por otra parte, las empresas pueden reformular sus productos con base en la aplicación de este sistema; pero según el modelo adoptado es posible que determinando productos se vean perjudicados, aún cuando presenten beneficios nutricionales”.

Dicha consideración entra de lleno en los parámetros de análisis que he construido desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva en el diseño de la Arquitectura de la elección, y la definición y régimen jurídico del concepto de “nudge público”, en cuanto a su afectación en el derecho a la libertad de empresa y en el derecho a la protección de la salud, y en la proyección del principio de libre desarrollo de la personalidad sobre ambos. Con la característica que al no existir una regulación de la Administración española, sino de la francesa, y aplicarse de forma voluntaria por los operadores

TESI DOCTORAL

económicos, considero que no existiría relevancia jurídica, en cuanto a una actuación de la Administración resultado de la proyección del derecho indicativo o “soft law”, siempre que no existiera un daño objetivable del cual pudiera derivarse responsabilidad indemnizatoria.

Responsabilidad indemnizatoria que podría prosperar a partir de la acreditación de la existencia de una responsabilidad solidaria, en el momento en que la actuación de la Administración, independientemente de que se utilice la técnica jurídica de la Recomendación, dirigida a los productores y comercializadores, como proyección del derecho indicativo o “soft law”, se realiza en el marco jurídico de la obligación impuesta por el art. 35 del Reglamento 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, relativo a la información alimentaria facilitada a los consumidores. Dicha norma contempla que la utilización del logotipo frontal de información nutricional, lo sea con carácter voluntario, al establecer su carácter potestativo utilizando la expresión “podrán” en sus apartados 1 y 2. Por dicho motivo, la adopción de una decisión administrativa, la de recomendar la implantación del modelo de logotipo frontal aprobado por Francia, Nutri-Score, con unas características determinadas en los algoritmos que utiliza y el resultado gráfico en que se expresa, cuando existen otros logotipos y modelos de etiquetado frontal, y mediante la utilización de la técnica de la colaboración público-privada, podría comportar consecuencias jurídicas, ante la afectaciones en los consumidores o en el mercado, mientras la Unión europea no apruebe la correspondiente Directiva o modifique el Reglamento 1169/2011, estableciendo el marco jurídico de la información nutricional frontal, mediante un logotipo determinado, o las

TESI DOCTORAL

características técnicas y gráficas que deberían tener dichos logotipos y su obligatoriedad.

Responsabilidad que en todo caso, su prosperabilidad procesal dependerá de que se produzca un daño objetivable, derivado de una decisión adoptada en base a la utilización del logotipo Nutri-Score, a la competencia o al consumidor, una vez aplicado el cánón de proporcionalidad, en cuanto a la prevalencia del derecho a la protección de la salud, sobre el de libertad de empresa, como he argumentado ampliamente.

En relación al productor, porque la respuesta de los consumidores favorable a la adquisición de productos identificados gráficamente como más saludables, pueda afectar a la competencia, desplazándolos del mercado a posiciones económicamente menos ventajosas o deficitarias, cuando sus productos reúnen los requisitos sanitarios para su comercialización.

En relación al consumidor, porque la incitación acreditada en una respuesta de un porcentaje importante de consumidores, a consumir un producto por asociar el color y la letra a una cualidad nutricional saludable, pueda comportar en alguno de ellos una ingesta que, pensando es la más saludable, le pueda generar un perjuicio a su salud que sea causa de la composición del producto, al no detenerse a comprobar la información nutricional obligatoria en el dorsal del producto.

De acuerdo con lo razonado, considero que la posible prosperabilidad de exigencia de responsabilidad dependerá de los estudios e informes de carácter

TESI DOCTORAL

técnico así como de evaluación, con los que la Administración motive su actuación, en los que se acredite el impacto cognitivo que la medida comportará para las consumidores, según su accesibilidad cognitiva y perfiles nutricionales.

b. El modelo de semáforo nutricional Nutri-Score, de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición.

El Ministerio de Consumo del Gobierno de España, ha realizado un trámite de consulta pública previa, del proyecto de Real Decreto relativo a la utilización voluntaria del logotipo nutricional «Nutri-Score», en los productos alimenticios. Período de consulta realizado entre el 3 de julio y 17 de julio de 2020. No habiendo optado finalmente por proceder a su aprobación.

La norma se motivaba en el Reglamento (UE) 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, como marco normativo europeo que regula el etiquetado de los alimentos, que estableció a partir del 13 diciembre de 2016, la obligatoriedad de la información nutricional en los alimentos salvo determinadas excepciones, como se expuso anteriormente. Pero también se contempla la posibilidad de utilizar, de forma complementaria y voluntaria, un etiquetado nutricional frontal (FOPL del inglés *Front-of-pack labelling*), que no sustituya al etiquetado nutricional obligatorio situado en la parte posterior del envase, para facilitar la utilización y comprensión de la información nutricional obligatoria, favoreciendo de este modo elecciones de compra más saludables,

TESI DOCTORAL

e impulsando a los fabricantes a la elaboración de productos con mejor composición nutricional³⁷¹.

En la ficha del proyecto de Real Decreto³⁷², se destaca que la información nutricional facilita a los consumidores la composición de los alimentos y les ayuda a tomar una decisión con conocimiento de causa, permitiendo la elección de las opciones más saludables, así como una competencia leal entre operadores. En la ficha de la consulta pública se pone de manifiesto que con la aprobación de dicho Real Decreto se pretendía “facilitar la comprensión de la calidad nutricional de los alimentos, a fin de que el consumidor elija la opción más adecuada para su dieta, con el objetivo último de reducir en la población española la prevalencia de obesidad y sobrepeso, así como las de enfermedades no transmisibles vinculadas. El sobrepeso y la obesidad tienen en la actualidad la consideración de epidemia en los países desarrollados y se sabe que están directamente relacionados con el padecimiento de enfermedades no transmisibles como las cardiovasculares, la diabetes, la osteoartritis y otros trastornos del aparato locomotor y algunos tipos cáncer. A lo largo de las últimas décadas se ha ido tomando conciencia social y desde los poderes públicos de la relevancia de este problema de salud pública, que alcanza actualmente en nuestro país cifras de morbilidad elevadas, así como un impacto social, sanitario y económico considerable.” El objetivo que se fija es “establecer el marco para presentar una información complementaria a la información nutricional de forma simplificada en el campo visual principal del

³⁷¹ Toda la información sobre Nutri-Score y su aplicación en España se puede consultar en la página web de la AESAN: *Aesan - Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición* (<https://www.aesan.gob.es>).

TESI DOCTORAL

envase (frontal), con el fin de ayudar al consumidor en la elección de los alimentos más saludables que le permitan tener una dieta equilibrada y acorde a las recomendaciones nutricionales generalmente aceptadas.”

En dicha ficha, de consulta pública, se especifica que se adopta la opción por el logotipo nutricional Nutri-Score “que se implantó en Francia en 2017 y en Bélgica el pasado 1 de abril de 2019. Alemania ha iniciado en 2020 la tramitación de una norma para adoptarlo en su país. En estos casos, es la forma de presentación complementaria a la información nutricional obligatoria, y se recomienda por esos Estados, por considerarse que tiene una contrastada base científica y estudios sólidos sobre la comprensión de los consumidores, algunos de los cuales se han realizado en consumidores que han manifestado un elevado nivel de comprensión del logotipo. El logotipo de Nutri-Score consiste en 5 colores (de verde oscuro a naranja oscuro) asociados a 5 letras (categorías de la A a la E) que describen 5 niveles de calidad nutricional global de los alimentos³⁷³. La clasificación en una u otra categoría se realiza mediante el cálculo de una puntuación global relativa al contenido de nutrientes en 100 g de producto: los considerados “menos favorables” desde el punto de vista nutricional (calorías, azúcares, ácidos grasos saturados y sodio) y los “más

³⁷²Consultable en la web del Ministerio de Consumo: *Consultas públicas cerradas | Ministerio de Consumo* (<https://www.consumo.gob.es>).

³⁷³Fig.14.FuenteAESAN:



TESI DOCTORAL

favorables” (proteínas, fibra alimentaria y porcentaje de frutas, hortalizas, legumbres, frutos secos y aceites de oliva, colza y nuez). Las especificaciones del cálculo de la puntuación global se recogen en unas instrucciones de uso del logo, que se publicarán en la web de AESAN. El objetivo de la norma es facilitar al consumidor la comprensión de la información nutricional que figura en las etiquetas de los alimentos, a fin de que pueda elegir la opción más adecuada para su dieta. Con esta herramienta de etiquetado se pretende impulsar un entorno alimentario más saludable, en el que el consumidor acceda más fácilmente a “cestas de la compra y dietas más saludables y equilibradas”, favoreciendo la toma de decisiones saludables, especialmente en los grupos sociales más desfavorecidos, así como reforzar e impulsar diferentes políticas de salud pública ya existentes, especialmente la reformulación de alimentos y la educación para una alimentación saludable.”

De una forma manifiesta, el Ministerio motiva la necesidad de intervenir mediante la herramienta del «semáforo nutricional», en el proceso decisorial del consumidor “a fin de que pueda elegir la opción más adecuada para su dieta”.

Este es el motivo por el que he elegido como caso a analizar, la implantación del modelo de «semáforo nutricional», puesto que la Administración lo diseña desde la Arquitectura de la elección, sin ser consciente de su aplicación, partiendo de evidencias derivadas de estudios empíricos, y actúa desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva, sin ser consciente de su aplicación. El instrumento jurídico del «semáforo nutricional» lo entiendo como herramienta que utiliza la técnica del “nudge público” en relación a los consumidores, habiéndose orientado extramuros de la regulación normativa, en el



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

establecimiento de una relación voluntaria y colaborativa con el sector alimentario, en una actuación administrativa hacia el consumidor que considero de carácter conductual, pero que se proyecta indistintamente desde el derecho imperativo e indicativo, en el marco de una colaboración público-privada, más que regulatoria, hacia los operadores que intervienen en la producción, distribución y comercialización de los productos alimentarios.

En la página web de la AESAN se explica la base científica del modelo Nutri-Score, en la utilización del algoritmo sobre el cual se fundamenta, estableciéndose que:

Los criterios nutricionales que utiliza Nutri-Score para clasificar los alimentos y bebidas se basan en el algoritmo del perfil nutricional de la Agencia británica de estándares nutricionales (FSA-NPS, de las siglas en inglés *Food Standards Agency-Nutrient Profile System*) que fue inicialmente desarrollado para su aplicación en políticas de restricción de publicidad en televisión de alimentos y bebidas dirigida a población infantil.

El algoritmo de la FSA-NPS es uno de los más estudiados en la literatura científica y el más frecuentemente validado. Se ha utilizado en un amplio contexto internacional para el desarrollo de diversas políticas de salud, como la regulación de alegaciones nutricionales en Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica; la implementación de un FOLP en Australia, Nueva Zelanda y Francia y la regulación de publicidad dirigida a niños en Irlanda.

El sistema Nutri-Score se basa en una extensa base científica y en su fácil comprensión por parte de la sociedad.

El logo Nutri-Score está avalado por una amplia serie de estudios comparativos con otros sistemas de etiquetado existentes, realizados por la Universidad de la Sorbona, en colaboración posterior con investigadores de la Universidad de Rovira i Virgili en Reus, entre otras.

TESI DOCTORAL

En estos estudios, se evidencia la fácil comprensión de Nutri-Score por la población de diferentes países europeos, entre los que se encontraba España; la coherencia con las recomendaciones nutricionales en distintos países y el efecto positivo en las decisiones saludables de compra.

Existe por tanto, una sólida evidencia científica sobre la validación del sistema de perfiles nutricionales en el que se basa el cálculo de Nutri-Score; la validación del formato gráfico de Nutri-Score y comparativa frente a otros sistemas de etiquetado frontal en relación a preferencias de los consumidores y discriminación de alimentos según su calidad nutricional; y en la relación entre calidad de la dieta según Nutri-Score y riesgo de morbimortalidad../..

Un rasgo esencial de este sistema de cálculo reside en basarse en 100 gramos de producto, y no por porción. Ello está en línea con el Reglamento de la UE 1169/2011, y recomendaciones de organismos nacionales e internacionales y asociaciones de consumidores, dado que el cómputo por porción no permite realizar comparaciones entre productos y podría conducir a la persona a infravalorar la cantidad real de ingesta de nutrientes.

Nutri-Score no es más que una traducción de los valores nutricionales declarados en el etiquetado nutricional localizado en la parte posterior del envase de los alimentos, tal como se venden.

La utilización del logo Nutri-Score, requiere la obtención de una licencia por parte del Ministerio de Salud pública de Francia, recogándose en la web de la AESAN el vínculo para su gestión³⁷⁴. Licencia que tiene carácter gratuito, y comporta una transferencia electrónica de archivos, que permiten el uso de la marca. Al mismo tiempo, se prevé con carácter informativo, en la página web de AESAN, que los operadores del sector alimentario que estén utilizando o deseen utilizar Nutri-Score en los productos comercializados en el mercado

³⁷⁴ https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/ns_international_registration_procedure.

TESI DOCTORAL

español, pueden notificarlo a la AESAN, mediante una comunicación por correo electrónico con la declaración de datos nutricionales de cada producto y su clasificación Nutri-Score. Se especifica que la gestión es totalmente voluntaria, y no existe una regulación concreta, más que recomendaciones y criterios de utilización, como instrumentos con relevancia jurídica de “soft law” o derecho indicativo. Considero que tiene relevancia jurídica que se utilice la técnica del derecho indicativo o “soft law”, para implementar una finalidad pública, el establecimiento en los consumidores de hábitos saludables en la alimentación, dando cumplimiento a la efectividad del derecho a la protección de la salud, en su proyección en el derecho a una alimentación adecuada y saludable, utilizando una herramienta, cuyos derecho inmaterial de propiedad intelectual y su regulación jurídica se encuentra en el ordenamiento jurídico de otro país miembro de la Unión europea, Francia, mientras la Unión europea, como he explicado, se encuentra en un proceso de estudio y análisis para regular de forma específica la información nutricional mediante etiquetado frontal en los productos alimentarios. En el Reglamento regulador del logotipo Nutri-Score, Francia ha incluido diferentes anexos con condiciones específicas para alguno de los países que lo han acogido, como es el caso de Bélgica y Luxemburgo, preveyéndose para Alemania y Suiza, pero no así para España, en su versión de 31 de enero de 2022.

Se ha establecido un mecanismo de coordinación transnacional para facilitar el uso del etiquetado nutricional Nutri-Score en la parte frontal de los envases, que coordina la implementación y despliegue del Nutri-Score. Gobernanza que se ha constituido con las autoridades competentes de Bélgica, Francia,

TESI DOCTORAL

Alemania, Luxemburgo, los Países Bajos, España y Suiza, el International commitment of participating countries of Nutri-Score³⁷⁵.

En el documento de constitución se establece que esta cooperación se lleva a cabo mediante un Comité directivo y un Comité científico. El Comité directivo reúne a representantes de las autoridades nacionales responsables de la aplicación del Nutri-Score en cada país. Su objetivo es facilitar el uso del Nutri-Score por parte de los fabricantes de alimentos, ayudar a las pequeñas empresas y establecer el vínculo con los consumidores, mediante la implementación de procedimientos comunes y eficientes. Al Comité científico se le encarga que garantice la base científica de los efectos de Nutri-Score en el contexto del comportamiento del consumidor, un asesoramiento independiente en las posibles actualizaciones del algoritmo y tiene como mandato evaluar las posibles evoluciones del Nutri-Score a partir de la mejor evidencia científica disponible, en sinergia con las recomendaciones dietéticas.

El "International commitment of participating countries of Nutri-Score", en su Informe anual de la actividad del año 2021, del Comité directivo y del Comité científico, recoge en relación a España, la tramitación del proyecto de reglamento para limitar la publicidad de alimentos y bebidas dirigidas a los niños, un plan cuatrienal para la mejora de la composición de productos alimenticios y bebidas, o un programa para monitorear la calidad nutricional de los menús escolares, entre otros, y como previsión de actividades para el año 2022, se encuentran la actualización de la pirámide nutricional española y

³⁷⁵ El documento de constitución y los documentos de cooperación se pueden consultar en: *International commitment of participating countries of Nutri-Score | FPS Public Health* (<https://www.health.belgium.be>) y en la web de AESAN: *Aesan - Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición* (<https://www.aesan.gob.es>)

TESI DOCTORAL

recomendaciones de criterios de calidad y sostenibilidad nutricional en las compras públicas, de los colegios y de otros centros dependientes de las Administraciones públicas. Entre los objetivos del Comité internacional para el año 2022, a nivel de los países que componen, se encuentra el de aprobar una versión revisada del algoritmo, a partir de una metodología específica, para poderlo aplicar de forma independiente a los alimentos sólidos, entre los que se incluiría el queso las grasas y los aceites, y a las bebidas, modificándose los umbrales finales de atribución de los colores Nutri-Score.

Así pues, España aplica la herramienta Nutri-Score, para “establecer el marco para presentar una información complementaria a la información nutricional de forma simplificada en el campo visual principal del envase (frontal), con el fin de ayudar al consumidor en la elección de los alimentos más saludables que le permitan tener una dieta equilibrada y acorde a las recomendaciones nutricionales generalmente aceptadas”, como objetivo establecido en la ficha del Real Decreto finalmente no tramitado. Dicha herramienta considero que responde a la actuación de la Administración de carácter conductual, en la que se recogen sus parámetros determinantes, su diseño desde la Arquitectura de la elección, partiendo de evidencias derivadas de estudios empíricos, se desarrolla aplicando el enfoque de la Perspectiva cognitiva, utilizando el «semáforo nutricional» como herramienta que aplica la técnica del “nudge público” en relación a los consumidores.

Por dicho motivo en el siguiente apartado desarrollo las características que deberían haber condicionado su diseño e implementación.

TESI DOCTORAL

4. Corolario. Desarrollo del semáforo nutricional como un “nudge público”, manifestación de una actuación administrativa de carácter conductual.

En el apartado anterior he expuesto la primera parte del análisis de caso, en cuanto al marco jurídico y la implantación del modelo de semáforo nutricional Nutri-Score, como etiquetado frontal en los productos alimenticios en España, que se ha llevado a cabo por la AESAN.

En este apartado expondré la segunda parte del análisis de caso, estableciendo los parámetros en los que debería desarrollarse la actuación de la Administración diseñando la Arquitectura de la elección, a partir del enfoque de la Perspectiva cognitiva.

En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, de 21 de enero de 2016, en sus Apartados 1.6 a 1.11, se establecen los criterios que voy a seguir. En dicho sentido, elaboro de forma original, una Ficha y Directrices, cuya pretensión es su utilidad como Guía a tener en cuenta por la Administración impulsora. Considero necesaria la existencia de un procedimiento de información sobre la utilización de los diferentes tipos de “nudge públicos” en la implantación del «semáforo nutricional». El mismo garantizará la transparencia para quienes puedan verse afectados al ser «nudgados», y con ello su aceptación, su flexibilidad pudiendo apartarse del “nudge público”, la fiabilidad de la información que se transmite, y la evitación de un sentimiento de culpa de la persona. Asimismo se establece la necesidad de evaluación y experimentación de la herramienta del «semáforo nutricional», ya aplicada de forma voluntaria por los productores en determinadas marcas, lo cual favorece el análisis de su impacto cognitivo sobre las personas y sobre la competencia, así como su

TESI DOCTORAL

evaluación. La flexibilidad en la implantación del «semáforo nutricional», de forma voluntaria por los productores, tiene como finalidad “incitar a que, en el diseño de las políticas públicas, se tenga en cuenta la dimensión psicológica de los comportamientos y no solo su «racionalidad económica»” (Apartado 1.11).

Para ello he elaborado de forma original, una propuesta de Ficha técnica para el análisis del impacto cognitivo, en la implantación del «semáforo nutricional» Nutri-Score y de Guía de la intervención de carácter conductual, que deberían conformar el Informe o Memoria de Perspectiva cognitiva, a partir de las actuaciones para que el logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, se implemente como etiquetado frontal en los productos alimenticios que llegan al consumidor.

Dicha actuación tiene relevancia jurídica, a partir de los efectos que pueden derivarse y que apuntaba Torres (2021: 405), a los que hice referencia en el Apartado 3.a de esta Cuarta Parte, pudiendo generar responsabilidad indemnizatoria, y estableciendo los parámetros técnicos que permitan el control judicial.

1. PROPUESTA DE FICHA TÉCNICA PARA EL ANÁLISIS DE IMPACTO COGNITIVO, EN LA IMPLANTACIÓN DEL «SEMÁFORO NUTRICIONAL» NUTRI-SCORE.

- 1. OBJETO:** Implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, como etiquetado frontal en los productos alimenticios.
- 2. ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE:** Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN). Organismo autónomo de los previstos en artículo 98.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídico-pública diferenciada y plena



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

capacidad de obrar, y naturaleza jurídica de Administración pública de acuerdo con el art. 2.2.a) y 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Adscrito orgánicamente al Ministerio de Consumo y funcionalmente al Ministerio de Consumo, al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y al Ministerio de Sanidad.

3. DERECHOS AFECTADOS:

- a. **Derecho a la protección de la salud.** Art. 43 CE, en relación con art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- b. **Derecho a la libertad de empresa.** Art. 38 CE, en relación con art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

4. TÍTULOS COMPETENCIALES:

- a. Art. 149.1.13. y 16 CE, que atribuye la competencia al Estado, sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, la sanidad exterior, las bases y coordinación general de la sanidad, y la legislación sobre productos farmacéuticos.

5. NORMA HABILITANTE:

- a. Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria.
- b. Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de Etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios.
- c. Art. 35 del Reglamento (UE) 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

- d. Arts. 2, 27, 36 y 44 de la Ley 17/2011, de 5 de julio de Seguridad alimentaria y Nutrición, sobre los sistemas de información, la Estrategia NAOS de alimentación saludable, y la publicidad de los alimentos.
 - e. Art. 40.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, sobre requisitos de los productos directa o indirectamente relacionados con el uso y consumo humanos.
 - f. Arts. 16 y 18 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud pública, sobre competencias en la promoción y comunicación de la salud.
 - g. Arts. 17 y 18 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, sobre información a los consumidores y etiquetado y presentación de los productos.
- 6. PARTICIPACIÓN CIUDADANA:** Se elaborará un proceso de participación ciudadana suficiente y superior a los 15 días naturales, que entre el 3 de julio y el 17 de julio de 2020, se otorgaron para realizar propuestas ante la ficha del proyecto de Reglamento relativo a la utilización voluntaria del logotipo nutricional «Nutri-Score», en los productos alimenticios. Proceos participativo que debería realizarse con posterioridad al proceso de informe de colectivos y entidades afectadas en una elaboración reglamentaria, con la publicidad de todos los estudios y encuestas relativos a cómo afecta en la cognición humana el «semáforo nutricional» Nutri-Score, de etiquetado frontal.
- 7. AFECTACIÓN COGNITIVA:**

TESI DOCTORAL

- a. **Sesgos identificados:** Nos encontramos con la afectación en el proceso de decisión del consumidor del **sesgo de «encuadre o enmarcado»**. El grafismo que representa el «semáforo nutricional» Nutri-Score, con colores y letras, transmite un mensaje de forma simple e inmediata a un sector de la población, sobre las características más saludables del producto, que le evitan un análisis y reflexión sobre la información nutricional que existe en la parte posterior. Grafismo, que se corresponde con el **sesgo de «advertencias gráficas»**, que también concurriría en la relevancia de la posición frontal del logotipo Nutri-Score en la etiquetación del producto, para atraer la atención del consumidor.
- b. **Heurística identificada:** Nos encontramos con la afectación en el proceso de decisión del consumidor de la **heurística de la «disponibilidad»**, cuando la decisión suele motivarse en la información inmediatamente disponible, ignorando la más relevante. Proceso que se daría en consumidores para los que la información nutricional detallada que figura en el producto, comporta un proceso de reflexión más lento, que el de la visión de un mensaje que envía un logotipo frontal sobre si el alimento es más o menos saludable.
8. **FINALIDAD DE LA INTERVENCIÓN CONDUCTUAL:** Aplicación de la técnica del “NUDGE”, para implantar hábitos de vida saludables, incitando la decisión de los consumidores en la adquisición de productos cuyo grafismo se corresponda con las letras A o B, y la gama de colores verdes.
9. **HERRAMIENTA CONDUCTUAL.** Se identifica el tipo de “**nudge público**” en que consiste la intervención conductual mediante la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score:

TESI DOCTORAL

- El de «**simplificació**». Su objetivo, en parte, es promover el desarrollo y utilización de programas públicos existentes sobre una alimentación saludable.

10. ACREDITACIÓN DE UTILIZAR LA MEDIDA MENOS RESTRICTIVA DE DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS.

En la motivación que figure en la decisión de la Administración de implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, se debe justificar que dicha herramienta, sin la utilización de otros instrumentos jurídicos y desde la aplicación del principio de proporcionalidad, es la menos restrictiva de derechos individuales o colectivos y libertades públicas, motivando su necesidad para la protección del interés público, así como justificando su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.

11. ACREDITACIÓN CIENTÍFICO-TÉCNICA. Se exigirá un plus en la motivación, mediante un fundamento científico, cuando las comunicaciones que se efectúen sobre los alimentos hagan referencia a que pueden influir en las funciones psicológicas y comportamentales del individuo, ante la dificultad de transmitir un mensaje global, veraz y significativo en una declaración breve que se utilice en el etiquetado y la publicidad de alimentos. Deberá acreditarse la actuación de la Administración teniendo en cuenta:

- a. Informe de la Comisión de la Unión europea, sobre la implantación de un sistema de etiquetado frontal de información nutricional, en los productos alimenticios. *Informe COM(2020) 207 final, de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 20 de mayo de 2020, sobre*



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

la utilización de formas adicionales de expresión y presentación de la información nutricional.

- b. Informe de evaluación en Francia, como propietaria intelectual de la aplicación del logotipo Nutri-Score 2018-2020 (*Nutri-Score: évolution de sa notoriété, sa perception et son impact sur les comportements d'achat déclarés entre 2018 et 2020*).
- c. Informe del Comité Científico de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) sobre la aplicación en España del sistema Nutri-Score, de información sobre la calidad nutricional de los alimentos. Aprobado el 4 de marzo de 2020.
- d. Informes específicos de la AESAN y expertos externos, sobre evidencias científicas de la respuesta cognitiva ante el logotipo Nutri-Score.

12. ANÁLISIS DE RIESGOS COGNITIVOS:

- a. Análisis sobre la dificultad de accesibilidad cognitiva y comprensión por sectores y perfiles de población, respecto al grafismo del «semáforo nutricional» Nutri-Score. Dicho análisis debe contrastarse con informes externos a la Administración, para evitar o limitar los sesgos del proceso de investigación, al afectar directamente al libre desarrollo de la personalidad y dignidad de los consumidores.
- b. Análisis del rechazo por sectores y perfiles de población a la tipología de productos saludables.

13. ANÁLISIS DE LA AFECTACIÓN AL CONSUMO Y A LA COMPETENCIA

- a. Análisis del conocimiento y significado por sectores y perfiles de población del «semáforo nutricional» Nutri-Score.



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

- b. Análisis del comportamiento del consumidor por sectores y perfiles de población en la adquisición de productos con el «semáforo nutricional» Nutri-Score.
- c. Análisis del impacto económico en sectores que no utilicen el «semáforo nutricional» Nutri-Score.

14. ANÁLISIS DEL IMPACTO COGNITIVO:

- a. Descripción de la situación de partida, a partir de la información que sirva para identificar claramente las posibles desigualdades de accesibilidad cognitiva que puedan existir en el contexto de intervención de la Administración, mediante la implantación del «semáforo nutricional» Nutri-Score prestando especial atención a aquellas que se vinculen con los objetivos de las políticas de igualdad de oportunidades y de protección del derecho a la salud, mediante la consolidación e implantación de hábitos de vida saludables.
- b. Identificación de indicadores cuantitativos y cualitativos. Se llevará a cabo mediante elaboración de estadísticas que permitan la obtención de datos sobre los riesgos cognitivos, por sectores y perfiles de la población, edad y sexo, así como elaboración de perfiles cognitivos identificando roles y estereotipos nutricionales, según creencias, valores, costumbres u opiniones sociales.
- c. Previsión de resultados. Se presentará una previsión de resultados de la implantación del «semáforo nutricional» Nutri-Score, desde una perspectiva de eliminación de desigualdades, no discriminación por obesidad, y accesibilidad cognitiva.
- d. Valoración del impacto cognitivo. La valoración del impacto cognitivo calificará los resultados previstos con carácter negativo, cuando no



Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

se prevea una eliminación o disminución de los hábitos de consumo no saludable. Con carácter nulo, cuando no se prevea modificación alguna de la situación anterior a la implantación del «semáforo nutricional» Nutri-Score. Y con carácter positivo, cuando se prevea una disminución o eliminación del consumo de productos alimenticios no saludables y contribuya a los objetivos de las políticas de salud pública. Del mismo modo, se incorporarán a la Memoria en este punto, aquellas recomendaciones sobre la modificación de los hábitos de alimentación, mediante herramientas conductuales, que pudieran evitar el impacto negativo o que puedan garantizar y fortalecer el impacto positivo desde la Perspectiva cognitiva.

15. EVALUACIÓN: Debe tener carácter prospectivo y retrospectivo, de las actuaciones anteriores y sobre la proyección futura. Debe incorporar informes de contraste realizados por expertos externos.

- a. Identificación de indicadores, hitos o fases que se utilizarán en la evaluación, explicándose qué herramientas y técnicas se han utilizado para llevar a cabo la evaluación.
- b. Respecto de los objetivos a evaluar, deberá realizarse de forma individualizada, explicando el cumplimiento y las herramientas utilizadas.
- c. Respecto de los impactos a evaluar, deberá indicarse si la metodología utilizada.

16. SERVICIO RESPONSABLE: Debería identificarse el servicio o unidad al que se asigna la emisión de informes desde el enfoque de la Perspectiva cognitiva, seguimiento y evaluación de la implantación del «semáforo nutricional» Nutri-Score, de etiquetado frontal. Si no existiera un servicio de

TESI DOCTORAL

Inspección de servicios de la AESAN, debería asignarse a la Secretaría General.

Una vez elaborada la Ficha técnica para el análisis de impacto cognitivo, en la implantación del «semáforo nutricional» Nutri-Score, procedo a elaborar una Guía de la intervención de carácter conductual, que debería conformar el Informe o Memoria de perspectiva cognitiva.

2. PROPUESTA DE GUÍA DE LA INTERVENCIÓN DE CARÁCTER CONDUCTUAL.

Tal como he expuesto en la Ficha técnica, en la motivación que figure en la decisión de la Administración de implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, se debe justificar que dicha herramienta, sin la utilización de otros instrumentos jurídicos y desde la aplicación del principio de proporcionalidad, es la menos restrictiva de derechos individuales o colectivos y libertades públicas, motivando su necesidad para la protección del interés público, así como justificando su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.

La Guía incluye en primer lugar la metodología para identificar las 9 acciones recogidas en el Informe de 2010 del *Institute for Government*, del Gabinete del Primer Ministro, del Gobierno del Reino Unido, “*MINDSPACE: Influencing behavior through public policy*”, que explicamos en su momento y ahora aplicaremos, con las que influenciar en el comportamiento de una forma no coercitiva. Acciones que se identifican con el acrónimo MINDSPACE, que al mismo tiempo se traduce como Espacio mental, y que se puede utilizar como

TESI DOCTORAL

un “checklist”, como una lista de verificación y de evaluación, en la elaboración de políticas públicas conductuales, que también considero que se puede aplicar en el proceso de diseño de la actuación de la Administración mediante la Arquitectura de la elección, o para testar si la actuación de la Administración se corresponde con un carácter conductual, en el supuesto que analizamos de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score.

Como he explicado en su momento, en dicho Informe se da una gran relevancia a la evaluación, para la aplicación de actuaciones conductuales por todos los niveles de Administración, mediante enfoques desde el Gobierno central que permitan analizar sistemáticamente sus resultados y ponerlos a disposición del resto de Administraciones, que en un procedimiento de análisis y comparación puedan aplicar las que consideren, a partir de la rentabilidad en su aplicación y su aceptabilidad por la población, para fortalecer las relaciones sociales y apoyar hábitos de vidas saludables y prósperas.

La estructura y contenido esencial que figura en el Informe, parte de desarrollar cada una de las letras del acrónimo con su referente evaluativo para identificar la acción conductual:

M, como Messenger (Mensajero), para identificar que se está fuertemente influenciados por quién comunica la información y la relación con el emisor, y cómo nos afecta. En el supuesto que analizamos de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, la Administración pública, mediante los órganos y organismos de la Administración General del Estado, de forma principal la AESAN, pero también el Ministerio de Consumo, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y el Ministerio de Sanidad. El

TESI DOCTORAL

hecho de que el mensajero sea la Administración pública comporta una relación de fiabilidad que nos afecta desde la aceptabilidad del mensaje, basada en la confianza. La percepción del mensajero como poseedor de altos niveles de autoridad, facilita la creencia en el mensaje y que se sigan sus consejos y directivas.

I, como Incentives (Incentivos), para identificar que las respuestas a los incentivos se encuentran formadas por atajos mentales predecibles, con los que se pretende evitar las pérdidas. En el supuesto que analizamos de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, el incentivo se materializa en el cálculo de costes y beneficios sobre la conducta que realiza el consumidor de aceptación inmediata de un beneficio para su salud, en la elección de productos de alimentación en los que se encuentre marcado el color verde, en las letras A o B.

N, como “Norms” (Normas sociales), para identificar que se está fuertemente influenciados por lo que hacen los demás, teniendo en cuenta que el poder de las normas se representa en el castigo social por su incumplimiento y en los beneficios sociales por actuar conforme a las mismas. Dicha acción tiene un componente muy débil y de difícil identificación en el momento en que se implementa el supuesto que analizamos de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, si bien que el resultado de los estudios empíricos que figuran en el Informe de la UE sobre el logotipo frontal de información nutricional, en el que se propone el del «semáforo nutricional» Nutri-Score, identifica una alta aceptabilidad del mismo, lo cual se asocia a la

TESI DOCTORAL

construcción e implantación con el tiempo, de una norma social vinculada al consumo de productos saludables.

D, como “Defaults” (Por defecto), para identificar que se actúa con el flujo de opciones preestablecidas, acción que considero irrelevante y de difícil identificación en el supuesto que analizamos de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score.

S, como “Salience” (Prominencia), para identificar que la atención se dirige a los hechos más recientes y que parecen relevantes, acción que considero irrelevante y de difícil identificación en el supuesto que analizamos de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score.

P, como “Priming” (Preparación), para identificar que los actos, a menudo, pueden ser influenciados por señales subconscientes, como elementos visuales (el grafismo por colores y letras), la utilización de determinados términos (letras de la A a la E), o sensaciones (como la satisfacción por la adquisición de un producto saludable), todo lo cual incide directamente en nuestro cambio de comportamiento, y es el mayor determinante del riesgo de manipulación en la actuación de la Administración. En el supuesto que analizamos de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, dicha acción se manifiesta como determinante de la decisión individual, en toda su intensidad.

A, como “Affect” (Afecto), para identificar que las asociaciones emocionales pueden moldear poderosamente las acciones. En el Informe se considera que

TESI DOCTORAL

a partir de los estudios sobre el recuerdo que tenemos según estemos contentos, tristes o sintamos miedo, existe un efecto de congruencia con el estado de ánimo que comporta que una persona se fije y recuerde de forma selectiva la información que sea consistente con su estado de ánimo del momento. Lo cual, en una situación internacional de pandemia por la obesidad, y una enorme presión social contraria a la obesidad, con una importante relevancia de los patrones físicos masculinos y femeninos, incide en un sesgo que motiva que la atención se centre selectivamente en la imagen física y en los peligros potenciales en el momento actual de una alimentación perjudicial para la salud y su incidencia en un exceso de peso y obesidad, representado amenazas futuras en potencia, sobre la salud individual. Este entorno de presión social sobre la imagen física y la salud, facilita la penetración en el comportamiento individual y colectivo de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, para garantizar la adecuación del comportamiento individual y colectivo hacia patrones coincidentes con la consolidación de hábitos de alimentación saludable.

C, como “Commitments” (Compromisos), para identificar que las personas son consistentes a sus promesas públicas, y responden a actos de reciprocidad, comprometiéndose con la consecución de objetivos si alguien más lo hace. Esta acción la considero irrelevante y de difícil identificación en el supuesto que analizamos de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score. Lo cual no impide que la misma se complemente con otras herramientas que también tienen una incidencia cognitiva, y que ya explicamos en la caja de herramientas de los “nudges públicos”, como los premios o concursos.

TESI DOCTORAL

E, como “Ego” (Ego), para identificar que las personas actúan de tal forma que se sientan mejor consigo mismas, buscando proyectar imágenes positivas, mediante un sesgo cognitivo que nos incide de forma que el mundo tenga sentido. En el supuesto que analizamos de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, dicha acción se manifiesta como determinante de la decisión individual, en toda su intensidad. Proyectar la imagen de llevar a cabo un estilo de vida saludable en toda su extensión en parámetros como el de la alimentación, y el de la actividad física, genera un alto nivel de satisfacción que se proyecta en la imagen positiva que perciben los demás de uno mismo.

La lista de verificación efectuada, en un proceso que se debiera realizar para la elaboración de la actuación de la Administración mediante el diseño de la Arquitectura de la elección, para la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos recogido en el «semáforo nutricional» Nutri-Score, nos permitiría concluir que la actuación de la Administración se caracteriza con un determinante carácter conductual.

Una vez realizada la verificación del carácter conductual de la intervención de la Administración mediante la herramienta del «semáforo nutricional» Nutri-Score, procede establecer la aplicación de las directrices identificadas en el enfoque de la Perspectiva cognitiva, que explicamos en la Tercera Parte, con lo que complementaríamos la Guía de la intervención de carácter conductual en el supuesto que analizamos de la implantación del logotipo de «semáforo nutricional» Nutri-Score.

TESI DOCTORAL

Respecto a la aplicación de las directrices para la evaluación del enfoque de la Perspectiva cognitiva, su relevancia para el Derecho, la he motivado cuando las expliqué en relación a la Arquitectura institucional del enfoque de la Perspectiva cognitiva. Se incorpora la evaluación, análisis, seguimiento, gestión de riesgos y control judicial, en cuanto a la afectación a los Derechos Humanos, a la dignidad del individuo y al libre desarrollo de la personalidad. Se aplican técnicas que he identificado como conductuales en la actuación de la Administración, para evitar y eliminar un uso nocivo como lo sería si su finalidad fuera la manipulación, así como sus impactos negativos tanto en los individuos, como en el comportamiento colectivo, imposibilitando incluso la accesibilidad cognitiva de un sector de la población, especialmente, el de personas con discapacidad, con dichas actuaciones. Se anuda su marco jurídico en la previsión contenida sobre la elaboración de la Memoria de impacto normativo, que he argumentado que debe aplicarse a la actuación en su conjunto de la Administración, cuando la misma pueda revestir una afectación de carácter conductual, por incitar el comportamiento individual o colectivo. Normativa contenida en el art. 129 de la LPACAP, en relación con el RD 931/2017, de 27 de octubre, que regula la Memoria de Análisis de Impacto normativo, con el RD 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado y con el RD 259/2019, de 12 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de la Administración General del Estado; así como las propuestas en materia de género que acompañan a los proyectos normativos desde la aprobación de la Ley 20/2003.

TESI DOCTORAL

Directrices desde el plano funcional.

Directriz Primera.- Elaborar una Memoria justificativa de la intervención conductual, en la que se motive su impacto normativo, recogiendo la adecuación de la propuesta de actuación al orden de distribución de competencias, precisando el título o títulos competenciales en el que se basa la misma, recogidos en la ficha técnica de la intervención, la oportunidad de la actuación, un análisis sucesivo de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y la identificación clara de los fines y objetivos que se esperan obtener.

Dicha Memoria justificativa debe adecuarse a los principios de buena regulación, evitando cargas administrativas tanto para la propia Administración, como para los afectados por la misma, al caracterizarse en la técnica específica del “nudge”, no solo por su simplicidad y fácil comprensión, sino también por su agilidad. En el supuesto que analizamos para la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, dicha Memoria no se incorporaría a ningún procedimiento de aprobación normativa, pero sí a la actuación desarrollada por la Administración, principalmente contenida en la información, seguimiento y control por parte de la implantación por los operadores alimentarios, así como la evaluación de los hábitos de consumo por parte de los consumidores.

Directriz Segunda.- Adecuar la actuación de la Administración a las Directrices que se contienen en esta Guía metodológica de intervención conductual, para ordenar los procesos de diseño, desarrollo y evaluación periódica de los efectos y resultados que se esperan obtener y obtenidos,

TESI DOCTORAL

mediante la Arquitectura de la elección, así como el procedimiento de participación ciudadana y transparencia. Se tiene en cuenta la técnica MINDSPACE, “checklist”, que he elaborado de forma específica en cuanto a su aplicación para la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score.

Directriz Tercera.- Revisar y actualizar la Ficha técnica en la que se ha incluido la Caja de Herramientas cognitivas, habiéndose identificado los sesgos y heurística aplicables, y la intervención para corregirlas, mediante la técnica del “nudge”, considerada la adecuada. Deberán establecerse indicadores, variables, estándares y parámetros cognitivos, que puedan ser utilizados en la evaluación del impacto de la Perspectiva cognitiva en la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score.

Directriz Cuarta.- Establecer una delimitación de la intervención pública, asociada al impacto específico sobre los derechos reconocidos en la Ficha técnica que se ha elaborado. Se deberá analizar el impacto de género en la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, así como los impactos de carácter social y medioambiental, el impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, el impacto de la intervención conductual en la utilización preferente y determinante en todo el proceso de los medios y servicios de la Administración digital, y el impacto en la competencia. Delimitación que debe contemplar el procedimiento de seguimiento, evaluación y revisión eficaces.

TESI DOCTORAL

Dicho proceso debe contemplar el riesgo de daños según los perfiles cognitivos, edad y sexo, por la toma de decisiones incitadas por el «semáforo nutricional» Nutri-Score, obviando la información nutricional existente en la parte posterior del mismo producto teniendo en cuenta la accesibilidad cognitiva en personas con discapacidad. Esta Directriz no quedaría afectada por la regulación que finalmente se realice por la Unión europea, si se realizara.

Directriz Quinta.- Debe garantizarse la participación ciudadana respecto a los documentos elaborados que justifiquen la actuación de la Administración de carácter conductual, como se ha recogido en la Ficha técnica, debiendo otorgarse plazos razonables, que no le hagan perder su significado ni comprometan el propio sentido de legitimación democrática en la actuación de la Administración que se deriva de la participación ciudadana. Debe facilitarse la misma mediante la publicidad y utilización de herramientas digitales, para que sea efectiva. Los niveles de transparencia y publicidad activa deben ser lo más altos posible.

Directriz Sexta.- Debe establecerse en la propia página web de la AESAN en la que se informa de la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, un régimen de revisión a instancia de parte del diseño de la actuación administrativa de carácter conductual, así como la posibilidad de presentación de quejas y reclamaciones por parte de quienes hayan podido padecer algún daño al adoptar decisiones incitadas por el logotipo del «semáforo nutricional» Nutri-Score, para que de esta forma la actuación de la Administración quedara sometida a revisión judicial, contemplándose la acción pública de las

TESI DOCTORAL

organizaciones de consumidores, incluso la intervención de la Fiscalía, como se prevé en materia de seguridad alimentaria, por afectar no solo al derecho a la protección de la salud, sino al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona. Debe incluirse en la página web de la AESAN los diferentes informes y estudios que expliquen y aclaren, de manera oportuna, imparcial, legible y accesible a las personas cuyos derechos o intereses legítimos puedan verse afectados, así como a las autoridades públicas competentes, la existencia, el proceso, la justificación, el razonamiento y los posibles efectos de la herramienta que motiva la actuación de la Administración de carácter conductual³⁷⁶.

Directrices desde el plano organizativo.

Directriz Primera.- En la Ficha técnica se asigna a la Secretaría General de no existir la Inspección General de Servicios, como órgano especializado en el control interno y en la evaluación de los servicios la supervisión, control y seguimiento de la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score.

Directriz Segunda.- Debe evitarse una percepción sesgada por un solo individuo responsable de la emisión de las Memoria e Informes justificativos de la intervención pública de carácter conductual mediante la Arquitectura de la elección en la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, estableciéndose

³⁷⁶ En dicho sentido, la Agencia de Salud pública francesa, titular del dominio intelectual del logotipo Nutri-Score, reúne toda la información sobre el mismo, hasta artículos clasificados por

TESI DOCTORAL

el correspondiente programa de formación de este tipo de intervención de carácter conductual.

Directriz Tercera.- Desde la Secretaría General, si no existiera la Inspección de servicios, se debe recopilar la información necesaria para la elaboración, seguimiento y evaluación de la la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score; elaborar estudios sobre los efectos de la implantación; asesorar a los diferentes órganos administrativos y de gobierno de la y de los Ministerios implicados, emitiendo Recomendaciones, Advertencias en Informes, como actos de derecho indicativo o “soft law”.

Directriz Cuarta.- Debe disponerse de una Caja de Herramientas cognitivas, en la que se tenga permanentemente actualizado un catálogo de sesgos y heurísticas de los arquitectos de la elección o diseñadores de la intervención pública, ya sean autoridades o profesionales, o de los agentes que deben supervisar, hacer el seguimiento y controlar los efectos de la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score.

Directriz Quinta.- Deben utilizarse simulaciones que permitirían que los arquitectos y agentes que implementen la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, perciban la intensidad de control que se puede ejercer en la intervención de la Administración.

TESI DOCTORAL

Directriz Sexta.- Deben garantizarse procedimientos y recursos judiciales y no judiciales, de fácil acceso, asequibles, rápidos, transparentes y funcionales en relación con las reclamaciones que se puedan presentar, que sean independientes y eficaces, y que garanticen la consideración imparcial de las mismas.

Directrices desde el plano evaluativo.

Directriz Primera.- Evaluar *ex ante* (evaluación prospectiva) y *ex post* (evaluación retrospectiva), las consecuencias de la aplicación de la actuación administrativa de carácter conductual sobre los sectores, colectivos o individuos afectados por la misma, articulando un sistema de seguimiento de la Memoria e Informes que permita elaborar observaciones sobre la calidad de los mismos, con los estándares que se establezcan, desde las ciencias conductuales, la neurociencia, la lingüística cognitiva, la semiótica o la IA.

En el supuesto que analizo de la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, se tendrán en cuenta, además, los efectos del impacto sobre la competencia.

Evaluación que también debe analizar el impacto económico y presupuestario de la actuación de la Administración, al caracterizarse por responder a una intervención que tiene unos bajos costes económicos y cognitivos. La evaluación debe ser realizada mediante juicios de valor, que deben fundarse en la información recogida y responder a un análisis sistemático en base a la metodología predefinida y pública, según la pertenencia de la herramienta

TESI DOCTORAL

utilizada a una disciplina concreta. Debe incluir recomendaciones que se correspondan con las conclusiones a las que se haya llegado durante el procedimiento de evaluación que lo será sobre el proceso de diseño e implementación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, sobre su ejecución y sobre sus resultados.

Directriz Segunda.- Debe supervisarse que todas las evaluaciones del impacto en los derechos sean revisados e inspeccionados por expertos independientes, intercambiando asimismo, los análisis de impacto realizados por otros niveles de Administración, esencialmente las Comunidades autónomas, compartiendo una Base de Datos estatal que integre todas las actuaciones realizadas por todas las Administraciones públicas, en la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score.

Deben definirse o establecerse procesos multinivel, según proceda, para garantizar una supervisión independiente. Las evaluaciones de los efectos en los derechos individuales y colectivos, correspondientes a las actuaciones de las Administraciones públicas en la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, deben ser de acceso público, evaluadas adecuadamente y supervisadas eficazmente. Ello puede reforzarse mediante la aplicación de métodos de ensayo dinámicos y la realización de ensayos preliminares, garantizando que las personas y grupos potencialmente interesados, así como los expertos competentes en el campo, sean consultados e intervengan en las fases de diseño, ensayo y revisión.

TESI DOCTORAL

La aplicación de la Ficha técnica que he elaborado y las Directrices que motivarían los Informes y Memoria en la intervención conductual, permitirán justificar el respeto a los principios que son de aplicación en el diseño de la Arquitectura de la elección y aplicación de la técnica del “nudge público”, conformando el contenido jurídico del enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración de carácter conductual.

Dichos principios, a los que he hecho referencia en su momento analizándose la necesidad o no de nuevos instrumentos jurídicos y de gobernanza, se concretan y desarrollan en los de dignidad humana; autonomía personal; responsabilidad de la Administración; garantía de justicia, equidad y solidaridad como finalidad en la actuación de la Administración; libertad individual y colectiva; igualdad; democracia como principio de gobierno, que en su afectación al enfoque de la Perspectiva cognitiva y al enfoque ético, se vincula con la defensa de los Derechos Humanos y del Estado de derecho; Estado de derecho y rendición de cuentas; seguridad, protección e integridad física y mental; protección de datos y privacidad; sostenibilidad; y autonomía del individuo frente al gobierno de un razonamiento mecánico.

TESI DOCTORAL

QUINTA PARTE.- CONCLUSIONES.

A. DESDE EL PLANO METODOLÓGICO.

PRIMERA.- Esta Tesis contiene aportaciones originales que considero que podrán permitir un contraste doctrinal crítico y la obertura de nuevas líneas de investigación desde el Derecho Administrativo, ante un escaso interés de la doctrina administrativa. Aportaciones que se concretan en la identificación del concepto de ilustración como función constitucional; en la formulación del derecho de autodirección informativa; en la incorporación del enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración cuando revista carácter conductual; en la elaboración del régimen jurídico de la Arquitectura de la elección y del “nudge público” en la actuación de la Administración; y en el carácter híbrido de normas, actos y en general cualquier instrumento jurídico de la Administración, que sin ser esa su finalidad, ni haber estado previsto, razonado, ni motivado, pueden tener un carácter conductual, correspondiéndose con la técnica del “nudge público” en cuanto a sus efectos. Se realiza una posición original construyendo el concepto de Ilustración 4.0, a los efectos de identificar una época coincidente a nivel internacional, de la Unión europea y español, en la que se caracteriza la actuación de la Administración, de los poderes públicos y entes del sector público, por la relevancia jurídica de las ciencias conductuales, la neurociencia cognitiva, la semiótica y la lingüística cognitiva, junto a la Inteligencia artificial. Relevancia jurídica que considero que no puede ser orillada, ni analizada de forma segmentada en los estudios e investigaciones en el ámbito del Derecho administrativo.

TESI DOCTORAL

SEGUNDA.- Esta Tesis también aporta un componente original, cuando desde el Derecho administrativo analiza un supuesto concreto de la actuación de la Administración, por su carácter conductual, la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, por parte de la Agencia española de Seguridad Alimentaria y Nutrición. Y lo que realizo parte de aplicar el contenido teórico que he desarrollado, en una concreta actuación de la Administración. Aspecto original que permite que por parte de la Administración y de la doctrina, se pueda valorar críticamente la aplicación práctica del objeto que estudio y analizo en la Tesis doctoral, con lo cual se responde a uno de los objetivos de un trabajo de investigación, que pueda incidir no solamente en términos de investigación básica sino también de transferencia del conocimiento.

TERCERA.- El análisis que efectúo en esta Tesis y los resultados obtenidos, permiten que no solo desde el Derecho administrativo, sino desde la propia Administración, poderes públicos y entes del sector público, se disponga de una metodología, conceptos jurídicos, y régimen jurídico que permitan construir el marco jurídico del enfoque de la Perspectiva cognitiva en su actuación, como en su día se construyó el de la Perspectiva de género, para garantizar el principio del libre desarrollo de personalidad y el valor constitucional de la dignidad humana, como fundamentos del orden político y de la paz social.

B. DESDE EL PLANO SUSTANTIVO.

PRIMERA.- En esta Tesis he argumentado que los fundamentos que conforman el sustrato constitucional de la actuación administrativa conductual y

TESI DOCTORAL

su manifestación mediante la técnica del “nudge público”, se encuentran en el derecho de autodirección informativa, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona, así como en el concepto de ilustración como función constitucional.

He argumentado que la finalidad de la actuación de la Administración pública, que en este supuesto considero de carácter conductual, es corregir las decisiones erróneas de los individuos, motivadas por las heurísticas y los sesgos cognitivos que puedan perjudicarles, respetando su libertad de elección, para la consecución de una finalidad pública de interés general, que le beneficie. Dicha finalidad, en el objeto de la Tesis, la he focalizado en el marco del derecho a la protección de la salud, en cuanto a su proyección en el derecho a una alimentación adecuada y saludable, mediante el análisis de la herramienta del semáforo nutricional. En relación a dicho derecho constitucional, reconocido en los Tratados internacionales de Derechos humanos y en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea, lo he configurado como bien público global y derecho social esencial, teorizando su efectividad a partir de la aplicación de los Tratados internacionales y la Carta de los Derechos fundamentales, y recogiendo su relevancia jurídica en las tesis de los bienes comunes y los bienes fundamentales.

SEGUNDA.- La función constitucional de ilustración, como tarea en la actuación de la Administración pública, se desarrolla mediante lo que se denomina la Arquitectura de la elección, que he reformulado de forma original, más allá del entorno en el que actúa el individuo como propugnan sus autores, como un proceso cuya funcionalidad se identifica como instrumento que define el diseño e intervención de la Administración y del resto de poderes públicos y

TESI DOCTORAL

entes del sector público, sobre el plano de la racionalidad y su afectación en el proceso decisional del individuo y en el comportamiento colectivo. Su finalidad se centra en que los elementos configuradores de dicha función constitucional se anudan en el desarrollo de los derechos de educación y al conocimiento, participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, y derecho de acceso a las actuaciones administrativas, así como su relación con las obligaciones de transparencia y motivación en la actuación de la Administración pública, y en general de los poderes y entes del sector público, orientados por el principio constitucional democrático que configura el Estado social y democrático de Derecho.

Sobre el fundamento de la función constitucional de ilustración, he diferenciado su proyección:

- a) en la técnica del “nudge público”, anudada a una Arquitectura de la elección, para intervenir sobre los fallos en la racionalidad del individuo, motivados por sesgos y heurísticas, y
- b) en la utilización de «impulsores» para generar conocimiento que facilite la adopción de decisiones informadas, mediante instrumentos como las Advertencias, la Información, o la Recomendación, entre otros.

TERCERA.- He desarrollado de forma original, la evolución del concepto de derecho a la autodeterminación informativa hacia el concepto de derecho a la autodirección informativa, que he reformulado, en cuanto se anuda al libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social, desde la cohesión y equilibrio con las responsabilidades de la Administración, resto de poderes públicos y entes del sector público, en materia

TESI DOCTORAL

informativa, con la necesidad social de información y con la utilidad que a la misma le pueda dar el individuo receptor.

El derecho de autodirección informativa vinculado con el derecho a la educación, se ve integrado también con el derecho al conocimiento, que comporta estar informado sobre los procesos de actuación del Estado que engloba al conjunto de Administraciones, poderes públicos y entes del sector público. Mientras que el derecho de autodeterminación informativa otorga al individuo la facultad de decidir acerca del nivel de protección que desee sobre la información que se disponga del mismo. El fundamento en el que anudo el derecho de autodirección informativa se encuentra en el libre desarrollo de la personalidad, constituyéndose en manifestación de la libertad en la toma de decisiones individuales informadas. Presupone al individuo la utilización con una total libertad de la información que recibe por parte de los poderes públicos, para la adopción de sus decisiones de forma informada y libre, y lleva ínsito el de autodeterminación informativa y el de libertad de información.

En dicho sentido, he argumentado la necesidad de regulación legal, como se ha establecido en la regulación en materia de género, complementando la contenida en la LRJSP y en la LPACAP, para incluir un contenido específico que prevea la actuación de la Administración de carácter conductual, tanto respecto a especificidades en el procedimiento, y en especial, respecto a la actuación administrativa de carácter informal, como en cuanto al régimen jurídico en el que se establezcan su afectación y garantía de los derechos individuales. También he argumentado la necesidad de regulación legal de la protección de los neuroderechos.

TESI DOCTORAL

CUARTA.- He analizado la actuación administrativa cuando reviste carácter conductual, a partir de los parámetros doctrinales de la teoría de las formas y de la relación jurídico-administrativa en la actuación de la Administración, de la actuación administrativa de carácter informal, de la potestad discrecional y de los conceptos jurídicos indeterminados. También desde la originalidad de identificar la proyección de la Administración desde el derecho imperativo y desde el derecho indicativo, teniendo en cuenta la construcción jurídica respecto al “soft law” o derecho indicativo, realizada en el Tribunal de Justicia de la Unión europea y en el Consejo de Estado francés.

QUINTA.- He construido y desarrollado como aportación original, el enfoque de la Perspectiva cognitiva que es el instrumento de la Administración pública para garantizar los derechos humanos y fundamentales, derechos constitucionales y libertades públicas, los valores superiores de la Constitución, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. He considerado que dicho enfoque en la actuación de la Administración cuando reviste carácter conductual, le es exigible en el diseño de la Arquitectura de la elección, mediante la intervención en el proceso de toma de decisiones de los individuos y en el comportamiento colectivo, utilizando la técnica del “nudge público”.

He establecido que el enfoque de la Perspectiva cognitiva, como se produce en el enfoque de la Perspectiva de género, requiere la existencia documental de motivación en la actuación de la Administración, en la del resto de poderes públicos y entes del sector público, que debe exigirse como requisito de validez de la misma. Exigencia que se predica de aquellos supuestos en los que se utilizan herramientas de la neurociencia o herramientas conductuales desde la psicología, la economía, la semiótica o la lingüística cognitiva, o en el ámbito de

TESI DOCTORAL

la psicología se tiene en cuenta cómo afectan las heurísticas y los sesgos cognitivos sobre la racionalidad, respecto a los juicios en la toma de decisiones bajo incertidumbre.

SEXTA.- He redefinido el concepto original de “nudge”, elaborado en la literatura jurídica y económica de los Estados Unidos, como concepto jurídico de “nudge público”, para que sea reconocible en nuestro ordenamiento jurídico por el Derecho Administrativo. He establecido sus elementos y características, considerando que la actuación administrativa de carácter conductual *stricto sensu*, se manifiesta mediante la técnica del “nudge público”. Técnica que pueden utilizar la Administración, los poderes públicos y el resto del sector público, a partir de un conocimiento empírico del comportamiento colectivo y de cómo afectan en el individuo tanto las preferencias sociales, como el funcionamiento de la racionalidad, el funcionamiento del cerebro y las limitaciones cognitivas que condicionan sus juicios en la toma de decisiones bajo incertidumbre. Juicios que se desarrollan en el proceso de toma de decisiones del que se identifica como Sistema 1 o intuitivo, cuando se encuentra afectado por sesgos y heurísticas. Sesgos y heurísticas que conducen a la adopción de decisiones que no son las más beneficiosas para el individuo.

SÉPTIMA.- He elaborado, de forma original, la construcción del régimen jurídico del “nudge” como técnica de intervención que se proyecta sobre las diferentes formas, modalidades o tareas de actuación administrativa, estudiando y sistematizando los diferentes parámetros sobre los que se ha construido el análisis doctrinal de su ordenación jurídica.

TESI DOCTORAL

OCTAVA.- He desarrollado el instrumento jurídico en el que se prevea y diseñe la utilización de la técnica del “nudge público”, así como su aplicación, ya sea una disposición de carácter general, un plan, un programa, un convenio, un protocolo, un contrato, un acuerdo o un acto administrativo, estableciéndose que debe contener la evaluación de impacto de la Perspectiva cognitiva, como elemento de motivación de la actuación de la Administración, garantizándose la transparencia, la participación ciudadana y el correspondiente control judicial, especialmente cuando afecte a derechos reconocidos constitucionalmente.

NOVENA.- He constatado que algunas de las diferentes herramientas en que se manifiestan los “nudges públicos” eran aplicadas, en gran parte, en nuestro ordenamiento jurídico, con anterioridad a la obra de Thaler y Sunstein de 2008, en la que desarrollan su concepto y recomiendan su aplicación por los poderes públicos. Ello responde al efecto de la «mano invisible» identificado por Ullmann-Margalit y que Sunstein define como la «Arquitectura de la elección sin arquitectos». Su aplicación no responde a un análisis empírico sobre el comportamiento individual y colectivo, ni al conocimiento de diferentes herramientas cognitivas para orientar, estimular o modificar la conducta, respetando la libertad individual en el proceso de toma de decisiones, sino a la finalidad material de la norma en ejercicio de competencias constitucionales. Su potencialidad cognitiva la he puesto de manifiesto a partir de análisis empíricos efectuados por las ciencias conductuales, principalmente y de forma destacada, desde finales del siglo XX y principios del siglo XXI.

He concluido que la evidencia científica, resultado de estudios empíricos realizados, fundamentalmente, desde la psicología, la neurociencia cognitiva, la semiótica o la lingüística cognitiva, ha acreditado que determinadas normas y

TESI DOCTORAL

actuaciones de la Administración, del resto de poderes públicos y entes del sector público, en el contexto en que se han realizado, tienen un componente cognitivo, afectando la racionalidad, los errores en la cognición provocados por sesgos y heurísticas, y el funcionamiento del proceso de toma de decisiones en la identificación de dos Sistemas en la mente. Aspectos no tenidos en cuenta en el ordenamiento jurídico español por parte de la Administración, ni por el resto de poderes y entes del sector público, debido el desconocimiento de sus efectos cognitivos sobre el proceso de decisión individual y sobre el comportamiento colectivo y debido, asimismo, a la inexistencia de una regulación, como sí existe en relación a la Perspectiva de género, desde la aplicación del principio de igualdad.

DÉCIMA.- Considero después del estudio realizado en esta Tesis doctoral que la construcción dogmática del Derecho administrativo se ha centrado tradicionalmente desde el Derecho imperativo en el que la Administración define situaciones jurídicas e impone obligaciones a través del ejercicio de potestades administrativas. En esta visión tradicional el esfuerzo doctrinal se ha centrado en establecer un adecuado equilibrio entre derechos de la ciudadanía y potestades administrativas. Sin embargo, estamos asistiendo a un nuevo escenario en el que emerge cada vez con más fuerza una actuación informal, en el marco de un Derecho indicativo, que incide en el comportamiento de la ciudadanía. En este nuevo escenario he desarrollado la relevancia jurídica de adoptar el enfoque de la Perspectiva cognitiva, de tal forma que permita garantizar las situaciones jurídicas de la ciudadanía ante esta actuación no procedimentalizada pero que tiene una gran incidencia en sus derechos y libertades.

TESI DOCTORAL

UNDÉCIMA.- He constatado que la actuación de la Administración cuando se proyecta en el ámbito del derecho indicativo, pero también en el del derecho imperativo, puede caracterizarse por intervenir sobre la racionalidad del individuo, de forma directa o indirecta, incitándole la conducta, sin condicionarla ni imponerla, dejándole libertad de elección para que sienta su decisión como propia. Dicho aspecto caracteriza un carácter conductual en la actuación de la Administración, que se materializa en la utilización de la técnica del “nudge público”, y requiere que dicha actuación esté informada desde la Perspectiva cognitiva, para garantizar la dignidad del individuo y el libre desarrollo de su personalidad, en el diseño de la Arquitectura de la elección, en el que se tendrán en cuenta los resultados clínicos sobre el comportamiento individual y colectivo, a partir del conocimiento de una racionalidad limitada, condicionada por sesgos y heurísticas.

DUODÉCIMA.- He argumentado la proyección en el Derecho administrativo de la relevancia del error invalidante, cuando se corresponde con un error vicio en el consentimiento, por falta de la información y conocimiento en relación a una actuación de la Administración que le incita a una conducta, a partir de la evidencia científica de patrones de conducta y errores cognitivos en el proceso de toma de decisiones de los individuos. Ello comporta que se requiere que exista una evaluación en la intervención de la Administración del nivel de diligencia exigible en todo caso, teniendo en cuenta, en la aplicación de la técnica del “nudge público”, que la responsabilidad en la decisión adoptada por el individuo como propia, cuando sea coincidente con la opción incitada por la Administración, responde al resultado de una Arquitectura de la elección que

TESI DOCTORAL

incide indirectamente sobre la cognición, la racionalidad y la voluntad del individuo en su proceso de decisión.

DÉCIMOTERCERA.- He argumentado que la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, por parte de la Administración General del Estado, mediante la AESAN, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, acredita que se disponen de los elementos jurídicos necesarios para poder informarlo desde la Perspectiva cognitiva.

C. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS SUSCITADAS.

Me he formulado la siguientes preguntas que me han suscitado el objeto de la Tesis, a la cuales procedo a dar respuesta con el resultado de la investigación realizada.

El “nudge” (empujón suave), como técnica utilizada por la Administración pública, para dar relevancia, en la configuración de la Arquitectura de las elecciones individuales y del comportamiento colectivo por una alimentación saludable, a partir del enfoque de la Perspectiva cognitiva, a la opción considerada más beneficiosa para el individuo y/o para la colectividad, sin modificar el número, ni la naturaleza de las diferentes opciones de que se disponga, ni impida o dificulte su libre elección:

a) **¿podría identificarse como una técnica de carácter jurídico, de una nueva modalidad de actividad administrativa, como podría denominarse a una “actuación administrativa de carácter conductual”, o debe**

TESI DOCTORAL

reconducirse en alguna de las clasificaciones tradicionales de la doctrina científica?

En la investigación he argumentado que nos encontramos ante una técnica de intervención del Derecho sobre la cognición y, en esencia, sobre la racionalidad que se considera limitada, a partir del conocimiento de las reglas heurísticas, los sesgos cognitivos y las conexiones neurales en el individuo, con una finalidad social de interés general. Técnica de intervención administrativa caracterizada por la aplicación, esencialmente, de las Ciencias conductuales, la Neurociencia cognitiva, la Semiótica, la Lingüística cognitiva, o la Inteligencia artificial, en el diseño del comportamiento de la población, que tiene identidad propia como actuación de la Administración de carácter conductual. Dicha técnica se proyecta sobre toda la actuación de la Administración, y por lo tanto, se puede dar en el ejercicio de potestades y tareas de regulación, sancionadora, de estímulo, o de planificación, entre otras, cuando tengan un carácter híbrido, por responder en alguna de sus normas, actos o cualquier tipo de instrumentos jurídicos, a incitar una conducta determinada, según el resultado de la evidencia científica. Evidencia acreditada en estudios experimentales realizados, fundamentalmente, desde las ciencias conductuales, desde la neurociencia cognitiva, desde la semiótica o desde la lingüística cognitiva.

b) ¿requiere su recepción en el ordenamiento jurídico español de una regulación específica?

TESI DOCTORAL

En la investigación he argumentado que nos encontramos, en la actuación de la Administración de carácter conductual, con una afectación a los derechos individuales y colectivos, cuyo grado de intensidad variará según las personas y el entorno en el que se desarrollan sus vidas, según su nivel de accesibilidad cognitiva y según sus perfiles de comportamiento, más dominados por el Sistema 1 que por el Sistema 2, de funcionamiento de nuestra mente en el proceso de toma de decisiones.

Por dicho motivo y tal como se ha establecido en la regulación en materia de género, he motivado la necesidad que en la regulación contenida en la LRJSP y en la LPACAP, se incluya un contenido específico que prevea la actuación de la Administración de carácter conductual, tanto respecto a especificidades en el procedimiento, como respecto a la actuación administrativa de carácter informal. También, respecto al régimen jurídico en el que se establezcan su afectación y garantía de los derechos individuales.

Ello, junto con la afectación a los derechos y libertades públicas reconocidos en la CE, condicionan que el diseño de la Arquitectura de la elección requiera de una regulación contenida en una norma con rango de ley, y que se reconozca, respecto a los daños que se produjeran, la exigibilidad de la correspondiente indemnización, para evitar su dificultad de enjuiciamiento cuando la actuación de la Administración de carácter conductual, no se realice en una actividad administrativa formalizada, o ante la dificultad de prueba, por el carácter discrecional que la informa.

TESI DOCTORAL

c) ¿qué relevancia tiene el enfoque de la Perspectiva cognitiva, respecto de la actuación de la Administración?

Como he recogido en la Conclusión quinta, de las de carácter sustantivo, el enfoque de la Perspectiva cognitiva es el instrumento de la Administración pública para garantizar los derechos humanos y fundamentales, derechos constitucionales y libertades públicas, los valores superiores de la Constitución, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. He considerado que le es exigible a la Administración en el diseño de la Arquitectura de la elección y en su actuación de carácter conductual, mediante la intervención en el proceso de toma de decisiones de los individuos y en el comportamiento colectivo, utilizando la técnica del “nudge público”. El enfoque de la Perspectiva cognitiva, como se produce en el enfoque de la Perspectiva de género, requiere la existencia documental de motivación en la actuación de la Administración, en la del resto de poderes públicos y entes del sector público, que debe exigirse como requisito de validez de la misma. Exigencia que se predica de aquellos supuestos en los que se utilizan herramientas de la neurociencia o herramientas conductuales desde la psicología, la economía, la semiótica o la lingüística cognitiva. A partir de que, en el ámbito de la psicología, se tiene en cuenta cómo afectan las heurísticas y los sesgos cognitivos sobre la racionalidad, respecto a los juicios en la toma de decisiones bajo incertidumbre.

d) ¿qué régimen de garantías propias del Derecho administrativo español, se puede establecer en cuanto a su aplicación?

TESI DOCTORAL

En esta Tesis, me he referido a una actuación de la Administración de carácter conductual, que si bien puede proyectarse sobre un procedimiento formalizado, lo sería, en la mayoría de supuestos, en la fase previa de su diseño, en la Arquitectura de la elección. No existiendo para su validez, por regla general, la necesidad de un procedimiento formalizado, sí la construcción que he realizado del enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de la Administración. He considerado que si un acto, disposición general o cualquier tipo de instrumento jurídico resultado de la tramitación de un procedimiento, tiene efectos conductuales es, en general, por su carácter híbrido, y los principios y normas reguladores de la actuación de la Administración, del resto de los poderes públicos y entes del sector público, serán los que rijan dicho procedimiento formalizado. Teniendo en cuenta que la herramienta en que se manifiesta la técnica del “nudge público”, se podría encajar en la actividad informal de la Administración, con similitudes con la actuación no administrativa y de gobierno caracterizada por responder al ejercicio de una potestad discrecional.

He desarrollado como principios informadores más relevantes de la actuación de la Administración de carácter conductual, cuando pueda afectar derechos y libertades constitucionales, los de proporcionalidad, de buena fe y confianza legítima, y de racionalidad y razonabilidad, por afectar directamente a la ponderación de bienes jurídicos y a la expectativa del individuo en la convicción de que la actuación de la Administración es conforme a Derecho y a la protección de sus derechos constitucionales. En base a ellos, he establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva se proyecta en el ámbito de la Administración, en el derecho a la tutela administrativa efectiva, que se manifiesta en la garantía que tienen los ciudadanos de revisión de la actuación

TESI DOCTORAL

y actividad de la Administración. También he argumentado que sería exigible la posibilidad de indemnización, mediante la institución de la responsabilidad patrimonial, en los siguientes supuestos:

a. Si mediante la técnica del “nudge público” se afecta a la competencia, o a la marca de un producto, sin que exista una motivación de que la actuación de la Administración responde a la aplicación de un canon de proporcionalidad entre diferentes intereses afectados, prevaleciendo en la misma un interés público que requiere de protección.

b. Cuando la actuación de la Administración mediante la técnica del “nudge público”, tiene como resultado la colisión entre diferentes bienes jurídicos protegidos, y no se acredita que era la actuación menos restrictiva de los derechos de terceros.

c. Cuando la actuación de la Administración mediante la técnica del “nudge público”, limita de forma discriminatoria la accesibilidad de personas con dificultades cognitivas o cualquier tipo de discapacidad, o se genera en el individuo una reacción contraria a la conducta esperada, que pueda comportarle un perjuicio objetivable.

Pero también he considerado que cabe la exigencia de responsabilidad indemnizatoria. Ello se dará cuando la actuación de la Administración pueda conducir a las personas a las que se dirige, hacia decisiones equivocadas que les puedan generar un perjuicio o daño, en su persona o derechos, o una situación de inferioridad o menoscabo respecto a terceros. Lo que ocurrirá, ya

TESI DOCTORAL

sea mediante la técnica del “nudge público”, anudada a una Arquitectura de la elección para intervenir sobre los fallos en la racionalidad del individuo, motivados por sesgos y heurísticas, o ya sea mediante la utilización de «impulsores» para generar conocimiento que facilite la adopción de decisiones informadas, el diseño de reglas predeterminadas o cualquier otra herramienta en la que se manifieste el “nudge público”, o errores en el diseño de las Advertencias, o de la Información, o de la Recomendación.

e) ¿cómo evaluar la implantación del semáforo nutricional desde la Arquitectura de la elección?

He establecido directrices de evaluación, dentro de una propuesta original de Guía de Informe o Memoria de aplicación de la Perspectiva cognitiva que he elaborado:

Directriz Primera.- Evaluar *ex ante* (evaluación prospectiva) y *ex post* (evaluación retrospectiva), las consecuencias de la aplicación de la actuación administrativa de carácter conductual sobre los sectores, colectivos o individuos afectados por la misma, articulando un sistema de seguimiento de la Memoria e Informes que permita elaborar observaciones sobre la calidad de los mismos, con los estándares que se establezcan, desde las ciencias conductuales, la neurociencia, la lingüística cognitiva, la semiótica o la IA.

En el supuesto que analizo de la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, se tendrán en cuenta, además, los efectos del impacto sobre la competencia.

TESI DOCTORAL

Evaluación que también debe analizar el impacto económico y presupuestario de la actuación de la Administración, al caracterizarse por responder a una intervención que tiene unos bajos costes económicos y cognitivos. La evaluación debe ser realizada mediante juicios de valor, que deben fundarse en la información recogida y responder a un análisis sistemático en base a la metodología predefinida y pública, según la pertenencia de la herramienta utilizada a una disciplina concreta. Debe incluir recomendaciones que se correspondan con las conclusiones a las que se haya llegado durante el procedimiento de evaluación que lo será sobre el proceso de diseño e implementación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, sobre su ejecución y sobre sus resultados.

Directriz Segunda.- Debe supervisarse que todas las evaluaciones del impacto en los derechos sean revisados e inspeccionados por expertos independientes, intercambiando asimismo, los análisis de impacto realizados por otros niveles de Administración, esencialmente las Comunidades autónomas, compartiendo una Base de Datos estatal que integre todas las actuaciones realizadas por todas las Administraciones públicas, en la implantación del logotipo de información frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score.

Deben definirse o establecerse procesos multinivel, según proceda, para garantizar una supervisión independiente. Las evaluaciones de los efectos en los derechos individuales y colectivos, correspondientes a las actuaciones de las Administraciones públicas en la implantación del logotipo de información

TESI DOCTORAL

frontal en los alimentos, recogido en el modelo de «semáforo nutricional» Nutri-Score, deben ser de acceso público, evaluadas adecuadamente y supervisadas eficazmente. Ello puede reforzarse mediante la aplicación de métodos de ensayo dinámicos y la realización de ensayos preliminares, garantizando que las personas y grupos potencialmente interesados, así como los expertos competentes en el campo, sean consultados e intervengan en las fases de diseño, ensayo y revisión.

TESI DOCTORAL

COLOFÓN.

“El que ignora a qué puerto se dirige, no tiene ningún puerto bueno”. Séneca³⁷⁷.

A modo de cierre de una investigación que no finaliza en sus conclusiones, sino que se abre al debate jurídico-administrativo y a la posibilidad de desarrollar nuevas líneas de conocimiento, se concluye con una frase de Séneca que nos ha permitido dirigir los pasos de esta investigación al puerto que indicábamos al inicio de la Introducción, citando a Rossi (2004: 11-12), “la búsqueda del aumento de los conocimientos. Conocimientos en el sentido más amplio, comprensivo por tanto de las concienciaciones, de las comprensiones de hechos, de reglas, de conexiones; también de problemáticas”.

³⁷⁷ Frase de Séneca en *Cartas a Lucilio*, LXXI (Barcelona: Juventud, 1982: 193).

TESI DOCTORAL

BIBLIOGRAFIA

Acosta Gallo, P. (2019). Interés General. *Revista en Cultura de la legalidad*, 16, 173-182. DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4698>.

Aguado Cudolá, V. (2002). La beneficencia: de la actividad de policía al servicio público: el caso de la Mancomunidad de Cataluña. En Tornos Mas, J. *Los servicios sociales de atención a la tercera edad: el caso de Cataluña* (55-132). Valencia: Tirant lo Blanch.

-- (2021). *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*. Cizur Menor. Thomson Reuters-Aranzadi.

-- y Prado Pérez, R. (2014). Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del Estado del bienestar. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 87-110. Consultable en <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.004>.

Agudo González, J. (2013). Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 41-42, 123-172.

Akerlof, G. A. y Kranton, R. E. (2000). Economics and Identity. *The Quarterly Journal of Economics*, 115, 3, 715–753.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Akerlof, G. A. y Shiller, R. J. (2009). *Animal spirits: Cómo influye la psicología humana en la economía*. Barcelona: Gestión 2000.

-- (2016). *La economía de la manipulación. Cómo caemos como incautos en las trampas del mercado*. Barcelona: Deusto.

Alarcón García, G. (2010). El soft law y nuestro sistema de fuentes. En: Arrieta Martínez de Pisón, J.; Collado Yurrita, M.A. y Zornoza Pérez, J. (directores); Báez Moreno, A.; Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois, D.J. (coordinadores). *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

Alemanno, A.; Sibony, A.-L. –Eds.- (2017). *Nudge and the law. A european perspective*. Oregon (USA): Hart Publishing.

Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11, 3-14.

Alfaro Águila-Real, J. (2016). Reglas heurísticas. [Podcast]. Reglas heurísticas - Almacén de Derecho (<https://almacenederecho.org>)

Alonso Gallo, J. (2011). Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho Penal. *InDret*, 4, 1-30.

Amato, G. (2006). *Forme di Stato e forme di governo*. Bologna: il Mulino.

TESI DOCTORAL

Amoedo-Souto, C.-A. (2018). El Derecho administrativo español ante las neurociencias y el neuroderecho: Desarrollos y perspectivas. *Comunicación presentada en Seminario de Teoría y Métodos sobre neurociencias y Derecho Administrativo. Santiago de Compostela, 25 de mayo de 2018. IUS ET SCIENTIA*, Vol. 4, 1, 84-106.

Ariely, D. (2021). *Las trampas del deseo. Cómo controlar los impulsos irracionales que nos llevan al error*. Barcelona: Planeta-Booket.

Armayones Ruiz, M. (2020): El comportamiento, una bala contra la COVID-19, *Mente y cerebro*, 102, 22-28.

Arnáez Arce, V. M. (2014). Planificación participativa y actuación de las Administraciones Públicas. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 369-386. DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.015>

Auby, J.B. (2007). Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere, *Public Law Spring*, 40-57.

-- (2010). *La globalisation, le droit et l'État*. Paris: L.G.D.J. Lextenso editions.

Barón, L., Zapata Rotundo, G. J. (2018). Los sesgos cognitivos: de la psicología cognitiva a la perspectiva cognitiva de la organización y su relación con los procesos de toma de decisiones gerenciales. *Ciencia y sociedad*, 43-1, 31-48. DOI: <https://doi.org/10.22206/cys.2018.v43i1>. Pp 31-48

TESI DOCTORAL

Bacigalupo Saggese, M. (1997). *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons.

Baddeley, M. (2018). Economía conductual: pasado, presente y futuro. En VVAA. *¿Hacia una nueva ilustración? Una década trascendente* (pp. 296-310). Madrid: Open Mind. BBVA

Baena del Alcázar, M. (1968). Sobre el concepto de Fomento. *Revista de Administración Pública*, 54, 43-86.

Baiges Pla, E., Gibert Bosch, A., Pellisé de Urquiza, C., Tornabell González, I. (2009). *Better Regulation. Una estrategia ineludible*. Barcelona: ESADE-Instituto de Dirección y Gestión Pública.

Ballarín Morancho, J. –Coord.- (2017). *Estudios de Derecho alimentario en homenaje al Dr. Carlos Barros Santos*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

Bandrés Sánchez-Cruzat, J.M. (2016). Principios de actuación de la Administración. El interés general. En Bandrés Sánchez-Cruzat, J.M. y Parejo Alfonso, L. (coord.). *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa*. (pp. 683-689). Madrid: Iustel.

Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho público*, 5, 15-49.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Barnes, J. -Editor- (2006). *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*. Sevilla: Global Law Press-Editorial Derecho Global.

Barth Eide, W., and Kracht, U. –Eds.- (2005). *Food and human rights in development. Legal and institutional dimensions and selected topics (Vol I)*. Oxford (UK): Intersentia.

Barth Eide, W., and Kracht, U. –Eds.- (2007). *Food and human rights in development. Evolving issues and emerging applications (Vol II)*. Oxford (UK): Intersentia.

Basile, S. (1981). Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas. En García de Enterría Martínez-Carande, E. y Predieri A. (coord.). *La Constitución española de 1978*. (pp. 253-318). Madrid: Civitas.

Bauer, H. (1993). ¿Transformación radical en la doctrina del derecho administrativo? Las formas y las relaciones jurídicas como elementos de una dogmática jurídico-administrativa actual. *Documentación Administrativa*, 234, 133-160.

Bauman, Z. (2012). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Bazán López, J. L. y Madrid Ramírez, R. (1991). Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho. *Revista chilena de Derecho*, 18, 179-188.

TESI DOCTORAL

Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós.

Benson, B. (2016). *Cognitive bias cheat sheet. An organized list of cognitive biases because thinking is hard*. Consultable en Cognitive bias cheat sheet. An organized list of cognitive biases because thinking is hard. | by Buster Benson | <https://betterHumans.pub>.

Bermejo Pérez, D. (2005). *Posmodernidad: pluralidad y transversalidad*. Barcelona: Anthropos.

Berzosa López, D. (2011). El principio de servicio objetivo a los intereses generales en la Constitución y su traducción legislativa. *Revista Documentación Administrativa*, 289, 43-56.

Betancor Curbelo, D. (1995). El pensamiento filosófico-social en torno a la legislación inglesa de asistencia pública (Poor Laws). *Revista de Ciencias Jurídicas*, 0, 23-34.

Blanquer Criado, D. (2018). *Introducción al Derecho administrativo. Teoría y 100 casos prácticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.

Bombillar Sáenz, F.M. (2021). Respaldo del Derecho audiovisual y publicitario a las políticas públicas de lucha contra la obesidad infantil y fomento de hábitos de vida saludables. En Torres López, M. A. y Sánchez-Mesa Martínez, L. J.

TESI DOCTORAL

(Dir.), Bombillar Sáenz, F.M. (Coord.). *Hábitos de vida saludables y lucha contra la obesidad: Los retos del Derecho ante la salud alimentaria y la nutrición*. (Pp. 295-345). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

Bombillar Sáenz, F.M., Manca, R. Glomski, Ch. y Pica, A. (2021). Alimentación industrial y lucha contra la obesidad: Un punto de vista comparativo ético. En Torres López, M. A. y Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (Dir.), Bombillar Sáenz, F.M. (Coord.). *Hábitos de vida saludables y lucha contra la obesidad: Los retos del Derecho ante la salud alimentaria y la nutrición*. (Pp. 125-166). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

Bourcier, D. y Casanovas, P. (2003). *Inteligencia artificial y derecho*. Barcelona: Editorial UOC.

Bullinger, M. (2005). El *Service Public* francés y la *Daseinsvorsorge* en Alemania. *Revista de Administración Pública*, 166, 29-49.

Bunge, M. (2007). *La ciencia, su método y su filosofía*. México: Grupo Editorial Patria, Editorial-Sudamericana.

Cabrales Goitia, A. y Rey Biel, P. (2021). Más allá de los *nudges*: Políticas públicas efectivas basadas en la evidencia de las ciencias del comportamiento. *Revista Gestión y Análisis de políticas públicas*, 25, 38-45.

TESI DOCTORAL

Cano Campos, T. (2010). *El régimen jurídico-administrativo del tráfico (Bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones)*. Madrid: Civitas. Dirección General de Tráfico del Ministerio del Interior.

Carlóni, E. (2020). IA, algoritmos y Administración pública en Italia. *Revista de Internet, Derecho y Política*. UOC. 30, 1-12.

Carretero Pérez, A. (1970). La Teoría de los actos separables. *Revista de Administración Pública*, 61, 83-117.

Carrillo Guerrero, L. (2007). Argumentación y argumento. *Revista Signa*, 16, 289-320.

Carro Fernández-Valmayor, J. L. y Almeida Cerredá, M. (2015). Sobre la llamada actividad informal de la Administración Pública. En Rebollo Puig, M., López Benítez, M. y Carbonell Porras, E. (Coord). *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones públicas. Libro Homenaje al profesor Luis Cosculluela* (pp. 393-412). Madrid: Iustel.

Casaban Moya, E. y Candel Sanmartín, M. (2013). Imaginación e intelección. Mecanismos de la construcción del conocimiento: un problema científico-filosófico recurrente. *Revista Internacional de Filosofía*, 58, 81-94.

Cassese, S. (2021). *Advanced introduction to Global administrative law*. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing.

TESI DOCTORAL

-- (1998). Crisis y transformaciones del Derecho administrativo. *Documentación Administrativa*, 250-251, 215-225.

Castells Oliván, M. (2009). *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza Editorial.

Cerezo Prieto, M. (2021). *Nudges y promoción de hábitos saludables*. [Tesis doctoral], Universidad de Salamanca. Texto completo no disponible, facilitado por la autora. Teseo 691315.. Publicado capítulo 2, en parte en Cerezo Prieto, M. (2020). Sesgos cognitivos en la comunicación y prevención de la COVID-19. *Revista Latina de Comunicación Social*, 78, 419-435. <https://www.doi.org/10.4185/RLCS-2020-1483>.

Cicerón, M. T. (1989). *La República y las Leyes*. Madrid: AKAL.

Cierco Seira, A. (2006). *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*. Granada: Editorial Comares.

Collins, J. (2022). A critical behavioral economics and behavioral science reading list [Podcast]. A critical behavioral economics and behavioral science reading list – (<https://www.jasoncollins.blog>). Reproducido y traducido al castellano en Una lista crítica de lecturas sobre psicología económica y ciencia del comportamiento económico - Almacén de Derecho (<https://www.almacenederecho.org>).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Criado, J. I. (2021). Inteligencia Artificial (y Administración Pública). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 348-372.

Cukier, K., Mayer-Schönberger, V. y De Véricourt, F. (2021). *Framers. La virtud humana en la era digital*. Madrid: Turner.

Chevallier, J. (2019). Les Nudges dans la modernisation de l'action publique. Nudges et normativités. Généalogies, concepts et applications. In M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst, (dir.), *Nudges et normativités. Généalogiques, concepts et applications*, Hermann, 2018, pp. 227-238. Documento abierto consultable en: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02056338>

Chias Suriol, J. (1995). *Marketing público. Por un Gobierno y una Administración al servicio del público*. Madrid: McGraw-Hill.

Chihu Amparán, A. (2012). La teoría del framing: un paradigma interdisciplinar. *Acta Sociológica*, 59, 77-101. Consultable en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ras>.

Chomski, N. Dieterich, H. (2002). *La aldea global*. Tafalla (Navarra): Txalaparta.

Darnaculleta Gardella, M. (2002). *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. [Tesis doctoral]. Departamento de Derecho Público, Universidad de Girona. <http://hdl.handle.net/10803/7681>. Publicada en Madrid: Marcial Pons (2005).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

De Montalvo Jääskeläinen, F. (2021). La operatividad de los incentivos en la lucha frente a la obesidad: ¿se puede luchar a empujoncitos? En Torres López, M. A. y Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (Dir.), Bombillar Sáenz, F.M. (Coord.). *Hábitos de vida saludables y lucha contra la obesidad: Los retos del Derecho ante la salud alimentaria y la nutrición*. (Pp. 199-225). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

Dehouck, L. y Lenhof, J. B. (2019). Pour une nouvelle approche heuristique de la légistique. *Revue générale du droit*, 44127, 1-23 (www.revuegeneraledudroit.eu), Etudes et documents.

Díez Sastre, Silvia (2018). *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.

Dimitropoulos, G. (2015). Administrative Law 3.0 [Podcast, Blog of the *International Journal of Constitutional Law*]. ([https://www. iconnectblog.com](https://www.iconnectblog.com)).

Dodsworth, L. (2021). *El Estado del miedo. Cómo el gobierno británico convirtió el miedo en un arma durante la pandemia del COVID-19*. Santa Cruz de Tenerife: Melusina.

Domínguez Martín, R. (2015). La salud como bien público global en la agenda de desarrollo post-2015. *Salud-Jalisco*. 3, 120-131.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Eagleman, D. (2021). *Incógnito. Las vidas secretas del cerebro*. Barcelona: Anagrama.

Enrique Jiménez, A. M. (2018). Guía para implementar el método de estudio de caso en proyectos de investigación. Consultable en (PDF) Guía para implementar el método de estudio de caso en proyectos de investigación (researchgate.net).

España Pérez, J. A. (2021). Planificación digital: Un reto para las Administraciones Públicas. *Revista General de Derecho Administrativo, Iustel*, 57.

Esteve Pardo, J. (2010). La Recepción en la Europa continental del Derecho de la Regulación de la Economía. (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros). *Revista de Administración Pública*, 183, 295-307.

--(2012). La Extensión del Derecho Público. Una Reacción necesaria. *Revista de Administración Pública*, 189, 11-40.

-- (2015). La Administración garante. Una Aproximación. *Revista de Administración Pública*, 197, 11-39.

-- (2016). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

TESI DOCTORAL

Fernández de la Peña, M. (2016). Los principios políticos en Maquiavelo. Entre el arte del Estado y la moral. *Ingenium. Revista Electrónica de Pensamiento Moderno y Metodología en Historia de la Ideas*, 10, 75-91.

Fernández Segado, F. (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson

Flückiger, A. (2018). Gouverner par des «coups de pouce» (nudges): instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer? *Les Cahiers de droit*, 59(1), 199–227. <https://doi.org/10.7202/1043690a>.

Font Llovet, T. (2016). Organización y gestión en los Servicios de salud: El impacto del Derecho de la Unión Europea. En Parisio, V.; Aguado, V.; Noguera, B. (Dir.), (2016): *Servicios de interés general, Colaboración público-privada y Sectores específicos* (189-220). Valencia: Tirant lo Blanch, Torino: G. Giappichelli.

Gallego Anabitarte, A. (1994). *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*. Madrid: Civitas-Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

Galletti, M.; Vida, S. (2018). *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*. Roma: IF Press.

TESI DOCTORAL

Gambara, H. (1991): Incertidumbre y probabilidad subjetiva en la teoría de la decisión conductua. *Revista de psicología general y aplicada*, 44 (2), 199-208.

Gamero Casado, E. (2015). *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*. Granada: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

García Amado, J. A. (2019). Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual. [Podcast]. Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual - Almacén de Derecho (<https://almacenederecho.org>).

García Arteagoitia, S. (2019). El éxito y el potencial del nudge en las políticas públicas. *Revista Vasca de Gestión de personas y organizaciones públicas*. 3, 140-155.

García Costa, F. M. (2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. *Revista Documentación Administrativa*, 289, 21-42.

García Cotarelo, R. -comp.- (1981). *Introducción a la teoría del Estado*. Barcelona: Teide.

García de Enterría Martínez-Carande, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales,

TESI DOCTORAL

poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, 38, 159-208.

-- (1996). Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, 69-89.

-- (2007). *La administración española*. Madrid: Civitas

-- (2011). *Revolución francesa y Administración contemporánea*. Madrid: Civitas.

-- Y Fernández Rodríguez, T.R. (2020). *Curso de Derecho administrativo*. Tomos I y II. Madrid: Civitas.

García Inda, A. (2001). Régimen jurídico de la actividad publicitaria de las Administraciones públicas. *Cuadernos de Derecho público*, 12, 151-169.

García López, D. J. (2021). Los bienes comunes en el pensamiento de Stefano Rodotà. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 45, 284-301.

García-Andrade Gómez, J. (2021). *Las actuaciones administrativas sin procedimiento: Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

García-Trevijano Fos, J. A. (1959). Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del Hotel Andalucía-Palce” de Sevilla. *Revista de Administración Pública*, 28, 147-165.

García-Pelayo Alonso, M. (1949). La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein. *Revista de estudios políticos*, 47, 43-90.

-- (1987). *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*. Madrid: Alianza Editorial.

-- (1991). *Obras completas*. Tomo 2. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Garrido Falla, F. (1953). Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa. *Revista de Administración pública*, 11, 11-32.

-- (1961). *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (método jurídico y ciencia de la Administración)*. Sevilla: Instituto García Oviedo.

-- (1983). *Tratado de Derecho Administrativo. Vol II*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales.

Gaudemet, Y. (1994). Les actions administratives informelles. *Revue internationale de droit comparé*, 46-2, 645-654. Consultable en *Les actions administratives informelles* - *Persée* (www.persee.fr).
<https://doi.org/10.3406/ridc.1994.4894>.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Gigerenzer, G. (1991). How to make cognitive illusions disappear; Beyond “heuristics and biases”, *European Review of Social Psychology*, 2, 83-115. Consultable en <https://doi.org/10.1080/14792779143000033>.

-- (1996). On narrow norms and vague heuristics; A reply to Kahneman and Tversky, *Psychological Review*, 103 (3), 592-596. Consultable en <https://doi.org/10.1037/0033-295X.103.3.592>.

-- (2002). *Reckoning with Risk: Learning to Live with Uncertainty*. London-New York: Allen Lane the Penguin Press.

-- (2014). *Risk Savvy: How to Make Good Decisions*. London: Penguin Book.

-- (2015). *On the supposed evidence for libertarian paternalism*, *Review of Philosophy and Psychology*, 6 (3), 361-383. Consultable en DOI:10.1007/s13164-015-0248-1.

González Beilfuss, M. (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

González Rivas, Juan José (1996). Introducción al régimen jurídico general de los servicios públicos. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 28, 15-58.

Grande Serrano, P. (2022). El «carné por puntos», cuando aplicábamos las ciencias conductuales y no lo sabíamos. Consultable en el blog: “*Nudging*”

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

aplicado a la mejora de la Regulación". Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación (<https://rednmr.wordpress.com>).

Grimmelikhuijsen, S., Leth Olsen, A., Jilke, S., y Tummers, L. (2016). Behavioral Public Administration: Combining Insights from Public Administration and Psychology, *Public Administration Review*, May, 1-12. DOI: 10.1111/puar.12609.

Gröschner, R. (1993): La Ilustración del público como una tarea de la Administración. *Documentación Administrativa*, 235-236, 135-161.

Guariglia, C. E. (2005). Derecho público y derecho privado. ¿Dicotomía o falsa antinomia? *Revista de Derecho*, 7, 21-30.

Guichot Reina, E. (2009). *Publicidad y privacidad de la información administrativa*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.

Guiu Payà, J. (2013). *Jean-Jacques Rousseau. El pensador indignado del siglo XVIII*. Barcelona: Editorial UOC.

Han, B.-CH. (2014a). *En el enjambre*. Barcelona: Herder.

-- (2014b). *Psicopolítica*. Barcelona: Herder.

Hartwig, M. (2010). Pasado, presente y futuro del derecho público en Alemania. *Revista catalana de Dret públic*, 41, 1-25.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Heller, H. (1992). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

Helliwell, J. F., Layard, R., Sachs, J., and De Neve, J.E., eds. (2021). *World Happiness Report 2021*. New York: Sustainable Development Solutions Network.

Hernández Peña, J. C. (2013). Difuminación y colaboración público-privada en el Derecho administrativo europeo. *Revista jurídica de Navarra*, 55-56, 163-177.

Hobsbawn, E. J. (1979). *Las revoluciones burguesas (The Age of revolution. Europe 1789-1848)*. Barcelona: Labor.

Huergo Lora, A. (2012). Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada. *Revista de Administración pública*, 189, 41-73.

Ibáñez, A., Sedeño, L. y García, A. M. (2018). ¿Qué tiene que ver la neurociencia con los comportamientos sociales saludables?. Consultable en el blog del Banco Interamericano de Desarrollo: Gente saludable. <https://blogs.iadb.org/salud/es/que-tiene-que-ver-la-neurociencia-con-los-comportamientos-sociales-saludables/>.

Ibern Regàs, P. (2015). Determinantes personales y colectivos de los problemas de salud. ¿De quién es la responsabilidad? ¿Cómo se pueden asumir? En *Determinantes personales y colectivos de los problemas de salud*. (pp. 23-35). Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas –Cuadernos núm. 37-.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Iglesias Santos, J. (1979). *Derecho Romano*. Barcelona: Ariel.

Jiménez de Parga, M. (1974). *Los regímenes políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos.

Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios políticos*, 48, 41-54.

Joule, R.-V. y Beauvois, J.-L. (2002). *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*. Grenoble: Presses universitaires.

--(2006). *La soumission librement consentie: comment amener les gens à faire librement ce qu'ils doivent faire?* Paris: Presses universitaires de France.

Kahneman, D. (2003). Mapas de racionalidad limitada: Psicología para una economía conductual. *Revista Asturiana de Economía*, 28, 181-225. (Versión revisada en español, de la conferencia dada en Estocolmo, el 8 de diciembre de 2002, cuando recibió, junto con el profesor Vernon L. Smith, el Premio Nobel de Economía, Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas, dado en memoria de Alfred Nobel).

-- (2021). *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial.

-- y Tversky, A. (1974): Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, Vol. 185, 4157, 1124-1131.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

-- Sibony, O. y Sunstein, C. R. (2021). *Ruido. Un fallo en el juicio humano*. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial.

Kelsen, Hans (1979). *Compendio de teoría general del Estado*. Barcelona: Blume.

Kingsbury, K.; Stewart, R.B. (2016). *Hacia el Derecho administrativo global: Fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. Sevilla: Global Law Press/Editorial Derecho global; Madrid: Instituto de Administración Pública.

Kuhn, T.S. (2005). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura económica.

Lakoff, G. (2020). *No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político*. Barcelona: Península-Edicions 62.

Larraz Istúriz, C. (2015). *Accesibilidad cognitiva*. Madrid: IMSERSO/Centro de Referencia Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas.

Lence Reija, C. (2017). La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas. *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel), 46. Consultable en: La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas (<https://www.laadministracionaldia.inap.es>)

Lessig, L. (2001). *El código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

López Pulido, J.P. (1997). El gerente municipal. Una aproximación al cambio en la acción de gobierno y la gestión pública. *Revista de Estudios de Administración local y autonómica del Ministerio de Administraciones Públicas*, 274, 401-443.

-- (2020). Los Entes locales ante la realidad disruptiva digital, por la implantación de la Inteligencia artificial, la robótica y la tecnología cuántica. Consideraciones jurídicas. *Revista La Administración Práctica – Thomson Reuters-Aranzadi*, 7, 61-72.

-- (2021). El derecho de acceso a los algoritmos y al código fuente, en la actuación administrativa automatizada y su afectación en las entidades locales. *Revista La Administración Práctica – Thomson Reuters-Aranzadi*, 11, 43-53.

Malaret García, E. (2003). Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?, *Revista de Estudios de Administración local y autonómica del Ministerio de Administraciones Públicas*, 291, 567-608.

-- (2008). Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea pública: la regulación económica, *Diritto pubblico*, Vol. 14, 2, 535-586.

Mannori, L. (1997). *Magistrati e potere nella storia europea*. Bologna: R. Romanelli (Traducción española a cargo de Agüero, A. y Solla, M. J. del capítulo Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen).

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Maquiavelo, N. (1997). *El Príncipe*. Barcelona: Óptima.

Markus, J.-P. (2022). Le *nudge* administratif. *Revue française de Droit administratif*, 1, 85-96.

Martín Mateo, R. (1991). *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol1. Madrid: Trivium.

-- y Díez Sánchez, J.J. (2012). *Manual de Derecho Administrativo*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

Martín Nájera, S. A. (2015). El Efecto Nudge. *Revista de los órganos autónomos de control externo*, 65, 41-45.

Martín-Retortillo Baquer, L. (1962). La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "*Daseinsvorsorge*". *Revista de Administración Pública*, 38, 35-65.

Martínez de Oporto, P. (2019). *Desde el aprendizaje de lo cotidiano al actual sistema de bienestar: El desarrollo educativo como limitador de la exclusión social*. [Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia]. MARTINEZ_DE_OPORTO__Pablo_Tesis.pdf (uned.es)

Martínez de Pisón, J. (2006). El Derecho a la salud un derecho social esencial. *Derechos y libertades*, 14, II, 129-150.

TESI DOCTORAL

Martínez Pastor, E. (2012). Publicidad institucional de las Administraciones públicas: marco jurídico y controversias. *Revista Comunicación y hombre*, 8, 51-63.

Marty, F. (2013). Comentarios a la Tesis del profesor Ogus desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. En Auby, J-B. y Perroud, T. (ed.). *La evaluación de impacto regulatorio*. (pp. 93-115). Madrid: Global Law Press-Editorial Derecho Global e Instituto Nacional de Administración Pública.

Masucci, A. (2011). Formación y evolución del Derecho Administrativo en Francia y Alemania. *Revista de Administración Pública*, 184, 9-39.

Maurer, H. (2011). *Derecho administrativo. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.

Mayos, G. (2007). *La Ilustración*. Barcelona: Editorial UOC

Mazuelos, A. (2004). Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces? *Revista electrónica de estudios internacionales*, 8, 1-40.

Medina-Molina, C., Rey-Moreno, M., Pérez-González, B., y Rufín, R. (2018). Sesgos cognitivos y uso del e-gobierno. Una perspectiva conductual. *Gestión y análisis de Políticas Públicas*, 19, 88-106.

Meilán Gil, J. L. (2011). *Una aproximación al Derecho administrativo global*. Sevilla: Global Law Press/Editorial Derecho global.

TESI DOCTORAL

Michie, S.; van Stralen, M. M.; y West, R. (2011). The behavior change wheel: A new method for characterising and designing behavior change interventions. *Implementation Science*, 6:42. Publicación en línea. DOI: <https://doi.org/10.1186/1748-5908-6-42>

Migliore, T. (2021). Nudge. La décision artifiée. *Actes Sémiotiques*, 124, [En ligne]. Disponible en Nudge. La décision artifiée (unilim.fr)

Miguez Macho, L. (2011a). El principio de objetividad de la Administración. Presentación. *Revista Documentación Administrativa*, 289, 11-17.

-- (2011b). El principio de objetividad en el procedimiento administrativo. *Revista Documentación Administrativa*, 289, 99-127.

Míguez Núñez, R. (2013). Jurisprudencia italiana comentada. *Revista chilena de derecho privado*, 21. Consultable en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200009>

Miller, L. (2021). Economía del comportamiento, políticas conductuales y nudges. *Revista de Gestión y Análisis de políticas públicas*, 25, 46-57.

Miranda Escolar, B., y Fernández Arufe, J. E. (2018). Economía conductual, irracionalidad e incertidumbre en la Unión europea. *Revista de Estudios de economía aplicada*, 36-1, 49-66.

TESI DOCTORAL

Monereo Pérez, J. L. (2015). William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de seguridad social. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 4, 279-305.

Montero Pascual, J. J. (2014). La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 23-44.

Morell Ocaña, L. (2000). El aislamiento conceptual de la actividad técnica de la Administración: tres claves para un problema. En Sosa Wagner, F. (coord.). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. (pp. 1235-1252). Valencia: Tirant lo Blanch.

Moreu Carbonell, E. (2018). Integración de *nudges* en las políticas ambientales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIX, 451-485.

-- (2022). *Nudges* y Derecho público, oportunidad y regulación. En Ponce Solé, J. (coord.). *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*. (Pp. 83-109). Madrid: Marcial Pons.

Mouzelis, M. P. (1975). *Organización y burocracia*. Barcelona: Península.

Münch, I. (2009). La dignidad del Hombre en el Derecho constitucional alemán. *Foro*, 9, 107-123.

TESI DOCTORAL

Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *INDRET. Revista para el análisis del Derecho*, Abril, 2, 1-39.

-- (2019). Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica. *INDRET. Revista para el análisis del Derecho*, Octubre, 4, 1-54.

Muñoz Machado, S. (2000). *La regulación de la red. Poder y Derecho en internet*. Madrid: Taurus.

-- (2005). El reformismo del último tercio del siglo XVIII. La figura de Campomanes. En VVAA. *Reformistas y reformas en la Administración española* (Seminario de Historia de la Administración). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

-- (2015a). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

-- (2015b). La búsqueda de la felicidad. *Discurso con ocasión de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Córdoba, el 6 de octubre de 2015*. [PDF en línea]. Consultable en [Discurso_Munoz_Machado_honoris_causa_Cordoba.pdf](#) (rae.es).

TESI DOCTORAL

Narváez Mora, M. (2012). El impacto de la neurociencia sobre el derecho: El caso de la responsabilidad subjetiva. *Revista telemática de filosofía del derecho*, 15, 195-230.

Nieto García, A. (1975). La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo, *Revista de Administración Pública*, 76, 9-30.

-- (1991). La Administración sirve con objetividad los intereses generales. En Martín-Retortillo, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española, libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III (pp. 2185-2253). Madrid: Civitas.

Orobon, F. (2013). Le «paternalisme libéral», oxymore ou avenir de l'État-providence ? *Revue Esprit*, 7, 16-29. Consultable en Le «paternalisme libéral», oxymore ou avenir de l'État-providence ? | *Revue Esprit* (presse.fr).

Ortega Álvarez, L. (1994). El reto dogmático del principio de eficacia. *Revista de Administración pública*, 133, 7-16.

Ortiz Díaz (2000). El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo. Algunas consideraciones de cara al año 2000. En Sosa Wagner, F. (coord.). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. (pp. 63-117). Valencia: Tirant lo Blanch.

TESI DOCTORAL

Osoro Pérez-Puchal, O. (2000). Funcionalismo e intenciones jurídicas: método de traducción jurídica. Consultable en 02-montaje puentes 2.pdf (ugr.es) (pp.61-68).

Parada Vázquez, J. R. (2007). *La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal*. Madrid: Thomson-Civitas.

Parejo Alfonso, L. (1991a). *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales.

-- (1991b). Constitución y valores del ordenamiento. En Martín-Retortillo Baquer (coord.), S. *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. 1. (pp. 29-134). Madrid: Civitas.

-- (2010). *Lecciones de Derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

-- (2020). La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan. *Revista de Derecho público: Teoría y Método*. Vol 1, 7-40. Consultable en Marcial Pons. <http://www.revistasmarcialpons.es>

Parisio, V. (edit.), (2015). *Food Safety and Quality Law: A Transnational Perspective*. Torino: G. Giappichelli Editore.

TESI DOCTORAL

Parisio, V.; Aguado, V.; Noguera, B. (dir.), (2016): *Servicios de interés general, Colaboración público-privada y Sectores específicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, Torino: G. Giappichelli Editore.

Pastor Pérez, L. y Juste Garrigós, J. (2010). Persuasión bajo la línea de flotación. Investigaciones sobre la vía heurística en los medios de comunicación. *Anàlisi: quaderns de comunicació i cultura*, 40, 47-67.

Pemán Gavín, J. (1989). Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el estado de las autonomías. *Revista de Administración Pública*, 119, 173-198.

-- (2005). *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*. Granada: Comares.

Pena-Trapero, B. (2009), La medición del Bienestar Social: una visión crítica. *Revista de Estudios de Economía aplicada*, 27 (2), 299-324.

Pérez Crespo, S. (s. f.). Tras la web 2.0, cómo puede la administración aprovechar las tecnologías de la web 3.0. *Documento de Telefónica I+D*. Consultable en <https://administracionelectronica.gob.es> (32estrategias (2).pdf)

Pérez Fernández-Turégano, C. (2005). Las propuestas reformistas de los ilustrados. En VVAA. *Reformistas y reformas en la Administración española* (Seminario de Historia de la Administración). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

TESI DOCTORAL

Pérez-Prat Durbán, L. (2004). *La provincia del Derecho Internacional*. Madrid: Dykinson.

Pinker, S. (2020). *En defensa de la Ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*. Barcelona: Paidós.

--(2021). *Racionalidad. Qué es, por qué escasea y cómo promoverla*. Barcelona: Paidós.

Pitschas, R. (2006). El derecho administrativo de la información. La regulación de la autodeterminación informativa y el Gobierno electrónico. En Barnes, J. (Ed.). *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*. Sevilla: Global Law Press-Editorial Derecho Global.

Ponce Solé, Juli (2014). Nudging, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales. En *Actas del IX Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho administrativo. Santiago de Compostela 7 y 8 de febrero de 2014*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

-- (2017). Neurociencia, Derecho y toma de decisiones relativas a políticas públicas: nudging. *Nota 3/2017*. TRANSJUS-Institut de recerca. Facultat de Derecho. Universidad de Barcelona.

TESI DOCTORAL

-- (2018). Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública. *Revista Vasca de Gestión de personas y organizaciones públicas*, 15, 8-27.

-- (2021a). Derecho conductual y nudges: implicaciones jurídicas y lingüísticas. *Revista de Gestión y Análisis de políticas públicas*, 25, 58-72.

-- (2021b). Los incentivos (nudges) digitales y los diseños oscuros (dark patterns): arrojando algo de luz a la oscuridad. Consultable en el blog: “*Nudging aplicado a la mejora de la Regulación*”. *Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación* (<https://rednmr.wordpress.com>).

-- (2021c). Inteligencia artificial y acicates: Hypernudge y nudging de precisión. Consultable en el blog: “*Nudging aplicado a la mejora de la Regulación*”. *Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación* (<https://rednmr.wordpress.com>).

-- (2021d). Acicates (*nudges*) digitales y regulación administrativa: inteligencia artificial y derecho a una buena administración en la gestión postpandemia. Consultable en el blog: “*Nudging aplicado a la mejora de la Regulación*”. *Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación* (<https://rednmr.wordpress.com>)

-- (coord.) (2022). *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*. Madrid: Marcial Pons.

TESI DOCTORAL

Ponce de León Solís, V. (2021). El *nudge* desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación. *Revista Chilena de Derecho*, 48 (1), 29-53.

Pons Rafols, X. (Ed.), (2013). *Alimentación y Derecho internacional. Normas, instituciones y proceso*. Madrid: Marcial Pons.

Prats Catalá, J. (2001). Ilustración, Administración Pública y Sociedad civil (Archivo PDF). A_Ilustracion_admin_publica_y_sociedad_civil.pdf (upv.es).

Prieto Álvarez, T. (2005). *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Madrid: Thomson-Civitas.

Pro, J. (2017). El modelo francés en la construcción del Estado español: el momento moderado. *Revista de Estudios Políticos*. 175, 299-329. Consultado en DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.175.10>.

Puaschunder, J. (2020). *Behavioral Economics and Finance Leadership. Nudging and Winking to Make Better Choices*. Cham: Springer Nature Switzerland AG.

Quezada Rodríguez, F. (2021). Origen de la noción de servicio público en el derecho francés y su recepción en el Derecho español. Un enfoque crítico. *Revista de Administración pública*, 216, 141-168. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.05>.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Rawls, J. (2010). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

-- (2015). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona: Paidós.

Rivero Ortega, R. (2015). Nudge y arquitectura de decisiones y su impacto en el comportamiento y la eficiencia de las políticas públicas. *Comunicación presentada en XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lima, Perú, 10 a 13 de noviembre, 2015*.

-- (2020). *¿Para qué sirve el Derecho?* Santiago de Chile: Olejnik.

Rodríguez de Santiago, J. M. (2015). Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial. *INDRET Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2015, 1-45.

Rodríguez Pontón, F. J. (2005). *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

Rodríguez Portugués, M. A. (s.f). El contenido esencial de la libertad de empresa. Algunas consideraciones jurídicas. *Documento de la Universidad de Córdoba*.

Consultable en: https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/7567/dyo9_9.pdf?)

TESI DOCTORAL

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2008). La centralidad de la persona en el régimen jurídico de los consumidores y usuarios. En Rodríguez-Arana Muñoz, J. y Canosa Usera, R. (ed.), López Álvarez, L. F. y Meseguer Velasco, S. (coord.). *Derecho de los consumidores y usuarios. Una perspectiva integral*. (Pp. 1-29). La Coruña: Netbiblo.

-- (2012). El interés general en el Derecho Administrativo: Notas introductorias. *Revista Jurídica de Canarias*, 24, 41-54.

-- (2013). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Revista Misión jurídica*, 6 (6), 23-56. DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.60>

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Fernández López, M. F. (1986: 332). *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos.

Rosado Pacheco, S. (2000). *El Estado administrativo en la España del siglo XIX: Liberalismo e intervencionismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Royo Bordonada, M. A. (2013). *La alimentación y el consumidor*. Madrid: Escuela Nacional de Sanidad-Instituto Carlos III.

Ruiz Martínez-Cañavate, M. (2015). Neurociencia, Derecho y Derechos Humanos. *Revista de Derecho UNED*, 17, 1249-1277.

TESI DOCTORAL

Russell, B. (1975). *La perspectiva científica*. Barcelona: Ariel.

Ryszard Kosmider, M. (2018). El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad en los sistemas constitucionales alemán y español. *Revista de Derecho de la UNED*, 23, 667–706, <https://doi.org/10.5944/rduned.23.2018.24038>.

Sánchez Herráez, P. (2022). ¡Revolución industrial 4.0!: ¿Un nuevo siglo de revueltas en el Mediterráneo? *Documento de Análisis Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa, 01*. Consultable en: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2022/DIEEEA01_2022_PED SAN_Revolucion.pdf.

Sánchez Morón, M. (2008). *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Tecnos.

Santana Herrera, M.S. (2010). El Derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. *Revista de Derecho constitucional europeo*, 14, 427-447.

Santana Ramos, E.M. (2014). Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 29, 99-113.

Šarčević, S. (1997). *New approach to legal translation*. The Hague; Boston: Kluwer Law International.

TESI DOCTORAL

Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2008). *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas.

Schmidt-Assmann, E. (1993): La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. *Documentación Administrativa*, 235-236, 7-31.

--(2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons.

--(2006): La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, 171, 7-34.

Schulze-Fielitz, H. (1993). ¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa? *Documentación Administrativa*, 235-236, 89-112.

Seuba Hernández, X. (2010). *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*. Madrid: Marcial Pons.

Shiller, R. J. (2019). *Narrative Economics: How Stories Go Viral and Drive Major Economic Events*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Shulte, M. (1993). Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud. *Documentación Administrativa*, 235-236, 113-133.

Silveira Gorski, H. C. (2018). Esfera pública y derecho a la alimentación. En Martín López, M. A. (coord.). *Haciendo realidad el derecho a la alimentación en España*. Pp. 49-69. España: Ediciones Egregius.

Effoduh, J. O. (2016). "The Fourth Industrial Revolution by Klaus Schwab." *The Transnational Human Rights Review* 3. Consultable en:
<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/thr/vol3/iss1/4>

Sibony, A.-L., Helleringer, G. (2017). EU Consumer Protection and Behavioral Sciences: Revolution or Reform? En Alemanno, A.; Sibony, A.-L. –Eds.-, *Nudge and the law. A european perspective* (pp. 209-233). Oregon (USA): Hart Publishing.

-- y Alemanno, A. (2016). L'analyse comportementale du Droit manifesté pour un nouveau champ de recherche en Europe. *Revue Internationale de Droit Économique*. 315-338. Consultable en DOI: 10.397/ride.303.0315.

Simon, H. A. (1956). Rational choice and the structure of the environment. *Psychological Review*, 63, 129-138. Consultable en
<https://doi.org/10.1037/h0042769>.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

-- (1979). Information Processing Models of Cognition. *Annual Review of Psychology*, 30, 363-396.

Consultable en <https://doi.org/10.1146/annurev.ps.30.020179.002051>.

Solozábal Echevarría, J. J. (2003). Los límites de los derechos y el sistema normativo. *Derecho privado y Constitución*, 17, 449-478.

Sunstein, C. R. (2012). Análisis conductual del Derecho. *Themis-Revista de Derecho*, 62, 53-64.

-- (2014a). *(más) Simple. El futuro del Gobierno*. Madrid: Marcial Pons.

-- (2014b). Nudging: A Very Short Guide. 37 *J. Consumer Pol'y* 583.
Consultable en <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16205305>

-- (2017). *Paternalismo libertario*. Barcelona: Herder.

-- (2020). *La conformidad. El poder de las influencias sociales sobre nuestras decisiones*. Mexico: Instituto Nacional Electoral y Libros Grano de Sal.

Taleb, N. N. (2011). *El cisne negro. El impacto de lo altamente improbable*. Barcelona: Paidós.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Thaler, R. H y Sunstein, C. R. (2020). *Un pequeño empujón: (nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Madrid: Taurus.

--(2021). *Nudge. The final edition*. Dublin: Allen Lane-Penguin Random House.

Tocqueville, A. de (1978). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.

Tornos Mas, J. (2000). La actividad de regulación. En Sosa Wagner, F. (coord.). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. (pp. 1235-1252). Valencia: Tirant lo Blanch.

-- (2016). La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales. *El CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho (Iustel)*, 58-59.

Torres López, M. A. y Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (Dir.), Bombillar Sáenz, F.M. (Coord..) (2021). *Hábitos de vida saludables y lucha contra la obesidad: Los retos del Derecho ante la salud alimentaria y la nutrición*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

Torres López, M. A. (2021). La información nutricional de los alimentos. El etiquetado frontal: obligaciones o recomendaciones. En Torres López, M. A. y

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (Dir.), Bombillar Sáenz, F.M. (Coord.). *Hábitos de vida saludables y lucha contra la obesidad: Los retos del Derecho ante la salud alimentaria y la nutrición*. (Pp. 389-409). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

Touchard, J. (1979). *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos.

Ulen, T. S. (2015). La importancia del derecho conductual. *Revista de Teoría del derecho de la Universidad de Palermo*, Año II, 1, 25-65.

Utrilla Fernández-Bermejo, D. (2020). La relación jurídica en el sistema de Derecho Administrativo. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método. Marcial Pons*, Vol. 2, 73-118.

Consultable en: <http://www.revistasmarcialpons.es>

Van Aaken, A. (2017). Judge the Nudge: In Search of the Legal limits of Paternalistic Nudging in the EU. En Alemanno, A.; Sibony, A.-L. –Eds.- (2017). *Nudge and the law. A european perspective*. (Pp. 82-112). Oregon (USA): Hart Publishing.

Vasak, K. (1977). La larga lucha por los Derechos humanos. *El Correo de la Unesco*, Noviembre, 29-32.

Vázquez, C. (1985). Limitaciones y sesgos en el procesamiento de la información: Más allá de la teoría del hombre como científico. *Estudios de Psicología*, 23/24, 111-133.

TESI DOCTORAL

Velasco Caballero, F. (1998). *La Información administrativa al público*. Madrid: Montecorvo

-- (2018). "Nudges" y Derecho administrativo. Consultable en su blog: "*Nudges*" y *Derecho administrativo – Blog de Francisco Velasco (wordpress.com)*

-- (2020). *Administraciones públicas y Derechos administrativos*. Madrid: Marcial Pons.

Velasco Rico, C. (2021). Un intento de reconstrucción de la actividad administrativa informal. *Revista de Derecho público: Teoría y Método*. Marcial Pons. <http://www.revistasmarcialpons.es>

Villabella Armengol, C. M. (2009): *La metodología de la investigación y la comunicación jurídica*. México: Universidad Autónoma de Puebla y el Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla.

Villatoro, P. (2012). *La medición del Bienestar a través de indicadores subjetivos: Una revisión*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Von Justi, J.H.G. (1996). *Ciencia del Estado. Elementos Generales de policía*. México: Instituto de Administración Pública.

VVAA. (1993). *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a finales del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*. Madrid: Civitas. 3 Tomos.

TESI DOCTORAL

VVAA. (2018). *¿Hacia una nueva ilustración? Una década trascendente.* Madrid: Open Mind. BBVA

Watari, T. (2019). El Derecho administrativo de Japón. En Oropeza García, A. (Coord.). *Japón. Una visión jurídica y geopolítica en el siglo XXI.* (pp. 103-130). México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones jurídicas.

Weber, M. (1979). *Economía y Sociedad.* En Winckelmann, J. (ed.) México: Fondo de Cultura Económica.

-- (1985). *¿Qué es la Burocracia?* Buenos Aires: Leviatán.

-- (2001). El Parlamento como Gobierno. Obras políticas. En Monereo Pérez, J. L. (ed.), *Sociología del Derecho.* Granada: Comares.

Weil, P. (1966). *El Derecho administrativo.* Madrid: Taurus.

White, L. D. (1949). Introduction in the study of Public Administration. Obra comentada por Garrido Falla, F., en *Revista de Administración Pública*, 2, 284-288.

Whitehead, M. y Dahlgren, G. (2010). Conceptos y principios de la lucha contra las desigualdades sociales en salud: Desarrollando el máximo potencial de salud para toda la población –Parte 1-. *Oficina regional de la OMS para*

TESI DOCTORAL

*Europa. Ministerio de Sanidad y Política social. Accesible en: internoC.indd
<https://www.sanidad.gob.es>*

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid:
Trotta.

TESI DOCTORAL

NORMATIVA CONSULTADA DE MAYOR RELEVANCIA

UNIÓN EUROPEA

Reglamento (CE) núm. 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos.

Reglamento (UE) núm. 1169/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1924/2006 y (CE) núm. 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan la Directiva 87/250/CEE de la Comisión, la Directiva 90/496/CEE del Consejo, la Directiva 1999/10/CE de la Comisión, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 2002/67/CE, y 2008/5/CE de la Comisión, y el Reglamento (CE) núm. 608/2004 de la Comisión.

Reglamento (UE) núm. 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Reglamento (UE) 2019/649 de la Comisión, de 24 de abril de 2019, que modifica el anexo III del Reglamento (CE) 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a las grasas trans, que no sean las grasas trans presentes de forma natural en las grasas de origen animal.

TESI DOCTORAL

ESPAÑA

Constitución Española.

Código Civil.

Código Penal.

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria.

Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad alimentaria y Nutrición.

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

TESI DOCTORAL

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Ley 6/2022, de 31 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

TESI DOCTORAL

Real Decreto legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el cual se aprueba el
Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público.

Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los servicios de
información administrativa y atención al ciudadano

Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma
general de Etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios

TESI DOCTORAL

DOCUMENTOS CONSULTADOS CON MAYOR RELEVANCIA

UNIÓN EUROPEA

Libro Blanco de la Comisión Europea «La Gobernanza Europea», de 25 de julio de 2001 [COM (2001) 428 final].

Comunicación de la Comisión de la Unión Europea, de 8 de octubre de 2010, COM (2010) 543 final, sobre normativa inteligente en la Unión Europea.

Informe COM(2020) 207 final, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de mayo de 2020, sobre la utilización de formas adicionales de expresión y presentación de la información nutricional.

Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los *nudges* en las políticas europeas”, ponente Thierry Libaert, aprobado por el Pleno en fecha 21/01/2016 (Dictamen de iniciativa 2017/C 075/05).

ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure. 2014. Edited by Herwig C. H. Hofmann, Jens-Peter Schneider and Jacques Zille (directores), Jean-Bernard Auby, Paul Craig, Deirdre Curtin, Giacinto della Cananea, Diana-Urania Galetta, Joana Mendes, Oriol Mir, Ulrich Stelkens, Marek Wierzbowski. Consultable en «Briefadresse» (<http://www.reneual.eu>). Versión española

TESI DOCTORAL

Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea.
(<http://www.reneual.eu>)

CONSEJO DE EUROPA

Declaración de 13 de febrero de 2019, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las capacidades de manipulación de los procesos algorítmicos. Consultable en: *Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes - Newsroom* (<https://www.coe.int>).

Recomendación CM/Rec (2020) 1, de 8 de abril de 2020, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos. Consultable en: *Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems - Committee of Ministers: selection and most recent Adopted Texts* (<https://www.coe.int>)

NACIONES UNIDAS

Informe de Naciones Unidas, 2021: Behavioral Science Report (Informe sobre Ciencias del comportamiento). Consultable en:
https://www.uninnovation.network/assets/BeSci/UN_Behavioral_Science_Report_2021.pdf

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

BANCO MUNDIAL

Informe del Banco Mundial sobre el Desarrollo mundial, 2015: Mente, Sociedad y Conducta. doi: 10.1596/978-1-4648-0342-0. Consultable en <https://openknowledge.worldbank.org>.

OCDE

Conclusiones OCDE 2015: Behavioral Insights and New Approaches to Policy Design. International Seminar París 23/01/2015. Consultable en: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioral-insights-summary-report-2015.pdf>.

Informe OCDE 2017: Aplicación de la ciencia conductual en las políticas públicas y su afectación en la actuación de la Administración pública. (Behavioral Insights and Public Policy: Lessons from Around The World, OECD publishing).

Informe OCDE 2018: La integridad pública desde una perspectiva conductual. El factor humano como herramienta anticorrupción. Consultable en: [La integridad pública desde una perspectiva conductual: El factor humano como herramienta anticorrupción | es | OCDE | https://www.oecd.org](https://www.oecd.org)

FRANCIA

Rapport public 1999, del Consejo de Estado francés, de 30 de noviembre de 1998. Réflexions sur l'intérêt général.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Rapport public 2013, del Consejo de Estado francés, de 2 de octubre de 2013.
Étude annuelle du Conseil d'État pour l'année 2013. Le droit souple.

Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts
(2017). Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Reglement d'usage du logo «NUTRI-SCORE». Santé publique France. Version
du 31 janvier 2022 approuvée par Santé publique France (Reglamento de la
utilización del logotipo Nutri-Score).

Charte graphique «NUTRI-SCORE». Santé publique France. Novembre 2020
(Carta gráfica de la utilización del logotipo Nutri-Score).

NUTRI-SCORE: Évolution de sa notoriété, sa perception et son impact sur les
comportements d'achat déclarés entre 2018 et 2020. Santé publique France.
Janvier 2021 (Evaluación del conocimiento y percepción del logotipo Nutri-
Score).

ALEMANIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (2009). *Extractos de
las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. México, Berlín:
Fundación Konrad Adenauer.

REINO UNIDO

Front of Pack Nutritional Signpost Labelling Technical Guidance. Issue 1.
January 2007 (Guía para la implantación del etiquetado frontal. Parte 1).

TESI DOCTORAL

Front of Pack Nutritional Signpost Labelling Technical Guidance. Issue 2. November 2007 (Guía para la implantación del etiquetado frontal. Parte 2).

Building on the success of front-of pack nutrition labelling in the UK: a public consultation. Building on the success of front-of pack nutrition labelling in the UK: a public consultation. This consultation closes on 21 October 2020 (Evaluación de la implantación del etiquetado frontal).

Informe del Institute for Government, del Gobierno del Reino Unido, de 2010, "MINDSPACE: Influencing behavior through public policy" (MINDSPACE: influenciar el comportamiento mediante las políticas públicas). Consultable en: [Going with the grain: influencing behavior through public policy \(https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publication/MINDSPACE.pdf\)](https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publication/MINDSPACE.pdf)

Informe The Behavioral Insights Team, Gobierno del Reino Unido. Hallsworth, M., Egan, M., Jill Rutter, J. i McCrae, J. (2018): Gobierno conductual. Aplicación de las ciencias del comportamiento para mejorar la toma de decisiones de los gobiernos. Consultable en: [Gobierno conductual | The Behavioral Insights Team \(https://www.bi.team/publications/gobierno-conductual/\)](https://www.bi.team/publications/gobierno-conductual/)

ESPAÑA

Open Course Ware de la Universidad de Cantabria sobre Ciencias Psicosociales I. Ortego Maté, M. C.; López González, S.; Álvarez Trigueros, M. L. Tema 1. La Psicología como ciencia que estudia el comportamiento.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Documento en abierto consultable en:
https://ocw.unican.es/pluginfile.php/1420/course/section/1836/tema_01.pdf.

Seminario de Historia de la Administración (2005). *Reformistas y reformas en la Administración española: III Seminario de Historia de la Administración, Madrid, 2004*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Estrategia para la nutrición, actividad física y prevención de la obesidad (2005). Agencia Española para la Seguridad Alimentaria.

Plan estratégico de salud y estilos de vida saludable, 2016-2020. Centro Nacional de Innovación e Investigación Educativa de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Informe del Comité Científico de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) sobre la aplicación en España del sistema Nutri-Score de información sobre la calidad nutricional de los alimentos. 4 de marzo de 2020. *Revista del Comité Científico de la AESAN*, 2020, 31, pp: 77-97. Comité Científico AESAN. (Grupo de Trabajo) Camara, M., Alonso, C., Giner, R.M., Gonzalez, E., Manes, J., Martinez, J.A., Lopez, E., Moreno-Arribas, V., Portillo, M.P., Rodriguez, D., Rafecas, M., Garcia, M., Gutierrez, E. y Yusta, M.J..

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto: Loiseau contra Francia; sentencia de 28 de septiembre de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto: Sdružení Jihočeské Matky, contra República Checa; sentencia de 10 de julio de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto: Társaság a Szabadságjogokért, contra Hungría; sentencia de 14 de abril de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto: Kennedy, contra Hungría; sentencia de 16 de agosto de 2009.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Tercera. Asunto C-196/08, Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, en cuestión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale della Sicilia - Italia; sentencia de 15 de octubre de 2009. ECLI:EU:C:2009:628. Conclusiones del Abogado General, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 2 de junio de 2009. ECLI:EU:C:2009:332.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Quinta. Asunto C-562/11, Société d'Exportation de Produits Agricoles SA (SEPA), contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Supremo de Asuntos Fiscales y Aduaneros alemán (Bundesfinanzhof);
sentencia de 6 de diciembre de 2012. ECLI:EU:C:2012:779.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala. Asunto C-62/14, Peter
Gauweiler y otros contra Deutscher Bundestag, en cuestión prejudicial
planteada por el Tribunal Constitucional Federal alemán
(Bundesverfassungsgericht); sentencia de 16 de junio de 2015.
ECLI:EU:C:2015:400. Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón,
de 14 de enero de 2015. ECLI:EU:C:2015:7.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala. Asunto C-16/16 P, Reino
de Bélgica contra Comisión Europea; sentencia de 20 de febrero de 2018.
ECLI:EU:C:2018:79. Conclusiones del Abogado General, Michal Bobek, de 12
de diciembre de 2017. ECLI:EU:C:2017:959.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala. Asunto C-673/17, decisión
prejudicial planteada, por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán
(Bundesgerichtshof), en procedimiento Bundesverband der
Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale
Bundesverband eV y Planet49 Gmb; sentencia de 1 de octubre de 2019.
ECLI:EU:C:2019:801.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 6/1981. MP. Francisco Rubio
Llorente; 16 de marzo de 1981. ECLI:ES:TC:1981:6.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 11/1981. MP. Luis Díez-Picazo y Ponce de León; 8 de abril de 1981. ECLI:ES:TC:1981:11.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 21/1981. MP. Gloria Begué Cantón; 7 de julio de 1981. ECLI:ES:TC:1981:21.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 25/1981. MP. Antonio Truyol Serra; 14 de julio de 1981. ECLI:ES:TC:1981:25.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 53/1985. MMPP. Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant; 11 de abril de 1985. ECLI:ES:TC:1985:53.

Tribunal Constitucional. Sentencia 34/1989. MP. Jesús Leguina Villa; 14 de febrero de 1989. ECLI:ES:TC:1989:34.

Tribunal Constitucional. Sentencia 254/1993. MP. Fernando García-Mon y González-Regueral; 20 de julio de 1993. ECLI:ES:TC:1993:254.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 119/2001. MP. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera; 24 de mayo de 2001. ECLI:ES:TC:2001:119.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 236/2007. MP. María Emilia Casas Baamonde; 7 de noviembre de 2007. ECLI:ES:TC:2007:236.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 139/2008. MP. Eugeni Gay Montalvo;
28 de octubre de 2008. ECLI:ES:TC:2008:139.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 60/2010. MP. Javier Delgado Barrio;
7 de octubre de 2010. ECLI:ES:TC:2010:60.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 133/2010. MP. María Emilia Casas
Baamonde; 2 de diciembre de 2010. ECLI:ES:TC:2007:236.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 96/2013. MP. Juan José González
Rivas; 23 de abril de 2013. ECLI:ES:TC:2013:96.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 42/2014. MP. Adela Asua Batarrita;
25 de marzo de 2014. ECLI:ES:TC:2014:42

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 138/2015. MP. Adela Asua Batarrita;
11 de junio de 2015. ECLI:ES:TC:2015:138.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 177/2015. MP. Juan Antonio Xiol
Ríos; 22 de julio de 2015. ECLI:ES:TC:2015:177.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 76/2019. MP. Cándido Conde-
Pumpido Tourón; 22 de mayo de 2019. ECLI:ES:TC:2019:76.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Auto 40/2020. MP. No identificado el
ponente; 30 de abril de 2020. ECLI:ES:TC:2020:40A.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 183/2021. MP. Antonio Narváez Rodríguez; 27 de octubre de 2021. ECLI:ES:TC:2021:183.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 13/2022. MP. Cándido Conde-Pumpido Tourón; 7 de febrero de 2022. ECLI:ES:TC:2022:13.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 37/2022. MP. Ramón Sáez Valcárcel; 10 de marzo de 2022. ECLI:ES:TC:2022:37.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA TERCERA de lo CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de apelación, M.P. Vicente Marín Ruiz; sentencia de 18 de octubre de 1983. Consultable en Base de datos Thomson Reuters-Aranzadi: RJ 1983\5900

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de apelación 1557/1985, contra el Decreto autonómico fijando la sede de la Junta de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en Valladolid, M.P. Ángel Martín del Burgo y Marchan; sentencia de 30 de julio de 1987. ECLI:ES:TS:1987:15358.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de revisión contra sentencia del Tribunal Supremo núm. 408.705, de 29 de diciembre de 1986: M.P. Rafael de Mendizábal Allende; sentencia de 19 de mayo de 1988. ECLI:ES:TS:1988:3768.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de apelación contra sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 15 de abril de 1988: M.P. Francisco González Navarro; sentencia de 31 de octubre de 1989. ECLI:ES:TS:1989:14003.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 322/1993, M.P. Eladio Escusol Barra; sentencia de 20 de diciembre de 1994. ECLI:ES:TS:1994:8626.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso contencioso administrativo 717/1994, contra Acuerdos del Consejo de Ministros de 25 de mayo y 14 de diciembre de 1983, M.P. Eladio Escusol Barra; sentencia de 20 de marzo de 1995. ECLI:ES:TS:1995:9898.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 726/1996, M.P. Ramón Trillo Torres; sentencia de 4 de abril de 1997. ECLI:ES:TS:1997:2391.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 2239/1998, M.P. Fernando Martín González; sentencia de de 13 de septiembre de 2002. ECLI:ES:TS:2002:5853.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 8039/1999, M.P. Rafael Fernández Montalvo; sentencia de 22 de septiembre de 2003. ECLI:ES:TS:2003:5603.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 1539/2002, M.P. Rodolfo Soto Vázquez; sentencia de 16 de junio de 2004. ECLI:ES:TS:2004:4163.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 1430/2005, M.P. Octavio Juan Herrero Pina; sentencia de 17 de marzo de 2009. ECLI:ES:TS:2009:1237.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 1052/2008, M.P. María Isabel Perelló Domènech; sentencia de 29 de octubre de 2010. ECLI:ES:TS:2010:6151.

Tribunal Supremo. Pleno de la Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 3931/2009, M.P. Manuel Martín Timón; sentencia de 30 de junio de 2011. ECLI:ES:TS:2011:4599.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 6710/2010, M.P. Enrique Lecumberri Martí; sentencia de 2 de enero de 2012. ECLI:ES:TS:2012:2.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 4118/2011, M.P. Vicente Conde Martín de Hijas; sentencia de 14 de febrero de 2013. ECLI:ES:TS:2013:693.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Tribunal Supremo. Pleno de la Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 13/2013, M.P. Rafael Fernández Valverde; sentencia de 20 de noviembre de 2013. ECLI:ES:TS:2013:5997.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 1240/2012, M.P. Nicolàs Antonio Maurandi Guillen; sentencia de 19 de diciembre de 2013. ECLI:ES:TS:2013:6481.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 2335/2012, M.P. Wenceslao Olea Godoy; sentencia de 17 de febrero de 2015. ECLI:ES:TS:2015:529.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 3860/2013, M.P. Jesús Cudero Blas; sentencia de 9 de mayo de 2016. ECLI:ES:TS:2016:2025.

Tribunal Supremo. Pleno de la Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 378/2013, M.P. José Juan Suay Rincón; sentencia de 5 de diciembre de 2016. ECLI:ES:TS:2016:5451.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 903/2014, M.P. Jesús Cudero Blas; sentencia de 12 de diciembre de 2016. ECLI:ES:TS:2016:5372

TESI DOCTORAL

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 453/2016, M.P. José Manuel Bandrés Sánchez.Cruzat; sentencia de 6 de abril de 2017. ECLI:ES:TS:2017:1317

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 88/2017, M.P. Celsa Picó Lorenzo; sentencia de 31 de mayo de 2017. ECLI:ES:TS:2017:2139

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 2228/2016, M.P. Rafael Fernández Valverde; sentencia de 7 de noviembre de 2017. ECLI:ES:TS:2017:3971.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 2302/2016, M.P. Wenceslao Francisco Olea Godoy; sentencia de 6 de febrero de 2018. ECLI:ES:TS:2018:352.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 599/2017, M.P. César Tolosa Tribiño; sentencia de 9 de julio de 2018. ECLI:ES:TS:2018:2546.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 1002/2017, M.P. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo; sentencia de 17 de julio de 2018. ECLI:ES:TS:2018:2747.

TESI DOCTORAL

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 359/2016, M.P. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; sentencia de 23 de enero de 2019. ECLI:ES:TS:2019:143.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 600/2018, M.P. María del Pilar Teso Gamella; sentencia de 3 de marzo de 2020. ECLI:ES:TS:2020:810.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 5668/2017, M.P. Francisco Javier Borrego Borrego; sentencia de 18 de mayo de 2020. ECLI:ES:TS:2020:883.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 2580/2020, M.P. José Luis Requero Ibáñez; sentencia de 2 de diciembre de 2021. ECLI:ES:TS:2021:4641.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 1070/2020, M.P. Fernando Román García; sentencia de 11 de febrero de 2022. ECLI:ES:TS:2022:504.

Tribunal Supremo. Sala Tercera, Contencioso-administrativo. Recurso de casación 4049/2021, M.P. Fernando Román García; sentencia de 27 de abril de 2022. ECLI:ES:TS:2022:1751.

TESI DOCTORAL

TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA de lo CIVIL

Tribunal Supremo. Sala Primera, Civil. Recurso de casación 3688/1995, M.P. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez; sentencia de 12 de enero de 2001. ECLI:ES:TS:2001:74

Tribunal Supremo. Pleno de la Sala Primera, Civil. Recurso de casación 1805/2015, M.P. Pedro José Vela Torres; sentencia de 14 de julio de 2016. ECLI:ES:TS:2016:3434

Tribunal Supremo. Sala Primera, Civil. Recurso de casación 3603/2015, M.P. Pedro José Vela Torres; sentencia de 29 de junio de 2018. ECLI:ES:TS:2018:2489

AUDIENCIA NACIONAL. SALA de lo CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-administrativo. Recurso contencioso-administrativo 157/2011, M.P. Pedro José Vela Torres; sentencia de 29 de noviembre de 2012. ECLI:ES:AN:2012:4829

TESI DOCTORAL

FIGURAS.

Fig. 1. La misma entrada sensorial puede desencadenar una emoción negativa o positiva, dependiendo de los recuerdos asociados con ella. Imagen extraída de *Comment nos émotions affectent notre sensibilité au burnout et à la maladie* (<https://sain-et-naturel.ouest-france.fr>). Photos d'illustration: Pixabay

Fig. 2. Debido a que el cerebro forma hábitos de manera inconsciente, las decisiones correctas rara vez funcionan. Imagen extraída de *Can Brain Science Help Us Break Bad Habits? | The New Yorker*. Illustration by Jan Buchczik

Fig. 3 Logotipo Nutri-Score, o semáforo nutricional, en que mediante colores y letras se identifica si el alimento es más o menos saludable, con lo que se favorece una elección de la opción más beneficiosa para la salud del consumidor. Francia tiene registrada la propiedad intelectual y establece sus condiciones de uso actualizadas. Fuente *Nutri-Score* (www.santepubliquefrance.fr).

Fig. 4. La afectación cognitiva de los emoticonos, en el campo de las emociones. Resonancia magnética de la actividad cerebral ante la visión de un emoticono o emoji.

Fig. 5. Dientes de dragón. Fuente MITMA y Motorbike magazine. Travesía de Nava de Roa (Burgos) en la N-122, entre los km 293,652 y 294,356.

Departament de Dret administratiu, Dret processal i Dret financer i
tributari

Secció de Dret administratiu

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET I CIÈNCIA POLÍTICA

LÍNIA DE RECERCA: DRET ADMINISTRATIU

TESI DOCTORAL

Fig. 6. Líneas de borde quebradas. Fuente MITMA y Motorbike magazine. Travesía de Nava de Roa (Burgos) en la N-122, entre los km 293,652 y 294,356.

Fig. 7. Logotipo Nutri-Score, del que Francia tiene registrada la propiedad intelectual y establece sus condiciones de uso actualizadas, consultable en [Nutri-Score \(santepubliquefrance.fr\)](http://santepubliquefrance.fr).

Fig. 8. Programa SportRegie del municipio de Rotterdam y de la Universidad de Ciencias Aplicadas de Inholland Rotterdam. Fuente: Imagen libre de [Erben Wennemars doet aftrap Inholland traploopwedstrijd](#).

Fig. 9. Rueda de cambio conductual. Fuente: Michie et al. (2011).

Fig. 10. Sistema de comportamiento. Fuente: Michie et al. (2011).

Fig. 11. Resonancia Magnética Funcional del cerebro Fuente: J. V. Haxby et al. (2001, *Distributed and overlapping representations of faces and objects in ventral temporal cortex*). Consultable en la Biblioteca Nacional de medicina, del Centro de Biotecnología de los Estados Unidos: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11577229/>.

Fig. 12. Diagrama de intervención conductual. Fuente: Informe OCDE 2018, "La integridad pública desde una perspectiva conductual. El factor humano como herramienta anticorrupción".

TESI DOCTORAL

Fig. 13. Tipologías y formatos de sistemas de etiquetado nutricional en la parte frontal de los envases aplicados, propuestos o anunciados en los Estados miembros y en el Reino Unido. Fuente: Informe COM(2020) 207 final, de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 20 de mayo de 2020, sobre la utilización de formas adicionales de expresión y presentación de la información nutricional.

Fig. 14. Funcionamiento del logo o gráfico Nutri-Score, basado en una escala de 5 colores, de verde oscuro a naranja oscuro, asociados a cinco letras, de la A a la E, que reflejan de manera gradual, de mayor (letra A y color verde) a menor (letra E y color naranja fuerte), la calidad nutricional global de los alimentos. Fuente AESAN.

TESI DOCTORAL

ANEXOS

1. Front of Pack Nutritional Signpost Labelling Technical Guidance. Issue 1. January 2007.
2. Front of Pack Nutritional Signpost Labelling Technical Guidance. Issue 2. November 2007.
3. Building on the success of front-of pack nutrition labelling in the UK: a public consultation. Building on the success of front-of pack nutrition labelling in the UK: a public consultation. This consultation closes on 21 October 2020.
4. Reglement d'usage du logo «NUTRI-SCORE». Santé publique France. Version du 31 janvier 2022 approuvée par Santé publique France.
5. Charte graphique «NUTRI-SCORE». Santé publique France. Novembre 2020.
6. NUTRI-SCORE: Évolution de sa notoriété, sa perception et son impact sur les comportements d'achat déclarés entre 2018 et 2020. Santé publique France. Janvier 2021.
7. Questions-Reponses sur le Nutri-Score. Scientifique et Technique. Santé publique France. 1 d'avril de 2022.

TESI DOCTORAL

8. Informe del Comité Científico de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) sobre la aplicación en España del sistema Nutri-Score de información sobre la calidad nutricional de los alimentos. 4 de marzo de 2020.

Front of Pack Nutritional Signpost Labelling Technical Guidance

Issue 1
January 2007

Anexo 1

Front of Pack Nutritional Signpost Labelling - Technical Guidance

These guidelines set out the core elements identified by the Food Standards Agency Board¹ as the basis for helpful front of pack nutritional signpost labelling approaches and outline the nutritional criteria which underpin the red, amber and green (or high, medium, low) bands for the 'traffic light' colours recommended by the Agency.

The findings from consumer research undertaken by the Agency², and the views of a wide range of stakeholders including public health bodies, consumer organisations, food manufacturers, retailers and advisory groups have been used to develop this guidance. The guidance intends to provide consistency in the application of the Agency's recommendations.

In order to satisfy the Agency's recommendations for front of pack nutritional signpost labelling, the front of pack nutritional signpost labelling logo execution must accommodate each of the following four core elements:

- **separate information on fat, saturated fat, sugars and salt;**
- **red, amber or green colour coding to provide at a glance information on the level (i.e. whether high, medium or low) of individual nutrients in the product;**
- **provision of additional information on the levels of nutrients present in a portion of the product; and**
- **use of the nutritional criteria as set out in this document to determine the colour banding.**

In addition:

- The signpost should clearly indicate if information on the levels of nutrients present in a portion is as sold or as consumed.
- Additional information on calories and GDAs is optional.
- Any other front of pack logos used to communicate messages about beneficial nutrients in the food, such as calcium, iron or fibre must comply with legislative requirements, and should be separate from the signpost bearing information about fat, saturated fat, sugars and salt.

Appendix 1 gives advice on design issues and includes some examples of design executions that incorporate the core elements of the Agency's signpost labelling approach.

¹ <http://www.food.gov.uk/aboutus/ourboard/boardmeetings/boardmeetings2006/boardmeeting90306/agenda9mar06>

² Qualitative preference research <http://www.food.gov.uk/foodlabelling/signposting/signpostingreport/>;

Qualitative preference research focussing on optimisation of GDA based formats

<http://www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/signpostingnavigatorreport.pdf>;

Quantitative performance research www.food.gov.uk/foodlabelling/signposting/alt;

Quantitative research looking at the application of signpost labelling www.food.gov.uk/foodlabelling/signposting/refine

1. Scope of approach

The Agency sought consumer views on which products front of pack nutritional signpost labelling should be applied to. This research found that consumers felt it would be most helpful on composite, processed foods, which they had difficulty determining the nutritional content of. Based on the results of this consumer research, the Agency recommends front of pack nutritional signpost labelling for the following products:

- **Sandwiches, wraps, filled baguettes and similar products**
- **Prepared or ready meals, whether hot or cold (for example pasta salad bowls, prepared salad meals such as chicken caesar salad and prepared dishes sold with and without accompaniments such as rice, noodles, vegetables, potato or similar)**
- **Burgers, sausages**
- **Pies, pasties and quiches**
- **Breaded or coated or formed meat, meat alternative, poultry, fish and similar products including those in sauces (for example chicken nuggets, fish fingers, chicken kiev, fish in parsley sauce, meat balls, lamb grills)**
- **Pizzas**
- **Breakfast cereals**

In the case of breakfast cereals it is recognised that further consumer research is needed to understand how consumers consider nutritional information for breakfast cereals should be presented, particularly in relation to sugars and breakfast cereals which contain high levels of fruit. The Agency will carry out this additional consumer research in early 2007. A small advisory group will assist in developing this research.

The Agency recognises that some businesses may want to apply its front of pack nutritional signpost labelling approach more widely. The potential added benefit to consumers of widening the approach beyond the products above will vary across product categories. For example, where clear advice is to eat more, such as for fresh fruit and vegetables, the added benefit of a front of pack nutritional signpost label is unclear.

2. The colour code

2.1 Nutritional criteria

The traffic light colour approach to nutritional signpost labelling requires criteria that define the green/amber (low/medium) and amber/red (medium/high) boundaries for the key nutrients (fat, saturated fat, salt and sugars). The criteria are set out in Table 1.

Table 1 – Food (per 100g whether or not they are sold by volume)

	Green (Low)	Amber (Medium)	Red (High)	
Fat	≤ 3.0 g/100g	> 3.0 to ≤ 20.0 g/100g	> 20.0 g/100g	> 21.0g / portion
Saturates	≤ 1.5 g/100g	> 1.5 to ≤ 5.0 g/100g	> 5.0 g/100g	> 6.0g / portion
Total Sugars	≤ 5.0 g/100g	>5.0 to ≤ 15.0 g/100g	> 15.0 g/100g ³	> 18.0g / portion ³
Salt⁴	≤ 0.30 g/100g	>0.30 to ≤ 1.50g/100g	> 1.50 g/100g	> 2.40g / portion ⁵

For foods where the per portion criteria apply, the nutrient must be labelled red (high) regardless of its per 100g profile if the per portion criteria are met. From 2008 the per portion criteria will apply to all foods with a serving size of greater than 100g. In the intervening period, we suggest that the per portion criteria be used if the serving size is 250g or greater, but companies may wish to adopt a phased approach for using the per portion criteria to foods with a serving size of between 100g and 250g.

The colour code should be based on nutritional information for foods 'as purchased' with the following exceptions:

- dried foods which should be assessed 'as reconstituted', for example dried noodle meals.
- where all the nutritional labelling on pack, including group 2 nutritional labelling, is provided as consumed, then the colour code for front of pack labelling can also be assessed on an 'as consumed' basis provided this is clearly stated.

Whilst the Agency is not recommending nutritional signpost labelling on drinks, the criteria in Table 2 should be followed if manufacturers of drinks choose to apply signpost labelling to their products.

³ The Agency has asked SACN to review and advise on intakes of sugars as part of its future work programme.

⁴ Sodium from all sources expressed as salt.

⁵ To be reviewed in 2008 to reflect progress on salt reduction work.

Table 2 – Drinks (per 100ml)

	Green (Low)	Amber (Medium)	Red (High)
Fat	≤ 1.5 g/100ml	> 1.5 to ≤10.0 g/100ml	> 10.0g/100ml
Saturates	≤ 0.75 g/100ml	> 0.75 to ≤2.5 g/100ml	> 2.5g/100ml
Total Sugars	≤ 2.5 g/100ml	>2.5 to ≤7.5 g/100ml	> 7.5 g/100ml
Salt⁴	≤ 0.30 g/100ml	> 0.30 to ≤1.50g/100ml	> 1.50 g/100ml

The criteria will be reviewed in 2008.

2.2 How to apply the nutritional criteria

The appropriate traffic light colour for the signpost for any food is determined by following the 3 steps outlined below:

- Step 1: Use the criteria in Table 1 for foods and Table 2 for drinks.
- Step 2: Determine the colour code for each nutrient based on per 100g or per 100ml of the product.
- Step 3: Check the portion size of the product as specified on the packaging. If the portion size is greater than or equal to 250g, then the alternative red (high) per portion criteria outlined in Table 1 applies. If any nutrient meets this red (high) per portion criteria it must be labelled red (high), regardless of its per 100g profile.

Where a selection of products is packaged together, for example a “take-away pack”, then an average value of all the products should be used.

To help ensure the criteria are applied correctly some worked examples are attached at Appendix 2 which illustrate how to arrive at the correct colour coding for each nutrient.

2.3 How the nutritional criteria were developed

The green/amber boundaries are determined by the new EU legislation on Nutrition and Health Claims.

The amber/red (medium/high) boundaries are based on existing advice from COMA and SACN for fat, saturated fat and salt using 25% of recommended intake levels per 100g and 30% (40% for salt) per portion. The amber/red boundaries for fat, saturated fat and salt were agreed at the Agency’s March 2006 Board meeting.

Setting the amber/red (medium/high) boundary for sugars is a complex task since nutrition information, for practical reasons, is given for total sugars but neither COMA nor SACN has provided advice on intakes of total sugars. An independent sugar review group was therefore set up to recommend an appropriate boundary based on

total sugars. It noted the COMA advice on recommended intakes of non-milk extrinsic sugars (NMES, i.e. added sugars including extrinsic fruit sugars such as in fruit juice) and took this into account when developing the amber/red boundary for sugars. The criteria developed use COMA's advice on NMES as the basis for the approach and include an adjustment based on the levels of fruit and milk sugars likely to be present in processed foods. For sugars, the per 100g amber/red boundary is set at 25% of the 50g DRV for NMES plus 2.5g to take account of intrinsic sugars. The per portion boundary is set at 30% of the DRV for NMES plus 3g to take account of intrinsic sugars. These criteria apply to total sugars.

It should be noted that neither the Agency nor the sugar review group has made any comment on the suitability or otherwise of any of the IGD GDA values, including total sugars.

Because of the complexity of this issue, and the range of different views, consumer research is to be carried out as described in section 1, and SACN advice will be sought on sugars intakes. These, and other criteria, will be reviewed in 2008 taking account of further information available at this time.

2.4 Additional notes on sugars labelling aspects

The EU regulation on Nutrition and Health Claims defines sugars in accordance with the definition set out in the EU Directive 90/496/EEC on nutrition labelling of foodstuffs (i.e. all monosaccharides and disaccharides present in food, but excludes polyols).

The regulation also states that claims indicating that "sugars have not been added" may only be used where the product does not contain any added mono- or disaccharides or any other food used for its sweetening properties. However where sugars are naturally present in the food it advises that the following indication should appear on the label "contains naturally occurring sugars".

3. Front of pack labelling per serving information

Information given in the signpost on the levels of nutrients present in a portion of a product should be appropriate and based on realistic portion sizes. Where possible commonly used portion sizes should be used.

Details of portion size used must be indicated clearly on the product packaging.

The levels of nutrients present in a portion of a product can be given on an 'as purchased' or 'as consumed' basis. The approach used should be clearly stated. If 'as consumed', then this should also specify the recommended method of preparation or cooking.

As a general rule, use "trace", or similar terms such as "nil" or "negligible", when a nutrient is present in less than 0.1g per 100g/100ml although declarations of "0g" may be used. Figures of between 0.05g and 0.15g can however, be rounded to 0.1g and that value used instead.

Appendix 1

Synopsis of design

The Agency is not seeking to determine the design of individual approaches, but to provide advice on design issues as a starting point for those who may wish to use it. The following information is intended as a guide only for the signpost visuals and is not prescriptive. It is based on the visuals the Agency used during its consumer research.

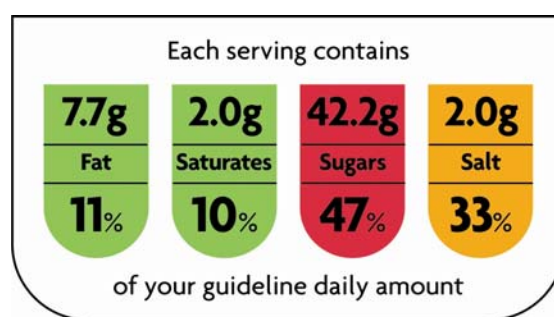
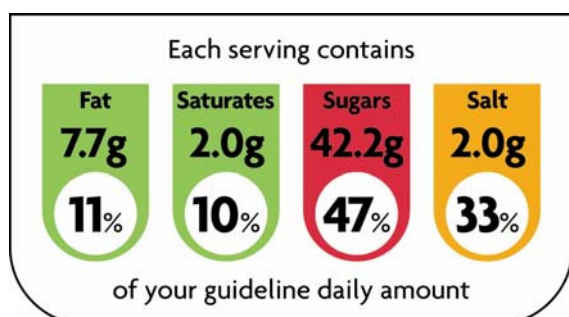
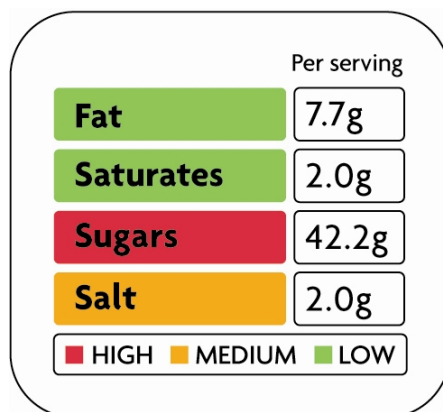
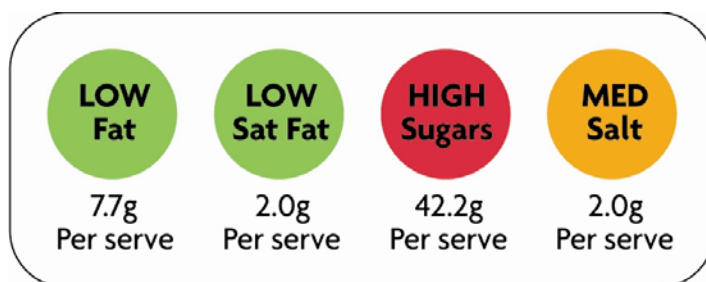
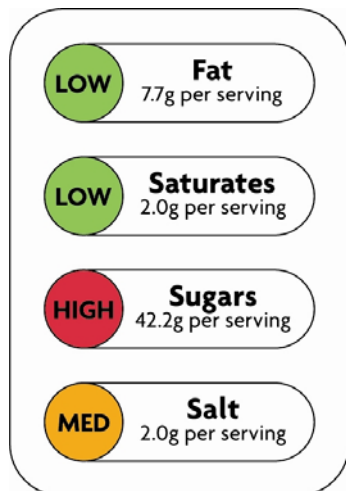
- Agenda Bold is the typeface used in the signpost visuals in this guidance and was chosen for its clarity and legibility. Nutrients are in bold, upper and lower case. Where high, medium and low descriptors are included, these are bold and uppercase.
- Text included in the signpost should ideally be in black. Text within the colour coded areas of the signpost may be in black /or white.
- The pantones of the traffic light colours used in the signpost have been chosen to ensure that there is good colour contrast between the colour and text. The shade, tone and intensity of the red, amber and green colours used are as follows: Green: Pantone 376, CMYK specifications: C 53, M 0, Y 85, K 0; Amber: Pantone 143, CMYK specifications: C 0, M 40, Y 99, K 0; and Red: Pantone 1788, CMYK specifications: C 0, M 90, Y 75, K 0.
- Feedback on some designs that are currently being used in the marketplace suggests that colour blind consumers find it helpful if there is a space between the traffic light colours for individual nutrients, especially where high, medium and low descriptors have not been incorporated into the design.
- When the signpost is applied to packaging that does not include colour, such as 'economy' products or similar, use the predominant dark colour of the pack and white, for monochrome front of pack nutritional signpost labelling which gives maximum contrast. Similarly in the case of certain types of packaging where the printing technique only allows a very limited colour spectrum, for example some flexopacks, flexible films and transparent packaging materials a monochrome front of pack label can be used.
- On metallic and shiny surfaces, a matt-finish eases legibility.
- The signpost should be easily visible and scaled in proportion with the size of the product, as a guide the following are suggested:
 - Use 10 point font on product packs with dimensions of approx. 200mm x 300mm (e.g. breakfast cereal).
 - Use 8 point font on product packs with dimensions of approx. 200mm x 200mm (e.g. >350g ready meal packs, boxes of burgers etc)
 - Use 6 point font on product packs with dimensions of approx. 180mm x 150mm (e.g. twin sandwich pack).
 - The minimum font size that should be used is 4 point.

Signpost position

- Position the signpost in a consistent place on the front of pack where it is clearly seen. In the Agency's research it was positioned on front of pack, bottom left.
- Position the signpost in the same field of vision as the product fancy, brand or trade name, and if possible in a place consistent with use in other labels. Take care to ensure that the text is not distorted.
- In the case of multi-pack products or selection packs, place the signpost on the outer packaging. It can also be repeated on individual products.
- Do not place images behind the signpost (watermarking).

Exemplar signpost formats

The following are examples of variations of signposting formats which meet the core elements of the Agency's Proposed Signposting approach.



Appendix 2

Worked examples using the Agency's nutritional criteria

Product 1 – Ready meal

	Per 100g	Per portion (400g)
Fat	2.2g	8.8g
Saturates	0.4g	1.6g
Sugars	1.5g	6g
Salt	0.35g	1.4g

- As this is a food product, Table 1 will be used to determine the signpost.
- The portion size of this product exceeds 250g, therefore the amount of each nutrient per portion needs to be checked.
- None of the nutrients in a portion of this product are present in amounts that exceed the 'high' per portion criteria, therefore the classification derived using the per 100g information is valid.

	Banding
Fat	Green
Saturates	Green
Sugars	Green
Salt	Amber

Product 2 – Ready meal

	Per 100g	Per portion (400g)
Fat	6g	24g
Saturates	0.4g	1.6g
Sugars	1.5g	6g
Salt	0.35g	1.4g

- As this is a food product, Table 1 will be used to determine the signpost.
- The portion size of this product exceeds 250g, therefore the amount of each nutrient per portion needs to be checked.
- The amount of fat in a portion of this product exceeds the 'high' per portion criteria so this will override the classification derived using the per 100g criteria for this nutrient. For all remaining nutrients, the classification derived using the per 100g information is valid.

	Banding
Fat	Red*
Saturates	Green
Sugars	Green
Salt	Amber

*classification using per portion criteria.

Product 3 – Ready meal

	Per 100g	Per portion (400g)
Fat	6g	24g
Saturates	2.5g	10g
Sugars	5g	20g
Salt	0.6g	2.4g

- As this is a food product, Table 1 will be used to determine the signpost.
- The portion size of this product exceeds 250g, therefore the amount of each nutrient per portion needs to be checked.
- All of the nutrients in a portion of this product are present in amounts that exceed the 'high' per portion criteria, therefore this will override the classification derived using per 100g criteria for all nutrients.

	Banding
Fat	Red*
Saturates	Red*
Sugars	Red*
Salt	Red*

**classification using per portion criteria.*

Product 4 - Meal centre (e.g. chicken fillet burger).

	Per 100g	Per portion (90g)
Fat	4.3g	3.9g
Saturates	0.7g	0.6g
Sugars	0g	0g
Salt	0.75g	0.75g

- As this is a food product, Table 1 will be used to determine the signpost.
- The portion size of this product does not exceed 250g, therefore the per portion information does not need to be checked.

	Banding
Fat	Amber
Saturates	Green
Sugars	Green
Salt	Amber

Product 5 – Pizza

	Per 100g	Per portion (235 g)
Fat	7.1g	16.7g
Saturates	4.0g	9.4g
Sugars	4.4g	10.3g
Salt	0.9g	2.1g

- As this is a food product, Table 1 will be used to determine the signpost.
- The portion size of this product does not exceed 250g, therefore the per portion information does not need to be checked.

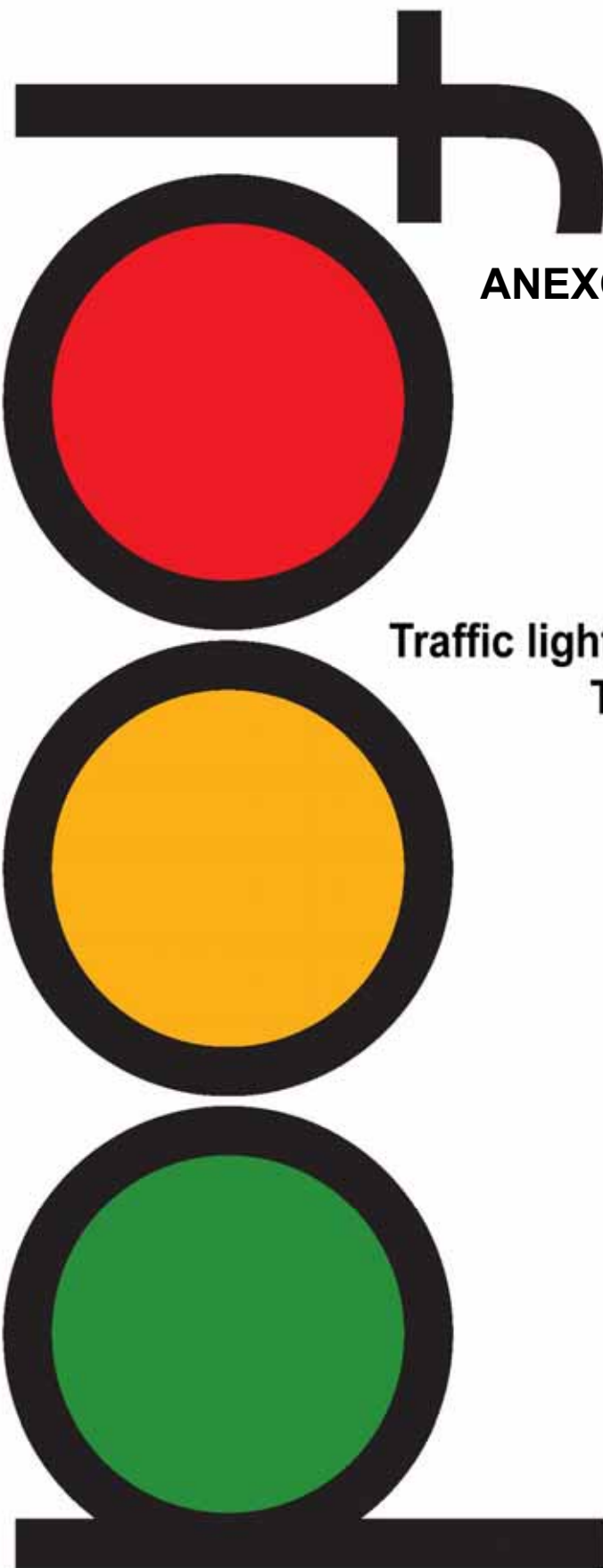
	Banding
Fat	Amber
Saturates	Amber
Sugars	Green
Salt	Amber

Product 6 – Sandwich

	Per 100g	Per portion (180g)
Fat	8.4g	15.2g
Saturates	1.8g	3.3g
Sugars	2.9g	5.2g
Salt	0.5g	0.9g

- As this is a food product, table 1 will be used to determine the signpost.
- The portion size of this product does not exceed 250g, therefore the per portion information does not need to be checked.

	Banding
Fat	Amber
Saturates	Amber
Sugars	Green
Salt	Amber



FOOD
STANDARDS
AGENCY

ANEXO 2

Front-of-pack Traffic light signpost labelling Technical Guidance

Issue 2
November 2007

There is a new labelling system on food. It tells you the levels of sugars, fat, saturated fat and salt.

Red means high.

Amber means medium.

Green means low.

The Food Standards Agency. Helping you make healthier choices.

eatwell.gov.uk/trafficlighs

Front of Pack Traffic Light Signpost Labelling - Technical Guidance

This document replaces Issue 1 of the Food Standards Agency's front of pack nutritional signpost labelling technical guidance. This guidance has been re-issued to include criteria for breakfast cereals and to incorporate a modification to the sugars red (high) criteria which is intended to help consumers better identify foods which are healthier options, for example those where the sugars content is due to high levels of fruit. These changes are detailed in section 2. This guidance will be updated again following the formal traffic light signposting criteria review which will be carried out during 2008.

These guidelines set out the core elements identified by the Agency Board¹ as the basis for helpful front of pack nutritional signpost labelling approaches and outline the nutritional criteria which underpin the red, amber and green (high, medium and low) bands for the traffic light colours recommended by the Agency.

The findings from consumer research undertaken by the Agency², and the views of a wide range of stakeholders including public health bodies, consumer organisations, food manufacturers, retailers and advisory groups have been used to develop this guidance. The guidance intends to provide consistency in the application of the Agency's recommendations.

In order to satisfy the Agency's recommendations for traffic light front of pack nutritional signpost labelling, the signpost labelling logo must incorporate each of the following four core elements:

- **separate information on fat, saturated fat, sugars and salt;**
- **red, amber or green colour coding to provide at a glance information on the level (i.e. whether high, medium or low) of individual nutrients in the product;**
- **provision of additional information on the levels of nutrients present in a portion of the product; and**
- **use of the nutritional criteria as set out in this document to determine the colour banding.**

¹ <http://www.food.gov.uk/aboutus/ourboard/boardmeetings/boardmeetings2006/boardmeeting90306/agenda9mar06>

² Qualitative preference research <http://www.food.gov.uk/foodlabelling/signposting/signpostingreport/>;

Qualitative preference research focussing on optimisation of GDA based formats

<http://www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/signpostingnavigatorreport.pdf>;

Quantitative performance research www.food.gov.uk/foodlabelling/signposting/alt;

Quantitative research looking at the application of signpost labelling www.food.gov.uk/foodlabelling/signposting/refine

In addition:

- Information on Guideline Daily Amounts (GDAs) and calories can be provided³.
- The signpost should clearly indicate if information on the levels of nutrients present in a portion is as sold or as consumed.
- Any other front of pack logos used to communicate messages about beneficial nutrients in the food, such as calcium, iron or fibre must comply with legislative requirements, and should be separate from the signpost bearing information about fat, saturated fat, sugars and salt.

Appendix 1 gives advice on design issues and includes some examples of design executions that incorporate the core elements of the Agency's signpost labelling approach.

³ If information on calories is provided, the Agency recommends this is done in a neutral colour. If companies choose to colour code calories then the Agency recommends 'green' reflects the criteria for 'low energy' set out in European Regulation (EC) No 1924/2006 on nutrition and health claims;
http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2007/l_012/l_01220070118en00030018.pdf

1. Scope of approach

The Agency sought consumer views on which products front of pack nutritional signpost labelling should be applied to. This research found that consumers felt it would be most helpful on composite, processed foods, which they had difficulty determining the nutritional content of. Based on the results of this consumer research, the Agency recommends front of pack nutritional signpost labelling for the following products:

- **Sandwiches, wraps, filled baguettes and similar products**
- **Prepared or ready meals, whether hot or cold (for example pasta salad bowls, prepared salad meals such as chicken caesar salad and prepared dishes sold with and without accompaniments such as rice, noodles, vegetables, potato or similar)**
- **Burgers, sausages**
- **Pies, pasties and quiches**
- **Breaded or coated or formed meat, meat alternative, poultry, fish and similar products including those in sauces (for example chicken nuggets, fish fingers, chicken kiev, fish in parsley sauce, meat balls, lamb grills)**
- **Pizzas**
- **Breakfast cereals**

The Agency recognises that some businesses may want to apply its front of pack nutritional signpost labelling approach more widely. The potential added benefit to consumers of widening the approach beyond the products above will vary across product categories. For example, where clear advice is to eat more, such as for fresh fruit and vegetables, the added benefit of a front of pack nutritional signpost label is unclear.

2. The colour code

2.1 How the nutritional criteria were developed

The green/amber (low/medium) boundaries are determined by the European Regulation (EC) No 1924/2006 on Nutrition and Health Claims, which came into effect on 1 July 2007⁴.

The amber/red (medium/high) boundaries are based on existing advice from COMA and SACN for fat, saturated fat, sugars and salt using 25% of recommended intake levels per 100g and 30% (40% for salt) per portion⁵.

In view of the fact neither COMA nor SACN has provided advice on intakes of total sugars an expert group was set up to recommend suitable criteria based on total sugars⁶.

Further work has been undertaken to develop suitable sugars criteria for breakfast cereals^{7,8}. Consumer research on breakfast cereals confirmed that consumers expect the colour code and the nutritional information per portion for breakfast cereals to be based on dry weight of cereal and that they wanted to be able to distinguish at a glance between breakfast cereals which are high in added sugars and those high in sugars due to high fruit content. A technical working group was subsequently set up to advise on the criteria for the sugars colour code in the case of breakfast cereals, which recommended that it should be based on added sugars and that additional on pack text, discrete from the traffic light signpost, should be provided to highlight the presence of sugars from fruit and / or milk not included in the colour code⁹. This approach is in line with COMA advice.

To ensure the consistency and clarity of the approach it was also recommended that this approach be applied to all the recommended traffic light signposting categories. The traffic light signpost labelling Adopters and Supporters agreed this change with immediate effect in the case of newly traffic light labelled products, and in the case of existing products with traffic light labels, when the labels are next re-printed.

⁴ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2007/l_012/l_01220070118en00030018.pdf.

⁵ Department of Health. Report on health and social subjects No. 41. Dietary reference values for food energy and nutrients for the United Kingdom. London : HMSO, 1991

⁶ <http://www.food.gov.uk/foodlabelling/signposting/signposttimeline/rationalesugars/>

⁷ <http://www.food.gov.uk/foodlabelling/signposting/sugarslabcereals>

⁸ <http://www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/cerealportion.pdf>

⁹ DN: insert weblink to working group paper

2.2 Nutritional criteria

The traffic light colour approach to nutritional signpost labelling requires criteria that define the green/amber (low/medium) and amber/red (medium/high) boundaries for the key nutrients fat, saturated fat, sugars and salt. The criteria for foods are set out in Table 1.

Table 1 – Food (per 100g whether or not they are sold by volume)

	Green (Low)	Amber (Medium)	Red (High)	
Fat	≤ 3.0 g/100g	> 3.0 to ≤ 20.0 g/100g	> 20.0 g/100g	> 21.0g / portion
Saturates	≤ 1.5 g/100g	> 1.5 to ≤ 5.0 g/100g	> 5.0 g/100g	> 6.0g / portion
Sugars¹⁰	≤ 5.0 g/100g	> 5.0 to ≤ 12.5g/100g	> 12.5g/100g	> 15.0g / portion
Salt¹¹	≤ 0.30 g/100g	> 0.30 to ≤ 1.50g/100g	> 1.50 g/100g	> 2.40g / portion ¹²

The colour code for sugars is determined in terms of both the total and added sugar components as follows¹³: -

Green if **total sugars** are less than or equal to **5g/100g**.

Amber if **total sugars** exceed **5g/100g** and **added sugars** are less than **12.5g/100g**.

Red if **added sugars** are more than **12.5g/100g**.

In addition to the per 100g criteria, there are ‘per portion’ criteria for food. The per portion criteria ensure that any food which contributes more than 30% (40% for salt) of an adult’s recommended daily maximum intake for a particular nutrient is labelled red (high)¹⁴.

The colour code should be based on nutritional information for foods ‘as sold’ with the following exceptions:

- dried foods, which should be assessed ‘as reconstituted’, for example dried noodle meals.
- where all the nutritional labelling on pack, including group 2 nutritional labelling, is provided as consumed, then the colour code for front of pack labelling can also be assessed on an ‘as consumed’ basis **provided** this is clearly stated.

Whilst the Agency is not recommending traffic light labelling on drinks, the criteria in Table 2 should be followed if manufacturers of drinks choose to apply traffic light labelling to their products.

¹⁰ The Agency has asked SACN to review and advice on intakes of sugars as part of its future work programme.

¹¹ Sodium from all sources expressed as salt.

¹² To be reviewed in 2008 to reflect progress on salt reduction work.

¹³ For the purposes of the Agency’s front of pack nutrition signpost scheme, added sugars is defined as any mono- or disaccharide or any other food used for its sweetening properties. This would include, but is not exclusively limited to: sucrose, fructose, glucose, glucose syrups, fructose-glucose syrups, corn syrups, invert sugar, honey, maple syrup, malt extract, dextrose, fruit juices, deionised fruit juices, lactose, maltose, high maltose syrups, Agave syrup, dextrin and maltodextrin. The sugars contained in dried fruit are assumed to be intrinsic and are not included as added sugars. The sugars in milk powder are not included as added sugars, in line with COMA dietary guidelines which deemed sugars in milk as a special case and did not set guidelines to limit their intake.

¹⁴ From 2008 the per portion criteria will apply to all foods over 100g. Until then the per portion criteria may be used if the serving size is 250g or greater.

Table 2 – Drinks (per 100ml)

	Green (Low)	Amber (Medium)	Red (High)
Fat	≤ 1.5 g/100ml	> 1.5 to ≤ 10.0 g/100ml	> 10.0g/100ml
Saturates	≤ 0.75 g/100ml	> 0.75 to ≤ 2.5 g/100ml	> 2.5g/100ml
Sugars	≤ 2.5 g/100ml	>2.5 to ≤ 6.3 g/100ml	> 6.3g/100ml
Salt¹¹	≤ 0.30 g/100ml	> 0.30 to ≤ 1.50g/100ml	> 1.50g/100ml

The colour code for sugars is determined in terms of both the total and added sugar components as follows: -

Green if **total sugars** are less than or equal to **2.5g/100ml**.

Amber if **total sugars** exceed **2.5g/100ml** and **added sugars** are less than **6.3g/100ml**.

Red if **added sugars** are more than **6.3/100ml**.

2.3 How to apply the nutritional criteria to assign the traffic light colour code

The appropriate traffic light colour for the signpost is determined by following the 3 steps outlined below:

Step 1: Use the criteria in Table 1 for foods and Table 2 for drinks.

Step 2: Determine the colour code for each nutrient based on per 100g or per 100ml of the product.

Step 3: For foods, if any nutrient meet the red (high) per portion criteria it must be labelled red (high), regardless of its per 100g profile.

Some worked examples are attached at Appendix 3 which illustrate how to arrive at the correct colour coding for each nutrient.

Sugars

Additional text is also required on pack, which is discrete from the signpost, to highlight to the consumer when a product is colour coded amber and also contains sugars from fruit and or milk which are not included in the colour code. It is recommended that “contains naturally occurring sugars”, which reflects the requirements in the Nutrition and Health Claims Regulation for “no added sugars” claims is used.

A flow chart is attached at Appendix 2 to illustrate how to calculate the sugars colour code together with examples of suitable wording for the additional text.

3. Front of pack labelling per serving information

Information given in the signpost on the levels of nutrients present in a portion of a product should not be misleading and be based on **realistic** portion sizes. Where possible, generally accepted portion sizes should be used. Details of portion size used must be indicated clearly on the product packaging, for example ½ a packet, one burger. In the case of breakfast cereals this information should be provided on a dry weight basis.

The levels of nutrients present in a portion of a product can be given on an 'as sold' or 'as consumed' basis. The approach used should be clearly stated. If 'as consumed', then this should also specify the recommended method of preparation or cooking.

Information about the amount of **total sugars** in a portion is required to be given on the signpost.

As a general rule, use "trace", or similar terms such as "nil" or "negligible", when a nutrient is present in less than 0.1g per 100g/100ml although declarations of "0g" may be used. Figures of between 0.05g and 0.15g can however, be rounded to 0.1g and that value used instead.

Appendix 1

Synopsis of design

The Agency is not seeking to determine the design of individual approaches, but to provide advice on design issues as a starting point for those who may wish to use it. The following information is based on the visuals the Agency used during its consumer research and is intended as a guide. However the information provided in the signpost, including the portion size, must be clear and not misleading.

- Agenda Bold is the typeface used in the signpost visuals in this guidance and was chosen for its clarity and legibility. Nutrients are in bold, upper and lower case. Where high, medium and low descriptors are included, these are bold and uppercase.
- Text included in the signpost should ideally be in black. Text within the colour coded areas of the signpost may be in black /or white.
- The pantones of the traffic light colours used in the signpost have been chosen to ensure that there is good colour contrast between the colour and text. The shade, tone and intensity of the red, amber and green colours used are as follows: Green: Pantone 376, CMYK specifications: C 53, M 0, Y 85, K 0; Amber: Pantone 143, CMYK specifications: C 0, M 40, Y 99, K 0; and Red: Pantone 1788, CMYK specifications: C 0, M 90, Y 75, K 0.
- Feedback on some designs that are currently being used in the marketplace suggests that colour blind consumers find it helpful if there is a space between the traffic light colours for individual nutrients, especially where high, medium and low descriptors have not been incorporated into the design.
- When the signpost is applied to packaging that does not include colour, such as 'economy' products or similar, use the predominant dark colour of the pack and white, for monochrome front of pack nutritional signpost labelling which gives maximum contrast. Similarly in the case of certain types of packaging where the printing technique only allows a very limited colour spectrum, for example some flexopacks, flexible films and transparent packaging materials a monochrome front of pack label can be used. In these cases, where a monochrome signpost is used, the descriptors High, Medium (or Med), Low, must be used.
- On metallic and shiny surfaces, a matt-finish eases legibility.
- The signpost should be easily visible and scaled in proportion with the size of the product, as a guide the following are suggested:
 - Use 10 point font on product packs with dimensions of approx. 200mm x 300mm (e.g. breakfast cereal).
 - Use 8 point font on product packs with dimensions of approx. 200mm x 200mm (e.g. >350g ready meal packs, boxes of burgers etc)
 - Use 6 point font on product packs with dimensions of approx. 180mm x 150mm (e.g. twin sandwich pack).

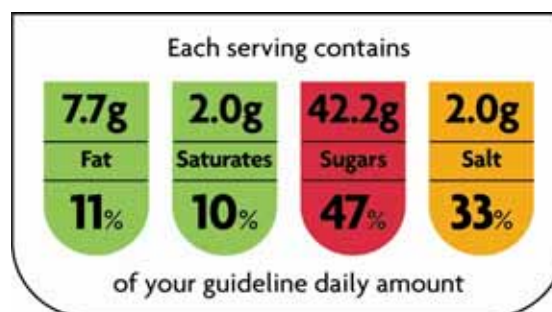
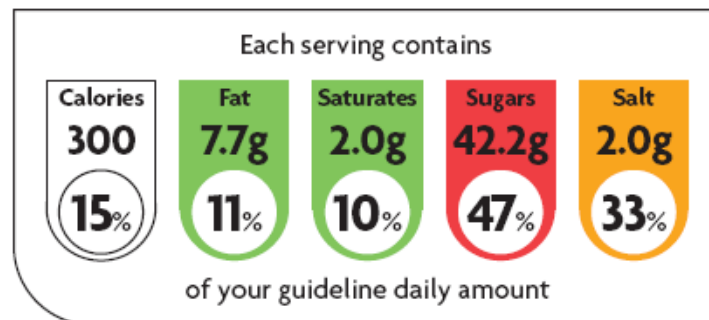
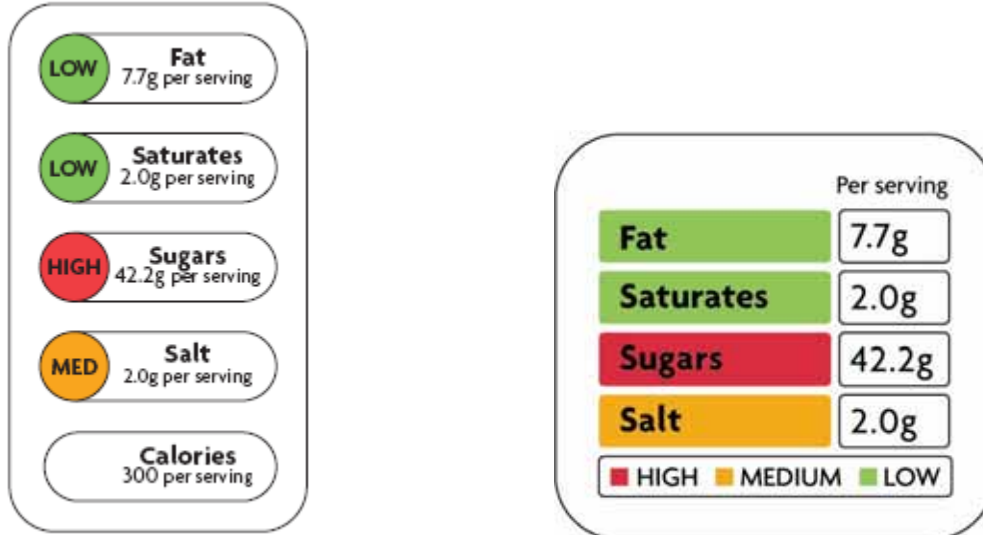
- The minimum font size that should be used is 4 point.

Signpost position

- Position the signpost in a consistent place on the front of pack where it is clearly seen. In the Agency's research it was positioned on front of pack, bottom left.
- Position the signpost in the same field of vision as the product fancy, brand or trade name, and if possible in a place consistent with use in other labels. Take care to ensure that the text is not distorted.
- In the case of multi-pack products or selection packs, place the signpost on the outer packaging. It can also be repeated on individual products.
- Do not place images behind the signpost (watermarking).

Exemplar signpost formats

The following are examples of variations of signposting formats which meet the core elements of the Agency’s Proposed Signposting approach.



Appendix 2

Nutritional criteria for sugars

The colour code for sugars for food products is determined in terms of both the total and added sugar components as follows: -

Green if total sugars are less than or equal to 5g/100g.

Amber if total sugars exceed 5g/100g and added sugars are less than 12.5g/100g.

Red if added sugars are more than 12.5g/100g.

For the purposes of the Agency's front of pack nutrition signpost scheme, added sugars is defined as any mono- or disaccharide or any other food used for its sweetening properties. This would include, but is not exclusively limited to: sucrose, fructose, glucose, glucose syrups, fructose-glucose syrups, corn syrups, invert sugar, honey, maple syrup, malt extract, dextrose, fruit juices, deionised fruit juices, lactose, maltose, high maltose syrups, Agave syrup, dextrin and maltodextrin.

The sugars contained in dried fruit are assumed to be intrinsic and are not included as added sugars. The sugars in milk powder are not included as added sugars, in line with COMA dietary guidelines which deemed sugars in milk as a special case and did not set guidelines to limit their intake.

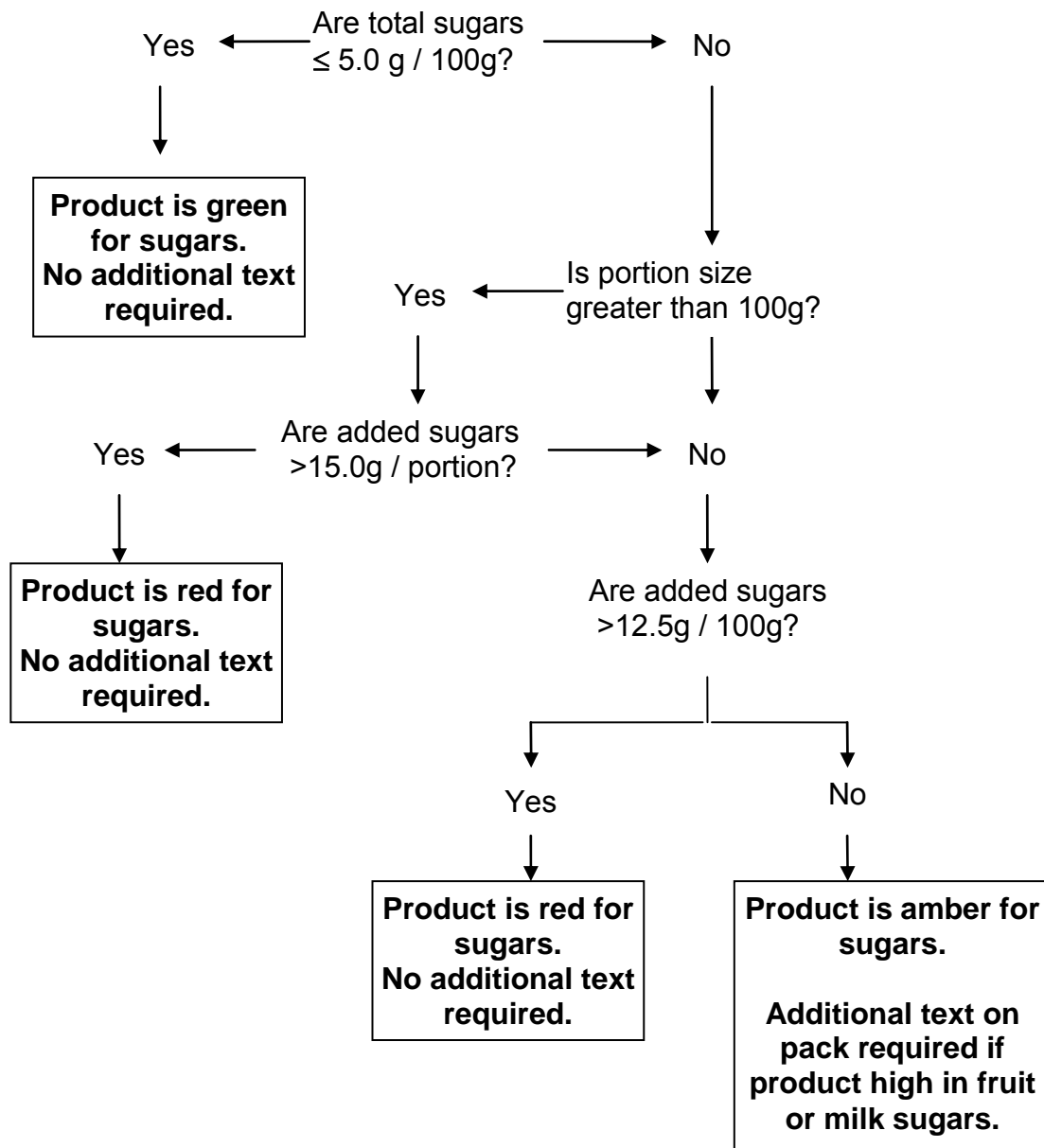
Examples of accompanying text to appear on packet if the product is high in sugars from fruit and or milk but is colour coded amber.

"This product has no added sugars but contains naturally occurring sugars."

"The colour code reflects the amount of added sugars present. This product also contains naturally occurring sugars from the fruit."

"Contains naturally occurring sugars"

Flow chart to illustrate how to apply sugars criteria



Appendix 3

Worked examples using the Agency's nutritional criteria

Product 1 – Ready meal

	Per 100g	Per portion (400g)
Fat	2.2g	8.8g
Saturates	0.4g	1.6g
Sugars	1.5g	6g
Salt	0.35g	1.4g

- As this is a food product, Table 1 will be used to determine the signpost.
- The total sugars does not exceed 5g, therefore colour coding is green for sugars and additional wording to highlight the presence of sugars from fruit and / or milk is not required.
- None of the nutrients in a portion of this product are present in amounts that exceed the 'high' per portion criteria, therefore the classification derived using the per 100g information applies.

	Banding
Fat	Green
Saturates	Green
Sugars	Green
Salt	Amber

Product 2 – Ready meal

	Per 100g	Per portion (400g)
Fat	6g	24g
Saturates	0.4g	1.6g
Sugars	1.5g	6g
Salt	0.35g	1.4g

- As this is a food product, Table 1 will be used to determine the signpost.
- The total sugars does not exceed 5g, therefore colour coding is green for sugars and additional wording to highlight the presence of sugars from fruit and / or milk is not required.
- The amount of fat in a portion of this product exceeds the 'high' per portion criteria so this will override the classification derived using the per 100g criteria for this nutrient. For all remaining nutrients, the classification derived using the per 100g information applies.

	Banding
Fat	Red*
Saturates	Green
Sugars	Green
Salt	Amber

*classification using per portion criteria.

Product 3 – Sandwich

	Per 100g	Per portion (180g)
Fat	8.4g	15.2g
Saturates	1.8g	3.3g
Sugars	2.9g	5.2g
Salt	0.5g	0.9g

- As this is a food product, Table 1 will be used to determine the signpost.
- The total sugars does not exceed 5g, therefore colour coding is green for sugars and additional wording to highlight the presence of sugars from fruit and / or milk is not required.
- None of the nutrients in a portion of this product are present in amounts that exceed the 'high' per portion criteria, therefore the classification derived using the per 100g information applies.

	Banding
Fat	Amber
Saturates	Amber
Sugars	Green
Salt	Amber

Product 4 – Breakfast cereal (e.g. wheat biscuits)

	Per 100g	Per portion (45g, dry weight)
Fat	2.5g	1.1g
Saturates	0.5g	0.2g
Sugars	0.9g	0.4g
Added sugars	0.0g	0.0g
Salt	0.02g	0.01g

- As this is a food product, Table 1 will be used to determine the signpost.
- The total sugars does not exceed 5g, therefore colour coding is green for sugars and additional wording to highlight the presence of sugars from fruit and / or milk is not required.

	Banding
Fat	Green
Saturates	Green
Sugars	Green
Salt	Green

Product 5 – Breakfast cereal (e.g. high fruit muesli)

	Per 100g	Per portion (50g, dry weight)
Fat	3.0g	1.5g
Saturates	0.7g	0.4g
Sugars	29.4g	15g
Added sugars	0.0g	0.0g
Salt	0.04g	0.02g

- As this is a food product Table 1 will be used to determine the signpost.
- The total sugars is more than 5g, therefore colour coding cannot be green. Amber / red colour coding is determined according to the level of added sugars.
- The nutrient information declared in the signpost for a portion is given on the basis of total sugars, i.e. 15g. **Additional text is required to highlight the presence of sugars from fruit and / milk not included in the colour code.**

	Banding
Fat	Green
Saturates	Green
Sugars	Amber
Salt	Green

Product 6 – Breakfast cereal (e.g. flakes, nuts and fruit)

	Per 100g	Per portion (40g, dry weight)
Fat	4.6g	1.8g
Saturates	0.6g	0.2g
Sugars	25.9g	10.4g
Added sugars	14.5g	5.8g
Salt	0.64g	0.26g

- As this is a food product Table 1 will be used to determine the signpost.
- The total sugars is more than 5g, therefore colour coding cannot be green. Amber / red colour coding is determined according to the level of added sugars.
- The nutrient information declared in the signpost for a portion is given on the basis of total sugars, i.e. 10.4g. The colour coding is red so additional wording to highlight the presence of sugars from fruit and / or milk is not required.

	Banding
Fat	Amber
Saturates	Green
Sugars	Red
Salt	Green

ANEXO 3



Department
of Health &
Social Care



Food
Standards
Agency
[food.gov.uk](https://www.food.gov.uk)



Llywodraeth Cymru
Welsh Government

Food
Standards
Scotland

For safe food and
healthy eating

Building on the success of front-of-pack nutrition labelling in the UK: a public consultation

Published 30 July 2020

This consultation closes on 21 October 2020.

Contents

1. Introduction	4
Why are we consulting?	6
Government objectives.....	7
Consultation design	8
EU Regulation	9
Scope	9
2. The UK's Recommended FOPNL scheme	10
Foundations of the scheme	10
Principles of the scheme	11
Success of our current scheme	12
Consumer Insights Research	12
3. New International Examples.....	17
'Nutri-Score'	18
How does it compare to the UK scheme?	19
Chile's 'Warning Labels'.....	20
4. Link to dietary advice.....	24
Sugar.....	24
Fibre	25
5. Public Sector Equality Duty	27
Public Sector Equality Duty	27
6. Socioeconomic Considerations	28
7. References.....	29
8. Annex A: Technical Annex	31
Overview	31
How will potential options be evaluated?.....	32
What types of cost and benefits are expected?.....	33
Labelling schemes considered in the consultation.....	33
9. Annex B: How to respond to the consultation.....	39
10. Annex C: Disclosure of responses	40
Disclosure of Responses	40
Complaints.....	41
11. Annex D: Consultation questions	42
The UK's recommended FOPNL scheme	42

New International Examples.....	45
Link to Dietary Advice.....	47
Public Sector Equality Duty	48
Socioeconomic Considerations	49

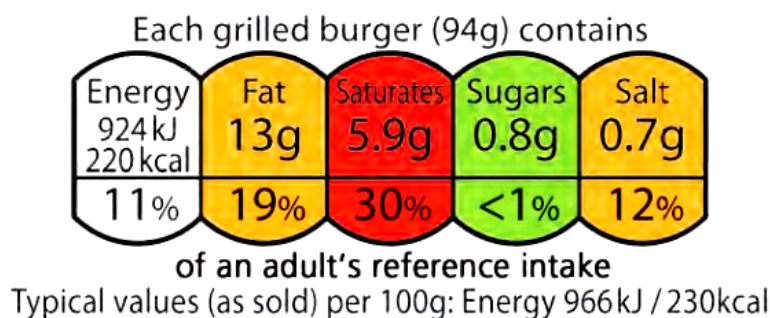
1. Introduction

- 1.1 Obesity is one of the top public health challenges for this generation.
- 1.2 In England 63% of adults were classified as overweight or obese in 2018¹, in Scotland the figure was 65%² and in Wales it was 60%³. In the 2018/2019 Health Survey for Northern Ireland, 62% of people were recorded as overweight or obese⁴. This challenge is not unique to adults, for example, 28% of children aged 2 – 15 also being classified as either overweight and obese in England⁵. In 2018, obesity-related conditions contributed to 711,000 hospital admissions in England. It is estimated that the NHS currently spends £6.1 billion a year dealing with ill-health caused by individuals being overweight and obese⁶. Addressing obesity will therefore reduce the huge financial costs that obesity places on us as a nation.
- 1.3 The outbreak of COVID-19 has been one of the biggest public health challenges ever faced by the UK and is a catalyst for us to redouble our efforts to reduce obesity levels in the UK. Emerging evidence shows that patients with obesity, and in particular morbid obesity, may be more likely to be admitted to intensive care; require advanced treatment, such as ventilation; and have 37% increased risk of dying from COVID-19 compared to non-obese patients.⁷
- 1.4 This means that the personal costs of obesity are being felt both in short term health impacts including increased risk of adverse outcomes from COVID-19⁸ and in the longer term through increased risk of developing serious diseases such as type 2 diabetes, heart disease and some cancers. Most people know that eating a healthy diet whilst keeping active will help to prevent weight gain and reduce their risk of developing ill health, but this can be hard. We therefore need to support people to make healthier choices and build these into their everyday lives.
- 1.5 The causes of obesity are complex and multifaceted, and there is no single solution. That is why the UK Government and Devolved Administrations have developed strategies to deliver a wide range of policies to change our food environment for the better, and to make the healthier choice the easier choice.
- 1.6 For people to make healthy choices about the food and drink they are purchasing, they need to be able to understand what is in that product and

what it means for their health. We believe that front of pack nutrition labels (FOPNL), or labels that use interpretational aids such as colours and symbols are a crucial intervention to support healthy choices and reduce obesity rates by communicating complex nutritional information to shoppers in a way that is easy to understand. This in turn can reduce dietary intakes of calories and nutrients, such as salt, saturated fat and sugar which, if overconsumed, have been linked to chronic disease and help consumers to control their calorie intake.

- 1.7 That is why in 2012, following significant research on labelling schemes, the UK Government and Devolved Administrations consulted on how greater consistency and clarity on FOPNL might be achieved. As a result, in 2013 UK Health Ministers recommended the voluntary multiple traffic light label (MTL), a colour-coded system which shows at a glance whether a product is high (red) medium (amber) or low (green) in fat, saturated fat, salt and sugars, including the total energy (kilocalories and kilojoules) it provides⁹, as shown in Figure 2.

Figure 2: The UK Government and Devolved Administration’s recommended Multiple Traffic Light Label



- 1.8 Seven years on, the MTL has proven to be a success with 9 in 10 shoppers agreeing it helps them to make informed decisions when purchasing food¹⁰.
- 1.9 We welcome and value the commitment made by many businesses, including all major retailers across the food and drink industry who have adopted the MTL on a voluntary basis.

- 1.10 The pioneering label was one of the first in the world and since 2013, many other Governments have followed the UK's lead and developed their own schemes to provide better information to their own populations.

Why are we consulting?

- 1.11 The aim of this consultation is to gather views and evidence to help to inform any future improvements to the UK Government and Devolved Administration's recommended FOPNL, to ensure that the UK's label remains the most effective at informing healthier choices.
- 1.12 We want to play our part in helping people in the UK eat a balanced diet. FOPNL is an important tool to support consumers to better understand the nutrient content of their food and drinks and make healthier choices for themselves and their families.
- 1.13 We believe now is the right time to consult for several reasons. Firstly, it is seven years since the UK Government and Devolved Administrations recommended the MTL. During that time, the evidence on the effectiveness of FOPNL systems has continued to develop, and several new forms of FOPNL schemes have been implemented in other countries.
- 1.14 Additionally, in this time the way we purchase groceries and food has changed. In 2018, the UK spent £12.3 billion on online grocery shopping - one of the fastest growing sectors in the UK grocery market¹¹. As such, the way we interact with labels is changing, and it is right that we test with the public that our FOPNL remains effective however and wherever we shop.
- 1.15 Lastly, while the UK was an EU member state, the European Food Information to Consumers Regulation 2011/1169 (EU FIC) established the criteria for the use and form of FOPNL the UK can use and how we can enforce it. Whilst we have now left the EU, we have entered a transition period until 31 December 2020 during which time we have to remain regulatorily aligned with the EU FIC.
- 1.16 However, on 31 December 2020 the transition period will end. After this, the UK Government and Devolved Administrations will seek to build on the success of FOPNL in the UK to improve the current scheme. This consultation will therefore ensure that we are in the best position to act quickly to continue to support shoppers to understand what is in the food they are buying.

- 1.17 This consultation is just one part of the UK Government and Devolved Administration's wider evidence-gathering exercise to ensure the FOPNL recommended is one that works the best for the UK market. As a first step, this consultation will collect views from the public on our current label, whether it could be improved, and invite views and evidence on different, international examples of FOPNL - all of which are based on new evidence that has emerged since we recommended the MTL in 2013.
- 1.18 Separately, the UK Government is currently in the process of commissioning an independent research body to empirically test whether specific FOPNLs help UK consumers identify the healthier choice when purchasing food and drink. Taken together, this consultation and our empirical research will provide robust evidence to support any changes to our current FOPNL to ensure that it has maximum impact to inform healthier choices.
- 1.19 In addition to this consultation, the UK Department of Health and Social Care work closely with the Department for Environment and Rural Affairs (Defra) on food labelling and nutrition. At the end of the transition period, Defra will have an opportunity to review food labelling in England and work with the Devolved Administrations to establish shared food policy goals across the UK.

Government objectives

- 1.20 We want to continue to do all we can to help consumers make better informed food choices and to help them improve their health, supporting them to prevent obesity and related conditions such as cancer, heart disease and type 2 diabetes as well as reduce their risk of adverse outcomes if they contract COVID-19.
- 1.21 To achieve this ambition, the joint objectives of all four administrations for FOPNL are:
- To ensure the UK has a FOPNL that is evidence based and supports all consumers, irrespective of background or characteristics, to make healthier decisions about the food and drink they buy for themselves and their families;
 - Maintain and extend the use of FOPNL across the widest appropriate range of food and drink products;

- Achieve the greatest possible consistency in the way this information is presented, taking account of what we know about which forms of presentation support shoppers in making a healthier choice, however they shop.

1.22 This consultation contributes to these objectives by inviting views and evidence to ensure that the FOPNL that the UK Government and Devolved Administrations recommend for use in the UK remains the most effective system for UK shoppers.

Consultation design

1.23 This consultation is split into three core sections and we are seeking views on each area:

- **The UK's recommended FOPNL scheme:** This section will provide an overview of the MTL, an outline of the evidence assessing the scheme, and consumer insights and attitudes towards the scheme since it has been implemented. We will then seek views on how the current Multiple Traffic Light System (MTL) is being used by consumers and industry alike.
- **New International Examples:** To progress our understanding of FOPNL, this section seeks views and evidence on international FOPNL systems, including the composite label 'Nutri-score' and Chile's 'Warning Label'. We will also provide respondents with an opportunity to submit any alternative labels for consideration.
- **Reflecting updated nutrition guidance in the UK's Recommended FOPNL.** In this section we outline new nutrition advice on sugar and fibre, which has been accepted by the UK Government and Devolved Administrations, seeking views on whether we should explore incorporating this into any future FOPNL.

1.24 The consultation will run for 12 weeks. Our preferred method of response is via SurveyOptic, the Government's consultation hub. To help with your response, you will find the questions outlined in each section, and provided as a summary in Annex D. We have specified the questions that should be answered by businesses and those that should be answered by the general public.

- If you do wish to send an email response, please send those to childhood.obesity@dhsc.gov.uk

EU Regulation

- 1.25 Currently, European Union (EU) Regulation 1169/2011, which came fully into effect on 13th December 2016, sets out the requirements on presenting Food Information to Consumers (EU FIC), including voluntary FOPNL. For example, the EU FIC sets out the criteria for the type and quantity of nutrients to be displayed. In May 2020, as part of the [‘Farm to Fork Strategy’](#) the EU Commission announced intention to mandate a form of FOPNL that is yet to be confirmed.
- 1.26 The EU FIC will continue to apply in the UK until the end of the transition period. The nature of our future relationship with the EU will be subject to the negotiations.
- 1.27 After the end of the transition period, the UK Government and Devolved Administrations will seek to build on the success of FOPNL in the UK. This consultation, and the wider research piece we will commission, seeks to ensure that upon the end of the transition period, the UK Government and Devolved Administrations are appropriately informed by the public, food and drink industry, academia, Non-Governmental Organisations and consumer associations to adapt future regulation in a way that best works for our population and is in line with future trade ambitions.

Scope

- 1.28 This consultation is being undertaken by the UK Government and Devolved Administrations. This is to reflect our joint ambitions to support consumers make informed decisions. We also want to support the food and drink industry that already voluntarily use the Government recommended FOPNL scheme, by considering what more can be done to encourage uptake of our recommended FOPNL, so that consumers are provided with consistency across all products across all four nations.

2. The UK's Recommended FOPNL scheme

- 2.1 UK Health Ministers recommended the voluntary MTL in 2013. This was designed to comply with the Food Information to Consumers Regulation (EU) 1169/2011 and to provide one UK consistent, easy to understand, FOPNL scheme. The EU FIC also stipulates what nutrient information should be provided in the mandatory back of pack nutrition declaration. The development of the current scheme involved extensive consultation with the multinational retailers and manufacturers, charities and consumer associations. UK guidance was published for the food and drink industry to help them design their MTL, should they choose to use the Government recommended scheme on their products. This [guidance](#) was later updated to provide businesses with information on how to communicate with their consumers to support them to use the MTL.

Foundations of the scheme

- 2.2 Before 2013, the UK food market contained several different types of FOPNL voluntarily adopted by food businesses. However, evidence showed that using just one, consistent form of FOPNL across the entire marketplace is key to consumers' noticing this information, gaining familiarity with it, and gaining confidence in using it^{12,13}.
- 2.3 In response to this, the UK Government and Devolved Administrations undertook an extensive research and evidence gathering exercise spanning 12 years to discern which single FOPNL system would work best for the UK market¹⁴. This involved significant modelling of the FOPNL criteria on food products and stakeholder engagement with the food industry, non-governmental organisations and consumers through both public consultation and structured focus groups.
- 2.4 From this research, we learned that a label that included percentage reference intakes, use of colour coding and information based on per portion was preferred by consumers and was the most effective method of facilitating understanding of nutrition information and supporting uptake of healthier choices.
- 2.5 This evidence was further supported by a robust, independent research project on consumer preferences, which combined a multi-method

approach to conclude the strongest FOPNL combined text, traffic lights and percentage reference intakes¹⁵.

- 2.6 This research was key in supporting the recommendation of the MTL in 2013, leading to the development of one standardised, recommended scheme to replace the different labels already in use and to provide consistency in the marketplace for shoppers.

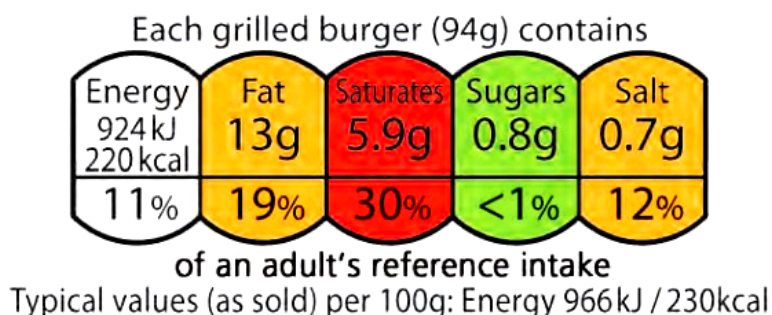
Principles of the scheme

- 2.7 The MTL was designed to show consumers at a glance if the pre-packaged food they are considering purchasing has low, medium or high amounts of fat, saturated fat, sugars and salt, based on an adult's reference intake. The use of colours means that this scheme is commonly referred to as the 'traffic light scheme'. Figure 2 displays an example of a traffic light label.

- 2.8 In 2013, the UK Government and Devolved Administrations issued [guidance](#)¹⁶ to support industry, providing a step-by-step guide through the process of creating a traffic light label which must include:

- Energy value in kilojoules (kJ) and kilocalories (kcal) per 100g/ml and in a specified portion of the product.
- Quantity of nutrients in grams of fat, saturated fat ("saturates"), (total) sugars and salt in grams, in a specified portion of the product.
- Portion size information expressed in a way that is easily recognised by, and meaningful to the consumer.
- Percentage reference intake for adults, based on the amount of each nutrient and energy value in a portion of the food or drink.
- Colour coding of the nutrient content of the food or drink.

Figure 2: The UK Government and Devolved Administration's recommended Multiple Traffic Light Label



Success of our current scheme

- 2.9 Overall, the UK's voluntary scheme has been a success. Despite there being no legal duty to display the MTL, a significant number of businesses, including all major UK retailers voluntarily took action to encourage healthier eating by displaying the MTL on either all, or a selection of their pre-packed products.
- 2.10 There is extensive evidence available about consumers' understanding and comprehension of FOPNL. The inclusion of traffic light colours is generally considered to be beneficial to help people make healthier choices quickly, and the MTL has been shown to be more effective in increasing the selection of healthier options than other popular FOPNL that have been tested in the literature, such as Guideline Daily Amount labels and endorsement schemes¹⁷.
- 2.11 Our pioneering MTL has been tested in studies across the world. For instance, in 2016, a systematic review and meta-analysis of nine randomised studies (two conducted in real-world settings and seven in artificial settings) found that traffic light systems increased the number of people selecting a healthier option by 29%¹⁸.
- 2.12 Our MTL system is also proven to be popular with consumers, with 9 in 10 shoppers agreeing it helps them to make informed decisions when purchasing food¹⁹.

Consumer Insights Research

- 2.13 In 2016, the Department of Health and Social Care took action to build on the evidence base, and commissioned Kantar Worldpanel to carry out research exploring consumers' understanding and use of FOPNL in the UK.
- 2.14 Three years after the MTL label formally entered the market, this research tested how consumers engaged with FOPNL and whether or not it influenced their purchasing decisions.
- 2.15 1,500 nationally representative respondents from Kantar's UK household panel completed an online questionnaire designed to measure their attitudes and behaviours when making purchasing decisions. This data was then linked to what items they purchased in a simulated shopping

environment to quantify whether or not shoppers who regularly check FOPNL buy healthier foods.

2.16 The key messages from this research were that:

- Over 80% of people said they look at FOPNL but almost 20% never do.
- People that did look at FOPNL had healthier shopping baskets with fewer calories, less sugar, fat and salt content and higher fibre content.
- 69% of participants agreed that a FOPNL was useful when trying to choose a healthier diet, although some respondents reported confusion on reference intake information, and difficulty in visualising grams of nutrients.
- Sugar was seen as the most important information on the label. Colour coding and number of calories was seen as the most useful information; the weight of nutrient and the recommended portion sizes were reported as the least useful mainly due to difficulty in visualising grams and varying portion sizes on products.
- People shopping for their families were most likely to look at FOPNL, but it is clear that those from lower socio-economic groups pay less attention to FOPNL labels.

2.17 Significantly, this research suggests that a majority of consumers pay attention to front-of-pack labelling some or all of the time, and that the current labelling (which is typically MTL) does help consumers make more informed choices about the food and drink they buy.

2.18 The research also revealed which components of labelling were the most important to consumers. For instance, traffic light style colour coding is an important tool for displaying nutrition information in an easy to understand format, and calories were seen as important too.

2.19 This research has been supported by more recent data from the FSA 'Eating Well Choosing Better' Tracker in Northern Ireland²⁰, which tracks consumer's use of the multiple traffic light label. Their November 2019 survey on 313 adults discovered that:

- 67% of participants understand the purpose of the MTL label to help guide food choice.

- 48%, 40%, 41%, 41% and 35% participants consult the multiple traffic light label for sugar, calories, salt, fat and saturated fat, respectively.

2.20 Similarly, although published in 2009, the extensive research managed by the Food Standards Agency (FSA) to determine which FOPNL should receive accreditation drew similar conclusions to our 2016 Kantar research. For instance, colour was found to be a crucial component to a label's effectiveness for supporting decisions, and greater barriers to using FOPNL were found from those from lower socio-economic groups, with ethnicity and age also playing a factor.

Questions for businesses

1. Do you feature a Front of Pack Nutrition Label on your products?* [Yes/No/Prefer not to say]

2a) *If answered [Yes]* - Is the label the Government approved Multiple Traffic Light labelling system? [Yes/No]

2b) *If answered [Yes] to using the Government approved Multiple Traffic Light labelling system* - What percentage of your product portfolio carries Multiple Traffic Light labelling? [Free text – specify number]

2c) *If Multiple Traffic Light label is on less than 100% of products* - What products do not carry Multiple Traffic Light label on and why? Please specify the product categories. [Free text box].

2d) When adopting the Multiple Traffic Light Label - did you incur costs over and above existing labelling cycles? Please quantify these costs. [Free text box]

2e) Did the introduction of Multiple Traffic Light influence any reformulation of your products? [Yes/No/Prefer not to say]*

3a) *If answered [Yes] but using another form of Front of Pack Nutrition Labelling* - Please explain what Front of Pack Nutrition Labelling your business features on its products and why you chose this over the government recommended label. [Free text box]

3b) *If using different form of Front of Pack Nutrition Labelling* - What percentage of your product portfolio carries this form of Front of Pack Nutrition Labelling? [Free text box – specify number]

3c) *If Front of Pack Nutrition Label is on less than 100% of products* - What products do not carry Front of Pack Nutrition Labelling on and why? [Free text box].

3d) *If using different form of Front of Pack Nutrition Labelling* - Why does your business not use the Government recommended Multiple Traffic Light on your products? [Free text box]

3e) *If using different form of Front of Pack Nutrition Labelling*- What would encourage you to adopt Multiple Traffic Lights on your products? [Free text box]

4a) *If answered [No] and therefore not using any Front of Pack Nutrition Labelling* - Why does your company not use any Front of Pack Nutrition Labelling? [Free text box]

4b) *If answered [No] and therefore not using any Front of Pack Nutrition Labelling* - What would incentivise you to use Front of Pack Nutrition Labelling on your products in the future? [Free Text Box]

5) In principle, would your business support a proposal to display the same Front of Pack Nutrition label on your products? [Yes/No/I do not have a view]*

Questions for the public and organisations

6a) Do you use the Multiple Traffic Light label to make choices about the food and drinks that you buy? [Tick box - always/very frequently/sometimes/rarely/never/Prefer not to say/Not relevant]*

6b) Please explain your choice [Free text box]

7a) Do you find the Multiple Traffic Light label:

- Clear (Yes/No/I do not have a view)
- Informative (Yes/No/I do not have a view)

7b) How easy do you find the following components of the Multiple Traffic Light label?

- Individual nutrients (fat, saturates, sugar, salt) [Tick box - very easy/easy/moderate/somewhat difficult/difficult/I do not have a view]

- Use of red, amber and green colours [Tick box - very easy/easy/moderate/somewhat difficult/difficult/I do not have a view]
 - Reference Intakes [Tick box - very easy/easy/moderate/somewhat difficult/difficult/I do not have a view]
 - Portion Size [Tick box - very easy/easy/moderate/somewhat difficult/difficult/I do not have a view]
8. How could the Multiple Traffic Light label be made easier to use? [Free text box]
9. Would you find it helpful if more products displayed the same Front of Pack Nutrition label? [Yes/No/I do not have a view]*

3. New International Examples

- 3.1 Since 2013 Governments across the globe have developed a variety of different FOPNL to improve dietary intake and reduce diet-related chronic disease in their countries, all of which have been implemented by global businesses, some of which operate here in the UK.
- 3.2 With more and more schemes entering the global marketplace, there is ongoing debate about which FOPNL system is the most effective at translating complex nutritional information to consumers, while informing healthier choices and stimulating product reformulation.
- 3.3 We want to ensure we have the best FOPNL scheme for the UK population. To do that, we believe we should reflect on these new forms of FOPNL developed by our global partners that have not been previously considered by the UK Government and Devolved Administrations.
- 3.4 Out of the many new labels implemented since 2013, we have selected two FOPNLs to be considered in this consultation. These are the Nutri-Score label which originated in France and Chile's 'Warning Label', both of which have components that the UK Government and Devolved Administrations are interested in exploring further. Crucially, these labels have been carefully chosen as they are:
- Based on new evidence that has emerged since we recommended the MTL in 2013.
 - Addressing key findings identified in our Kantar research.
 - Supported by a body of evidence demonstrating impact to public health.
 - Significantly different to our current Multiple Traffic Light FOPNL scheme.
- 3.5 **At this stage, we are not proposing any changes to legislation or policy governing FOPNL in the UK. Instead, the following section seeks views on the Nutri-Score and Warning Label to further the UK Government and Devolved Administration's understanding of FOPNL.**

'Nutri-Score'

Background

- 3.6 The Nutri-score label was given official Government recognition in France in 2017. The colour-coded label is intended for use on processed foods and non-alcoholic beverage and like the UK's MTL, is required to comply with Regulation (EU) 1169/2011 and as such is not mandatory. A number of countries across the EU have adopted (Belgium, Spain, Netherlands) or are considering adopting this label (Portugal)ⁱ.
- 3.7 Figure 3 shows the Nutri-score label which is a composite label that converts the nutritional value of a product into one of five letters and corresponding colours, ranging from dark green to dark orange to rate a product's overall healthfulness²¹. Within the colour coded box there are also letters ranging from A for the "best nutritional quality" to E for the "least good nutritional quality".
- 3.8 Overall, a product's rating is based on the nutrients present in 100g. A high content of fruits and vegetables, fibre, and protein (as a marker of calcium, iron and omega 3 fatty acids) promote a higher score, while high content of energy, sugar, saturated fatty acids, and sodium will decrease the score.

Figure 3: Nutri-Score



ⁱ At the time of writing.

Evidence and Impact

- 3.9 Nutri-score is popular with French consumers. A survey among 300,000 clients of popular French supermarket *E.Leclerc* found that consumers with access to Nutri-score nutritional information bought healthier products compared to products with no logo at all. It also found that the effect on food choice is stronger for consumers from lower socio-economic backgrounds and those under 30 years of age, with data of purchasing choices and consumer insights from both of these groups demonstrating that the Nutri-score label encouraged healthier food choices²².
- 3.10 There is also evidence to suggest that when compared to other FOPNL, Nutri-score was associated with the highest improvement in the nutritional quality of the consumer's shopping basket in a simulated shopping environment. For instance, one study that tested nearly 700 French consumers found that the nutritional quality of the shopping cart was improved by 9.3% for Nutri-score compared to 4.8% for MTL. Moreover, the Nutri-score performed better than other labels for consumers with the lowest income²³.

How does it compare to the UK scheme?

- 3.11 Nutri-score does not provide a breakdown of nutrients or display reference intakes which our MTL currently does. Although the Nutri-score does utilise a colour-coding system, this is adopted differently to the UK's MTL. For instance, the UK's MTL colour-codes each nutrient with one of three ratings – red, amber or green, whereas the composite Nutri-score label displays a continuum of colours from dark green to dark red with corresponding letters from A - E which rate the overall healthiness of a product.
- 3.12 Nutri-score is also required to comply with European regulation (Regulation (EU) No 1169/2011 on the provision of food information to consumers) and as such, displaying the label is not compulsory in France. Under these voluntary arrangements, industry uptake of the label has been low with up to 20% of the products in the French Market adopting the label²⁴.

Chile's 'Warning Labels'

Background

- 3.13 In June 2016, the Chilean Government put in place new mandatory regulations requiring all packaged food high in calories (energy), sugars, saturated fats and sodium to display front-of-pack 'Warning Labels', presented as stop signs, to clearly show consumers that a product exceeds recommended nutrient thresholds (see Figure 4).
- 3.14 Warning labels are required by law if a food exceeds nutrient thresholds set in the regulation for total sugar, sodium, saturated fat and calories (energy). However, foods that have high levels of these nutrients in their natural form such as nuts, avocados or bananas are excluded²⁵. If a product exceeds thresholds in more than one area, multiple Warning Labels stating that a product is 'high in' a particular nutrient must be displayed on the product. This means that for some foods, up to four stop signs may be required.

Evidence and Impact

- 3.15 The Chilean Ministry of Health commissioned several studies to determine the most effective FOPNL for the Chilean label, testing several concept labels including a version of the traffic light label. They found that the black and white warning label communicated 'prohibition' to consumers and was the most successful tool to alter purchasing behaviour in favour of a healthier choice.
- 3.16 The Chilean FOPNL Warning label was introduced alongside a range of interventions to improve obesity rates including decreasing children's exposure to unhealthy foods by restricting marketing, advertising and sales. As such, it is difficult to evaluate the success of their FOPNL intervention alone. However, early analysis shows the Warning Label has already had considerable impact with approximately 40% of Chileans claiming they have used the label to inform their purchasing²⁶. In particular, sizeable effects were seen in juice and breakfast cereal purchasing, where early data indicates that consumers are substituting these products for healthier options if they contain a Warning Label.

How does it compare to the UK scheme?

- 3.17 The Chilean FOPNL scheme differs from the UK scheme in both design and content. The Chilean FOPNL only distinguishes between 'unhealthy' and healthier products and does not use colour, in contrast to the MTL which uses colour-coding to grade products' nutritional content. Additionally, unlike the MTL the Chilean FOPNL does not contain a breakdown of nutrient specific information or display reference intakes on the FOPNL, which are present on the MTL.
- 3.18 Unlike the UK's MTL the Chilean FOPNL scheme is mandatory, meaning all food businesses in scope are required to display the warning label if their product exceeds the threshold for all or any of the nutrients.

Figure 4: Warning Labels in Chile



Notes: From left to right: High in Sugar, High in Calories, High in Saturated Fats and High in Sodium. At the bottom of each label it states Ministry of Health.

Questions for businesses

10a) Do you think you would be more likely to adopt one of these labels on your products, compared to current Multiple Traffic Light label? [Yes/No/I do not know]*

10b) *If answered yes* -Which label would you be more likely to adopt?*

- Chile Warning Label [tick box]
- Nutri-score [tick box]

Questions for the public and organisations

11a) Do you think you would be likely to use one of these labels more when shopping, or adopt on more of your products, compared to current Multiple Traffic Light label? [Yes/No/I do not know]*

11b) *If answered yes* -Which label would you be more likely to use?*

- Chile Warning Label [tick box]
- Nutri-score [tick box]

Questions for all respondents

12) What aspects of the Nutri-score label do you like/ dislike?

- Use of five colours [Tick box - like/dislike/I do not have a view]
- Use of letters [Tick box - like/dislike/I do not have a view]
- Lack of specific nutrition information and portion size [Tick box - like/dislike/I do not have a view]
- Providing a single score for a product to indicate overall healthfulness [Tick box - like/dislike/I do not have a view]

Other (please specify) [Free text box]

13) What aspects of the Chilean health warning label do you like/ dislike?

- Use of colour (black and white only) [Tick box - like/dislike/I do not have a view]
- Highlighting only less healthy options [Tick box - like/dislike/I do not have a view]
- Lack of specific nutrition information and portion size [Tick box - like/dislike/I do not have a view]

Other (please specify) [Free text box]

14) Both Nutri-score and health warning labels have been introduced in countries around the world. Can you provide any further evidence on the impact of these labels on the following aspects:

- Understanding or identification of healthier choices [Yes/No/I do not know]. Please upload evidence.
- Healthier purchasing behaviours [Yes/No/I do not know]. Please upload evidence.

Additional Considerations

- 3.19 Although we have selected Nutri-score and the Chile 'Warning labels' to test in this consultation, there are several types of FOPNL that have been designed to facilitate consumer's understanding of the nutritional quality of their food.
- 3.20 For instance, endorsement logos such as that in operation in Denmark, Iceland, Norway, Sweden and previously in the Netherlands, signpost healthier choices using a range of symbols such as a keyhole or a tick, to demonstrate that the product has achieved the defined nutrition standard²⁷. Endorsement logos have already been tested in the UK setting in the same research that led to the UK Government and Devolved Administration's to recommend the MTL. Unlike the MTL, at the time of research, endorsement labels were found to be unhelpful for determining a product's healthiness, as respondents were unable to determine the product's nutritional standard²⁸.
- 3.21 Other schemes in operation include that in Israel, where texts and graphics represent nutrients with high sugar expressed with a teaspoon symbol, high in sodium with a salt shaker, and high in saturated fat with solid fat and a knife.
- 3.22 At this stage, the UK Government and Devolved Administrations welcome evidence and views that supports the consideration of any additional form of labels not considered by this consultation. This will help us to ensure the UK's FOPNL remains the most effective for the UK population.

Question for all respondents:

15) Are there any other Front of Pack Nutrition Labels that you think Government should consider? Please provide evidence on the following to explain your answer:

- Understanding or identification of healthier choices [Free text box]
- Healthier purchasing behaviours [Free text box]

4. Link to dietary advice

- 4.1 In addition to considering evidence on different forms of FOPNL, it is important that any FOPNL system is underpinned by scientific evidence on nutrition to ensure it is promoting healthier choices.

Sugar

- 4.2 Since 2013, when the UK's label was first recommended, new scientific advice on sugar has been accepted by the UK Government and Devolved Administrations. In 2015, the Scientific Advisory Committee on Nutrition (SACN) published its report *Carbohydrates and Health*²⁹ and concluded that the recommended average population maximum intake of free sugars should be halved. This was based on new evidence that a high intake of free sugars can be detrimental to several health outcomes and decreasing the average population intake of free sugars could help to reduce the UK's overconsumption of calories and in turn help reduce obesity rates.
- 4.3 At present, the criteria for red, amber and green colour coding for sugars on the UK's MTL is determined by total sugars, not free sugars, in accordance with EU legislation. The definition of both free and total sugars is set out below. The requirement under the EU FIC on the mandatory back of pack nutrient declaration is for sugars and it is not a requirement to define free sugars. As outlined, during a transition period the UK will continue to be bound by the EU FIC.
- 4.4 '**Free sugars**' comprises all monosaccharides* and disaccharides* added to foods by the manufacturer, cook or consumer, plus sugars naturally present in honey, syrups and unsweetened fruit juices. Under this definition lactose (the sugar in milk) when naturally present in milk and milk products and the sugars contained within the cellular structure of foods (particularly fruits and vegetables) are excluded³⁰.

**Monosaccharides are single sugar units (e.g. glucose and fructose) and disaccharides are two single units joined together (e.g. sucrose)*

'Total sugars' are sugars which include both naturally occurring (such as in fruit, vegetables, cereals and lactose in milk products) and free sugars.

- 4.5 Given SACN advice to reduce free sugar intake to improve health and reduce overall calorie consumption, we believe it is important to explore what more Government can do to reflect this advice in any future FOPNL recommended by the UK Government or Devolved Administrations.

Fibre

- 4.6 Additionally, SACN also recommended that fibre intake should be increased to 30g per day for adults (aged 17 and older)³¹. Currently, adults across the UK are failing to meet the recommended intake of fibre with average intake reaching 19g/day³². Although there is little available evidence about the relationship between fibre intake and obesity, there is strong evidence from prospective cohort studies that show increased intakes of dietary fibre are associated with lower risk of heart disease, high blood pressure, type 2 diabetes and colorectal cancer³³. Along with the new sugar recommendations, these were also accepted by the UK Government and Devolved Administrations.
- 4.7 Currently, fibre levels can be voluntarily declared on the back of pack nutrition declaration. Manufacturers can also make a 'high fibre' nutrition claim on their product if it contains at least 6g/100g fibre or make a 'source of fibre' nutrition claim if it contains at least 3g/100g.
- 4.8 Given SACN advice to increase the nations intake of fibre, including fibre as part of a FOPNL could be one effective way of encouraging shoppers to pay attention to fibre content. There is a potential risk of doing so that this could be confusing to consumers therefore would welcome views as to whether the UK Government and Devolved Administrations should explore incorporating fibre in a future FOPNL. As outlined above, during a transition period the UK will continue to be bound by the EU FIC.

Questions for all respondents

16) Do you think the Government should ensure that the recommended Front of Pack Nutrition label reflects latest dietary advice on free sugar? [Yes/No/I do not know]* Please explain your answer [Free text box].

17) Do you think the Government should ensure that the recommended Front of Pack Nutrition label reflects the latest dietary advice on fibre? [Yes/No/I do not know]* Please explain your answer [Free text box].

5. Public Sector Equality Duty

As part of the consultation, we are inviting views on the impact of FOPNL on people with protected characteristics and steps that could be taken to mitigate the impact, against the Government's duties under the Equality Act 2010.

Public Sector Equality Duty

Questions for all respondents

18a) Do you think that Front of Pack Nutrition Labelling is likely to have an impact on people on the basis of their age, sex, race, religion, sexual orientation, pregnancy and maternity, disability, gender reassignment and marriage/civil partnership? [Yes/No/I do not know].

18b) Please explain your answer and provide relevant evidence. [Free text box]

19a) Do you think that any of the proposals in this consultation would help achieve any of the following aims?

-Eliminating discrimination, harassment, victimisation and any other conduct that is prohibited by or under the Equality Act 2010 [Yes/No/I do not know]

-Advancing equality of opportunity between persons who share a relevant protected characteristic and persons who do not share it? [Yes/No/I do not know]

-Fostering good relations between persons who share a relevant protected characteristic and persons who do not share it? [Yes/No/I do not know]

19b) Please explain which aims it would help achieve and how. [Free text box]

19c) Could the proposals be changed so that they are more effective? Please explain what changes would be needed [Free text box]

6. Socioeconomic Considerations

In addition to the protected characteristics as discussed above, we also want to consider the potential for FOPNL to reduce inequality in health outcomes experienced by different socioeconomic groups.

20a) Do you think that the proposals in this consultation could impact on people from more deprived backgrounds? [Yes/No/I do not know]

20b) Please explain your answer and provide relevant evidence. [Free text box]

7. References

- ¹ National Health Service Digital, 2019. *Health Survey for England 2018: Overweight and Obesity in Adults and Children*. [online], pp.1 – 31. Available at: <http://healthsurvey.hscic.gov.uk/media/81625/HSE18-Adult-Child-Obesity-rep.pdf> [Accessed 29 June 2020].
- ² Scottish Government, 2020. The Scottish Health Survey 2018 edition, volume 1, main report, [online] <https://www.gov.scot/publications/scottish-health-survey-2018-volume-1-main-report/>.
- ³ Public Health Wales Observatory, 2019. Obesity in Wales report. [online] Available at: http://www.publichealthwalesobservatory.wales.nhs.uk/sitesplus/documents/1208/ObesityInWales_Report2018_v1.pdf
- ⁴ Information Analysis Directorate, 2020. Health Survey (NI) First Results 2018/2019. [online], Available at: https://www.health-ni.gov.uk/sites/default/files/publications/health/hsni-first-results-18-19_1.pdf
- ⁵ National Health Service Digital, 2019. *Health Survey for England 2018. Overweight and Obesity in Adults and Children*. [online], pp.1 – 31. Available at: <http://healthsurvey.hscic.gov.uk/media/81625/HSE18-Adult-Child-Obesity-rep.pdf> [Accessed 29 June 2020].
- ⁶ Public Health England, 2017. *Health Matters: Obesity and the Food Environment*. [online] Available at: <https://www.gov.uk/government/publications/health-matters-obesity-and-the-food-environment/health-matters-obesity-and-the-food-environment--2> [Accessed 29 June 2020].
- ⁷ Docherty, A.B., Harrison, E.M., Green, C.A., Hardwick, H.E., Pius, R., Norman, L., Holden, K.A., Read, J.M., Dondelinger, F., Carson, G. and Merson, L., 2020. Features Of 16,749 Hospitalised UK Patients With COVID-19 Using The ISARIC WHO Clinical Characterisation Protocol. *MedRxiv*, [online] pp.1 – 21. Available at: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.04.23.20076042v1.article-info> [Accessed 29 June 2020].
- ⁸ Wu, C., Chen, X., Cai, Y., Zhou, X., Xu, S., Huang, H., Zhang, L., Zhou, X., Du, C., Zhang, Y. and Song, J., 2020. Risk Factors Associated With Acute Respiratory Distress Syndrome And Death In Patients With Coronavirus Disease 2019 Pneumonia In Wuhan, China. *JAMA InternMed2020*, [online], pp. 1 – 10. Available at: <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/2763184> [Accessed 29 June 2020].
- ⁹ Department for Health and Social Care, 2016. *Guide to Creating a Front of Pack (FoP) Nutrition Label For Pre-Packed Products Sold Through Retail Outlets*. [online], pp. 1 – 31. Available at: https://www.food.gov.uk/sites/default/files/media/document/fop-guidance_0.pdf [Accessed 29 June 2020].
- ¹⁰ Diabetes UK used term of 'traffic lights'. UK Government ref to this scheme as the current voluntary colour coded front-of-pack labelling scheme. Diabetes UK. (2018). Public views on food labelling survey. ComRes interviewed 2,121 UK adults online, aged 18+ between 12-14th Jan 2018. Data were weight to be demographically representative of all UK adults by age, gender, region and social grade. ComRes is a member of the British Polling Council and abides by its rules.
- ¹¹ Mintel, 2019. *Brits Spent £12.3 Billion On Online Groceries In 2018*. [online] Available at: <https://www.mintel.com/press-centre/retail-press-centre/brits-spent-12-3-billion-on-online-groceries-in-2018> [Accessed 29 June 2020].
- ¹² Institute for Grocery Distribution, 2019. *Front Of Pack Labelling: What Consumers Want*. [online] Available at: <https://www.igd.com/articles/article-viewer/t/front-of-pack-labelling-what-consumers-want/i/22181> [Accessed 29 June 2020].
- ¹³ Van Kleef, E., Van Trijp, H., Paeps, F. and Fernandez-Celemin, L., 2008. Consumer Preferences For Front-Of-Pack Calories Labelling. *Public Health Nutrition*, 11(2), pp.203-213. [online] Available at: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17601362/> [Accessed 29 June 2020].
- ¹⁴ Malam, S. Clegg, S. Kirwan, S. McGinival, S., Raats, M., Shepherd, R., Barnett, J., Senior, V., Hodgkins, C. and Dean, M., 2009. *Comprehension And Use Of UK Nutrition Signpost Labelling Schemes*. London: Food Standards Agency, pp. 1 – 158. Available at: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20120403230459/http://www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/quantrationale.pdf> [Accessed 29 June 2020].
- ¹⁵ Food Standards Agency, 2012. *Consultation On Front of Pack Nutrition Labelling*. Available at: <https://www.reading.ac.uk/foodlaw/pdf/uk-12010-front-pack-consultation.pdf> [Accessed 29 June 2020].
- ¹⁶ Department for Health and Social Care, 2016. *Guide to Creating a Front of Pack (FoP) Nutrition Label For Pre-Packed Products Sold Through Retail Outlets*. [online], pp. 1 – 31. Available at: https://www.food.gov.uk/sites/default/files/media/document/fop-guidance_0.pdf [Accessed 29 June 2020].
- ¹⁷ Ducrot, P., Méjean, C., Julia, C., Kesse-Guyot, E., Touvier, M., Fezeu, L. K., ... Péneau, S. (2015). Objective Understanding of Front-of-Package Nutrition Labels Among Nutritionally At-Risk Individuals. *Nutrients*, 7(8), 7106–7125. [online] Available at: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26305255/> [Accessed 29 June 2020].
- ¹⁸ Cecchini, M., & Warin, L. (2016). Impact Of Food Labelling Systems On Food Choices And Eating Behaviours: A Systematic Review And Meta-Analysis Of Randomized Studies. *Obesity Reviews*, 17(3), pp. 201-210. [online] Available at: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26693944/> [Accessed 29 June 2020].

- ¹⁹ Diabetes UK used term of 'traffic lights'. UK Government ref to this scheme as the current voluntary colour coded front-of-pack labelling scheme. Diabetes UK. (2018). Public views on food labelling survey. ComRes interviewed 2,121 UK adults online, aged 18+ between 12-14th Jan 2018. Data were weight to be demographically representative of all UK adults by age, gender, region and social grade. ComRes is a member of the British Polling Council and abides by its rules.
- ²⁰ Food Standards Agency, 2019. *Northern Ireland Eating Well Choosing Better Tracker 2019*.
- ²¹ Colruyt Group, 2018. *What is Nutri-Score*. [online] Available at: <https://nutriscore.colruytgroup.com/colruytgroup/en/about-nutri-score/> [Accessed 29 June 2020].
- ²² Food Navigator, 2018. *300,000-Strong Survey 'Confirms Positive Impact' Of Nutriscore Logo*. [online] Available at: <https://www.foodnavigator.com/Article/2018/07/11/300-000-strong-survey-confirms-positive-impact-of-NutriScore-logo> [Accessed 29 June 2020].
- ²³ Crosetto, P., Lacroix, A., Muller, L. And Ruffieux, B., 2017. *Mesure Expérimentale En Laboratoire Des Impacts Sur La Qualité Nutritionnelle Du Panier Alimentaire Familial De L'apposition De 'Systèmes D'étiquetage Nutritionnel' En Face Avant Des Embalges*. INRA GAEL, Grenoble.
- ²⁴ OQALI, 2018. *Montee En Puissance Du Nutri-Score*. [online], pp. 1 – 17. Available at: https://www.oqali.fr/content/download/3563/34110/version/1/file/OQALI+2019_Montee+en+puissance+du+Nutri-Score_premier+etat+des+lieux.pdf [Accessed 29 June 2020].
- ²⁵ Corvalán, C., Reyes, M., Garmendia, M.L., Uauy, R., 2019. Structural Responses To The Obesity And Non-Communicable Diseases Epidemic: Update On The Chilean Law Of Food Labelling And Advertising. *Obesity Reviews*. 20:367-374. [online] Available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/obr.12802> [Accessed 29 June 2020].
- ²⁶ Reyes, M., Garmendia, M.L., Olivares, S. Aqueveque, C. Zacarias, I., Corvalan, C., 2019. Development Of The Chilean Front-Of-Package Food Warning Label. *BMC Public Health* 19:906 [online]. Available at: <https://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12889-019-7118-1> [Accessed 29 June 2020].
- ²⁷ Kelly B, Jewell J., 2018. What Is The Evidence On The Policy Specifications, Development Processes And Effectiveness Of Existing Front-Of-Pack Food Labelling Policies In The WHO European Region? Copenhagen: WHO Regional Office for Europe pp. 1 – 71. [online]. Available at: https://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0007/384460/Web-WHO-HEN-Report-61-on-FOPL.pdf [Accessed 29 June 2020].
- ²⁸ Food Standards Agency, 2004. *Concept Testing of Alternative Labelling of Healthy/Less Healthy Foods*. [online] Available at: <https://www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/alternlab.pdf> [Accessed 29 June 2020].
- ²⁹ SACN, 2015. *Carbohydrates and Health*, Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/445503/SACN_Carbohydrates_and_Health.pdf [Accessed 29 June 2020].
- ³⁰ Swan, G.E., Powell, N.A., Knowles, B.L., Bush, M.T. and Levy, L.B., 2018. A Definition Of Free Sugars For The UK. *Public Health Nutrition*, 21(9), pp.1636-1638. Available at: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/2A2B3A70999052A15FD157C105B3D745/S136898001800085Xa.pdf/definition_of_free_sugars_for_the_uk.pdf [Accessed 29 June 2020].
- ³¹ SACN, 2015. *Carbohydrates and Health*. [online] Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/445503/SACN_Carbohydrates_and_Health.pdf [Accessed 29 June 2020].
- ³² Public Health England, 2018. *NDNS: Results From Years 7 And 8 (Combined)*. [online]. Available at: <https://www.gov.uk/government/statistics/ndns-results-from-years-7-and-8-combined> [Accessed 29 June 2020].
- ³³ SACN, 2015. *Carbohydrates and Health*. [online] Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/445503/SACN_Carbohydrates_and_Health.pdf [Accessed 29 June 2020].

8. Annex A: Technical Annex

Overview

The aim of the consultation is to gather and update evidence from consumers, academics and businesses, to help the Government identify whether there is support and/or evidence for amending our Front of Pack nutrition label (FOPNL) scheme. We wish to review the evidence prior to identifying a way forward, and consequently there is no preferred option at this stage.

In principle, the options available to Government include:

- Doing nothing / maintaining the current scheme as is currently recommended;
- Maintain the current scheme recommended by Government but alter the content included.
- Considering the introduction of a new FOPNL labelling scheme.

The consultation invites views both on some specific suggestions (updating the current labels in line with the latest evidence, using a “Nutri-score” style of labelling and/or adopting a “Warning Labels” approach), and on schemes more generally. At this stage, we are exploring possible options only, mindful of our current obligations to comply with EU Food Information to Consumers Regulation (EU FIC) during the transition period.

This annex sets out early thinking on:

- How different options for improving FOPNL labels will be appraised;
- What costs and benefits may potentially arise;
- Some provisional commentary on each of the specific suggestions included in the consultation.

Should the evidence gained from the consultation support further intervention or change, then detailed proposals will be set out in full at a later date, supported as required by an impact assessment analysis of the expected effects.

How will potential options be evaluated?

The underlying policy objective is to improve health, particularly in terms of reducing obesity, by encouraging consumers to make healthier and more informed choices about the food that they buy and consume. Labelling plays an essential role by providing the key benefit of clear and accessible nutritional information at the point of sale.

Options will be judged based on supporting evidence and we will consider improvements against this objective and the wider objectives outlined in paragraph 1.18-1.20 of the main consultation document. We will also consider any potential impact on industry, and any effect on health inequalities or groups with protected characteristics.

Relevant considerations will include but are not limited to the following:

- Is the information presented on a FOPNL easy to absorb and understand?
- Does a FOPNL positively influence consumer choice?
- Is the information presented on a FOPNL based on the latest scientific and other relevant evidence? Are there superior alternative designs or schemes that might be used?
- How do different groups of consumers / businesses respond to different FOPNL?
- What is the impact on particular groups?
- Are the options easy to calculate, develop and apply from an industry perspective?
- What are the costs incurred by industry of implementing labels on their products?
- Are there any wider impacts on industry, including any specific impacts on small and micro businesses?
- How would the labels be monitored, and any problems rectified?
- Are there any unforeseen consequences (either advantages or disadvantages)?

What types of cost and benefits are expected?

Should the evidence gained from the consultation support further intervention or change, then detailed proposals will be set out in full at a later date, supported as required by an impact assessment analysis of the expected effects. At this stage costs and benefits will be identified and assessed for the primary options, drawing on the information gained through the consultation.

In terms of methodology, the expectation is that the current situation will be used as the baseline or counterfactual. We will seek to measure the marginal change in costs and/or benefits arising from any change to the current recommendations. Both direct and indirect effects will be considered. For policies that aim to encourage healthier choices, the full health benefits have the potential to occur and accumulate over a longer time period than full costs. Hence a long-term view is likely to be required to fairly assess the policy impact.

In principle, the following costs and benefits of further intervention may be seen:

Potential benefits	Potential costs
Improved consumer recognition, understanding and use of labelling.	Familiarisation time with any changes (both for consumers and business).
Increase in healthier eating choices.	Cost to business if they introduce new labels.
Reduced obesity and overweight.	Costs to business of reformulation if adopted.
More reformulation, resulting in healthier foods being produced.	Enforcement costs if any elements are mandatory.
Improved health beyond obesity (e.g. dental health, blood pressure).	
Reduced NHS costs from treating obesity.	
Benefits to businesses and productivity through a healthier workforce.	

Further evidence will be assessed and developed once consultation views and data have been collated.

Labelling schemes considered in the consultation

Three possible schemes are presented:

<p>The current UK multiple-traffic-light scheme (pictured). This scheme consists of nutrient specific reference intake information, colour coding and allows companies to add the text “high”, “medium” or “low” to assist in the interpretation of the colour coding.</p>	<p>Each grilled burger (94g) contains</p> <table border="1"> <tr> <td>Energy 924 kJ 220 kcal</td> <td>Fat 13g</td> <td>Saturates 5.9g</td> <td>Sugars 0.8g</td> <td>Salt 0.7g</td> </tr> <tr> <td>11%</td> <td>19%</td> <td>30%</td> <td><1%</td> <td>12%</td> </tr> </table> <p>of an adult's reference intake Typical values (as sold) per 100g: Energy 966 kJ / 230 kcal</p>	Energy 924 kJ 220 kcal	Fat 13g	Saturates 5.9g	Sugars 0.8g	Salt 0.7g	11%	19%	30%	<1%	12%
Energy 924 kJ 220 kcal	Fat 13g	Saturates 5.9g	Sugars 0.8g	Salt 0.7g							
11%	19%	30%	<1%	12%							
<p>The “Nutri-score” scheme, as used in France, Belgium and Spain, (pictured) presents a colour-coded A to E healthiness rating, but does not include any nutrient-specific information. The rating is based on the balance of healthy (fibre, fruit/veg, protein) and unhealthy (saturated fat, added sugar, salt) nutritional content.</p>											
<p>The “health warning label” system as used in Chile (pictured), which highlights any products that are high in sugar, fat, salt or calories. The assessment is based on the amount of each nutrient in 100g / 100ml of product.</p>											

This is not an exhaustive list of all possible label designs, but they have been chosen at this stage because:

- They have been developed and introduced in countries since the UK recommended the use of MTL and therefore there is a body of new evidence to be considered;
- There is evidence for these schemes providing a positive impact on food choices;
- All of the labels use formats that evidence suggests can help consumers make informed choices, for example the use of colours, shape and nutrition information;
- They present evidence-based alternatives that the UK could either learn from or improve our current label by adopting (such as simplicity of labels, or the importance of sugar).

We provide below a brief summary of characteristics and evidence for each scheme, as identified in research to date. **This does not constitute a full economic appraisal and should not be taken to be comprehensive. It is designed simply to facilitate discussion within the consultation.** It is possible and legitimate for stakeholders to take differing views, and the provisional material shown is subject to

revision in the light of additional consultation evidence. The points are not listed in any particular order.

UK voluntary multi-traffic light (MTL) labelling scheme

- This is a long-running scheme, first recommended by Government in 2013.
- Research demonstrates a consumer preference to both nutritional data and colour-coded adviceⁱⁱ. This evidence suggests colour-coding helps consumers make choices quickly.
- It is voluntary, so not all products are front-labelled, but uptake by industry is high, particularly among supermarkets. Minor variations in label design are prevalent and this variety may make it harder to compare products and/or maintain consistency (although it appears that many labels do adhere to the broad design and content of the recommended scheme).
- Recent researchⁱⁱⁱ suggests 80% of consumers look at the FOPNL (60% sometimes refer to labels and 20% always consider them). The other 20% do not look at them. There is evidence of inequality in that the MTL labels are less likely to be used by those from more deprived background. There is also evidence of correlation, with those reading the labels being more likely to have healthier shopping baskets.
- MTL label provides value for consumers with particular dietary needs (for example, the level of sugar may be very important) and it is helpful to present information on the front-of-pack in a simplified format in addition to the back of pack.
- A significant number (41%) agree that they use labels particularly for first-time purchases where they are unfamiliar with the product.^{iv}

ⁱⁱ Malam, S. Clegg, S. Kirwan, S. McGinigal, S., Raats, M., Shepherd, R., Barnett, J., Senior, V., Hodgkins, C. and Dean, M., 2009. *Comprehension And Use Of UK Nutrition Signpost Labelling Schemes*. London: Food Standards Agency, pp. 1 – 158. Available at: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20120403230459/http://www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/quantrationale.pdf> [Accessed 29 June 2020].

ⁱⁱⁱ DHSC-commissioned research from Kantar Worldpanel. 2016.

^{iv} DHSC-commissioned research from Kantar Worldpanel. 2016.

- 18% of consumers found the labels confusing or complicated, with portion sizes a particular concern.^v

Nutri-score scheme

- This is a relatively new scheme (introduced in France in 2017). As per the EU FIC, it is voluntary and the label is currently used in up to 20% of products (by market share) although the rate varies with product type.^{vi}
- Products must be registered with Santé Publique (French Department of Health) before the labels can be used.
- Consumer research suggests the scores are very visible and easy to understand. They also make it easier to compare products.^{vii}
- Registration provides safeguards around accuracy and consistency of label use but introduces a small administrative cost to industry alongside the labelling itself.
- The voluntary nature of the scheme minimises industry costs. However, manufacturers of less healthy products may choose to opt out, rather than display a low Nutri-score).
- The scheme is flexible and some products, such as cheese, are assessed differently to better reflect their specific nature.
- The (voluntary) scheme has been adopted in Belgium, Spain and is expected to be introduced in Germany in 2020. Further countries across the EU are considering how to use the scheme in their countries, such as Netherlands and Luxembourg.

^v DHSC-commissioned research from Kantar Worldpanel. 2016.

^{vi} OQALI, 2018. *Montee En Puissance Du Nutri-Score*. [online], pp. 1 – 17. Available at: https://www.oqali.fr/content/download/3563/34110/version/1/file/OQALI+2019_Montee+en+puissance+du+Nutri-Score_premier+etat+des+lieux.pdf [Accessed 29 June 2020].

^{vii} Ducrot, P., Méjean, C., Julia, C., Kesse-Guyot, E., Touvier, M., Fezeu, L. K., Péneau, S. (2015). Objective Understanding of Front-of-Package Nutrition Labels Among Nutritionally At-Risk Individuals. *Nutrients*, 7(8), 7106–7125. [online] Available at: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26305255/> [Accessed 29 June 2020].

Health warning label scheme

- This scheme was introduced in Chile in 2016. It is mandatory (with provisions for non-compliance).
- 40% of consumers say they use the label to inform choice, and the labels are seen as simple, clear, attention-grabbing and helpful for parents making choices for / educating their children.^{viii}
- Some substitution has been observed in buying patterns indicating that purchasing is indeed influenced by the labels.^{ix}
- While simple, the labels are binary (warning or no warning). Nutritionally similar products may look very different if one exceeds a threshold and requires a warning and one does not.
- The mandatory nature of the scheme ensures full coverage of products listed, consistent labelling and accuracy, although this may also increase labelling costs for industry.
- Assessment being based on 100g/100ml ensures that there is no problem with consumers having different views on portion sizing.
- The scheme is being considered in several other countries.^x

The Government is seeking views on the above options specifically, but other options exist and the consultation invites views both on the current labelling regime generally and on alternatives.

Questions for all respondents

21) Do you have any comments on the material provided in the technical annex?

^{viii}Reyes, M., Garmendia, M.L., Olivares, S. Aqueveque, C. Zacarias, I., Corvalan, C., 2019. Development Of The Chilean Front-Of-Package Food Warning Label. *BMC Public Health* 19:906 [online]. Available at: <https://bmcpublihealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12889-019-7118-1> [Accessed 29 June 2020].

^{ix}Identifying Food Labeling Effects on Consumer Behavior. Araya et al. 2019. http://www.dii.uchile.cl/~cnoton/AENS_2019.pdf (page 16). Substitution effects do vary – there is evidence that the effect is greater where consumers were not expecting to see a warning label (for example in a product that was marketed as being healthy).

^x Same paper. Peru, Canada, Uruguay and Israel are mentioned specifically (page 15).

In particular:

- on the provisional list of evaluation criteria? [Yes/No/I do not have a view] Please provide your comments. [Free text box]

- on the provisional list of costs and benefits? [Yes/No/I do not have a view] Please provide your comments. [Free text box]

- on the evidence and commentary provided for the labelling schemes? [Yes/no] Please provide your comments. [Free text box]

9. Annex B: How to respond to the consultation

The consultation will run for 12 weeks. Our preferred method of response is via SurveyOptic, the Government's consultation hub. To help with your response, you will find the questions outlined in each section. A summary of the consultation questions has also been provided in section 11, Annex D.

We have specified the questions that should be answered by businesses, those that should be answered by the public and those that should be answered by all respondents.

If you do wish to send an email response, please send those to:

childhood.obesity@dhsc.gov.uk

If you wish to send a hard copy, responses can be sent to:

The Childhood Obesity Team, 6th Floor
Department of Health and Social Care
39 Victoria Street
London
SW1H 0EU

10. Annex C: Disclosure of responses

Data Protection

The information you provide in responses to this consultation is managed in accordance with the [Department of Health and Social Care's Information Charter](#). The information you supply will be processed by the Obesity Food and Nutrition policy team in DHSC in accordance with the Data Protection Act 2018 and the General Data Protection Regulation.

The Government's response to the consultation will summarise feedback received through the consultation using aggregated data and will not contain any personal information that could identify you. We will not publish the names or contact details of respondents and will not include the names of organisations responding, unless we have express permission to do so.

Outside of specific exemptions under the legislation, your personal data shall be retained for no longer than the purposes for which it is being processed, in line with the [DHSC Privacy Notice](#).

Disclosure of Responses

Please note that, as a public body, DHSC may be required by law to publish or disclose information provided in response to this consultation in accordance with access to information regimes:

- The Freedom of Information Act 2000
- The Data Protection Act 2018
- The General Data Protection Regulation

By providing personal, confidential, commercial or intellectual property information for the purpose of the public consultation exercise, it is understood that you consent to its disclosure and publication where necessary. Confidential information is disclosed at the respondent's risk; we would encourage any confidential or sensitive information to be marked as such in your response so that this information can be taken into account when responding to a request.

Under the Data Protection Act 2018 (and the General Data Protection Regulation), you have certain rights to access your personal data and have it corrected, restricted or erased (in certain circumstances), and you can withdraw your consent to us processing your personal data at any time. If you decide to withdraw your response, you will need to contact DHSC using our [web contact form](#).

Complaints

You have the right to lodge a complaint to the Information Commissioner's Office about our practices, to do so please visit the Information Commissioner's Office website: <https://ico.org.uk/concerns/>.

Information Commissioner's Office
Wycliffe House
Water Lane
Wilmslow
Cheshire
SK9 5AF

Email: casework@ico.org.uk
Telephone: 0303 123 1113
Textphone: 01625 545860
Monday to Friday, 9am to 4:30pm

11. Annex D: Consultation questions

The UK's recommended FOPNL scheme

Questions for businesses

1. Do you feature a Front of Pack Nutrition Label on your products?*

[Yes/No/Prefer not to say]

2a) *If answered [Yes]* - Is the label the Government approved Multiple Traffic Light labelling system?

[Yes/No]

2b) *If using the Government Multiple Traffic Light scheme* - What percentage of your product portfolio carries *Multiple Traffic Light* labelling?

[Free text – specify number]

2c) *If Multiple Traffic Light label is on less than 100% of products* - What products do not carry Multiple Traffic Light label on and why? Please specify the product categories.

[Free text box]

2f) When adopting the Multiple Traffic Light Label - did you incur costs over and above existing labelling cycles? Please quantify these costs.

[Free text box]

2g) Did the introduction of Multiple Traffic Light influence any reformulation of your products?*

[Yes/No/Prefer not to say]

3a) *If answered [Yes] but using another form of Front of Pack Nutrition Labelling* - Please explain what Front of Pack Nutrition Labelling your business features on its products and why you chose this label over the Government recommended label.

[Free text box]

3b) *If using different form of Front of Pack Nutrition Labelling* - What percentage of your product portfolio carries this form of Front of Pack Nutrition Labelling?

[Free text box – specify number]

3c) *If Front of Pack Nutrition Labelling is on less than 100% of products* - What products do not carry Front of Pack Nutrition Labelling on and why?

[Free text box]

3d) *If using different form of Front of Pack Nutrition Labelling*- Why does your business not use the Government recommended MTL on your products?

[Free text box]

3e) *If using different form of Front of Pack Nutrition Labelling*- What would encourage you to adopt MTL on your products?

[Free text box]

4a) *If answered [No] and therefore not using any Front of Pack Nutrition Labelling* - Why does your company not use any Front of Pack Nutrition Labelling?

[Free text box]

4b) *If answered [No] and therefore not using any Front of Pack Nutrition Labelling* - What would incentivise you to use Front of Pack Nutrition Labelling on your products in the future?

[Free text box]

5) In principle, would your business support a proposal to display the same Front of Pack Nutrition label on your products?*

[Yes/No/I do not have a view]

Questions for the public and organisations

6a) Do you use the Multiple Traffic Light label to make choices about the food and drinks that you buy?

[Tick box - always/very frequently/sometimes/rarely/never/Prefer not to say/Not relevant]

6b) Please explain your choice:

[Free text box]

7a) Do you find the Multiple Traffic Light label:

- Clear (Yes/No/IDK)
- Informative (Yes/No/IDK)

7b) How easy do you find the following components of the Multiple Traffic Light label?

- Individual nutrients (fat, saturates, sugar, salt) [Tick box - very easy/easy/moderate/somewhat difficult/difficult/I do not have a view]
- Use of red, amber and green colours [Tick box - very easy/easy/moderate/somewhat difficult/ I do not have a view]

- Reference intakes [Tick box - very easy/easy/moderate/somewhat difficult/difficult/ I do not have a view]
- Portion size [Tick box - very easy/easy/moderate/somewhat difficult/difficult/ I do not have a view]

8. How could the Multiple Traffic Light label be made easier to use?

[Free text box]

9. Would you find it helpful if more products displayed the same Front of Pack Nutrition label?*

[Yes/No/I do not have a view]

New International Examples

Questions for businesses

10a) Do you think you would be more likely to adopt one of these labels on your products, compared to current Multiple Traffic Light label?

[Yes/No/I do not know]

10b) If answered yes – Which label would you be more likely to adopt?*

- Chile [tick box]
- Nutri-score [tick box]

Questions for public and organisations

11a) Do you think you would be likely to use one of these labels more when shopping, compared to current Multiple Traffic Light label?*

[Yes/No/I do not know]

11b) If answered yes – Which label would you be more likely to use?*

- Chile [tick box]
- Nutri-score [tick box]

Questions for all respondents

12. What aspects of the Nutri-score label do you like/ dislike?

- Use of five colours [Tick box - like/dislike/I do not have a view]
- Use of letters [Tick box - like/dislike/I do not have a view]
- Lack of specific nutrition information and portion size [Tick box - like/dislike/I do not have a view]
- Providing a single score for a product to indicate overall healthfulness [Tick box - like/dislike/I do not have a view]

Other (please specify) [Free text box]

13. What aspects of the Chilean health warning label do you like/dislike?

- Use of colour (black and white only) [Tick box - like/dislike/I do not have a view]
- Highlighting only less healthy options [Tick box - like/dislike/I do not have a view]
- Lack of specific nutrition information and portion size [Tick box - like/dislike/I do not have a view]

Other (please specify) [Free text box]

14. Both Nutri-Score and health warning labels have been introduced in countries around the world. Can you provide any further evidence on the impact of these labels, on the following aspects?

- Understanding or identification of healthier choices [Yes/No/I do not know]. Please upload evidence.
- Healthier purchasing behaviours [Yes/No/I do not know]. Please upload evidence.

15. Are there any other Front of Pack Nutrition Labels that you think Government should consider? Please provide evidence on the following to explain your answer:

- Understanding or identification of healthier choices [Free text box]
- Healthier purchasing behaviours [Free text box]

Link to Dietary Advice

Questions for all respondents

16. Do you think the Government should ensure that the recommended Front of Pack Nutrition label reflects latest dietary advice on free sugar?*

[Yes/No/I do not know]

Please explain your answer:

[Free text box]

17. Do you think the Government should ensure that the Front of Pack Nutrition label reflects the latest dietary advice on fibre?*

[Yes/No/I do not know]

Please explain your answer:

[Free text box]

Public Sector Equality Duty

Questions for all respondents

18a) Do you think that Front of Pack Nutrition Labelling is likely to have an impact on people on the basis of their age, sex, race, religion, sexual orientation, pregnancy and maternity, disability, gender reassignment and marriage/civil partnership?

[Yes/No/I do not know]

19b) Please explain your answer and provide relevant evidence.

[Free text box]

20a) Do you think that any of the proposals in this consultation would help achieve any of the following aims?

-Eliminating discrimination, harassment, victimisation and any other conduct that is prohibited by or under the Equality Act 2010 [Yes/No/I do not know]

-Advancing equality of opportunity between persons who share a relevant protected characteristic and persons who do not share it? [Yes/No/I do not know]

-Fostering good relations between persons who share a relevant protected characteristic and persons who do not share it? [Yes/No/I do not know]

20b) Please explain which aims it would help achieve and how.

[Free text box]

20c) Could the proposals be changed so that they are more effective? Please explain what changes would be needed.

[Free text box]

Socioeconomic Considerations

Questions for all respondents

21a) Do you think that the proposals in this consultation could impact on people from more deprived backgrounds?

Yes/No/I do not know

21b) Please explain your answer and provide relevant evidence.

[Free text box]

Technical annex

Questions for all respondents

22) Do you have any comments on the material provided in the technical annex?

In particular:

- on the provisional list of evaluation criteria? [Yes/No/I do not have a view]. Please provide your comments [Free text box].

- on the provisional list of costs and benefits? [Yes/No/I do not have a view] Please provide your comments [Free text box].

- on the evidence and commentary provided for the labelling schemes? [Yes/No/I do not have a view] Please provide your comments [Free text box].

© Crown copyright 2020

Published to GOV.UK in pdf format only.

Population Health
Obesity, Food and Nutrition

www.gov.uk/dhsc

This publication is licensed under the terms of the Open Government Licence v3.0 except where otherwise stated. To view this licence, visit nationalarchives.gov.uk/doc/open-government-licence/version/3

Where we have identified any third party copyright information you will need to obtain permission from the copyright holders concerned.



ANEXO 4

Santé publique France – Règlement d’usage du Logo « Nutri-Score »

REGLEMENT D’USAGE DU LOGO « NUTRI-SCORE »

Version du 31 janvier 2022 approuvée par Santé publique France

Les dernières mises à jours sont indiquées en bleu

REGLEMENT D’USAGE DU LOGO « NUTRI-SCORE »	1
PREAMBULE	3
ARTICLE 1. DEFINITIONS	4
ARTICLE 2. OBJET ET PORTEE	5
2.1. <i>Objet</i>	5
2.2. <i>Acceptation</i>	5
2.3. <i>Hiérarchie contractuelle</i>	5
ARTICLE 3. IDENTIFICATION ET PROPRIETE DU LOGO	6
ARTICLE 4. BENEFICIAIRES D’UN DROIT D’USAGE DU LOGO	6
4.1. <i>Personnes éligibles</i>	6
4.2. <i>Procédure d’obtention du droit d’usage pour les Produits Sources</i>	6
4.3. <i>Procédure d’obtention du droit d’usage pour les Produits Distribués</i>	7
4.4. <i>Changement de circonstances affectant l’Exploitant et son droit d’usage</i>	8
ARTICLE 5. LICENCE D’UTILISATION DU LOGO	8
5.1. <i>Droits d’usage du Logo sur les Produits Sources</i>	8
5.2. <i>Droits d’usage du Logo en relation avec les Produits Distribués</i>	8
5.3. <i>Non exclusivité</i>	9
5.4. <i>Caractère personnel</i>	9
5.5. <i>Caractère gratuit</i>	9
ARTICLE 6. CONDITIONS D’UTILISATION DU LOGO CLASSANT	9
6.1. <i>Conditions spécifiques aux Produits Sources</i>	9
6.2. <i>Conditions spécifiques aux Produits Distribués</i>	10
ARTICLE 7. UTILISATION DU LOGO A DES FINS DE COMMUNICATION	11
7.1. <i>Communications génériques et communications promotionnelles</i>	11
7.2. <i>Charte graphique</i>	11
7.3. <i>Informations obligatoires sur les supports de communication promotionnelle des Produits Distribués</i>	12
7.4. <i>Utilisation du Logo Classant dans le cadre de communications promotionnelles</i>	12
ARTICLE 8. LIMITES D’UTILISATION	12
8.1. <i>Respect du Logo en cours d’exploitation</i>	12
8.2. <i>Respect des droits sur le Logo</i>	12
8.3. <i>Respect de l’utilisation du Logo</i>	12
8.4. <i>Contrôle et transmission</i>	13
8.5. <i>Documentation technique</i>	13
ARTICLE 9. INFORMATION ET PROMOTION	13
ARTICLE 10. DUREE	14
ARTICLE 11. MODIFICATION DU REGLEMENT D’USAGE	14
ARTICLE 12. RESILIATION DU DROIT D’USAGE DU LOGO	15
12.1. <i>Dispositions générales</i>	15
12.2. <i>Résiliation de l’autorisation du fait de l’Exploitant</i>	15
12.3. <i>Usage abusif du Logo</i>	16
ARTICLE 13. DEFENSE DU LOGO	16
ARTICLE 14. RESPONSABILITE ET GARANTIES	16
14.1. <i>Responsabilité de l’Exploitant</i>	16
14.2. <i>Garantie de l’Exploitant</i>	18
14.3. <i>Garantie de Santé Publique France</i>	18
ARTICLE 15. LOI APPLICABLE	19
ARTICLE 16. JURIDICTION COMPETENTE	19
ARTICLE 17. REGLEMENT DES LITIGES	19

ANNEXE 1 : CAHIER DES CHARGES	20
ANNEXE 2 : CHARTE GRAPHIQUE	25
ANNEXE 3 : LISTE DES DROITS, DES PAYS ET DES REGULATEURS	26
ANNEXE 4 : CONDITIONS PARTICULIERES POUR LA FRANCE	27
ARTICLE 1. DROIT APPLICABLE AU LOGO EN FRANCE.....	27
ARTICLE 2. CONDITIONS PARTICULIERES D'OBTENTION DU DROIT D'USAGE DU LOGO	27
2.1. <i>Enregistrement de la Demande des Produits Sources</i>	27
2.2. <i>Changement de circonstances</i>	27
2.3. <i>Conditions particulières</i>	28
ARTICLE 3. CONDITIONS PARTICULIERES D'UTILISATION DU LOGO	28
3.1. <i>Communications génériques</i>	28
3.2. <i>Outils de promotion du dispositif Nutri-Score</i>	28
ARTICLE 4. AUDIT.....	28
4.1. <i>Documentation technique</i>	28
4.2. <i>Contrôle</i>	29
ARTICLE 5. PROCEDURE DE TRANSMISSION DEVANT L'OQALI.....	29
5.1. <i>Dépôt du questionnaire auprès de l'Oqali</i>	29
5.2. <i>Mise à jour des déclarations auprès de l'Oqali</i>	29
ARTICLE 6. SANCTIONS.....	29
6.1. <i>Sanctions - Usage du Logo en tant que présentation complémentaire à la Déclaration</i>	30
6.2. <i>Sanctions – Usage du Logo à des fins de communication</i>	30
APPENDICE 1 : DOCUMENTATION OQALI.....	31
ANNEXE 5 : CONDITIONS PARTICULIERES POUR LA BELGIQUE	32
ARTICLE 1. LOI ET REGLEMENTS APPLICABLES AU LOGO EN BELGIQUE	32
ARTICLE 2. CONDITIONS PARTICULIERES D'OBTENTION DU DROIT D'USAGE DU LOGO	32
ARTICLE 3. CONDITIONS PARTICULIERES D'UTILISATION DU LOGO	32
ARTICLE 4. AUDIT.....	32
ARTICLE 5. SANCTIONS.....	33
ARTICLE 6. COMMUNICATION.....	33
ANNEXE 6 : CONDITIONS PARTICULIERES POUR LA SUISSE	33
ANNEXE 7 : CONDITIONS PARTICULIERES POUR L'ALLEMAGNE	33
ANNEXE 8 : CONDITIONS PARTICULIERES POUR LE LUXEMBOURG	34
ARTICLE 1. DROIT APPLICABLE AU LOGO AU LUXEMBOURG	34
ARTICLE 2. CONDITIONS PARTICULIERES D'OBTENTION DU DROIT D'USAGE DU LOGO	34
ARTICLE 3. CONDITIONS PARTICULIERES D'UTILISATION DU LOGO	34
ARTICLE 4. AUDIT.....	35
ARTICLE 5. SANCTIONS.....	35
ARTICLE 6. COMMUNICATION.....	35

PREAMBULE

Le règlement (UE) n°1169/2011 du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires (ci-après le « **Règlement européen** ») impose aux exploitants de denrées alimentaires l'apposition de mentions obligatoires sur leurs produits afin de garantir un niveau élevé de protection de la santé et des intérêts des consommateurs en fournissant au consommateur final les bases à partir desquelles il peut décider en toute connaissance de cause et utiliser les denrées alimentaires en toute sécurité, dans le respect, notamment, de considérations sanitaires, économiques, écologiques, sociales et éthiques.

Les articles 29 et suivants du Règlement européen déterminent les règles de l'une de ces mentions, à savoir la déclaration nutritionnelle obligatoire comprenant les informations sur les caractéristiques nutritionnelles permettant aux consommateurs, y compris ceux qui doivent suivre un régime alimentaire spécial, de choisir en toute connaissance de cause (ci-après la « **Déclaration** »). Afin de faciliter la compréhension de cette déclaration, les articles 35 à 37 du Règlement européen permettent soit des formes d'expression et de présentation complémentaires de la déclaration nutritionnelle obligatoire, soit des informations sur les denrées alimentaires fournies à titre volontaire.

L'Agence nationale de santé publique, ci-après dénommée « **Santé publique France** », établissement public administratif de l'État français, chargée notamment de la promotion en santé, a élaboré, sur la base des travaux de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (Inserm) de France, une signalétique répondant aux critères posés par le Règlement européen. Cette signalétique, ci-après désignée « **Logo** », a fait l'objet de dépôts au titre de la protection des dessins et modèles industriels ainsi qu'en tant que marques collectives sous les numéros et dans les pays identifiés en ANNEXE 3 : Liste des droits, des pays et des Régulateurs.

Un règlement d'usage a été élaboré pour l'exploitation de ce Logo dans les États-membres de l'Union européenne, les États de l'Espace Économique européen et les pays tiers reconnaissant les droits communautaires de propriété intellectuelle sur le Logo (ci-après les « **Territoires** » de l'ANNEXE 3 : Liste des droits, des pays et des Régulateurs).

Ce règlement définit les personnes habilitées à exploiter ce Logo, les conditions générales d'utilisation de ce Logo (notamment ses modalités de calcul ou la charte graphique à respecter), les conditions particulières applicables selon les Territoires et les autorités nationales de supervision et de concession de droits sur le Logo (ci-après les « **Régulateurs** ») ainsi que les sanctions pouvant affecter le non-respect des conditions du règlement d'usage.

Si ces personnes remplissent les conditions établies au présent règlement d'usage et les respectent tout au long de leur usage du Logo, plusieurs droits d'usage du Logo leur sont automatiquement concédés par Santé Publique France (et/ou le(s) Régulateur(s) sur le(s) Territoire(s)). Les exploitants sont informés que Santé Publique France et/ou tout Régulateur peut suspendre ou résilier tout ou partie des droits d'usage qui leur sont concédés sur le Logo sur un ou plusieurs Territoire(s) dans les conditions fixées par le présent règlement d'usage.

La première édition de ce règlement d'usage a été approuvée par Santé publique France le 12 mai 2017. Santé publique France et les Régulateurs s'assureront de la pertinence de ce règlement d'usage au regard de l'évolution de l'activité concernée, de telle sorte que le règlement d'usage pourra être révisé.

Article 1. DEFINITIONS

1.1 - Par « **Cahier des charges** », on entend le cahier des charges joint en ANNEXE 1 : Cahier des charges.

1.2 - Par « **Charte graphique** », on entend la charte graphique formalisant les modalités graphiques d'usage du Logo figurant en ANNEXE 2 : Charte graphique.

1.3 - Par « **Communication générique** », on entend la communication promotionnelle à visée générale de l'Exploitant ne visant pas spécifiquement un ou plusieurs Produits.

1.4 - Par « **Déclaration** », on entend la déclaration nutritionnelle obligatoire prévue par les articles 30 et suivants du Règlement européen.

1.5 – Par « **Demande** », on entend la demande d'enregistrement d'un Exploitant au Règlement d'usage.

1.6 – Par « **EUIPO** », on entend l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle.

1.7 - Par « **Exploitant** », on entend toute personne physique ou morale habilitée à utiliser le Logo sur les Produits (tels que définis ci-dessous) en application du Règlement d'usage. A ce titre, on entend par :

- « **Exploitant Titulaire** » l'Exploitant titulaire ou licencié exclusif des droits de propriété intellectuelle sur ses Produits Sources, et par
- « **Exploitant Distributeur** » l'Exploitant qui fait toute exploitation commerciale licite de Produits Distribués avec l'accord direct ou indirect de l'Exploitant Titulaire.

Un seul et unique Exploitant peut être en même temps Exploitant Titulaire pour ses Produits Sources et un Exploitant Distributeur pour des Produits Distribués.

1.8 – Par « **Exploitant Titulaire Tiers** », on entend un titulaire de droits de propriété intellectuelle qui n'a pas fait de Demande, et qui n'est donc pas enregistré selon le Règlement d'usage.

1.9 - Par « **INPI** », on entend l'Institut national de la propriété industrielle de France.

1.10 - Par « **Logo** », on entend les signalétiques « Nutri-Score » déposées dans les Territoires et recensées en ANNEXE 3 : Liste des droits, des pays et des Régulateurs des présentes. Le Logo est composé de :

- 5 logotypes, ci-après dénommés « **Logo Classant** » représentant les 5 classements de produits sur l'échelle nutritionnelle, associés au mot « Nutri-Score », et faisant ressortir une des cinq lettres A-B-C-D-E. Les Logos Classants sont dits « logos packaging » dans la Charte Graphique.
- Un logotype neutre, ci-après-dénoté « **Logo Neutre** », élaboré uniquement aux fins de communication générique, et présentant l'échelle nutritionnelle, sans mise en avant d'un classement, associé au mot « Nutri-Score ». Le Logo Neutre ne fait ressortir aucune lettre et correspond au « logo communication » dans la Charte Graphique.

1.11 – Par « **Produits** », on entend toutes denrées alimentaires dans le commerce, pour lesquels une déclaration nutritionnelle a été faite, que la déclaration nutritionnelle résulte de la Déclaration nutritionnelle obligatoire ou d'une base volontaire conformément au Règlement européen. A ce titre, on entend par « **Produits Sources** », les Produits identifiés par un Exploitant Titulaire et par « **Produits Distribués** », les Produits identifiés par un Exploitant Distributeur. Les Produits Sources d'un Exploitant Titulaire peuvent ainsi être qualifiés de Produits Distribués pour un Exploitant Distributeur.

1.12 - Par « **Règlement d'usage** », on entend le présent règlement d'usage du Logo, ainsi que ses ANNEXES, notamment les conditions particulières applicables selon les Territoires, à l'exclusion de tout autre document.

1.13 - Par « **Règlement européen** », on entend le Règlement (UE) n° 1169 /2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires modifiant les règlements (CE) n° 1924/2006 et (CE) n° 1925/2006 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 87/250/CEE de la Commission, la directive 90/496/CEE du Conseil, la directive 1999/10/CE de la Commission, la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2002/67/CE et 2008/5/CE de la Commission et le règlement (CE) n° 608/2004 de la Commission.

1.14 – Par « **Régulateur** », on entend l'autorité nationale publique ou privée qui dispose d'un droit exclusif sur le Logo pour son Territoire, en vertu duquel le Régulateur peut établir des conditions particulières d'habilitation des Exploitants ou d'utilisation du Logo sur ledit Territoire. Les Régulateurs sont identifiés par Territoire en ANNEXE 3 : Liste des droits, des pays et des Régulateurs du Règlement d'usage. Si le Régulateur délègue des missions à des tiers sous contrat, cela est constaté dans l'ANNEXE 3 ou l'ANNEXE respective pour le Territoire.

1.15 - Par « **Santé Publique France** », on entend l'Agence nationale de santé publique, établissement public administratif de l'État, représentée par son directeur général, propriétaire exclusif du Logo et des droits de propriété intellectuelle y afférent, Régulateur compétent pour la France.

1.16 - Par « **Territoire** », on entend les États-membres de l'Union européenne, les États de l'Espace Économique européen et les pays tiers reconnaissant les droits communautaires de propriété intellectuelle sur le Logo, dans lesquelles l'utilisation du Logo est soumise au Règlement d'usage.

Article 2. OBJET ET PORTEE

2.1. Objet

Le Règlement d'usage a pour objet de définir les conditions et les modalités d'utilisation du Logo par l'Exploitant Titulaire ou par l'Exploitant Distributeur selon les catégories de Produits.

2.2. Acceptation

L'Exploitant qui souhaite utiliser le Logo sur un Territoire doit déposer une Demande devant le Régulateur compétent pour ce Territoire ou, à défaut ou en cas de Demande portant sur plusieurs Territoires, auprès de Santé publique France qui la transmettra aux différents Régulateurs. Seul un Exploitant peut apposer le Logo conformément aux modalités d'utilisation définies ci-après. La présentation d'une Demande emporte acceptation sans réserve du présent Règlement d'usage.

Certaines utilisations exceptionnelles du Logo sont prévues au Règlement d'usage pour des tiers qui ne sont pas des Exploitants. Toute utilisation du Logo par ces tiers vaut acceptation formelle des conditions du Règlement d'usage.

2.3. Hiérarchie contractuelle

Le Règlement d'usage se compose, par ordre de priorité contractuelle décroissant(i) du Règlement d'usage, (ii) des ANNEXES 1 à 3 et (iii) selon les Territoires, des conditions particulières applicables à ces Territoires et établies aux ANNEXES 4 et suivantes. Ces documents contractuels constituent un ensemble contractuel et l'intégralité de la relation entre l'Exploitant, le Régulateur et Santé Publique France, à l'exclusion de tout autre document.

Les ANNEXES Territoires établies aux ANNEXES 4 et suivantes ont principalement pour objet d'apporter des précisions sur les conditions d'application du Règlement d'usage sur les Territoires. En tout état de cause, en cas de contradictions entre le Règlement d'usage et ses ANNEXES, les conditions du Règlement d'usage et notamment le droit communautaire applicable au Règlement d'usage priment sur les conditions des ANNEXES. En cas d'évolution d'une ANNEXE, la dernière version de l'ANNEXE publiée avec le Règlement d'usage prévaut sur les autres versions.

Article 3. IDENTIFICATION ET PROPRIETE DU LOGO

Le Logo « Nutri-Score » a été conçu par Santé publique France dans le respect du Règlement européen. Il vise à aider le consommateur à prendre en compte la qualité nutritionnelle des produits qu'il achète grâce au classement de l'aliment dans une échelle nutritionnelle à 5 niveaux, calculé conformément aux conditions de l'ANNEXE 1 : Cahier des charges du présent Règlement d'usage.

Il est constitué par 5 Logos Classants et 1 Logo Neutre.

L'Exploitant reconnaît que (i) Santé publique France est pleinement propriétaire du Logo et seul titulaire des droits de propriété intellectuelle sur le Logo et que (ii) les Régulateurs disposent d'un droit exclusif sur le Logo pour leurs Territoires respectifs. A ce titre, chaque Régulateur dispose du droit d'enregistrer la Demande de l'Exploitant et d'autoriser l'utilisation du Logo par l'Exploitant pour le Territoire pour lequel il est compétent. Le(s) droit(s) d'usage du Logo concédé(s) en vertu du Règlement d'usage n'opère(nt) aucun transfert des droits de propriété sur le Logo.

Article 4. BENEFICIAIRES D'UN DROIT D'USAGE DU LOGO

4.1. Personnes éligibles

L'usage du Logo est réservé aux Exploitants, personnes physiques ou morales, fabricants et distributeurs de Produits mis sur les marchés des Territoires, sous réserve du respect des conditions du Règlement d'usage.

Par exception, les administrations et établissements publics des Territoires concernés disposent d'un droit d'usage du Logo, à des fins d'actions publiques dans le champ de la santé, et en dehors du champ concurrentiel. Par dérogation aux Articles 4.2 et 4.3, les administrations et établissements concernés doivent faire une demande d'utilisation exceptionnelle par courriel électronique au Régulateur compétent sur leur Territoire avant tout usage du Logo.

Par exception, les éditeurs de logiciels et d'applications disposent d'un droit d'usage du Logo à des fins d'assistance des Exploitants ou d'information du public. Par dérogation aux Articles 4.2 et 4.3, les éditeurs de logiciels et d'applications concernés doivent faire une demande d'utilisation exceptionnelle par courriel au Régulateur compétent sur leur Territoire avant tout usage du Logo.

Dans tous les cas, l'ANNEXE 2 : Charte graphique associée au Logo devra être expressément respectée par tous les Exploitants et les tiers bénéficiant de dérogations.

4.2. Procédure d'obtention du droit d'usage pour les Produits Sources

La Demande faite par l'Exploitant doit notamment être conforme aux conditions particulières applicables au Territoire visé pour l'usage du Logo telles qu'établies aux ANNEXES 4 et suivantes. A défaut de Régulateur compétent pour le Territoire visé par l'Exploitant, l'Exploitant peut s'inscrire à partir de la procédure appelée « *Registration procedure of the operator to obtain the right to use the registered collective trademark Nutri-Score* » :

https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/ns_international_registration_procedure

Il en va de même si le Régulateur compétent pour le Territoire visé par l'Exploitant n'a pas établi sa propre procédure de Demande d'enregistrement. Pour des raisons de clarté, l'utilisation de la procédure susmentionnée intitulée « *Registration procedure of the operator to obtain the right to use the registered collective trademark Nutri-Score* » visant un Territoire dans lequel le Régulateur n'a pas établi sa propre procédure de Demande d'enregistrement ne porte pas atteinte aux autres droits et obligations dudit Régulateur prévus dans le présent Règlement d'usage.

En tout état de cause, la Demande comporte au moins les trois (3) éléments suivants :

- L'identification de l'Exploitant demandeur et de son activité ;
- Le détail par catégories des Produits Sources concernés par l'usage du Logo ainsi que les droits de propriété intellectuelle dont il est titulaire sur lesdits Produits Sources ; et
- L'engagement à utiliser le Logo sur le Territoire pour l'ensemble des Produits Sources qu'il met sur le marché sous la ou les marque(s) qu'il inscrit en tant qu'Exploitant Titulaire, dans le respect du Règlement d'usage.

Chaque Régulateur concerné, à condition que le Régulateur ait établi sa propre procédure de Demande d'enregistrement pour son Territoire, enregistre cette Demande et concède à l'Exploitant un droit d'utilisation du Logo sur les Produits Sources et pour son Territoire, dans le respect des conditions du Règlement d'usage et des ANNEXES 4 et suivantes applicables aux Territoires visés par la Demande.

4.3. Procédure d'obtention du droit d'usage pour les Produits Distribués

Tout Exploitant ayant présenté une Demande d'enregistrement au titre de l'article 4.2 ci-dessus peut également bénéficier, devant le même Régulateur et dans le même Territoire, d'une licence restreinte d'utilisation du Logo en relation avec des Produits Distribués sous réserve de la condition suspensive suivante.

La licence d'utilisation n'est étendue aux Produits Distribués qu'à la condition que l'Exploitant Distributeur délivre au moins trois mois à l'avance un avis à l'Exploitant Titulaire et/ou à un Exploitant Titulaire Tiers détenant des droits de propriété intellectuelle sur les Produits Distribués, de l'intention de l'Exploitant Distributeur d'utiliser le Logo en relation avec les Produits Distribués.

L'Exploitant Distributeur s'engage à n'utiliser le Logo que pour les catégories de Produits Distribués (i) pour lesquelles un avis préalable a été délivré à l'Exploitant Titulaire ou à l'Exploitant Titulaire Tiers détenant des droits de propriété intellectuelle sur les Produits Distribués et (ii) dont il fait une exploitation commerciale licite.

Ainsi, si les conditions d'exploitation et/ou de distribution des Produits Distribués s'opposent à ce que l'Exploitant Distributeur fasse usage du Logo, la licence d'utilisation de l'Exploitant Distributeur sur le Logo sera réputée caduque pour ces Produits Distribués et l'Exploitant Distributeur ne dispose pas des droits d'usage du Logo pour ces derniers.

L'Exploitant Distributeur est seul responsable de la notification préalable à l'Exploitant Titulaire ou à l'Exploitant Titulaire Tiers détenant des droits de propriété intellectuelle sur les Produits Distribués, et de son utilisation du Logo, à ses risques et périls. La licence d'utilisation du Logo en relation avec les Produits Distribués comporte d'autres conditions préalables, recensées ci-dessous et dans les ANNEXES 4 et suivantes selon les Territoires.

Suite à l'avis préalable de trois mois de l'Exploitant Distributeur prévu au présent article 4.3 du Règlement d'usage, l'Exploitant Titulaire ne peut pas s'opposer à l'utilisation par l'Exploitant Distributeur du Logo en relation avec les Produits Distribués sauf si (i) les conditions contractuelles

entre l'Exploitant Titulaire et l'Exploitant Distributeur en disposent autrement et/ou (ii) l'Exploitant Distributeur est en violation du présent Règlement d'usage.

4.4. Changement de circonstances affectant l'Exploitant et son droit d'usage

L'Exploitant s'engage à informer le Régulateur compétent de toute modification affectant sa qualité ou modifiant une des caractéristiques déclarées lors de l'enregistrement de sa Demande. A ce titre, il tient à jour la liste des Produits Sources visés dans sa Demande.

Le droit d'usage du Logo sur un Produit cesse à compter du retrait du Produit, que ce retrait soit volontairement déclaré par l'Exploitant lors de la mise à jour de la Demande ou qu'il résulte de l'application de l'Article 12 du Règlement d'usage.

Ces modifications sont enregistrées auprès du Régulateur compétent pour le Territoire, selon les conditions des ANNEXES 4 et suivantes applicables à ce Territoire.

Si l'Exploitant ne répond plus aux conditions posées par le Règlement d'usage, le droit d'usage du Logo est résilié conformément à l'Article 12.2 du Règlement d'usage.

Article 5. LICENCE D'UTILISATION DU LOGO

Le droit d'usage concédé par un Régulateur pour un Territoire doit respecter les conditions du présent Article 5 dans le cadre d'une obligation de résultat. Toute violation par l'Exploitant est susceptible d'entraîner la résiliation partielle ou totale du ou des droits d'usage concédés à l'Exploitant sur le Logo, en application de l'Article 12 du Règlement d'usage.

5.1. Droits d'usage du Logo sur les Produits Sources

Le droit d'usage du Logo sur les Produits Sources est concédé par le Régulateur à l'Exploitant Titulaire sur le Territoire, à compter de la réception de la Demande :

- à titre principal, pour être apposé sur des Produits Sources conformément aux conditions de l'Article 6.1.
- à titre complémentaire, à des fins de Communication générique ou de communication promotionnelle sur un Produit Source conformément aux conditions de l'Article 7.

L'usage du Logo à des fins de Communication générique ou de communication promotionnelle sur un Produit Source n'est concédé que dans la mesure où l'Exploitant exploite le Logo sur les Produits Sources à titre principal, selon les modalités et délais de mise en œuvre prévus par le Règlement d'usage. En aucun cas l'Exploitant n'est autorisé à utiliser le Logo uniquement pour communiquer sur les Produits Sources ou en faire la promotion.

5.2. Droits d'usage du Logo en relation avec les Produits Distribués

Le droit d'usage du Logo en relation avec les Produits Distribués est concédé par le Régulateur à l'Exploitant Distributeur sur le Territoire, à compter de la levée de la condition suspensive et sous réserve que l'Exploitant Distributeur en fasse une exploitation commerciale licite et conforme à ses droits sur les Produits Distribués :

- à titre principal, pour être utilisé en relation avec les Produits Distribués (sans apposition directe du Logo sur les Produits Distribués) sous réserve (i) du respect des droits de propriété intellectuelle de l'Exploitant Titulaire et/ou de l'Exploitant Titulaire Tiers et (ii) des conditions de l'Article 6.2 ;

- à titre complémentaire, à des fins de Communication générique ou de communication promotionnelle sur un Produit Distribué conformément aux conditions de l'Article 7.

L'usage du Logo à des fins de Communication générique ou de communication promotionnelle sur un Produit Distribué n'est concédé que dans la mesure où l'Exploitant Distributeur exploite le Logo en rapport avec les Produits Distribués à titre principal, selon les modalités et délais de mise en œuvre prévus par le Règlement d'usage. En aucun cas, l'Exploitant Distributeur n'est autorisé (i) à utiliser le Logo uniquement pour communiquer sur les Produits Distribués ou en faire la promotion ou (ii) à utiliser le Logo pour des Produits Distribués tant que la condition suspensive n'a pas été levée.

5.3. Non exclusivité

Le Règlement d'usage ne donne aucun droit exclusif d'usage du Logo au profit de l'Exploitant.

5.4. Caractère personnel

Le droit d'usage du Logo est strictement personnel. Il ne peut en aucun cas être cédé ou transmis par l'Exploitant, par quelque moyen que ce soit.

5.5. Caractère gratuit

Le droit d'usage du Logo est consenti à l'Exploitant à titre gratuit.

Article 6. CONDITIONS D'UTILISATION DU LOGO CLASSANT

6.1. Conditions spécifiques aux Produits Sources

6.1.1 Champ d'application

Si l'Exploitant Titulaire décide d'utiliser le Logo Classant sur une ou plusieurs de ses marques en application de l'Article 5.1 du Règlement d'usage, il a obligation de l'utiliser sur l'ensemble des catégories de Produits qu'il met sur le marché sous ses marques inscrites au Règlement d'usage.

L'Exploitant dispose alors de 24 mois à compter de la date de son enregistrement auprès du Régulateur pour se conformer à l'ensemble des dispositions du Règlement d'usage pour les Produits Sources dans le Territoire concerné. Dans le cas où le nombre de références engagées est supérieur ou égal à 2000, ce délai est porté à 36 mois, avec un seuil de 80% des produits apposant le Logo Classant dans les 24 mois.

Les communications promotionnelles en lien avec un Produit Source devront nécessairement utiliser le Logo Classant adéquat, conformément aux conditions de l'Article 7 ci-dessous.

6.1.2 Choix du Logo Classant sur les Produits Sources

- Recours exclusif au Logo Classant

Seul l'usage d'un Logo Classant est autorisé pour l'usage du Logo à titre principal. En aucun cas l'Exploitant ne peut apposer le Logo Neutre sur ses Produits Sources.

- Classement du Produit dans l'échelle nutritionnelle

Le choix du Logo Classant adéquat pour chaque Produit Source est déterminé par l'Exploitant conformément à l'ANNEXE 1 : Cahier des charges. L'utilisation du Logo Classant est indissociable du

calcul du score nutritionnel de chaque Produit Source et de son résultat, conformément à ce Cahier des charges. L'Exploitant est seul responsable du calcul du score nutritionnel.

6.1.3 Licence d'utilisation du Logo Classant sur les Produits Sources

Lorsque la condition suspensive de l'article 4.3 est levée, l'Exploitant Titulaire concède aux Exploitants Distributeurs (i) enregistrés au Règlement d'usage et (ii) disposant de droits d'exploitation commerciale des Produits Sources appropriés, un droit limité, non-exclusif, incessible, irrévocable, intransférable, excluant l'octroi d'une sous-licence, d'utiliser l'image et le nom des Produits Sources en association avec leurs Logos Classants respectifs, aux seules fins d'exercice des droits d'usage du Logo, à titre gratuit, dans le monde entier et pour la durée de l'enregistrement de l'Exploitant Titulaire au Règlement d'usage. En application de cette licence d'utilisation, les Exploitants Distributeurs peuvent utiliser les Produits Sources en tant que Produits Distribués, avec les Logos Classants attribués par les Exploitants Titulaires.

6.2. Conditions spécifiques aux Produits Distribués

6.2.1 Champ d'application

Si l'Exploitant Distributeur décide d'utiliser le Logo Classant en relation avec un ou plusieurs Produits Distribués en application de l'Article 5.2 du Règlement d'usage, il a obligation, avant tout exercice d'un droit sur le Logo de reprendre et d'utiliser le Logo Classant choisi par l'Exploitant Titulaire pour ces Produits Distribués, en application de la licence d'utilisation concédée par l'Exploitant Titulaire à l'Article 6.1.3 du Règlement d'usage. Il est expressément précisé que dans cette situation, l'Exploitant Distributeur ne peut attribuer un autre Logo Classant que celui attribué par l'Exploitant Titulaire à ces Produits Distribués.

Si le(s) titulaire(s) des droits de propriété intellectuelle ne se sont pas enregistré(s) au Règlement d'usage en tant qu'Exploitant(s) Titulaire(s), l'Exploitant Distributeur doit informer ces titulaires préalablement à tout usage du Logo en relation avec les Produits Distribués comme prévu à l'article 4.3.

6.2.2 Avis préalable d'utilisation aux Exploitants Titulaires Tiers

L'avis préalable de l'article 4.3 peut notamment inclure la liste des catégories des Produits Distribués visés par l'Exploitant Distributeur dont le tiers est titulaire des droits de propriété intellectuelle, la possibilité pour l'Exploitant Titulaire Tiers de présenter une Demande en tant qu'Exploitant Titulaire afin de déterminer le Logo Classant des Produits Distribués, et si l'Exploitant Distributeur dispose des données nécessaires, les détails du score nutritionnel calculé par l'Exploitant Distributeur et le Logo Classant correspondant que l'Exploitant Distributeur compte attribuer à chaque Produit Distribué.

6.2.3 Choix du Logo en relation avec les Produits Distribués

Si l'Exploitant Distributeur a rempli les conditions de l'article 6.2.1 et dispose des informations nutritionnelles nécessaires, il peut alors exercer les droits de l'article 5.2 du Règlement d'usage de la manière suivante :

- l'Exploitant Distributeur peut attribuer le Logo Classant en relation avec les Produits Distribués (notamment par tout étiquetage ou support d'information de rayonnage séparé des Produits Distribués), mais ne peut pas apposer le Logo Classant sur les Produits Distribués eux-mêmes ; et
- l'Exploitant Distributeur peut exercer son droit de communication promotionnelle en attribuant le Logo Classant aux Produits Distribués sur ses supports de communication, dans les conditions ci-après détaillées.

Si l'Exploitant Distributeur n'a pas les données nécessaires pour calculer le score nutritionnel et attribuer un Logo Classant à un Produit Distribué dans le respect du Cahier des charges, alors l'Exploitant Distributeur ne peut pas utiliser de Logo Classant.

Dans tous les cas, l'Exploitant Distributeur ne peut pas utiliser le Logo Neutre monochrome avec les Produits Distribués.

La réponse éventuelle de l'Exploitant Titulaire Tiers à l'avis préalable de l'Exploitant Distributeur ne constitue pas une Demande d'enregistrement au sens du Règlement d'usage. Si un Exploitant a déjà présenté une Demande d'enregistrement pour des Produits Distribués qui sont déjà notés en application du Règlement d'usage, l'Exploitant Distributeur utilisera le Logo Classant attribué aux Produits Distribués par l'Exploitant Titulaire conformément à cette Demande d'enregistrement, et doit remplacer le Logo Classant sur tous ses étiquetages, supports d'information en rayonnage et supports de communication dans un délai d'un (1) mois à compter de la réception de la Demande par le Régulateur.

Article 7. UTILISATION DU LOGO A DES FINS DE COMMUNICATION

7.1. Communications génériques et communications promotionnelles

A moins que le Régulateur n'établisse des conditions particulières d'utilisation du Logo à des fins de Communication générique et/ou de communication promotionnelle pour le Territoire concerné dans les ANNEXES 4 et suivantes, l'Exploitant s'engage à ne reproduire et n'utiliser le Logo qu'à partir des supports, documents et fichiers transmis par le Régulateur et dans le respect de la Charte graphique de l'ANNEXE 2 : Charte graphique.

L'Exploitant reconnaît et accepte que la Communication générique sur le Logo exclut toute communication promotionnelle sur un Produit, et plus généralement toute attribution ou présentation d'un Logo Classant comme appliqué ou applicable à un Produit. Toute violation de cette obligation se fait aux risques et périls de l'Exploitant et peut entraîner la résiliation de son droit d'usage sur le Produit concerné en application de l'Article 12.3 du Règlement d'usage.

7.2. Charte graphique

Le Régulateur transmet à l'Exploitant l'ensemble des supports, documents et fichiers nécessaires à l'usage du Logo. L'Exploitant s'engage à reproduire le Logo dans son intégralité tel que déposé dans les droits de propriété intellectuelle enregistrés sur le Territoire (recensés à l'ANNEXE 3 : Liste des droits, des pays et des Régulateurs) et à s'assurer à tout moment que son utilisation du Logo respecte l'ANNEXE 2 : Charte graphique.

L'Exploitant s'engage à ne faire aucune modification, ajout ou suppression sur le Logo et s'engage notamment, sans que cette liste soit limitative, à :

- ne pas reproduire séparément une partie du Logo, et notamment à ne pas reproduire les éléments graphiques seuls ou la dénomination seule du Logo ;
- sous réserve des aménagements prévus par la Charte graphique et notamment ceux liés au résultat du score nutritionnel (voir Article 6 ci-dessus), ne pas modifier :
 - les caractéristiques graphiques du Logo, tant en ce qui concerne la forme que la couleur,
 - la position des éléments figuratifs les uns par rapport aux autres, et/ou
 - la typographie du Logo ; et à
- ne pas faire d'ajout dans le Logo, notamment ne pas faire figurer de légende, de texte ou toute autre indication ne faisant pas partie du Logo.

7.3. Informations obligatoires sur les supports de communication promotionnelle des Produits Distribués

Si l'Exploitant Distributeur utilise le Logo Classant attribué par l'Exploitant Titulaire aux Produits Distribués, alors l'Exploitant Distributeur doit indiquer sur tout support d'information ou de communication promotionnelle incluant le Produit Distribué, par tous moyens appropriés et adaptés au format du support, que le Logo Classant a été attribué par l'Exploitant Titulaire, sous la seule responsabilité de l'Exploitant Titulaire.

Si l'Exploitant Distributeur utilise le Logo Classant qu'il a attribué à un Produit Distribué dans le respect de la procédure d'avis préalable de l'Article 6.2 du Règlement d'usage, alors l'Exploitant Distributeur doit indiquer sur tout support d'information ou de communication promotionnelle incluant le Produit Distribué, par tous moyens appropriés et adaptés au format du support, que le Logo Classant a été attribué par l'Exploitant Distributeur, indépendamment de l'Exploitant Titulaire et sous la seule responsabilité de l'Exploitant Distributeur.

7.4. Utilisation du Logo Classant dans le cadre de communications promotionnelles

L'Exploitant s'engage à utiliser le Logo Classant conformément au Règlement d'usage, de manière loyale et sans provoquer la moindre confusion au cours de communications promotionnelles. Le Logo Classant ne peut être associé qu'à un seul Produit. Tout Exploitant s'interdit d'utiliser le Logo Classant pour un groupe de Produits, sauf si chaque Produit de ce groupe a le même Logo Classant.

Toute violation de cette obligation se fait aux risques et périls de l'Exploitant et peut entraîner la résiliation de son droit d'usage sur le Produit concerné en application de l'Article 12.3 du Règlement d'usage.

Article 8. LIMITES D'UTILISATION

8.1. Respect du Logo en cours d'exploitation

L'Exploitant doit, tout au long de son usage du Logo, respecter les exigences définies par le Règlement d'usage.

8.2. Respect des droits sur le Logo

L'Exploitant s'engage à ne pas déposer, à quelque titre que ce soit (marque, dessin & modèle industriel...) dans quelque territoire que ce soit, des signalétiques ou logos identiques ou similaires au Logo susceptibles de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle de Santé publique France sur le Logo. Notamment, il s'interdit de déposer toute marque ou dessin & modèle industriel reprenant, en tout ou partie, le Logo, en particulier au sein d'un signe plus complexe.

L'Exploitant s'engage à ne pas développer, utiliser ou exploiter, à quelque titre que ce soit et dans quelque territoire que ce soit, des signes identiques ou similaires au Logo, susceptibles de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle de Santé publique France sur le Logo.

L'Exploitant s'engage à ne pas réserver de noms de domaine, dans quelque extension que ce soit, reprenant ou imitant les éléments verbaux du Logo ou susceptibles de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle de Santé publique France.

8.3. Respect de l'utilisation du Logo

Il est expressément interdit à un Exploitant de présenter l'utilisation du Logo comme obligatoire et non, au choix du Régulateur sur le Territoire concerné conformément aux articles 35 et 36 du Règlement européen, comme une présentation complémentaire de la Déclaration ou comme une information fournie à titre volontaire. Il est expressément interdit à un Exploitant de contraindre un tiers à présenter une Demande auprès d'un Régulateur.

Santé Publique France et le Régulateur compétent déclinent toute responsabilité pour toute demande, action ou réclamation introduite par un tiers à raison des propos, actions ou omissions d'un Exploitant contrevenant à ces interdictions sur un Territoire. Toute violation des présentes interdictions peut conduire à une sanction du Régulateur, sans préjudice des sanctions de Santé Publique France.

L'Exploitant s'engage à ne pas utiliser le Logo à des fins politiques, polémiques, contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou susceptibles de porter atteinte à des droits reconnus par la loi et, de manière générale, à ne pas associer le Logo à des actions ou activités susceptibles de porter atteinte ou d'être préjudiciable à Santé publique France et/ou aux Régulateurs, notamment à tout comportement pouvant être associé directement ou indirectement à des actes de contrefaçon ou de concurrence déloyale, dont le détournement de clientèle, le dénigrement ou les pratiques commerciales trompeuses.

8.4. Contrôle et transmission

L'Exploitant accepte que Santé publique France et/ou tout Régulateur compétent pour le Territoire sur lequel il a présenté sa Demande puissent, en qualité respectivement de titulaire et de licencié exclusif du Logo sur le Territoire, conduire tout audit afin de contrôler le respect du Règlement d'usage, directement ou par l'intermédiaire de tout tiers indépendant mandaté à cette fin. L'audit permettra notamment de vérifier la véracité de la Demande et de la documentation technique tenue par l'Exploitant par rapport à l'utilisation réelle et effective du Logo.

Chaque Régulateur est libre de déterminer plus avant les conditions de ses audits sur son Territoire au sein des ANNEXES 4 et suivantes du Règlement d'usage. En tout état de cause, l'Exploitant accepte que le Régulateur compétent et/ou Santé publique France ait accès, y compris sur site, aux installations et infrastructures affectées à l'utilisation du Logo, ainsi qu'aux informations nécessaires pour mener à bien l'audit. L'Exploitant accepte de répondre à toute question posée lors de l'audit et à permettre l'accès, sous le contrôle de l'Exploitant, à tous les personnels, outils et moyens nécessaires à l'audit. Chaque partie conserve à sa charge les frais occasionnés dans le cadre de la procédure d'audit.

L'Exploitant reconnaît et accepte que Santé Publique France et les Régulateurs sont tenus de coopérer avec les autorités administratives et judiciaires des Territoires concernés, notamment celles dédiées au respect du droit de la consommation et du droit de la concurrence, y compris par la transmission de la Demande, de la documentation technique et des rapports d'audit, ce que l'Exploitant autorise expressément.

Dans l'hypothèse où le rapport d'audit ferait apparaître un manquement de l'Exploitant à ses obligations au regard du Règlement d'usage, Santé Publique France et/ou le Régulateur peuvent, à leur discrétion, prendre toute mesure ou sanction à l'encontre de l'Exploitant afin de sanctionner et/ou remédier audit manquement.

8.5. Documentation technique

Chaque Régulateur est libre de déterminer plus avant, au sein des ANNEXES 4 et suivantes du Règlement d'usage, les conditions de présentation et le contenu de la documentation technique que l'Exploitant est censé créer et maintenir sur son utilisation du Logo au sein du Territoire.

Article 9. INFORMATION ET PROMOTION

Tous actes d'usage, de promotion et d'information relatifs au Logo par l'Exploitant doivent être conformes au Règlement d'usage, aux lois et règlements en vigueur et ne doivent porter atteinte ni aux droits sur le Logo de Santé Publique France, ni aux droits concédés au Régulateur sur le Territoire, ni à leur image ou à leurs intérêts.

Santé Publique France, les Régulateurs ou les pouvoirs publics peuvent être amenés à communiquer sur les entreprises engagées en faveur du Logo et leurs marques concernées dans le cadre de communiqués de presse, dossiers de presse, sur leurs médias propriétaires, dans des interviews, des événements, etc. L'Exploitant accepte que Santé Publique France, les Régulateurs ou les pouvoirs publics communiquent sur son engagement en faveur du Logo et de ses marques concernées. A cet effet, l'Exploitant concède à Santé Publique France, aux Régulateurs et aux pouvoirs publics, à compter de la date de sa Demande et pour la durée d'enregistrement de l'Exploitant, une licence non exclusive, non sous-licenciable, gratuite et mondiale, d'utilisation des marques concernées par le Logo pour leurs propres besoins d'information et de promotion. Dans le cas contraire, il peut en informer le(s) Régulateur(s) concerné(s), dans un délai de deux (2) semaines à compter de la réception de l'enregistrement du droit d'usage sur le Logo.

Article 10. DUREE

L'Exploitant est autorisé à utiliser le Logo conformément au Règlement d'usage, à condition d'avoir validé sa Demande et de s'être engagé à respecter le Règlement d'usage et ses ANNEXES, à compter de la date de réception des fichiers permettant son usage (sous réserve de la procédure applicable aux Produits Distribués) et jusqu'à la fin de la protection légale des droits de propriété intellectuelle dévolus à Santé publique France. Il peut y être mis fin par toute sanction du Régulateur et/ou de Santé publique France ou dans les cas de résiliation prévus par le Règlement d'usage.

Le Régulateur notifie à l'Exploitant, par tout moyen permettant d'en attester la bonne réception, deux (2) mois avant l'échéance, la date de fin de la protection légale sur le Logo.

Article 11. MODIFICATION DU REGLEMENT D'USAGE

En cas de modification du Règlement d'usage, le Règlement d'usage modifié s'applique aux Exploitants enregistrés avant et après son entrée en vigueur, sans préjudice de la possibilité des Exploitants de retirer leur Demande.

En cas de modification du Règlement d'usage, les Régulateurs informeront les Exploitants dans les conditions exposées ci-dessous. En cas de modification des conditions particulières pour un Territoire par le Régulateur compétent, le Régulateur informera les Exploitants dans les conditions exposées ci-dessous.

Le Régulateur notifie les modifications à l'Exploitant par courrier électronique à l'adresse indiquée par l'Exploitant lors de l'enregistrement de sa Demande, et que l'Exploitant veille à toujours conserver active ou, à défaut, à informer le Régulateur de sa modification.

L'Exploitant est réputé avoir pris connaissance et avoir accepté les nouvelles conditions du Règlement d'usage, sauf notification contraire de sa part par tous moyens ou cessation de l'utilisation du Logo dans les soixante (60) jours suivant la notification de la modification par le Régulateur, la date du courriel de notification faisant foi.

L'Exploitant dispose d'un délai raisonnable fixé, le cas échéant, par Santé publique France et/ou le Régulateur compétent pour le Territoire concerné, pour se mettre en conformité avec les nouvelles dispositions du Règlement d'usage.

L'Exploitant est autorisé à poursuivre l'utilisation du Logo, sauf s'il ne répond plus aux nouvelles conditions à l'issue du délai raisonnable de mise en conformité. En pareil cas, la sous-licence non exclusive qui lui était concédée est résiliée conformément à l'article 12.2 du Règlement d'usage.

L'Exploitant ne pourra prétendre à aucune indemnisation en raison d'une modification du Règlement d'usage.

Article 12. RESILIATION DU DROIT D'USAGE DU LOGO

12.1. Dispositions générales

L'Exploitant ne bénéficie d'aucun droit acquis au maintien de son droit d'usage du Logo.

L'Exploitant ne peut prétendre à aucune indemnité du fait de la résiliation du droit d'usage du Logo pour les motifs prévus au présent article.

12.2. Résiliation de l'autorisation du fait de l'Exploitant

12.2.1 Changement de circonstances affectant la validité de l'enregistrement

Le droit d'usage du Logo s'éteint de plein droit et sans notification de Santé publique France et/ou du Régulateur compétent dès lors que l'Exploitant ne répond plus aux conditions d'éligibilité prévues à l'Article 4 du Règlement d'usage.

L'Exploitant devra cesser de fabriquer et de commercialiser des Produits revêtus du Logo dans un délai de trois (3) mois à compter de l'extinction du droit d'usage. Dans le même délai, il devra également cesser d'apposer le Logo sur ses supports de communication et de manière générale de communiquer sur le Logo. Dans cette même hypothèse, l'Exploitant devra écouler les stocks des Produits le plus vite possible à compter de la date effective de suspension et/ou résiliation, (i) soit dans un délai de trois (3) mois pour les Produits Distribués sans Logo Classant apposé (ii) soit au maximum jusqu'à leurs dates de péremption respectives pour les Produits sur lesquels le Logo est apposé.

12.2.2 Non-respect du Règlement d'usage par l'Exploitant

Chaque Régulateur est libre soit (i) d'établir ses règles procédurales et son barème de sanction ou soit (ii) d'utiliser des règles existantes en sus des conditions du Règlement d'usage, à condition de les inclure ou du moins y faire clairement référence au sein des ANNEXES 4 et suivantes du Règlement d'usage spécifiques à chaque Territoire.

En cas de manquement de l'Exploitant aux dispositions du Règlement d'usage relevé par Santé publique France, Santé publique France notifie les manquements constatés à l'Exploitant par courrier recommandé avec accusé de réception, avec copie simple au Régulateur concerné, le cas échéant.

En cas de manquement relevé par le Régulateur, celui-ci fait application des sanctions prévues aux conditions particulières des ANNEXES 4 et suivantes applicables au Territoire ou à défaut, du présent Article.

En tout état de cause, la notification du manquement adressée à l'Exploitant comporte au moins le délai de mise en conformité avec les clauses du Règlement d'usage et indique si le droit d'usage est suspendu jusqu'à mise en conformité. À défaut de mise en conformité dans le délai précité, le droit d'usage du Logo est résilié de plein droit du seul fait de l'inexécution de la demande de mise en conformité, sans mise en demeure préalable de Santé publique France et/ou du Régulateur.

La suspension et la résiliation du droit d'usage du Logo entraînent l'obligation immédiate pour l'Exploitant de cesser tout usage du Logo et de retirer toute référence au Logo de l'ensemble de ses Produits et supports de communication.

En conséquence, l'Exploitant devra cesser de fabriquer et de commercialiser des Produits revêtus du Logo immédiatement à compter de la date de cessation du droit d'usage du Logo. Dans le même délai, il devra également cesser d'apposer le Logo sur ses supports d'information et de communication et de manière générale d'informer ou de communiquer sur le Logo. L'Exploitant devra écouler les stocks des Produits le plus vite possible à compter de la date effective de suspension et/ou résiliation, (i) soit dans un délai de trois (3) mois pour les Produits Distribués sans Logo Classant apposé (ii) soit au maximum jusqu'à leurs dates de péremption respectives pour les Produits sur lesquels le Logo est apposé.

12.2.3 Sanctions

L'usage non conforme au Règlement d'usage et la poursuite de l'usage du Logo malgré une décision de résiliation constituent des agissements illicites que Santé publique France et/ou les Régulateurs peuvent faire sanctionner et dont ils peuvent rechercher réparation devant les tribunaux compétents.

12.3. Usage abusif du Logo

Outre les sanctions prévues aux Articles précédents, l'usage non autorisé du Logo par un Exploitant ou par un tiers ouvre le droit à Santé publique France et/ou aux Régulateurs concernés d'intenter toute action judiciaire qu'ils jugent opportune à son encontre et dans le respect de la législation en vigueur.

Article 13. DEFENSE DU LOGO

L'Exploitant s'engage à signaler immédiatement au Régulateur et/ou à Santé publique France toute atteinte aux droits sur le Logo dont il aurait connaissance, notamment tout acte de contrefaçon, de concurrence déloyale, ou de parasitisme.

Il appartient à Santé Publique France, avec les Régulateurs le cas échéant, de prendre la décision d'engager, à leurs frais, risques et périls, toute action civile ou pénale.

En conséquence, les dommages et intérêts qui résulteront de l'action engagée par les Régulateurs et/ou Santé Publique France au nom de Santé Publique France seront à leur charge ou profit exclusifs et en conséquence, dans cette hypothèse l'Exploitant ne pourra réclamer aucune indemnité.

Article 14. RESPONSABILITE ET GARANTIES

14.1. Responsabilité de l'Exploitant

L'Exploitant Titulaire est seul responsable des conséquences directes ou indirectes qui pourraient résulter de son exploitation du Logo sur ses Produits Sources. Il est seul responsable de l'exactitude, de la sincérité et de la pertinence de son calcul du score nutritionnel ainsi que de son choix du Logo Classant pour chacun de ses Produits Sources, ainsi que de l'usage et la communication sur ces Produits Sources, à ses risques et périls.

L'Exploitant Distributeur est responsable de l'exactitude, de la sincérité et de la pertinence de son calcul du score nutritionnel ainsi que de son choix du Logo Classant pour chaque Produit Distribué en application de la procédure de l'Article 6.2, ainsi que de l'usage et la communication sur ces Produits Distribués, à ses risques et périls, notamment si l'Exploitant Distributeur (i) ne disposait pas des droits nécessaires pour faire une exploitation commerciale licite des Produits Distribués ou (ii) n'a pas respecté tout ou partie de la procédure de l'Article 6.2. L'Exploitant Distributeur est également responsable, lors de l'exploitation commerciale des Produits Distribués, de son utilisation du Logo Classant attribué à un

Produit Distribué par son Exploitant Titulaire, même si l'Exploitant Titulaire est responsable du calcul du score nutritionnel ainsi que du choix dudit Logo Classant pour ce Produit Distribué.

En tout état de cause, l'Exploitant reconnaît que toute utilisation incorrecte ou incomplète du Logo, notamment (i) un calcul du score nutritionnel ne respectant pas toutes les règles de l'

ANNEXE 1 : Cahier des charges ou réalisé à partir de données incomplètes ou faussé par rapport aux réelles qualités nutritionnelles du Produit ou (ii) l'attribution d'un Logo Classant inexact ou ne correspondant pas à la réalité du score nutritionnel du Produit, qu'elle résulte d'un comportement involontaire ou qu'elle soit réalisée dans l'intention de nuire, engage directement la seule responsabilité de l'Exploitant et est susceptible de constituer une pratique commerciale trompeuse au regard du droit communautaire et, notamment, de la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises telle que transposée dans les Territoires ou de tout droit applicable équivalent dans les Territoires. Santé Publique France et/ou les Régulateurs déclinent toute responsabilité pour de telles utilisations, notamment en cas d'information ou de communication promotionnelle erronée ou trompeuse de la part de l'Exploitant Distributeur sur un Produit Distribué, qui engagent exclusivement la responsabilité de l'Exploitant qui en est responsable.

14.2. Garantie de l'Exploitant

En cas de mise en jeu de la responsabilité de Santé publique France et/ou d'un Régulateur par un tiers du fait de l'utilisation non conforme du Logo par l'Exploitant, l'Exploitant s'engage à en supporter tous les frais et charges en lieu et place de Santé publique France et le Régulateur, qui pourront l'appeler en garantie.

L'Exploitant garantit notamment Santé Publique France et les Régulateurs concernés (i) que les contrats ou chaînes de contrats entre l'Exploitant et le titulaire de droits de propriété intellectuelle sur les Produits Distribués, que ce titulaire soit enregistré à titre d'Exploitant Titulaire ou non, ne s'opposent pas à l'exploitation du droit d'usage concédé par Santé Publique France et les Régulateurs sur le Logo pour les Produits Distribués à l'Article 6.2, (ii) de l'absence de la moindre confusion, dans ses communications (à des fins d'information ou à des fins promotionnelles), entre Produits ou entre les Produits et d'autres produits et services, (iii) de l'absence d'erreur ou d'inexactitude dans l'attribution et l'utilisation d'un Logo Classant en relation avec un Produit, ainsi que de toute présentation fautive ou trompeuse de la part de l'Exploitant, en vertu de quoi l'Exploitant indemnifiera, défendra et dégage Santé Publique France de toute responsabilité, concernant tous dommages, obligations, coûts et frais (y compris les honoraires raisonnables d'avocat) ainsi que (iv) contre toute demande résultant d'une réclamation formée par un tiers (notamment un titulaire de droits sur un Produit) alléguant que tout ou partie de l'utilisation des Produits en relation avec le Logo en exécution du présent Règlement d'usage est en violation des droits de propriété intellectuelle de ce tiers ou constitue une faute engageant la responsabilité civile délictuelle de Santé Publique France et/ou du Régulateur, notamment au titre de la concurrence déloyale ou parasitaire.

L'Exploitant sera tenu au retrait du marché, dans les plus brefs délais, de tout produit non conforme aux normes en vigueur sur le(s) Territoire(s).

14.3. Garantie de Santé Publique France

Santé Publique France ne donne pas d'autre garantie que celle résultant de son fait personnel et de l'existence matérielle du Logo et de ce qu'à sa connaissance et à la date d'entrée en vigueur du Règlement d'usage, le Logo n'a fait l'objet d'aucune revendication de droits. L'Exploitant reconnaît connaître de manière générale les incertitudes quant à la disponibilité et, d'une manière générale, quant à la validité des marques et des dessins & modèles, et accepte en conséquence la présente autorisation d'usage en pleine connaissance de cause, à ses risques et périls. En conséquence, au cas où Santé publique France perdrait ses droits sur le Logo à la demande d'un tiers, quelles que soient la cause de la perte des droits et sa qualification juridique (nullité, contrefaçon...), l'Exploitant s'engage à ne pas engager la responsabilité de Santé publique France et à ne réclamer à Santé publique France aucun dommage et intérêt.

Les Régulateurs sont libres de proposer des garanties différentes au sein des conditions particulières applicables à leurs Territoire au sein des ANNEXES 4 et suivantes du Règlement d'usage.

Article 15. LOI APPLICABLE

Le présent Règlement d'usage est soumis au droit communautaire, quel que soit le lieu d'utilisation du Logo par l'Exploitant. Le Règlement d'usage dispose de conditions particulières par Territoire contenues aux ANNEXES 4 et suivantes, pour lesquelles le droit national de ce Territoire s'applique. En cas de contradiction, le droit du Règlement d'usage prime sur celui de ses ANNEXES.

Article 16. JURIDICTION COMPETENTE

Tout litige résultant de l'interprétation ou de l'exécution du présent Règlement d'usage sera porté devant tout tribunal compétent du ou des Territoire(s) concerné(s).

Article 17. REGLEMENT DES LITIGES

Santé Publique France ne règle pas les différends éventuels entre Exploitants ou entre un Exploitant et/ou un Régulateur et/ou un tiers (les parties). Si Santé Publique France a accès à la preuve d'une violation du Règlement d'usage, appréciée à la discrétion de Santé Publique France, Santé Publique France peut prendre toute mesure appropriée, y compris à titre provisoire ou conservatoire, notamment au regard de l'Article 12 du Règlement d'usage, afin de mettre fin à la violation contractuelle dans les plus brefs délais. Les Régulateurs peuvent également prendre, en cas de manquement constaté sur le Territoire sur lequel ils sont compétents, toute mesure appropriée, appréciée à leur discrétion, y compris à titre provisoire ou conservatoire, afin de mettre fin à la violation contractuelle dans les plus brefs délais.

ANNEXE 1 : Cahier des charges

Classement de l'aliment dans l'échelle nutritionnelle à 5 couleurs

Pour établir le classement de l'aliment, les fabricants et les distributeurs du secteur alimentaire se conforment aux règles de calcul suivantes à mettre en œuvre successivement :

- le calcul d'un score nutritionnel de l'aliment ;
- le classement de l'aliment dans l'échelle nutritionnelle à 5 couleurs sur la base du score calculé.

1) Le calcul du score nutritionnel des aliments

Il est calculé de façon identique pour tous les aliments, sauf pour les fromages, les matières grasses végétales ou animales, les boissons. Pour ces catégories d'aliments, des adaptations mentionnées au 1-b sont à prendre en compte.

1-a Cas général

Le score nutritionnel des aliments repose sur le calcul d'un score unique et global prenant en compte, pour chaque aliment :

- une composante dite « négative » N,
- une composante dite « positive » P.

- La composante N du score prend en compte les éléments nutritionnels dont il est recommandé de limiter la consommation : densité énergétique (apport énergétique en kJ pour 100 g d'aliment), teneurs en acides gras saturés (AGS), en sucres (en g pour 100g d'aliment). Sa valeur correspond à la somme des points attribués, de 1 à 10, en fonction de la teneur de la composition nutritionnelle de l'aliment (cf. Tableau 1). La note pour la composante N peut aller de 0 à 40.

Tableau 1 : Points attribués à chacun des éléments de la composante dite « négative » N

Points	Densité énergétique (kJ/100g)	Graisses saturées (g/100g)	Sucres (g/100g)	Sodium ¹ (mg/100g)
0	≤ 335	≤ 1	≤ 4,5	≤ 90
1	> 335	> 1	> 4,5	> 90
2	> 670	> 2	> 9	> 180
3	> 1005	> 3	> 13,5	> 270
4	> 1340	> 4	> 18	> 360
5	> 1675	> 5	> 22,5	> 450
6	> 2010	> 6	> 27	> 540
7	> 2345	> 7	> 31	> 630
8	> 2680	> 8	> 36	> 720
9	> 3015	> 9	> 40	> 810
10	> 3350	> 10	> 45	> 900

¹ : la teneur en sodium correspond à la teneur en sel mentionnée sur la déclaration obligatoire divisée par 2,5.

- La composante P est calculée, en fonction de la teneur de l'aliment en fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive, au titre des vitamines qu'ils contiennent, en fibres et en protéines (exprimées en g pour 100 g d'aliment). Pour chacun de ces éléments, des points, allant de 1 à 5 sont attribués en fonction de leur teneur dans l'aliment (cf. tableau 2). La composante positive P du score nutritionnel est la note correspondant à la somme des points définis pour ces trois éléments : cette note est donc comprise entre 0 et 15.

Tableau 2 : Points attribués à chacun des nutriments de la composante dite « positive » P

Points	Fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque, huiles de colza, de noix et d'olive ¹ (%)	Fibres (g/100g)	Protéines (g/100g)
		Méthode AOAC	
0	≤ 40	≤ 0,9	≤ 1,6
1	> 40	> 0,9	> 1,6
2	> 60	> 1,9	> 3,2
3	-	> 2,8	> 4,8
4	-	> 3,7	> 6,4
5	>80	> 4,7	> 8

¹ : les fruits et légumes, légumineuses et fruits à coque comprennent de nombreuses vitamines (en particulier les vitamines E, C, B1, B2, B3, B6 et B9 ainsi que la provitamine A) ;

↳ Calcul du score nutritionnel

Le calcul final du score nutritionnel se fait en soustrayant à la note de la composante négative N la note de la composante positive P avec quelques conditionnalités décrites ci-après.

Score nutritionnel = Total Points N – Total Points P

La note finale du score nutritionnel attribuée à un aliment est donc susceptible d'être comprise entre une valeur théorique de - 15 (le plus favorable sur le plan nutritionnel) et une valeur théorique de + 40 (le plus défavorable sur le plan nutritionnel).

↳ Application de règles spécifiques

- Si le total de la composante N est inférieur à 11 points, alors le score nutritionnel est égal au total des points de la composante N auquel est retranché le total de la composante P.
- Si le total de la composante N est supérieur ou égal à 11 points, et,
 - Si les points pour les « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive » sont égaux à 5, alors le score nutritionnel est égal au total des points de la composante N auquel est retranché le total de la composante P.
 - Si les points pour les « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive » sont inférieurs à 5, alors le score nutritionnel est égal au total des points de la composante N auquel est retranché la somme des points « Fibres » et des points « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive ». Dans ce cas la teneur en protéines n'est donc pas prise en compte pour le calcul du score nutritionnel.

1-b Cas particuliers

Le Nutri-Score n'étant pas adapté aux aliments infantiles destinés aux enfants de 0 à 3 ans, il n'est pas recommandé de l'apposer sur les marques concernées.

Pour tenir compte des repères nutritionnels du Programme national nutrition santé, des adaptations sont nécessaires pour le calcul du score. Elles sont établies conformément aux avis de l'Agence nationale de

sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (Anses) et du Haut conseil de la santé publique (HCSP).

↳ *Les fromages* : Le score est calculé en prenant en compte la teneur en protéines que le total des points N soit ≥ 11 ou non
Score nutritionnel = Total Points N – Total Points P

↳ *Les matières grasses ajoutées* : La grille d'attribution des points pour les acides gras est calculée sur la composante AGS/lipides totaux avec un démarrage de la grille d'attribution des points à 10% et un pas ascendant de 6%.

Tableau 3 : Grille d'attribution des points pour une composante AGS/lipides totaux dans le cas particulier des matières grasses ajoutées*

Points	Ratio AGS/lipides totaux
0	<10
1	<16
2	<22
3	<28
4	<34
5	<40
6	<46
7	<52
8	<58
9	<64
10	≥ 64

*La grille d'adaptation pour les matières grasses ajoutées vient substituer la colonne « acides gras saturés ». Les autres colonnes (densité énergétique, sucres, sel, fruits, légumes, légumineuses, fruits à coques, huiles de colza, de noix et d'olive, fibres, protéines) restent semblables et doivent être prises en compte.

↳ *Les boissons* : Le calcul du score pour les boissons est réalisé en prenant en compte les grilles suivantes :

Tableau 4 : Grille d'attribution des points pour les boissons*

Points	Densité énergétique (kJ/100g ou 100mL)	Sucres (g/100g ou 100mL)	Fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque, huiles de colza, de noix et d'olive (%)
0	≤ 0	≤ 0	≤ 40
1	≤ 30	$\leq 1,5$	
2	≤ 60	≤ 3	> 40
3	≤ 90	$\leq 4,5$	
4	≤ 120	≤ 6	> 60
5	≤ 150	$\leq 7,5$	
6	≤ 180	≤ 9	
7	≤ 210	$\leq 10,5$	
8	≤ 240	≤ 12	
9	≤ 270	$\leq 13,5$	
10	> 270	$> 13,5$	> 80

*La grille d'adaptation pour les boissons vient substituer les colonnes densité énergétique, sucres et fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque, huiles de colza, de noix et d'olive aux colonnes utilisées dans le cas général. Les autres colonnes (acides gras saturés, sel, fibres, protéines) restent semblables et doivent être prises en compte.

2) Classement de l'aliment dans l'échelle nutritionnelle à cinq niveaux sur la base du score calculé selon 1)

2-a Cas général

Pour le cas général, les seuils pris en compte sont les suivants :

Classe	Bornes du score	Couleur
A	Min à -1	Vert foncé
B	0 à 2	Vert clair
C	3 à 10	Jaune
D	11 à 18	Orangé clair
E	19 à Max	Orange foncé

2-b Cas particulier des boissons

Dans le cas des boissons, les seuils pris en compte sont les suivants :

Classe	Bornes du score	Couleur
A	Eaux	Vert foncé
B	Min à 1	Vert clair
C	2 à 5	Jaune
D	6 à 9	Orangé clair
E	10 à Max	Orange foncé

3) Emplacement du symbole graphique sur l'emballage

Le symbole graphique est placé dans le tiers inférieur de la face avant de l'emballage.

Les denrées alimentaires conditionnées dans des emballages ou récipients dont la face la plus grande a une surface inférieure à 25 cm² ne sont pas concernées.

4) Symbole graphique utilisé et caractéristiques

Le symbole graphique retenu, appelé Nutri-Score, est représenté ci-dessous :



Les caractéristiques du logo, en particulier de taille et de couleur, sont définies dans la charte graphique de la marque collective Nutri-Score.

ANNEXE 2 : Charte graphique

(document en format PDF téléchargeable via le lien suivant :

<https://www.santepubliquefrance.fr/media/files/02-determinants-de-sante/nutrition-et-activite-physique/nutri-score/annexe2-charte-graphique>)

ANNEXE 3 : Liste des droits, des pays et des Régulateurs

	Territoire	Régulateur	Droits de propriété intellectuelle sur le Logo
Union européenne	Allemagne		<ol style="list-style-type: none"> 1. Marques collectives communautaires n°016762312 et n°016762379 du 19 mai 2017 2. Dessins et modèles industriels communautaires n°004112415-0001, 004112415-0002 et 004112415-0003 du 20 juillet 2017 ; 3. Pour la France, marques collectives n°4357857 et n°4357865 du 28 avril 2017 4. Pour le Royaume Uni, marques collectives n°UK00916762312 et n°UK00916762379.
	Belgique	Service Public Fédéral Santé Publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement : nutri-score@health.fgov.be Avenue Galilée 5/2 – 1210 Bruxelles	
	France	Santé publique France : nutriscore@santepubliquefrance.fr 12, rue du Val d'Osne – 94 415 Saint-Maurice Cedex Téléphone : 01 41 79 67 00 – Fax : 01 41 79 67 67	
	Luxembourg	Ministère de la Protection des consommateurs Luxembourg, 271 route d'Arlon – 1150 Luxembourg nutri-score@alim.etat.lu	
Autres	Suisse	Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires OSAV Schwarzenburgstrasse 155, 3003 Berne, Suisse nutri-score@blv.admin.ch	

ANNEXE 4 : Conditions particulières pour la France

Les présentes conditions particulières s'appliquent à l'usage du Logo sur le Territoire : France. Elles sont soumises au Règlement d'usage et aux ANNEXES 1 à 3.

Article 1. Droit applicable au Logo en France

En France, le Logo est une forme d'expression et de présentation complémentaire à la Déclaration conformément à l'article 35 du Règlement européen, sous la supervision et le contrôle de Santé publique France agissant en tant que Régulateur. Il constitue une forme complémentaire à la Déclaration qui est obligatoire.

En conséquence, le droit d'usage du Logo concédé à titre principal par Santé publique France en tant que Régulateur pour la France est un droit d'apposition pour les Produits Sources et d'utilisation pour les Produits Distribués en tant que présentation complémentaire à la Déclaration conforme à l'article 35 du Règlement européen.

Article 2. Conditions particulières d'obtention du droit d'usage du Logo

2.1. Enregistrement de la Demande des Produits Sources

Avant tout enregistrement, l'Exploitant doit prendre connaissance de l'ensemble de la procédure d'enregistrement décrite sur la page dédiée au Logo : <http://santepubliquefrance.fr/Sante-publique-France/Nutri-Score>.

Pour les Produits distribués en France, exclusivement ou non, l'Exploitant doit être prêt à transmettre les fichiers demandés à l'Observatoire de la qualité de l'alimentation (Oqali), dans le délai imparti (voir à l'Article 5 de la présente ANNEXE 4), via le lien suivant :

https://survey.anses.fr/SurveyServer/s/formation7/Oqali_Suivi_Nutri_Score/questionnaire.htm

Toute personne éligible en application de l'Article 4.1 du Règlement d'usage, souhaitant utiliser le Logo, enregistre sa Demande sur le site suivant :

- Pour les Produits distribués **exclusivement sur le marché français**, les Exploitants doivent s'enregistrer sur le site suivant :
https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/nutri-score_enregistrement_france
- Pour les Produits distribués sur **plusieurs territoires** (dont éventuellement la France) ou sur **un territoire pour lequel le Régulateur n'a pas établi sa propre procédure de Demande** (l'Allemagne, la Belgique et le Luxembourg), les Exploitants doivent s'enregistrer sur le site suivant :
https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/ns_international_registration_procedure

Un accusé de réception par voie électronique de l'enregistrement de la Demande est aussitôt transmis à l'Exploitant, avec les fichiers permettant l'usage du Logo, sous réserve des droits d'usage concédés et des conditions spécifiques relatives aux Produits Distribués.

2.2. Changement de circonstances

En cas de mise à jour des catégories de Produits par un Exploitant, celui-ci fait également application de l'Article 5 de la présente ANNEXE 4.

2.3. Conditions particulières

Pour la France, la procédure d'obtention du droit d'usage du Logo est conditionnée à une procédure de transmission auprès de l'Oqali, détaillée à l'Article 5 de la présente ANNEXE 4. L'Exploitant n'est réputé disposer du droit d'usage qu'à condition d'avoir également satisfait à cette procédure de transmission.

Article 3. Conditions particulières d'utilisation du Logo

3.1. Communications génériques

En France, Santé publique France restreint le droit d'usage du Logo à titre complémentaire à des fins de Communication générique, pour les Produits Sources comme pour les Produits Distribués, de la manière suivante.

Pour ses Communications génériques sur le Logo, l'Exploitant peut apposer sur ses supports de communication :

- Le Logo Neutre,
- Et/ou au moins 3 des 5 Logos Classants disposés de façon à ne pas induire le consommateur en erreur sur la classification des Produits, notamment en laissant entendre que tous ses produits ont le même classement.

3.2. Outils de promotion du dispositif Nutri-Score

L'Exploitant peut utiliser les outils de promotion du dispositif Nutri-Score élaborés par Santé publique France.

L'Exploitant peut également réaliser ses propres outils de promotion du dispositif Nutri-Score. En ce cas, l'Exploitant est invité à préciser que « *Le Nutri-Score est développé et soutenu par Santé publique France et les pouvoirs publics* » sur tous les supports de communication concernés.

Article 4. Audit

4.1. Documentation technique

L'Exploitant tient à la disposition de Santé publique France et des agents mandatés par elle une documentation technique, pendant toute la durée de l'usage du Logo. Cette documentation technique, suffisante pour permettre de contrôler le respect des conditions du Règlement d'usage, comprend, notamment :

1. Pour chaque marque qu'il inscrit, la liste des Produits Sources ;
2. La liste des Produits Distribués ainsi que l'identité de leurs Exploitants Sources et/ou de tout titulaire de droits de propriété intellectuelle sur ces Produits Distribués ;
3. Pour chaque Produit :
 - a. Le fichier Excel présenté en Appendice 1 de la présente Annexe, dûment complété, dont les valeurs permettant le calcul du score nutritionnel ;
 - b. Les résultats des calculs des scores nutritionnels ; et
 - c. Le cas échéant, le renvoi à la documentation technique de l'Exploitant Titulaire ;

4. La liste des supports de communication et de présentation revêtus du Logo.

4.2. *Contrôle*

En cas d'audit de Santé publique France révélant un manquement de la part de l'Exploitant, Santé publique France se réserve le droit d'appliquer le barème de sanctions figurant à l'Article 6 des présentes conditions particulières pour la France. A défaut de correction des manquements dans les délais imposés par Santé Publique France, cette dernière est de plein droit autorisée à résilier l'adhésion de l'Exploitant au Règlement d'usage, sans préjudice des dommages et intérêts auxquels Santé Publique France pourrait prétendre.

Article 5. Procédure de transmission devant l'Oqali

L'Exploitant qui présente une Demande sur le Territoire : France doit également compléter le fichier Excel téléchargeable via le lien suivant : <https://www.santepubliquefrance.fr/media/files/02-determinants-de-sante/nutrition-et-activite-physique/nutri-score/annexe4-oqali>.

5.1. *Dépôt du questionnaire auprès de l'Oqali*

Lorsque le Logo est utilisé sur le Territoire suite à l'enregistrement du droit d'usage, ce fichier Excel doit être transmis à l'Observatoire de l'Alimentation (« **Oqali** ») dans un délai d'un mois à compter de la première mise en œuvre du Logo sur les emballages ou en e-commerce, via le formulaire disponible en ligne à l'adresse électronique suivante :

https://survey.anses.fr/SurveyServer/s/formation7/Oqali_Suivi_Nutri_Score/questionnaire.htm.

L'Oqali n'a pas vocation à vérifier la fiabilité des données du formulaire transmis par l'Exploitant. Néanmoins, l'Oqali doit s'assurer que le formulaire est correctement rempli, c'est-à-dire sans données manquantes ou ne correspondant pas aux modalités des menus déroulants du formulaire Oqali.

En cas de formulaire non conforme, une unique relance sera effectuée par l'Oqali. L'Exploitant devra ensuite, dans un délai de 1 mois, transmettre un formulaire conforme.

Le non-respect des obligations du présent Article 5 peut entraîner, à la discrétion de Santé Publique France, toute sanction appropriée au regard de l'Article 6 de la présente Annexe 4 ainsi que la résiliation, partielle ou totale, de l'enregistrement de l'Exploitant au Règlement d'usage.

5.2. *Mise à jour des déclarations auprès de l'Oqali*

En cas de mise à jour de la Demande (enregistrement d'une nouvelle marque), l'Exploitant doit transmettre un nouveau formulaire à l'Oqali reprenant l'ensemble des informations transmises précédemment ainsi que les informations concernant les nouvelles références apposant le Logo dans un délai d'un mois après la mise sur le marché des produits concernés. Concernant la mise à jour de produits de marque déjà enregistrés (mise sur le marché ou retrait), l'Exploitant doit transmettre un fichier actualisé au moins tous les 3 mois.

L'Exploitant doit également mettre à jour le formulaire transmis à l'Oqali en cas de sanction prononcée à son encontre par Santé publique France, à la charge exclusive de l'Exploitant.

Article 6. Sanctions

Les tableaux ci-après visent les principaux manquements au présent Règlement d'usage, sans être toutefois exhaustifs, Santé publique France se réservant la possibilité de sanctionner l'Exploitant pour tout manquement au présent Règlement d'usage. Ces sanctions sont notamment applicables, mais sans

s'y limiter, en cas de violation des interdictions et conditions des articles 8.3 et 8.4 du Règlement d'usage. Santé publique France peut sanctionner un Exploitant pour tout manquement au Règlement d'usage ainsi que pour violation spécifique des conditions applicables au Territoire : France.

Une liste non exhaustive des manquements possibles accompagnée des sanctions correspondantes est présentée ci-après.

6.1. Sanctions - Usage du Logo en tant que présentation complémentaire à la Déclaration

3 niveaux de sanctions sont prévus :

- Demande d'action corrective
- Suspension du droit d'usage jusqu'à mise en conformité
- Retrait du droit d'usage par Santé publique France pendant une période fixée

NON -CONFORMITE	SANCTION
1 : Non-respect de la Charte graphique du Logo « Nutri-Score » (couleur, taille ou caractère ou utilisation de la marque de communication)	Demande d'actions correctives avec un délai de 6 mois maximum pour l'écoulement des stocks
2. Utilisation du Logo « Nutri-Score » sans enregistrement préalable conformément à l'article 5.2	Demande d'actions correctives immédiates : enregistrement à demander conformément à l'article 5.2
3. Utilisation du Logo « Nutri-Score » sur des produits qui ne correspondent pas à la définition des Produits au sens du Règlement d'usage	Demande d'actions correctives immédiates sans possibilité d'écouler les stocks non encore mis sur le marché
4. Non-respect des règles d'établissement du score nutritionnel aboutissant à l'apposition d'un Logo Classant plus favorable sur l'emballage d'un Produit que le score nutritionnel qui aurait dû être apposé	Suspension du droit d'usage jusqu'à mise en conformité + Rapatriement immédiatement des Produits mis sur le marché ou justification des mesures d'information auprès du public pour rectifier
5. Présentation fausse ou trompeuse du Logo « Nutri-Score » comme obligatoire ou imposant à un tiers de présenter sa Demande	Suspension du droit d'usage pour une durée minimale de trois (3) mois
6. Récidive sur les non—conformités prévues ci-dessus	Niveau de sanction immédiatement supérieur à celui prévu pour la non-conformité initiale
7. Refus de mise en conformité/récidives multiples	Information des autorités de contrôle compétentes. Retrait du droit d'usage pendant une période donnée pouvant aller jusqu'à l'exclusion définitive

6.2. Sanctions – Usage du Logo à des fins de communication

3 niveaux de sanctions sont prévus :

- Demande d'action corrective

- Suspension du droit d'usage jusqu'à mise en conformité
- Retrait du droit d'usage par Santé publique France pendant une période fixée

NON -CONFORMITE	SANCTION
1 : Non-respect de la Charte graphique du Logo « Nutri-Score » (couleur, taille ou caractère ou utilisation inapproprié de la marque d'information)	Demande d'actions correctives immédiates
2. Utilisation du Logo Nutri-Score sans enregistrement préalable	Demande d'actions correctives immédiates : enregistrement
3. Utilisation du Logo Nutri-Score sur des produits qui ne correspondent pas à la définition des Produits au sens du Règlement d'usage	Demande d'actions correctives immédiates (pas d'écoulement du stock)
4. Présentation fausse ou trompeuse du Logo « Nutri-Score » comme obligatoire ou imposant à un tiers de présenter sa Demande	Suspension du droit d'usage pour une durée minimale de trois (3) mois
5. Récidive sur les non-conformités prévues ci-dessus	Niveau de sanction immédiatement supérieur à celui prévu pour la non-conformité initiale
6. Refus de mise en conformité/récidives multiples	Information des autorités de contrôle compétentes. Retrait du droit d'usage pendant une période donnée pouvant aller jusqu'à l'exclusion définitive

Appendice 1 : Documentation Oqali

Fichier Excel téléchargeable sur le lien suivant : <https://www.santepubliquefrance.fr/media/files/02-determinants-de-sante/nutrition-et-activite-physique/nutri-score/annexe4-oqali>

ANNEXE 5 : Conditions particulières pour la Belgique

Article 1. Loi et règlements applicables au Logo en Belgique

L'arrêté royal du 1er mars 2019 relatif à l'utilisation du Logo « Nutri-Score » régit les modalités d'utilisation du Logo sur le territoire belge. Le Service public fédéral (SPF) Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement, la Direction Générale Animaux, Végétaux et Alimentation, le Service Denrées alimentaires, aliments pour animaux et autres produits de consommation, est l'autorité compétente pour la mise en œuvre du Logo en Belgique.

Article 2. Conditions particulières d'obtention du droit d'usage du Logo

2.1 Enregistrement de la Demande des Produits Sources

Avant tout enregistrement, l'Exploitant doit prendre connaissance de toutes les informations nécessaires décrites sur la page dédiée au Logo : <https://www.health.belgium.be/fr/le-nutri-score>.

L'enregistrement doit se faire via la procédure internationale décrite sur le lien suivant : <https://www.health.belgium.be/fr/nutri-score-pour-les-professionnels>.

2.2 Notification des produits au Service Public Fédéral Santé Publique

Les Exploitants qui souhaitent utiliser le Logo sur leurs produits commercialisés sur le marché belge doivent notifier leur(s) produit(s) au Service Public Fédéral Santé Publique selon la procédure décrite au lien suivant : <https://www.health.belgium.be/fr/nutri-score-pour-les-professionnels> et envoyer tous les documents à nutri-score@health.fgov.be.

Article 3. Conditions particulières d'utilisation du Logo

3.1. Outils de promotion du dispositif Nutri-Score

L'Exploitant peut utiliser les outils de promotion du dispositif Nutri-Score élaborés par le SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement, disponibles sur la page : www.nutriscore.be.

L'Exploitant peut également réaliser ses propres outils de promotion du dispositif Nutri-Score. En ce cas, l'Exploitant est invité à préciser que « *Le Nutri-Score est développé et soutenu par le SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement, et les autorités publiques* » sur tous les supports de communication concernés.

Article 4. Audit

4.1. Documentation technique

L'Exploitant tient à la disposition du SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement, la documentation technique, pendant toute la durée de l'usage du Logo. Cette documentation technique, suffisante pour contrôler le respect des conditions du Règlement d'usage d'utilisation, comprend notamment :

1° Pour chaque marque qu'il inscrit, la liste des Produits Sources ;

2° La liste des Produits Distribués ainsi que l'identité de leurs Exploitants Titulaires et/ou de tout titulaire de droits de propriété intellectuelle sur ces Produits Distribués ;

3° Pour chaque Produit :

3.a. Le fichier Excel de la valeur nutritionnelle dûment complété, notamment avec les valeurs permettant le calcul du score nutritionnel ;

3.b Les résultats des calculs des scores nutritionnels ; et

3.c le cas échéant, le renvoi à la documentation technique de l'Exploitant Titulaire ;

4° La liste des supports de communication et de présentation revêtus du Logo.

4.2. Contrôle

L'Exploitant doit accepter que le SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement se réserve le droit d'appliquer le barème de sanctions prévu à l'article 5 des présentes conditions particulières pour la Belgique.

Article 5. Sanctions

Il existe trois niveaux de sanctions :

- Demande de prise d'action(s) corrective(s),
- Suspension du droit d'utilisation du Logo jusqu'au respect de la conformité,
- Retrait du droit d'utilisation du Logo par le SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement, pour une période déterminée.

Article 6. Communication

Conformément à l'article 9 du Règlement d'usage, le SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement peut être amené à communiquer sur les entreprises engagées en faveur du Logo et de ses marques concernées.

Si l'Exploitant ne souhaite pas faire l'objet d'une telle communication, il doit informer le SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement en envoyant un e-mail à : nutri-score@health.fgov.be dans un délai de deux (2) semaines à compter de la réception de sa Demande par le SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement.

ANNEXE 6 : Conditions particulières pour la Suisse

ANNEXE 7 : Conditions particulières pour l'Allemagne

ANNEXE 8 : Conditions particulières pour le Luxembourg

Les présentes conditions particulières s'appliquent à l'usage du Logo sur le Territoire : Grand-Duché de Luxembourg, ci-après « Luxembourg ». Elles sont soumises au Règlement d'usage et aux ANNEXES 1 à 3.

Article 1. Droit applicable au Logo au Luxembourg

Au Luxembourg, le règlement grand-ducal du 7 mai 2021 relatif à l'utilisation du logo Nutri-Score régit les modalités d'utilisation dudit logo (le Logo constitue une information facultative sur les denrées alimentaires conformément à l'article 36 du Règlement européen UE 1169/2011). Le ministère ayant la Protection des consommateurs dans ses attributions est l'autorité compétente pour la mise en œuvre dudit règlement et agit en tant que Régulateur tel que prévu par les conditions d'usage du Nutri-Score.

En conséquence, le droit d'usage du Logo concédé à titre principal par le ministère ayant la Protection des consommateurs dans ses attributions via un enregistrement de l'Exploitant auprès de Santé publique France est un droit d'apposition pour les Produits Sources et d'utilisation pour les Produits Distribués en tant qu'information facultative sur les denrées alimentaires conformément à l'article 36 du Règlement européen UE 1169/2011.

Article 2. Conditions particulières d'obtention du droit d'usage du Logo

2.1. Enregistrement de la Demande des Produits Sources

Avant tout enregistrement, l'Exploitant doit prendre connaissance de l'ensemble de la procédure administrative prévue pour le Luxembourg sous le lien <https://securite-alimentaire.public.lu/fr/professionnel/Denrees-alimentaires/Etiquetage/Nutri-Score.html> et la procédure d'enregistrement décrite sur la page dédiée: <http://santepubliquefrance.fr/Sante-publique-France/Nutri-Score>.

L'enregistrement pour le Luxembourg doit se faire via la procédure internationale sur le site de Santé Publique France sous le lien suivant : https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/ns_international_registration_procedure

Par la suite, Santé publique France met à disposition de l'Exploitant les documents nécessaires à son utilisation.

Article 3. Conditions particulières d'utilisation du Logo

3.1. Communications génériques

Pour ses Communications génériques sur le Logo, l'Exploitant peut apposer sur ses supports de communication :

- Le Logo Neutre,
- Et/ou au moins 3 des 5 Logos Classants disposés de façon à ne pas induire le consommateur en erreur sur la classification des Produits, notamment en laissant entendre que tous ses produits ont le même classement.

3.2. Outils de promotion du dispositif Nutri-Score

L'Exploitant peut réaliser ses propres outils de promotion du dispositif Nutri-Score. En ce cas, l'Exploitant doit préciser que « *Le Nutri-Score est développé par Santé publique France et soutenu par les autorités publiques (luxembourgeoises)* » sur tous les supports de communication concernés.

Article 4. Audit

4.1. Documentation technique

L'Exploitant tient à la disposition des organes de contrôle officiel luxembourgeois une documentation technique pendant toute la durée de l'usage du Logo. Cette documentation technique, suffisante pour permettre de contrôler le respect des conditions du Règlement d'usage, comprend, notamment :

1. Pour chaque marque qu'il inscrit, la liste des Produits Sources ;
2. La liste des Produits Distribués ainsi que l'identité de leurs Exploitants Titulaires et/ou de tout titulaire de droits de propriété intellectuelle sur ces Produits Distribués ;
3. Pour chaque Produit :
 - a. Le fichier Excel de la valeur nutritionnelle dûment complété, notamment avec les valeurs permettant le calcul du score nutritionnel. Ce fichier Excel est disponible à l'adresse suivante <https://www.santepubliquefrance.fr/determinants-de-sante/nutrition-et-activite-physique/articles/nutri-score> ;
 - b. Les résultats des calculs des scores nutritionnels ; et
 - c. Le cas échéant, le renvoi à la documentation technique de l'Exploitant Titulaire ;
4. La liste des supports de communication et de présentation revêtus du Logo.

4.2. Contrôle

L'Exploitant doit accepter que les contrôles d'application et d'utilisation du Logo sont réalisés par les autorités de contrôles officiels luxembourgeoises et qui appliquent le barème des sanctions prévues à l'article 5 ci-contre.

Article 5. Sanctions

3 niveaux de sanctions sont applicables:

- Demande d'actions correctives
- Suspension du droit d'usage jusqu'à mise en conformité
- Retrait du droit d'utilisation du logo par le Régulateur au Luxembourg pendant une période fixée

Article 6. Communication

Conformément à l'article 9 du Règlement d'usage, le Régulateur sur le territoire luxembourgeois peut être amené à communiquer sur les entreprises engagées en faveur du Logo et de ses marques concernées.

Si l'Exploitant ne souhaite pas faire l'objet d'une telle communication, il doit informer le Régulateur en envoyant un e-mail à : nutri-score@alim.etat.lu dans un délai de deux (2) semaines à partir de son enregistrement sur le site de Santé Publique France.

NUTRI-SCORE

CHARTE GRAPHIQUE



Introduction

La loi du 26 janvier 2016 relative à la modernisation de notre système de santé permet la mise en place d'un logo nutritionnel sur la face avant des emballages des produits alimentaires.

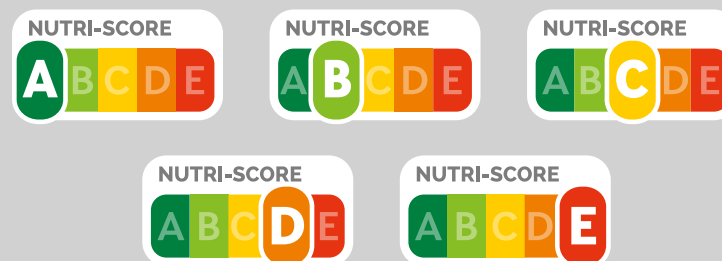
L'objectif de ce logo est d'aider le consommateur à prendre en compte la qualité nutritionnelle des produits qu'il achète.

Cette chartre graphique a été élaborée pour décrire les conditions d'apposition du logo sur les packagings, dans les rayons et sur les supports de communication.

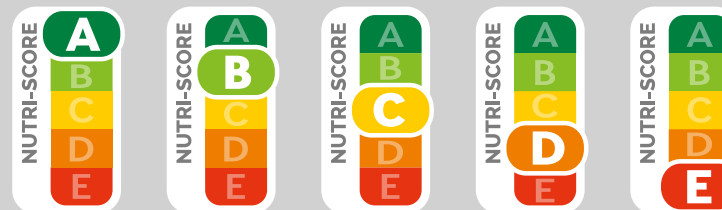
Il existe une version verticale et une version horizontale du logo, chacune d'elles, déclinées en 5 modules.

Les versions horizontales sont à utiliser par défaut, en priorité. Les versions verticales ne doivent être utilisées qu'en tout dernier recours, quand l'application des versions horizontales n'est pas possible.

logo horizontal décliné en 5 modules destinés aux packagings et à la communication



logo vertical décliné en 5 modules destinés aux packagings uniquement



logo neutre



Sommaire

Introduction	2
USAGE DU LOGO SUR LES PACKAGINGS	
1. Construction & couleurs	
1.1 Construction	5
1.2 Impression en quadrichromie	6
1.3 Impression monochrome	7
1.3 Impression monochrome-Exemple	8
1.4 Impression filaire	9
1.4 Impression filaire-Exemples	10
2. Applications packaging	
2.1 Fonds colorés (photos, aplats...)	12
2.2 Fonds blancs et très clairs	13
2.3 Zones d'emplacement privilégiée	
Packaging uniques	14
Packaging multiples	15
Sur-emballages	16
2.4 Périmètre de protection	17
2.5 Calcul de la taille du module	
Introduction	18
Formats rectangulaires	19
Formats circulaires	20
Formats particuliers	21
Formats sur supports cylindriques et ovoïdes... ..	22
Formats atypiques	23
Packaging multiples	24
Sur-emballages	25

Taille maximale	26
Taille minimale	27
2.6 Exemples	28
2.7 Zones d'emplacements secondaires	
Dos de packs, côtés	35
Zone de protection	36
2.8 Interdits	37
3. Cas Particuliers	
Multi Nutri-Score	39

USAGE DU LOGO DANS LES COMMUNICATIONS

Présentation	42
1. Règles	44
2. Construction	45
3. Politique couleur	46

USAGE DU LOGO PAR DES DISTRIBUTEURS DE PRODUITS POUR LESQUELS ILS NE SONT PAS TITULAIRES DE LA MARQUE

Présentation	48
--------------------	----

BOÎTE À OUTILS

Print	50
Digital	51
Les 72 modules du logo packaging	52
Cas particuliers - Les Modules Multi-Score	53
Le logo communication «neutre»	54
Éléments de langage à destination des exploitants du Nutri-Score	55

USAGE DU LOGO SUR LES PACKAGINGS

1. Construction & couleurs

Construction & couleurs

Construction

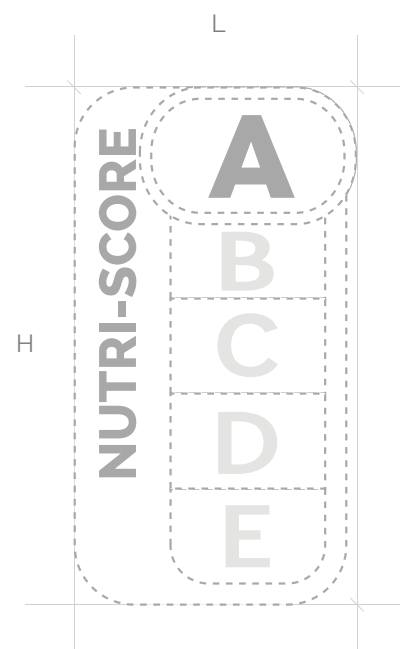
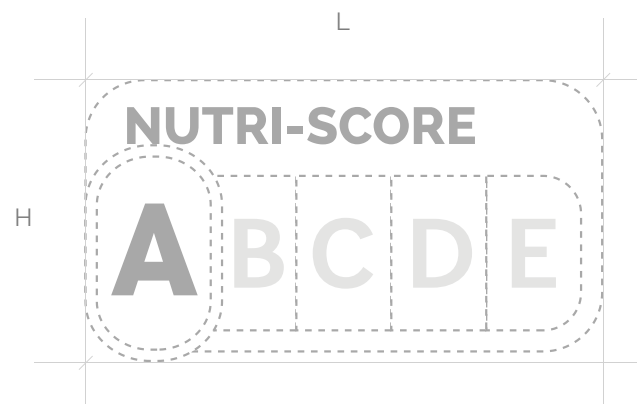
Le logo Nutri-Score se décline en 10 modules représentant le classement de l'aliment dans l'échelle nutritionnelle à 5 niveaux.

Le module à apposer à un produit est déterminé par le score issu de l'algorithme prévu par le cahier des charges du règlement d'usage.

Les modules Nutri-Score sont construits selon des cotes et des proportions immuables.

Ces proportions ne peuvent en aucun cas être modifiées.

Lors d'applications packaging, il suffit de copier-coller les modules vectoriels disponibles dans les fichiers Illustrator joints à cette charte et de les mettre à la taille souhaitée de manière homothétique, sans déformation.



Construction & couleurs

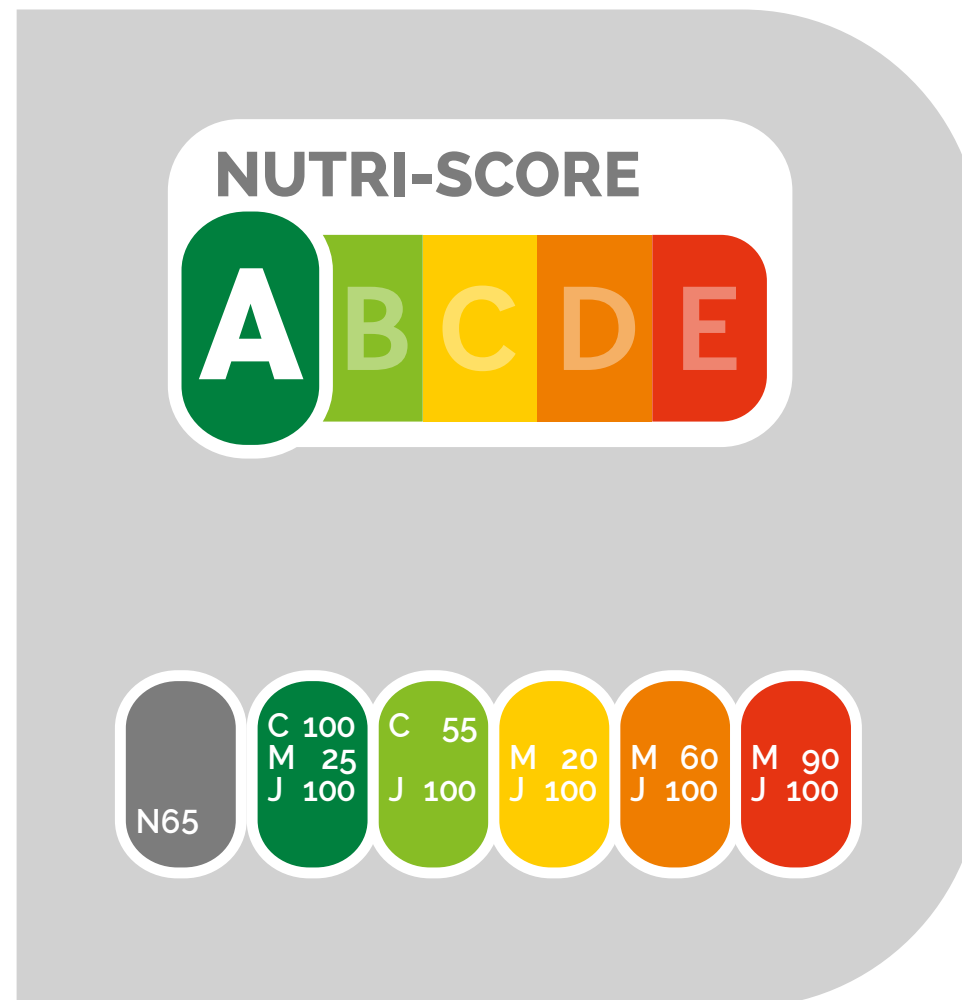
Impression en quadrichromie

Lors d'applications packaging, la quadrichromie est le type d'impression couleurs à privilégier.

Les proportions des encres de base à utiliser figurent dans l'encart ci-contre.

Les 6 couleurs du logo (verts foncés et clair, jaune, orange, orange foncé et gris dense) **sont immuables et ne doivent surtout pas varier.**

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module.



NB : toutes les versions de modules sont disponibles dans les fichiers Illustrator joints à cette charte.

Construction & couleurs

Impression monochrome

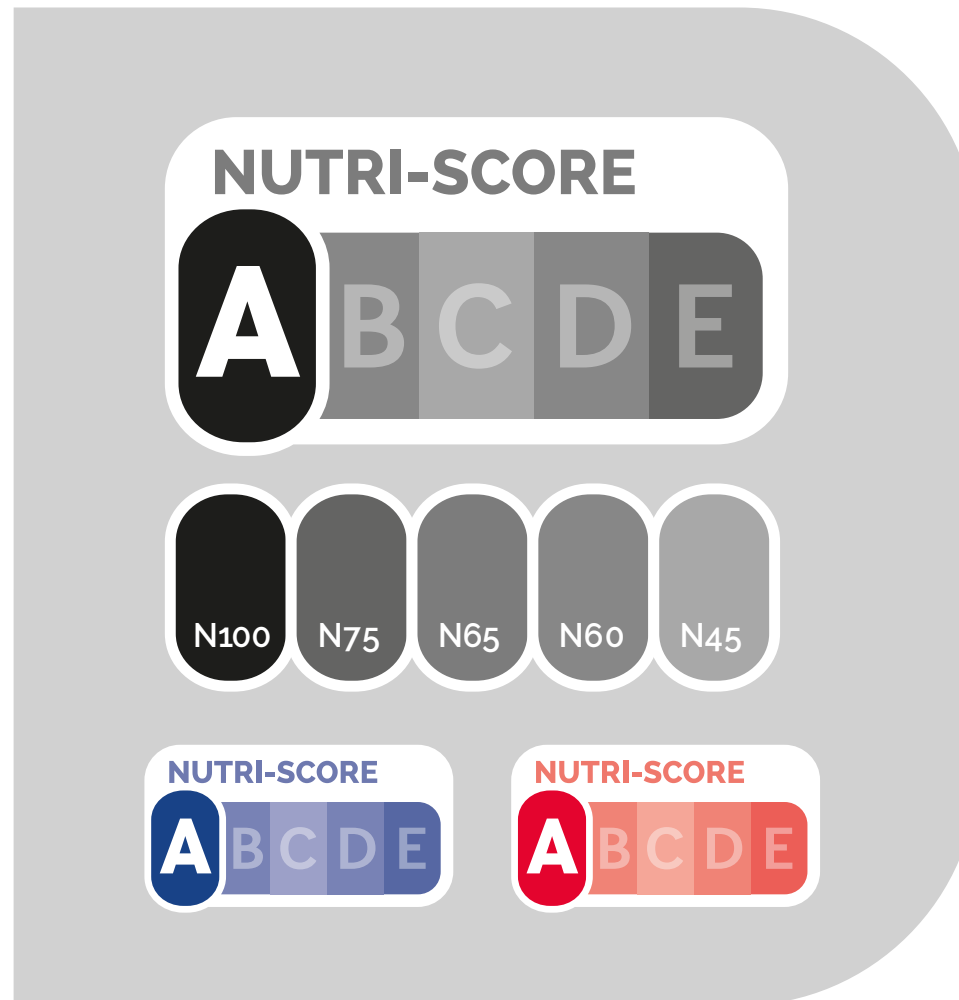
Dans les cas où l'impression en quadrichromie est impossible, la version monochrome est recommandée.

Ci-contre, les valeurs à appliquer à la couleur choisie.

Attention : il est impératif de n'utiliser cette version que lorsque la quadrichromie est exclue.

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module.

NB : toutes les versions des modules sont disponibles dans les fichiers Illustrator joints à cette charte.



Impression monochrome-Exemple



Construction & couleurs

Impression flaire

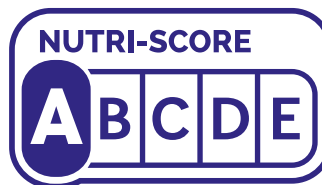
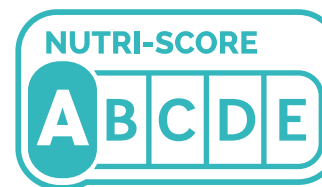
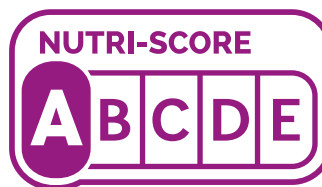
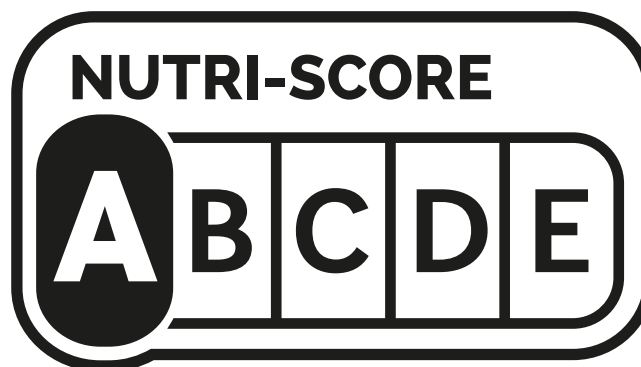
Dans les cas où les autres modes d'impression s'avèrent impossibles, la version flaire monochrome est recommandée.

Ci-contre, la version flaire à utiliser.

Le noir de la version flaire correspond à la couleur qui est utilisée dans le cadre d'une impression monochrome. Ce peut être du noir mais aussi toute autre couleur à 100% (cf. exemples ci-contre).

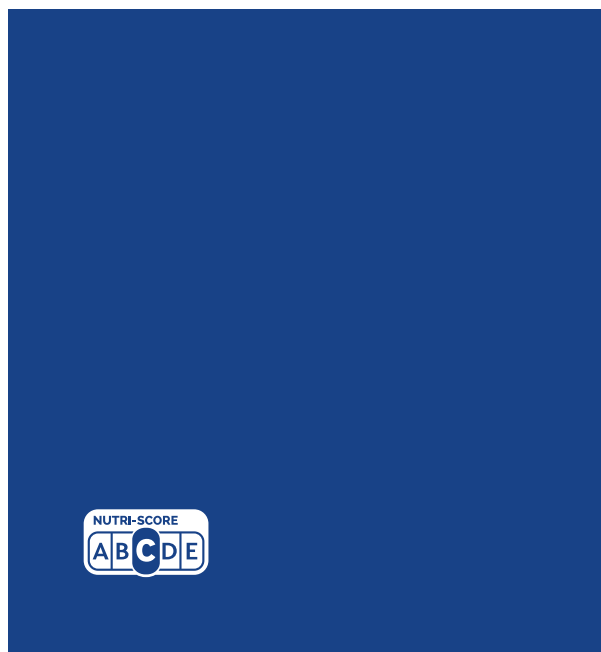
Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module.

NB : toutes les versions des modules sont disponibles dans les fichiers Illustrator joints à cette chartre.

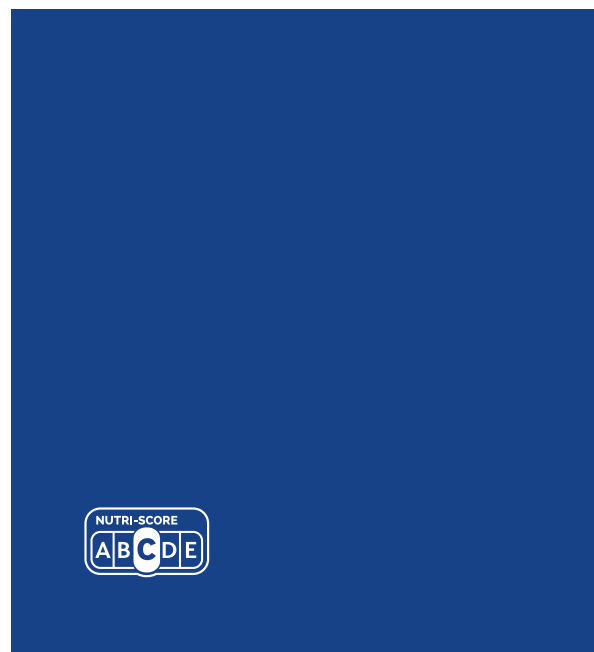


Construction & couleurs

Impression filaire-Exemples



version en positif



version en négatif



USAGE DU LOGO SUR LES PACKAGINGS

2. Applications packaging

Applications packaging

Fonds colorés (photos, aplats...)

Dans la plupart des cas, l'application des modules s'effectue sur des fonds colorés, photographiques ou illustratifs. Les modules se distinguent parfaitement des fonds sur lesquels ils sont appliqués par l'aplat blanc du module.

Il faut, sur ce type de fonds, opter pour les versions « simples » avec module en aplat blanc non-cerné (exemple ci-contre).

Attention : sur fonds colorés très clairs, une version différente est préconisée (cf. page 2.2).

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module.



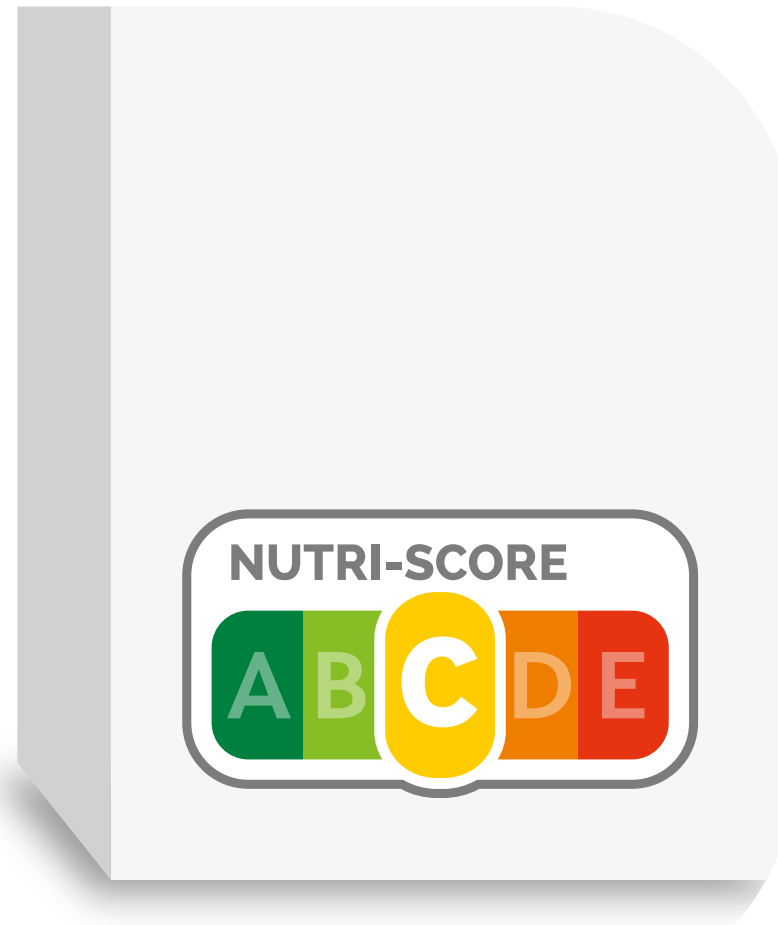
Applications packaging

Fonds blancs et très clairs

Sur les fonds blancs ou très clairs qui ne permettent pas de lire aisément la forme du module blanc (le contraste est trop faible), **il est vivement recommandé d'utiliser les versions des modules « cernés » par un contour extérieur.**

Le gris utilisé pour ce contour est identique au gris du lettrage Nutri-Score.

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module.



Applications packaging

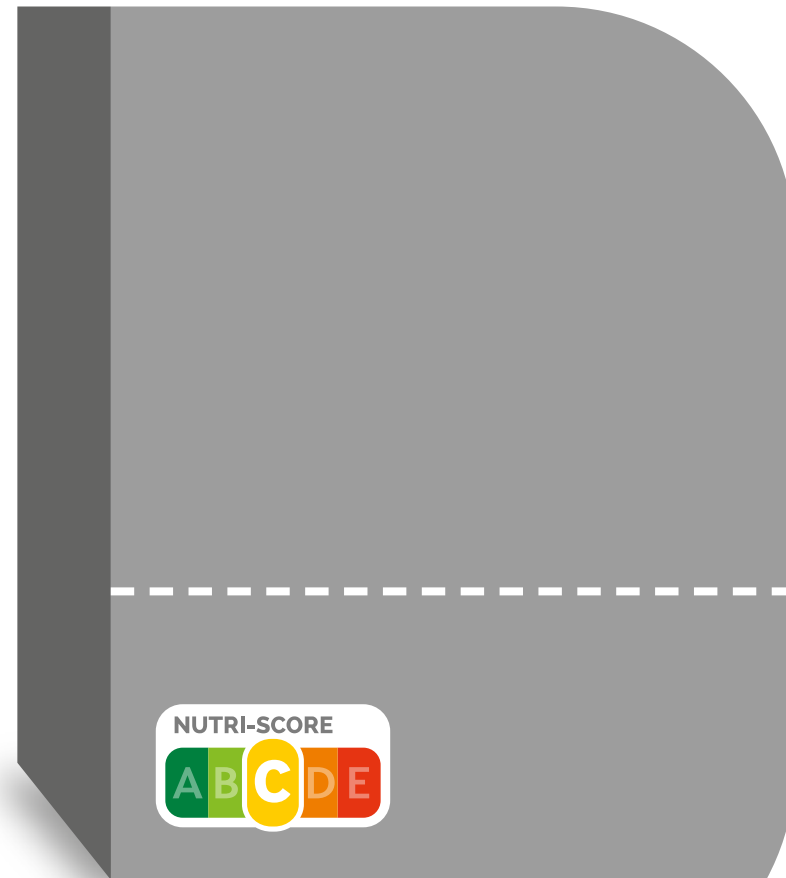
Zones d'emplacement privilégiée

Packaging uniques

Les modules Nutri-Score se placent dans le **tiers inférieur de la face avant** de l'emballage.

Sur les supports cylindriques ou ovoïdes, la face avant est celle qui présente en majeur les éléments identitaires et informatifs du produit (logo, marque, dénomination produit...).

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module.



Applications packaging

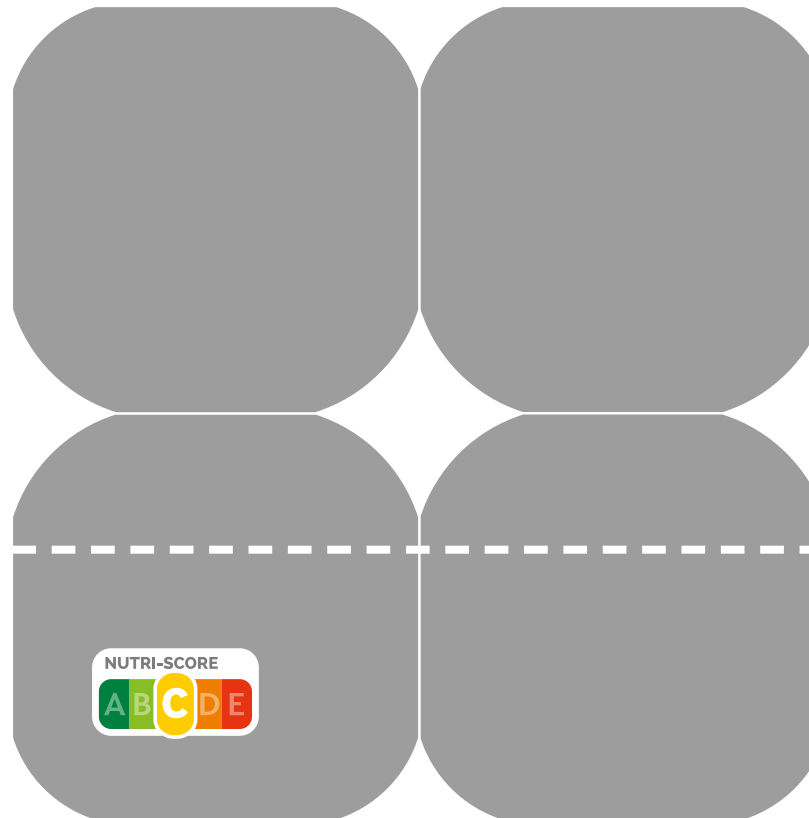
Zones d'emplacement privilégiée

Packaging multiples

Sur les conditionnements regroupant plusieurs unités du même produit, non sur-emballées par un sleever plastique ou un cluster en carton (packs de yaourts par 4 ou 8 par exemple), le module doit apparaître dans le **tiers inférieur de la face principale du regroupement**.

À noter que dans le cas des packs de yaourts et autres conditionnements de ce type, la face principale retenue est l'opercule des pots.

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module.



Applications packaging

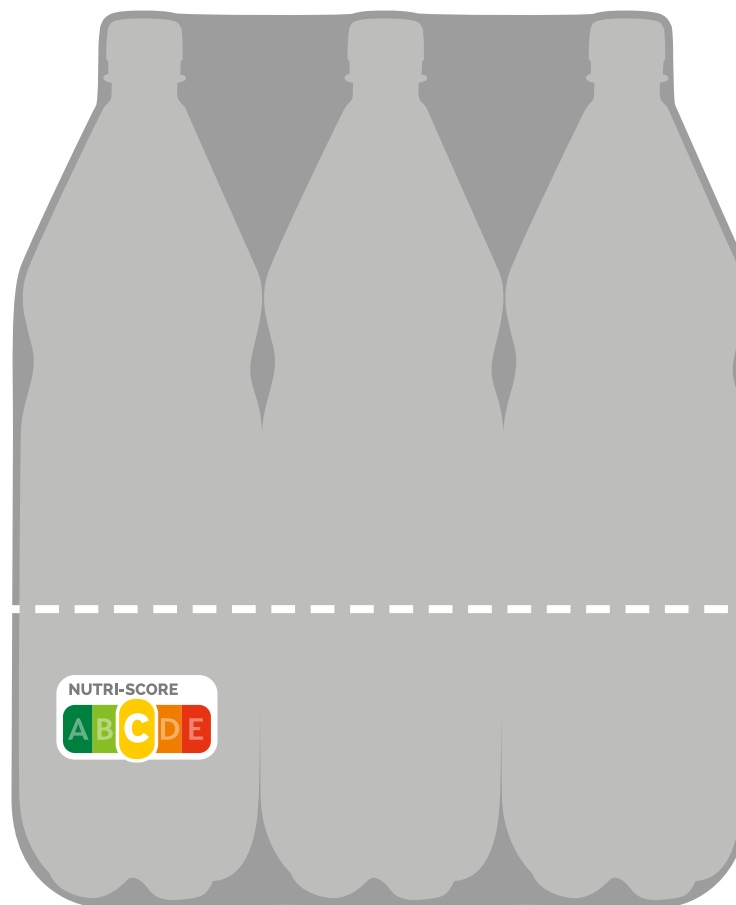
Zones d'emplacement privilégiée

Sur-emballages

Sur les conditionnements regroupant plusieurs unités du même produit, sur-emballées par un sleeveur plastique (packs de bouteilles par exemple), ou un cluster en carton le module doit apparaître dans le tiers inférieur de la face avant selon les règles suivantes :

- 1) **si le sur-emballage est transparent** le module doit apparaître de manière visible sur la face principale de chaque unité de produit mais pas obligatoirement sur le sur-emballage.
- 2) **si le sur-emballage est opaque ou couvrant majoritairement les unités de produit sur-emballées**, le module doit apparaître au minimum sur la face principale du sur-emballage.
- 3) **si des unités de produit sur-emballées sont susceptibles d'être vendues à l'unité**, détachées du reste du pack de regroupement, le module devra apparaître sur la face principale de chacune des unités de produit sur-emballées et sur le sur-emballage s'il remplit la condition 2.

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module.



Applications packaging

Périmètre de protection

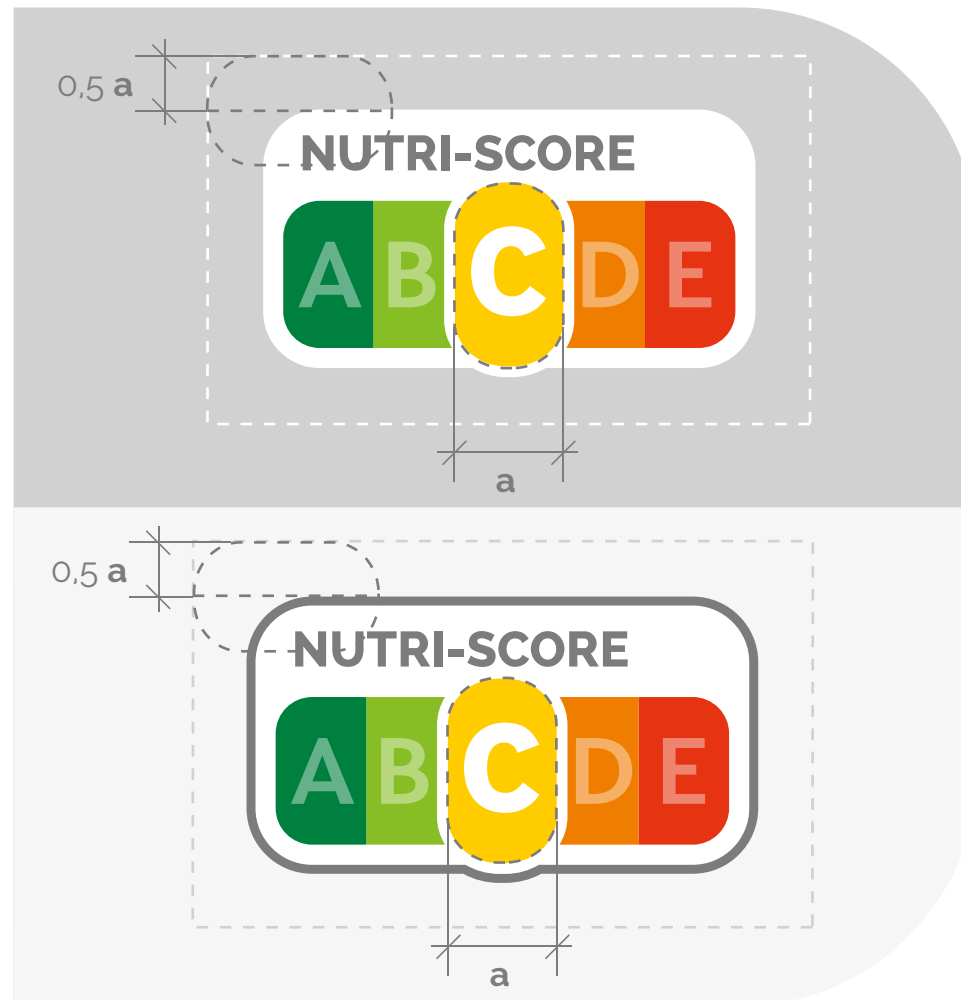
A fin de conserver un maximum de lisibilité au module, un périmètre de protection a été déterminé dans lequel aucun texte ne peut venir « polluer » le module.

Ce périmètre est un rectangle invisible qui contourne le module et dont la largeur extérieure au module correspond à la moitié de la largeur **a** de la gélule principale.

Sur la version cernée, la largeur du périmètre de protection est légèrement décalée par l'épaisseur du contour gris du module.

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module, **a** correspondant à la hauteur de la gélule principale.

NB : toutes les versions des modules disponibles dans les fichiers Illustrator joints à cette chartre sont accompagnés de ce périmètre invisible.



Applications packaging

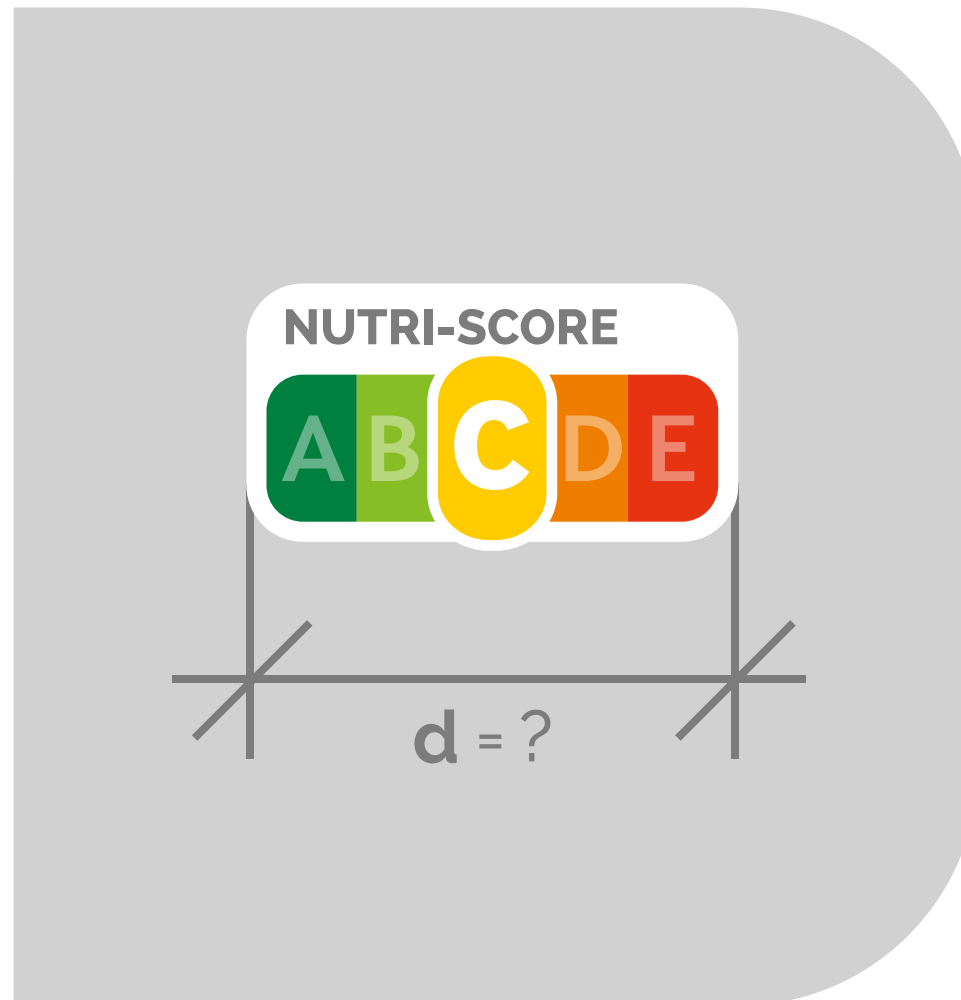
Calcul de la taille du module

Introduction

La taille du module se calcule de façon très simple en tenant compte des dimensions de base du facing du packaging et de son type de format sur lequel il doit s'appliquer.

Lorsque cela s'avère nécessaire, une augmentation de 10% de la taille du module (**d**) par rapport au calcul est tolérée, mais en aucun cas la diminution de **d** n'est admise.

Important : Les denrées alimentaires conditionnées dans des emballages ou récipients dont la face la plus grande a une surface inférieure à 25 cm² ne sont pas concernées par l'application du module.



Applications packaging

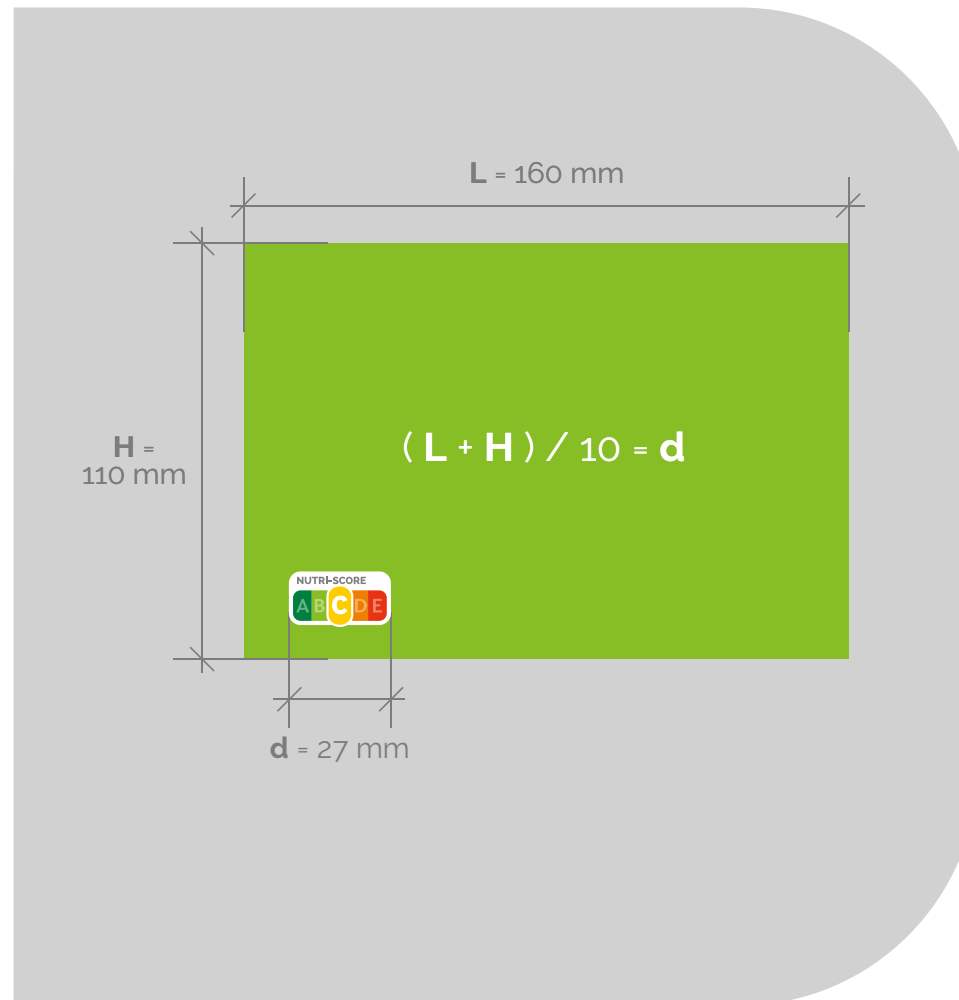
Calcul de la taille du module

Formats rectangulaires

Sur les facings aux formats rectangulaires, le principe de calcul de la taille du module est le suivant : il suffit d'additionner la longueur **L** et la largeur **H** du packaging, de diviser le total par 10 et on obtient la largeur **d** du module.

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module.

d correspond dans ce cas à la hauteur du module.



Applications packaging

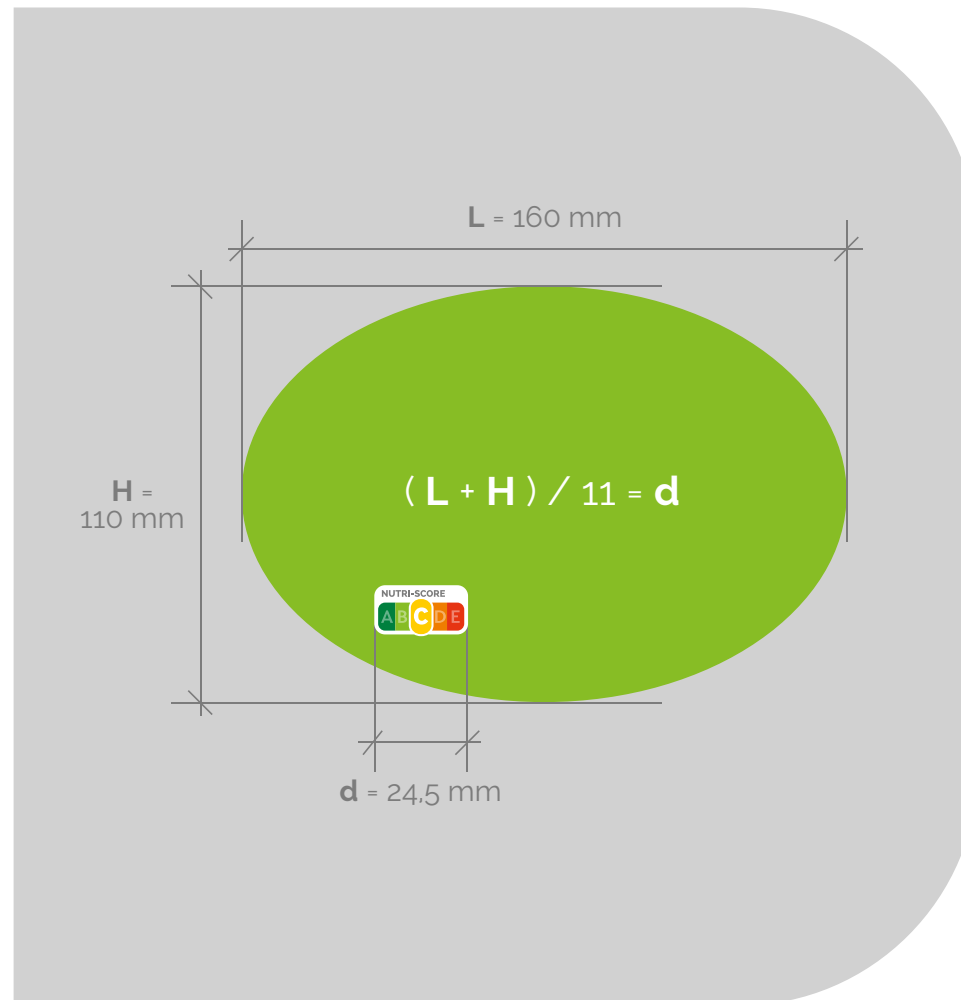
Calcul de la taille du module

Formats circulaires

Sur les packs circulaires ou ovales, le principe de calcul est le même. C'est le dénominateur appliqué à ce calcul qui change.

Le dénominateur passe à 11.

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module. **d** correspond dans ce cas à la hauteur du module.



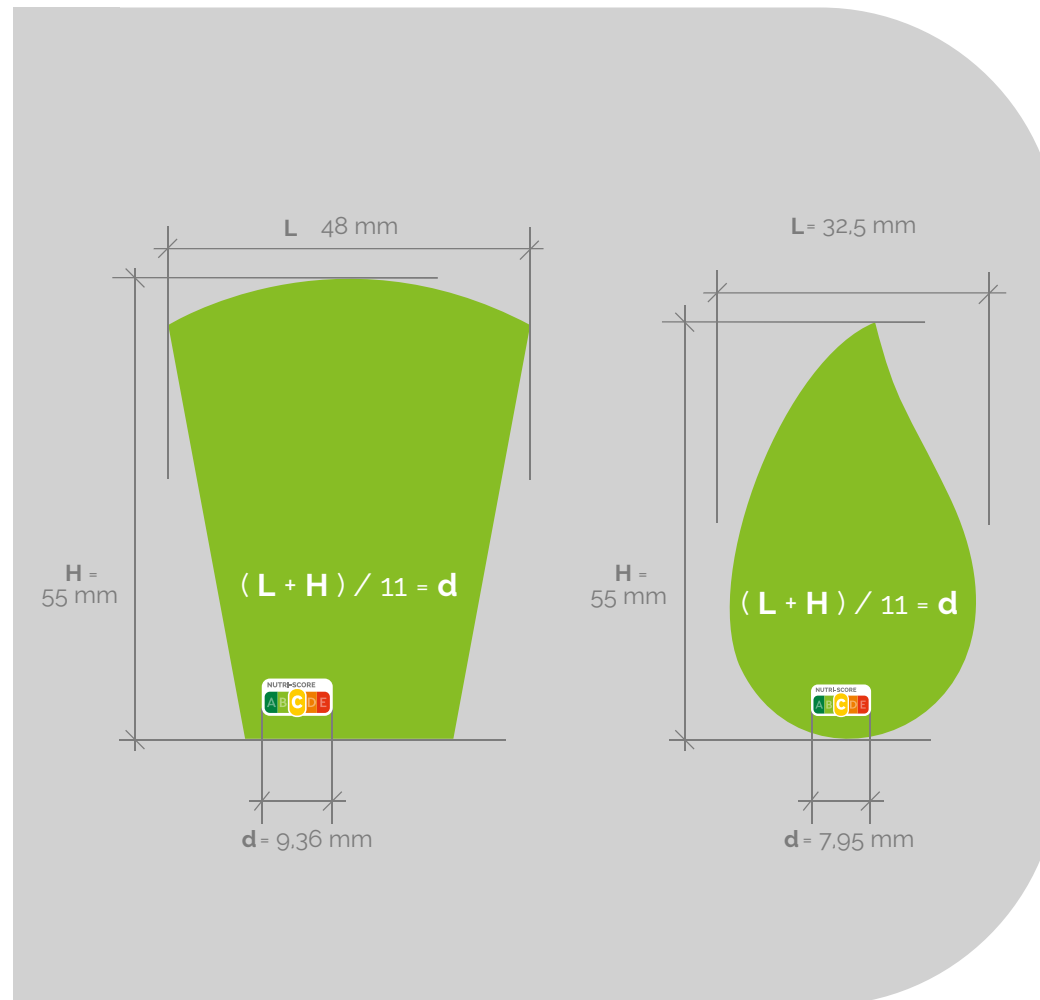
Applications packaging

Calcul de la taille du module

Formats particuliers

Sur les étiquettes de formes irrégulières ou trapézoïdales, le principe de calcul reste le même. C'est le dénominateur appliqué à ce calcul qui change.

Le dénominateur passe à 11.



Applications packaging

Calcul de la taille du module

Formats sur supports cylindriques et ovoïdes

Sur les packs cylindriques (bouteilles, cans...) ou ovoïdes, **L** est définie à partir du périmètre **C** du volume.

$$L = C / 2$$

Le calcul de **d** s'établit ensuite selon la méthode précédemment exposée (page 19).

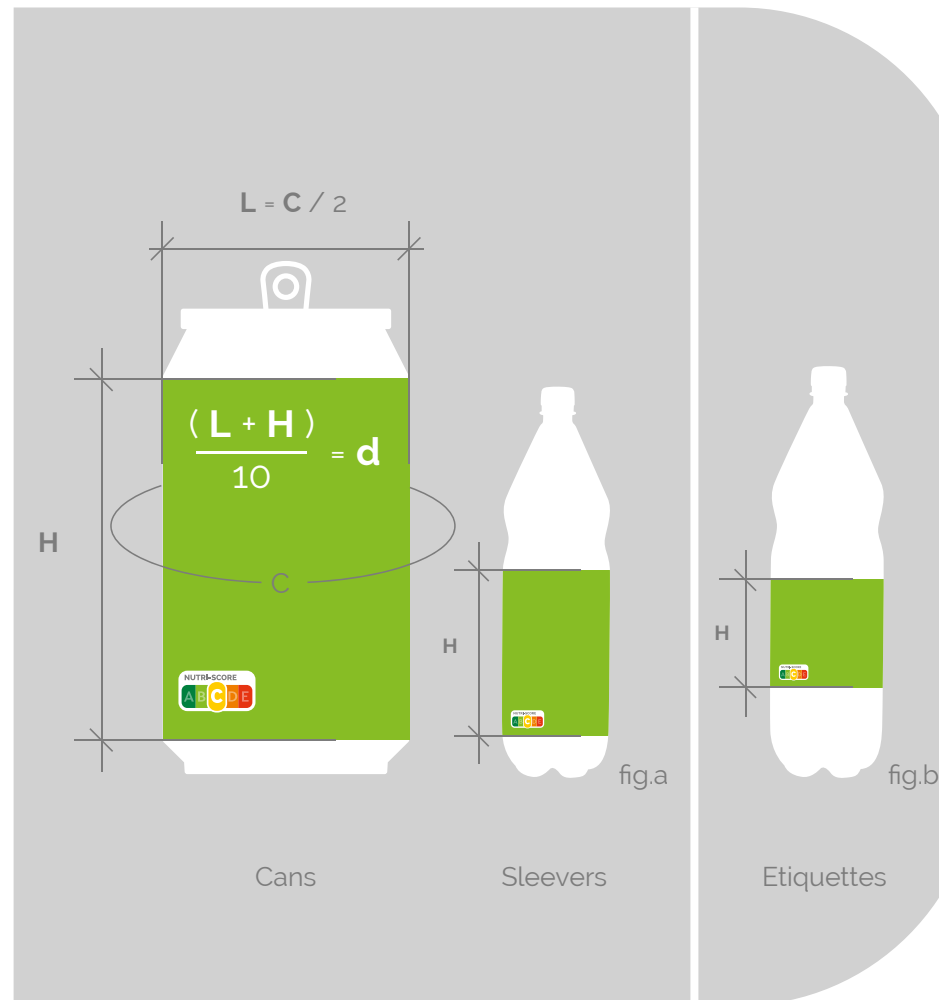
La hauteur **H** ne prend pas en compte la totalité de la hauteur du volume.

Elle se limite à la partie verticale du volume ce qui exclue les épaules et replis des bas de pack (fig.a).

Cela concerne les volumes imprimés sur leur totalité (sleevers par exemple).

Lorsque le facing se réduit à une étiquette collée sur un volume cylindrique, **c'est la hauteur de l'étiquette qui est prise en compte dans le calcul (fig.b).**

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module. **d** correspond dans ce cas à la hauteur du module.



Applications packaging

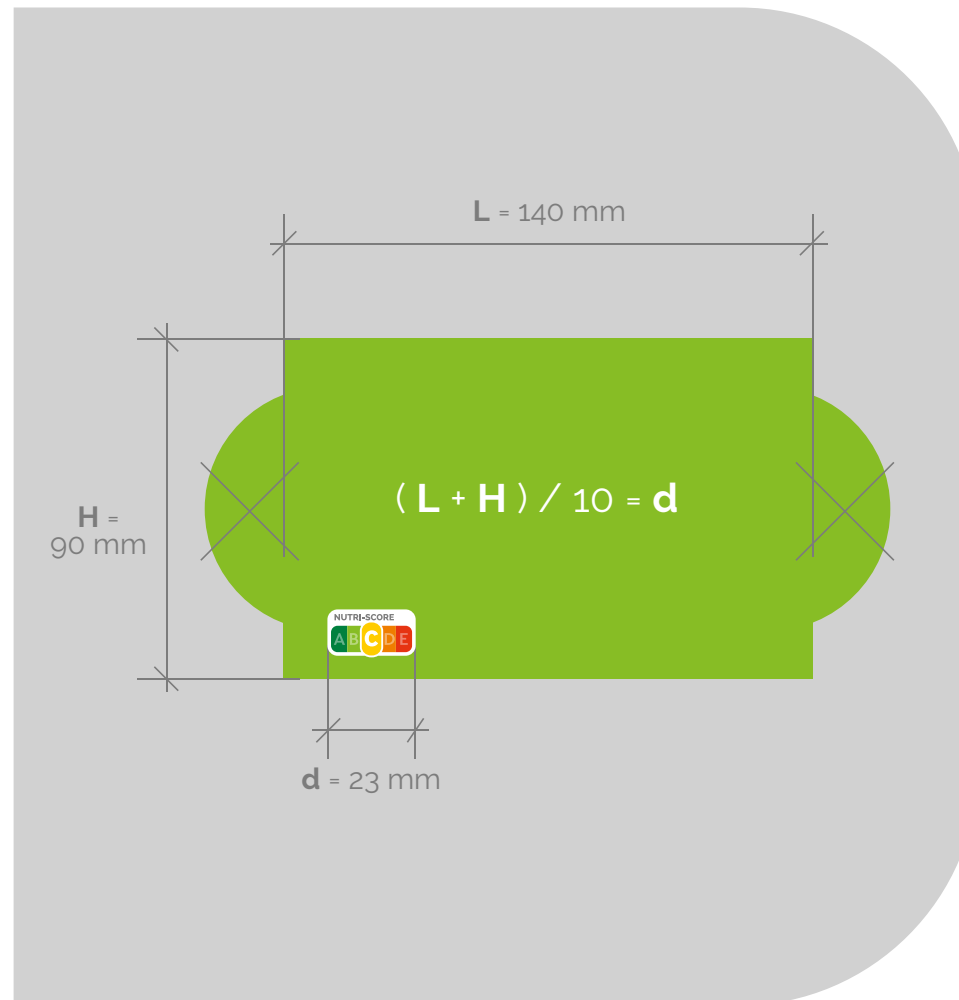
Calcul de la taille du module

Formats atypiques

Sur les facings aux formats atypiques, on ne tient pas compte des formes extérieures au rectangle fictif central du facing.

Le calcul de **d** s'établit ensuite selon la méthode précédemment exposée (page 19).

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module. **d** correspond dans ce cas à la hauteur du module.



Applications packaging

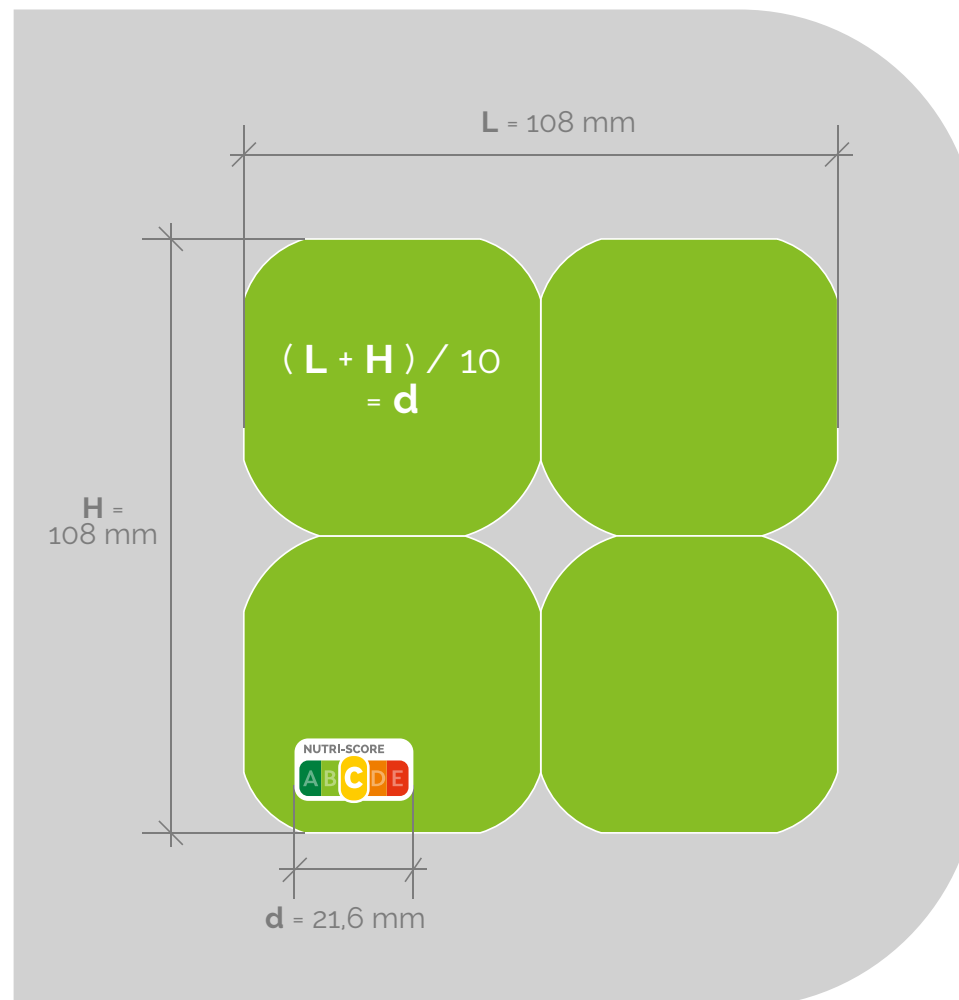
Calcul de la taille du module

Packaging multiples

Sur les conditionnements regroupant plusieurs unités du même produit, non sur-emballées par un sleeveur plastique ou un cluster en carton (packs de yaourts par 4 ou 8 par exemple), **sont prises en compte la hauteur et la largeur de l'ensemble du conditionnement.**

Le calcul de **d** s'établit ensuite selon la méthode précédemment exposée (page 19).

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module. **d** correspond dans ce cas à la hauteur du module.



Applications packaging

Calcul de la taille du module

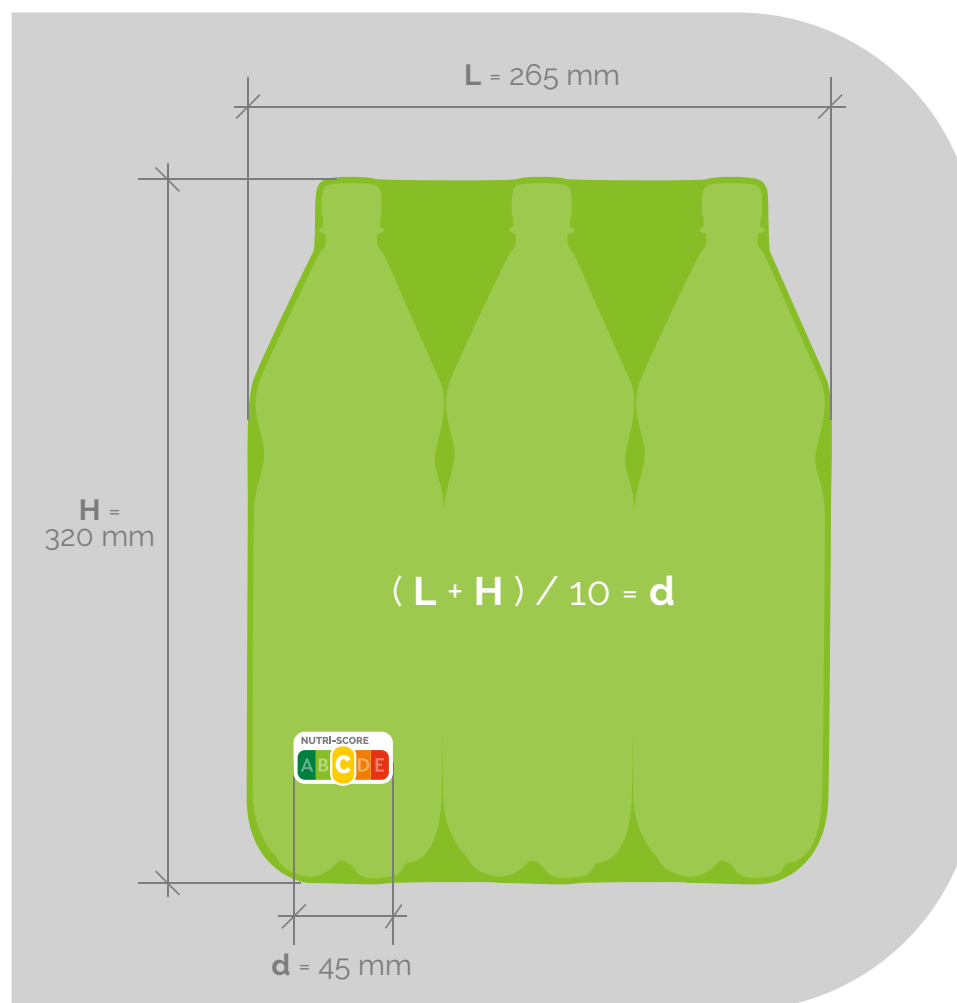
Sur-emballages

Sur les conditionnements regroupant plusieurs unités du même produit, sur-emballées par un sleever plastique (packs de bouteilles par exemple), ou un cluster en carton, **sont prises en compte la hauteur et la largeur de l'ensemble du sur-emballage.**

Le calcul de **d** s'établit ensuite selon la méthode précédemment exposée (page 19).

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module. **d** correspond dans ce cas à la hauteur du module.

NB : sur l'exemple ci-contre (pack de 6 bouteilles de soda), le module a atteint sa taille maximale autorisée de 45 mm. Le détail des limites de taille est à retrouver pages 26 et 27.



Applications packaging

Calcul de la taille du module

Taille maximale

La taille maximale autorisée a été fixée à **d** = 45 mm et ce quelle que soit la taille du packaging, aussi grand soit-il.

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module. **d** correspond dans ce cas à la hauteur du module.



Applications packaging

Calcul de la taille du module

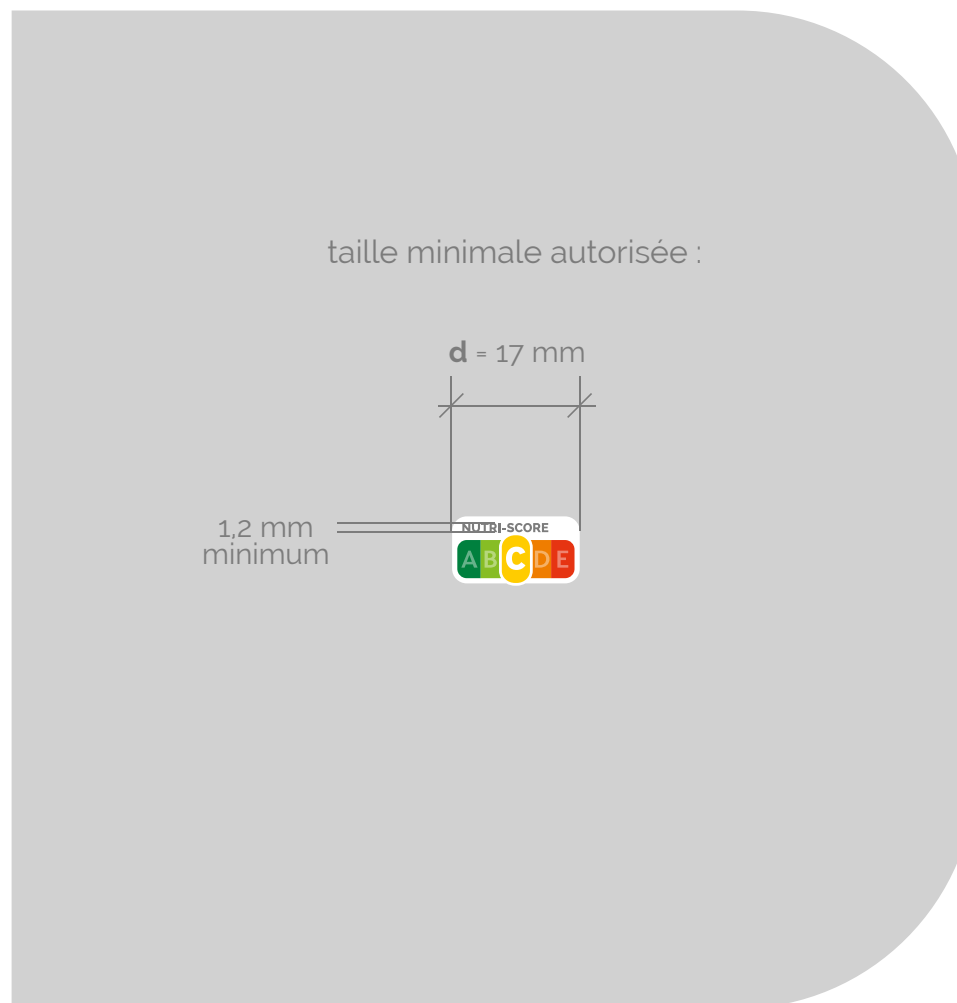
Taille minimale

Pour des raisons de lisibilité et de respect de la norme INCO, une **taille minimale du module** a été définie.

Cette taille a été fixée à **d = 17 mm**. Ainsi le corps du lettrage Nutri-Score ne sera **jamais inférieur à 1,2 mm**.

Ces règles s'appliquent également aux versions verticales du module. **d** correspond dans ce cas à la hauteur du module.

Important : les denrées alimentaires conditionnées dans des emballages ou récipients dont la face la plus grande a une **surface inférieure à 25 cm²** ne sont pas concernées par l'application du module Nutri-Score.



Applications packaging

Exemples

Voici quelques exemples d'applications correctes du module.



Applications packaging

Exemples

Sur cet exemple, le module a été appliqué à sa taille minimale autorisée soit $d = 17 \text{ mm}$.

Le format est trop petit pour appliquer les règles de calcul « normales ».



Applications packaging

Exemples

Sur cet exemple, la base de calcul s'établit à partir **des cotes du rectangle central** qui comprend l'essentiel des informations.

Ne sont pas prises en compte les 2 zones arrondies.

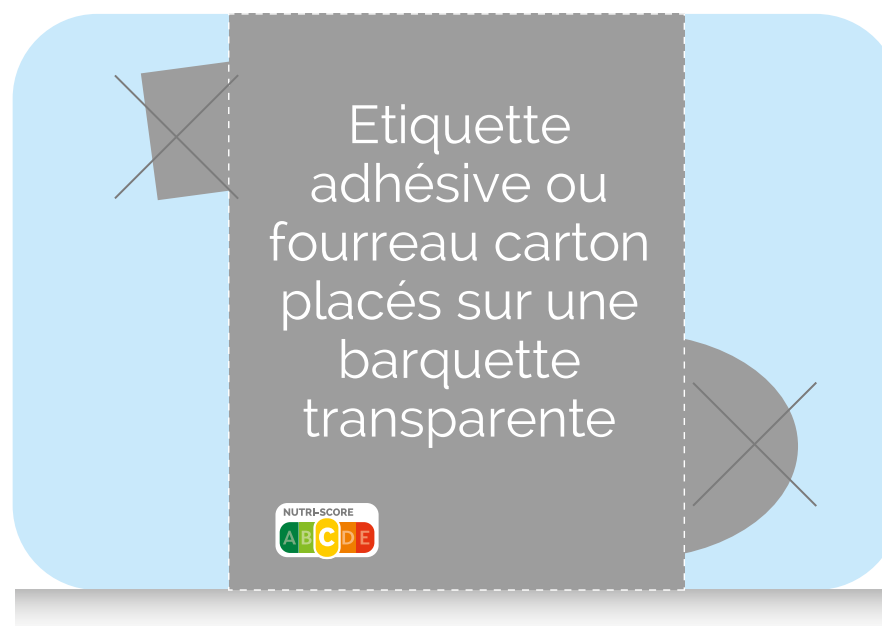


Applications packaging

Exemples

Sur cet exemple, la base de calcul s'établit à partir des cotes de la face principale de l'étiquette adhésive ou du fourreau carton qui comprend l'essentiel des informations.

Ne sont pas prises en compte les zones imprimées qui sortent de cette zone ni la surface de la barquette transparente.



Applications packaging

Exemples

Sur cet exemple, la base de calcul s'établit à partir **des cotes du rectangle de la face avant**.

Ne sont pas prises en compte les zones de scellage du sachet.



Applications packaging

Exemples

Sur cet exemple de grand format le module a été appliqué à sa taille maximale autorisée soit $d = 45$ mm.



Applications packaging

Exemples

Sur cet exemple, application du module vertical.



Applications packaging

Zones d'emplacements secondaires

Dos de packs, côtés...

Le Nutri-Score peut être apposé sur toutes les faces d'un même packaging à la condition toutefois qu'il soit au minimum déjà présent sur sa face principale (facing).

Le score indiqué sur le Nutri-Score doit être identique à celui de la face principale. L'usage du logo «neutre» est également possible.

Les règles de calcul de la taille du module ne s'appliquent pas sur les faces hors facing. Il convient toutefois d'en respecter la taille minimale ($d = 17 \text{ mm}$).

De plus, les informations accolées au Nutri-Score doivent uniquement se rapporter aux éléments de calcul du score.

Sont proscrites dans l'encart visuel directement associé au Nutri-Score les informations sans relation avec le calcul du score (absence de conservateurs ou de colorants par exemple).



Applications packaging

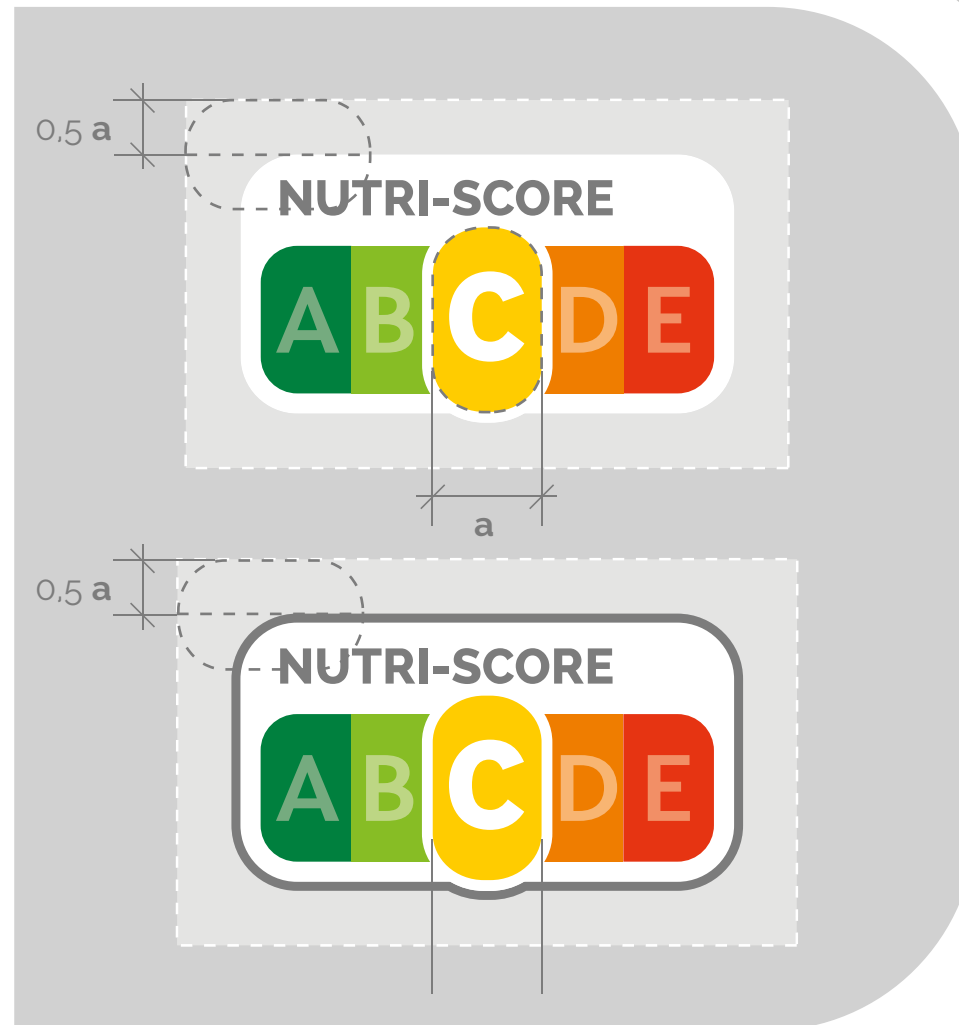
Zones d'emplacements secondaires

Zone de protection

A fin de conserver un maximum de lisibilité au module, un périmètre de protection a été déterminé (cf. page 17 pour les détails de calcul).

Les règles concernant cette zone de protection sur les facings s'appliquent également sur les autres faces.

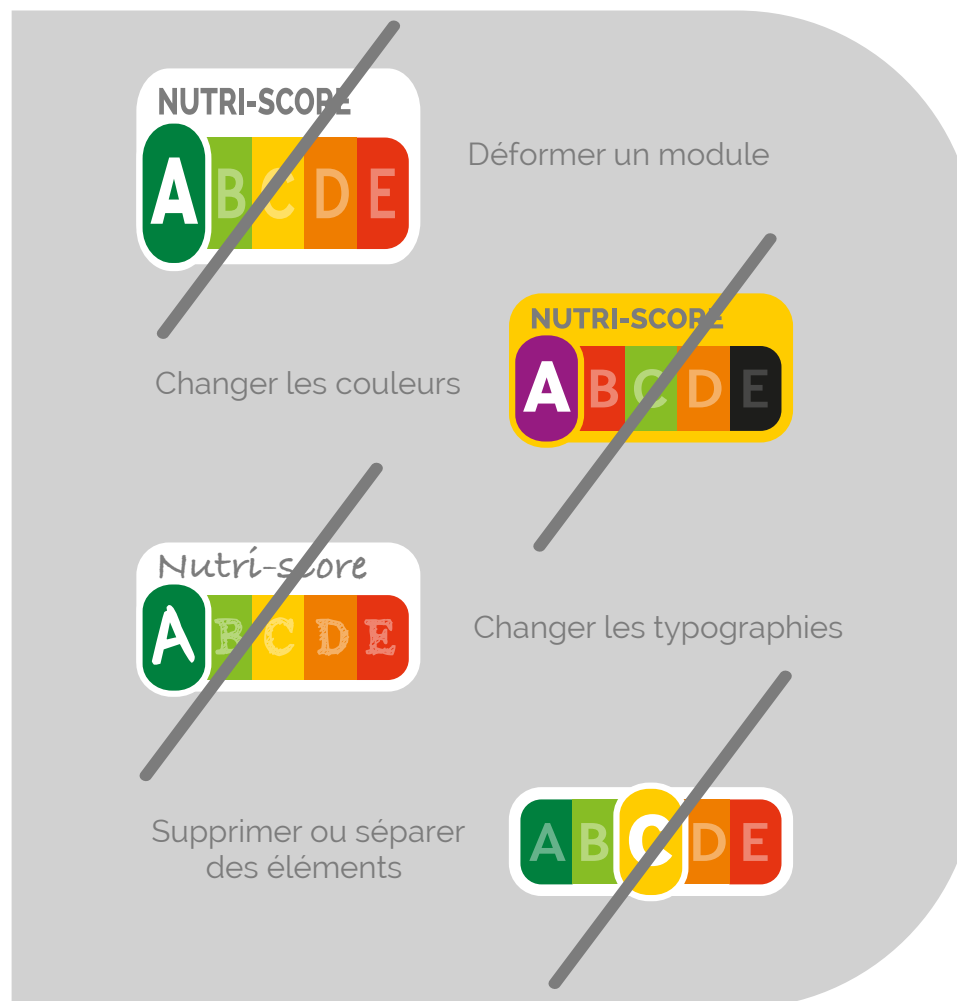
Les gimmicks graphiques (flèches par exemple) peuvent s'affranchir de la règle de la zone de protection, mais ne doivent en aucun cas toucher le module.



Applications packaging

Interdits

Quelques exemples de non-respect de la charte. Le plus simple pour éviter toute erreur est de puiser dans le dossier qui regroupe toutes les versions possibles des 10 modules, de copier-coller celui qui correspond à ses contraintes d'impression et de le réduire ou agrandir homothétiquement selon le format du packaging.



USAGE DU LOGO SUR LES PACKAGINGS

3. Cas particuliers

Cas Particuliers

Multi NUTRI-SCORE

Dans le cas d'un packaging qui regroupe plusieurs produits différents le logo Nutri-Score peut être composé de plusieurs scores.

Les modules Multi Nutri-Score sont construits selon des côtes et des proportions immuables.

Ces proportions ne peuvent en aucun cas être modifiées.

Les règles d'application de ces modules particuliers sont les mêmes que pour les modules standards.

Lors d'applications packaging, il suffit de copier-coller les modules vectoriels, disponibles dans les fichiers Illustrator joints à cette chartre, de les mettre à la taille souhaitée de manière homothétique sans déformation, et ensuite remplacer les textes par les noms des produits concernés.

Dans le cas d'une utilisation digitale, les mêmes règles s'appliquent.

Exemple pour 2 produits



Exemple pour 3 produits



Cas Particuliers

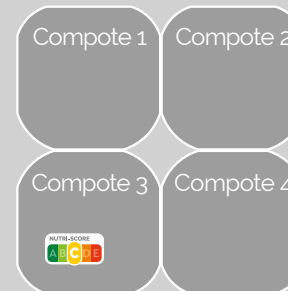
Multi NUTRI-SCORE

Dans le cas où le Nutri-Score est le même pour tous les produits de l'assortiment, un seul Nutri-Score peut être apposé.

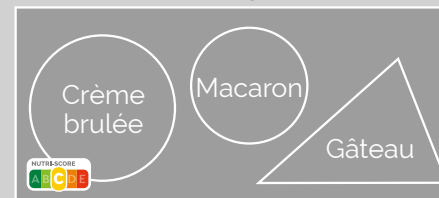
S'il s'agit d'un assortiment dont les produits sont destinés à être consommés simultanément par chaque personne, **un Nutri-Score moyen peut être calculé.**

Lorsque les valeurs nutritionnelles des produits de l'assortiment sont différentes, et que les produits ne sont pas destinés à être consommés simultanément par chaque personne, **il est nécessaire de faire apparaître sur l'emballage le Nutri-Score de chacun des produits, en utilisant un module multi-score.**

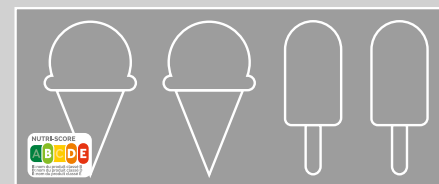
Exemple d'assortiment avec un score identique pour tous les produits



Exemple d'assortiment style « café gourmand »



Exemple d'assortiment de glaces et sorbets utilisant un module multi-score



USAGE DU LOGO DANS LES COMMUNICATIONS

Usage du logo dans les communications

Présentation

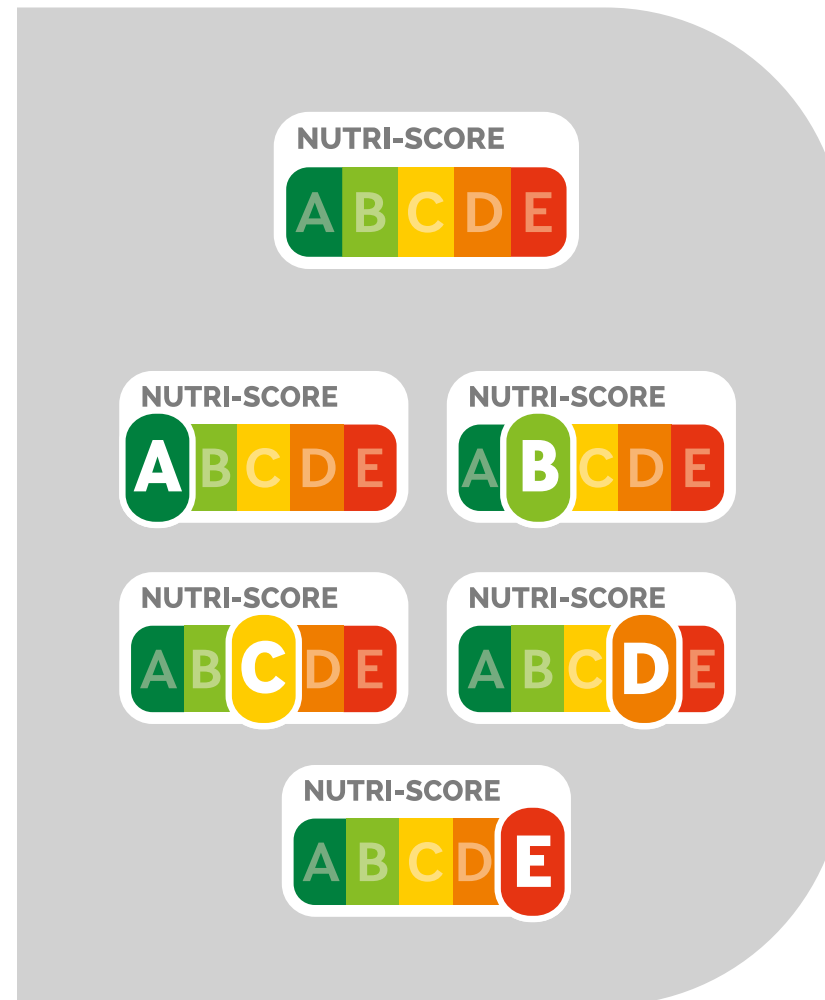
Il y a deux types de communications :

- Communication générique (communication de marque, corporate..., jamais associée à un produit spécifique).
- Communication produit (toute communication faisant la promotion d'un produit ou d'une gamme de produits spécifiques).

Conditions d'utilisation du logo :

A. Communication générique :

- Soit un logo neutre
- Soit le logo correspondant au score des produits de la marque si tous les produits de la marque ont le même Nutri-Score
- Soit de 3 à 5 modules si les produits de la marque ont des Nutri-Score différents



Usage du logo dans les communications

Présentation

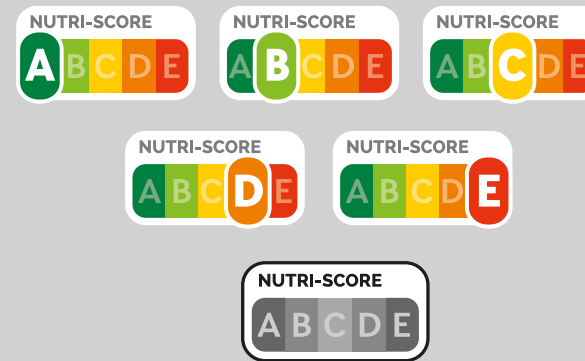
B. Communication produit(s) :

- Le Nutri-Score associé au produit ou à la gamme de produits dont on fait la promotion (si tous les produits ont le même Nutri-Score).

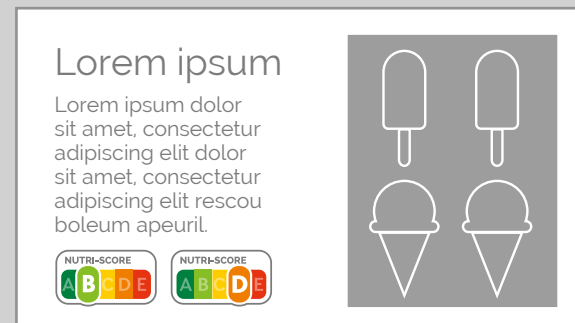
- Le logo neutre noir et blanc est utilisé lorsqu'un distributeur **ne connaît pas la valeur du Nutri-Score d'un produit.**

- En cas de promotion d'une gamme de produits ayant des scores différents, **tous les scores des produits de la gamme devront apparaître** dans la mesure du possible. Dans le cas contraire, devront apparaître **au minimum les deux scores extrêmes.** Il n'est pas possible d'utiliser les modules multi-scores dans ce cas.

- En cas de promotion d'un assortiment de produits ayant des scores différents et destinés à être consommés séparément, **tous les scores des produits de l'assortiment devront apparaître** dans la mesure du possible. Dans le cas contraire, devront apparaître **au minimum les deux scores extrêmes.** Il n'est pas possible d'utiliser les modules multi-scores dans ce cas.



Exemple de promotion d'un assortiment de produits avec des scores différents :



Usage du logo dans les communications

Règles

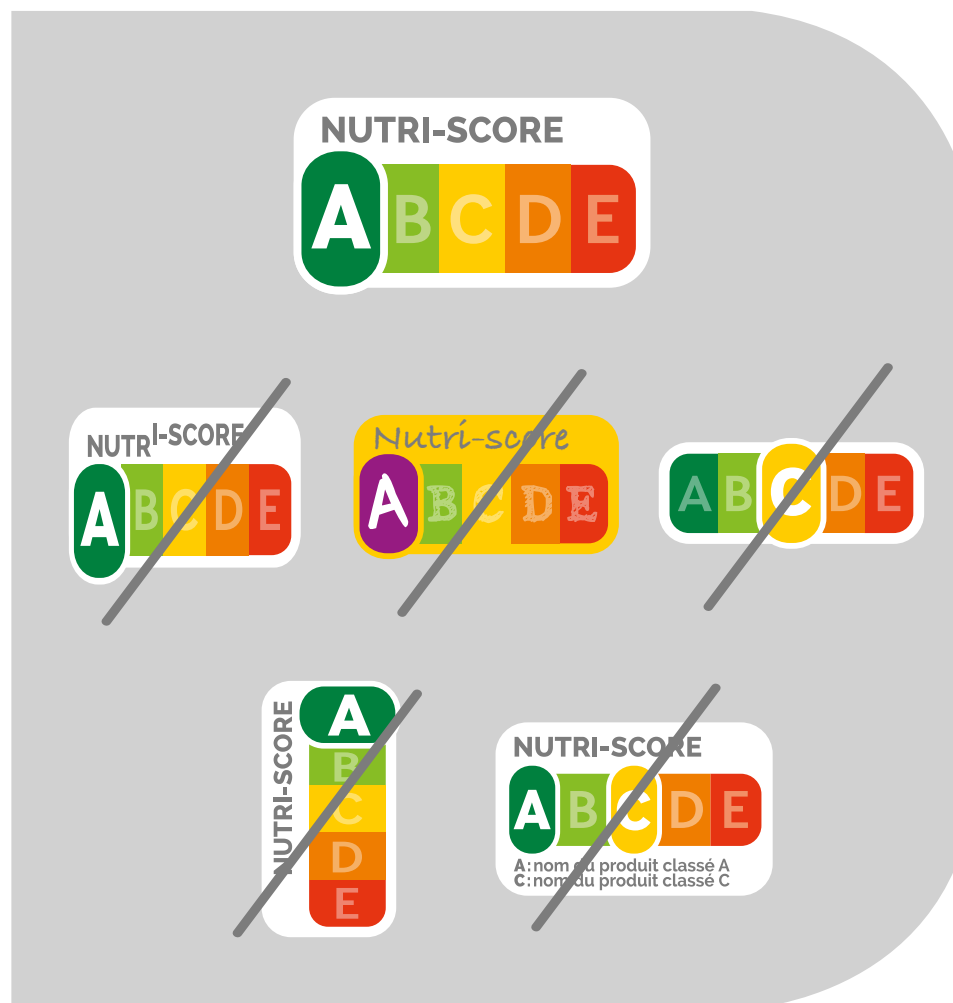
Voici les règles obligatoires d'utilisation du logo en communication :

1) Sur tous les supports sur lesquels le Nutri-Score est susceptible d'être apposé, sa taille devra respecter les contraintes nécessaires à une bonne **lisibilité** et ce en rapport avec le format de destination et la distance de lecture.

2) En aucun cas, il **ne sera déformé ou modifié** de quelque manière que ce soit et aucun élément graphique ne pourra en être ni enlevé ni ajouté.

3) **Seules les versions horizontales sont applicables** en communication. L'utilisation des versions verticales est proscrite. Il est obligatoire que tous les modules soient sur le mode avec ou sans cerné. Le mix des 2 modes est totalement proscrit. Ils devront être impérativement de la même taille.

4) **Les logos Multi-Score sont proscrits en communication.**



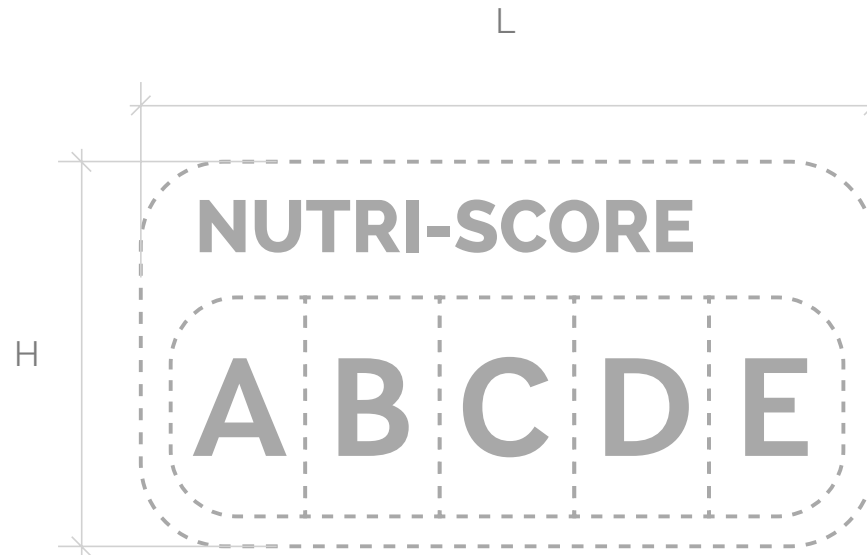
Usage du logo dans les communications

Construction du logo neutre

Le logo neutre est construit selon des cotes et des proportions immuables.

Ces proportions ne peuvent en aucun cas être modifiées.

Pour l'utiliser, il suffit de copier-coller la version choisie du logo communication, disponible dans la boîte à outils au format souhaité (Illustrator, jpg, png ou pdf).



Usage du logo dans les communications

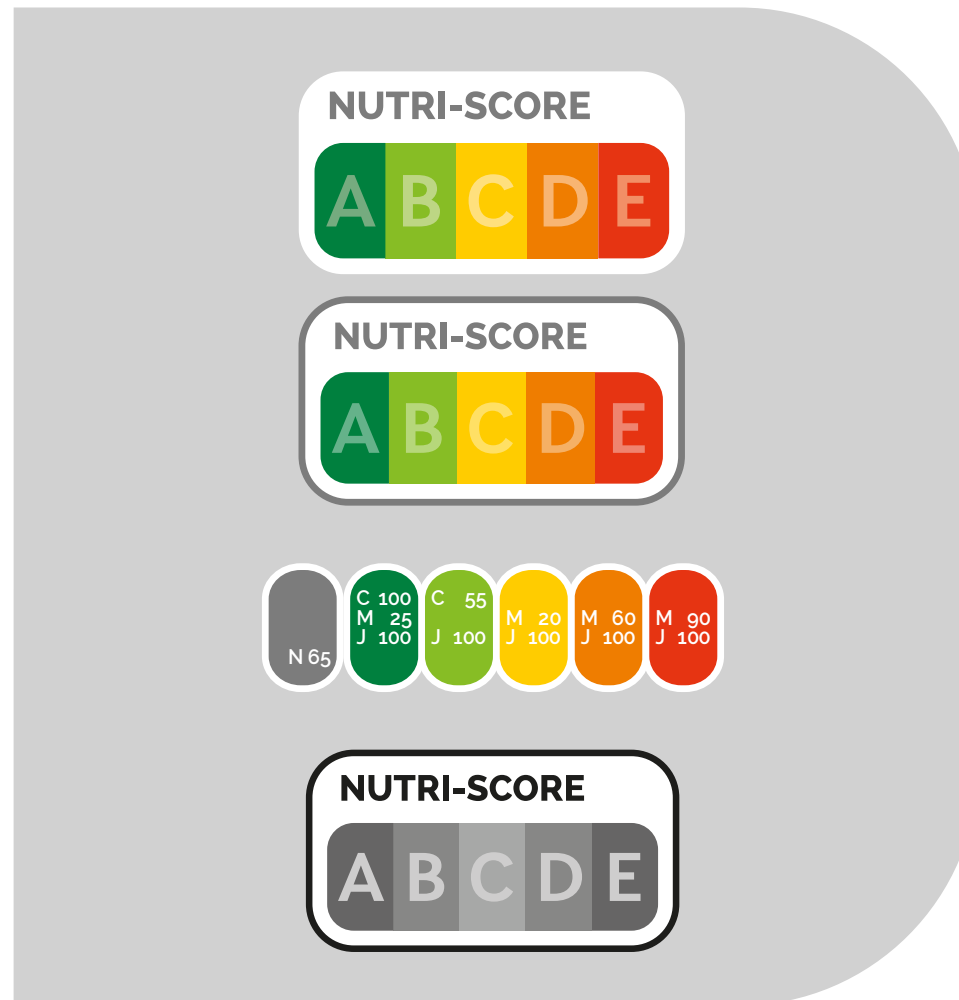
Politique couleur

La politique couleur du logo neutre est variable : version quadri ou noir et blanc.

Pour imprimer correctement le logo neutre quadri, merci de vous référer à la page 6 de cette charte. De plus, **l'utilisation du logo neutre filaire est proscrite.**

Le logo neutre noir et blanc **doit être cerné** afin d'être lisible sur tous les types de fonds et supports.

Pour une utilisation optimale, il suffit de copier-coller la version du logo neutre choisie qui est disponible dans la boîte à outils au format souhaité (Illustrator, jpg, png ou pdf).



**USAGE DU LOGO PAR
DES DISTRIBUTEURS
DE PRODUITS POUR
LESQUELS ILS NE SONT
PAS TITULAIRES DE
LA MARQUE**

Usage du logo par des distributeurs de produits pour lesquels ils ne sont pas titulaires de la marque

Présentation

Il y a trois types d'utilisation du Nutri-Score par des distributeurs de produits pour lesquels ils ne sont pas titulaires de la marque :

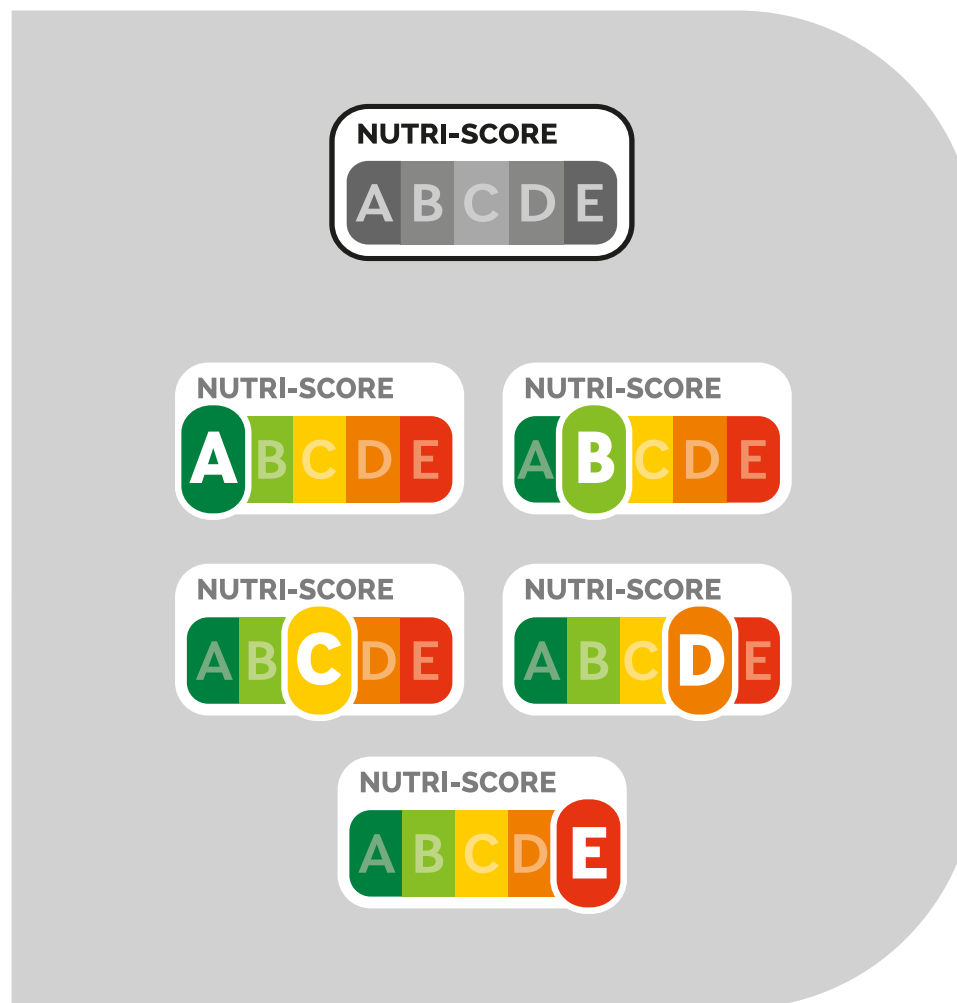
- Utilisation en e-commerce (site marchand, drive...)
- Utilisation en magasin (par tout étiquetage ou support d'information de rayonnage séparé des produits distribués)
- Utilisation dans un cadre d'information et de communication promotionnelle

Conditions d'utilisation :

Le module utilisé devra correspondre au score attribué à ce produit conformément aux dispositions du règlement d'usage.

Si le distributeur ne dispose pas des données nécessaires au calcul du score, il devra utiliser le logo neutre noir et blanc.

Sa taille devra respecter les contraintes nécessaires à une bonne lisibilité.



BOÎTE À OUTILS

Boîte à outils

Print

Dans le dossier intitulé «Boîte à outils » joint à cette charte, vous trouverez les fichiers numériques nécessaires à l'utilisation correcte du logo Nutri-Score en print :

- les 10 modules en quadrichromie avec et sans cerné aux formats Illustrator et pdf
- les 50 modules Multi-Score en quadrichromie avec et sans cerné aux formats Illustrator et pdf
- les 10 modules en bi-chromie (valeurs de la couleur choisie + blanc) avec et sans cerné aux formats Illustrator et pdf
- les 50 modules Multi-Score en en bi-chromie (valeurs de la couleur choisie + blanc) avec et sans cerné aux formats Illustrator et pdf
- les 10 modules en mode filaire en bi-chromie (1 couleur + blanc) avec et sans cerné aux formats Illustrator et pdf
- les 50 modules Multi-Score en mode filaire en bi-chromie (1 couleur + blanc) avec et sans cerné aux formats Illustrator et pdf
- les 10 modules en mode filaire en monochromie aux formats Illustrator et pdf
- les 50 modules Multi-Score en mode filaire en monochromie aux formats Illustrator et pdf
- le module neutre en quadri avec et sans cerné aux formats Illustrator et pdf
- le module neutre en noir et blanc cerné aux formats Illustrator et pdf

Dans tous les cas, les modules sont accompagnés de leur périmètre de protection sous la forme d'un rectangle sans fond et sans couleur.

NB : il vous est demandé de veiller à toujours changer d'échelle en respectant l'homothétie des proportions de base des modules.

En outre, vous trouverez dans la boîte à outils, des éléments de langage prêts à l'emploi et à copier-coller (calcul du score, objectif du logo...).

Boîte à outils

Digital

Dans le dossier intitulé «Boîte à outils » joint à cette charte, vous trouverez les fichiers numériques nécessaires à l'utilisation correcte du logo Nutri-Score en digital :

- les 5 modules horizontaux en RVB aux formats jpg et png
- les 5 modules verticaux en RVB aux formats jpg et png
- les 50 modules «Multi-Score» personnalisables en RVB aux formats ai et pdf
- le module neutre quadri avec et sans cerné en RVB aux formats jpg et png
- le module neutre noir et blanc cerné en RVB aux formats jpg et png

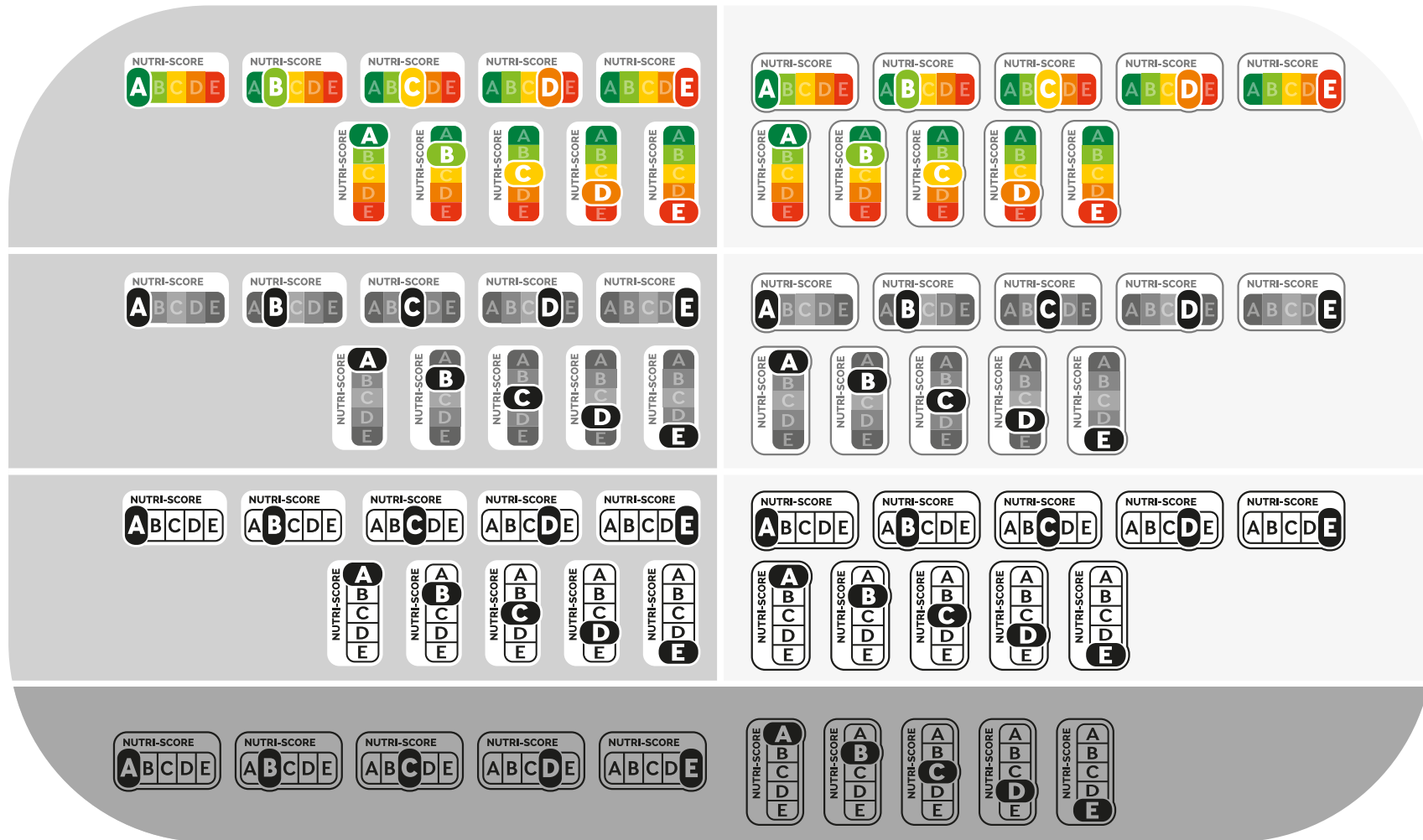
Dans tous les cas, les modules sont accompagnés de leur périmètre de protection sous la forme d'un rectangle sans fond et sans couleur.

NB : il vous est demandé de veiller à toujours changer d'échelle en respectant l'homothétie des proportions de base des modules.

En outre, vous trouverez dans la boîte à outils, des éléments de langage prêts à l'emploi et à copier-coller (calcul du score, objectif du logo...).

Boîte à outils

Les 70 modules du logo



Boîte à outils

Cas particuliers - Les Modules Multi-Score

Fichiers à personnaliser



exemple pour 2 produits

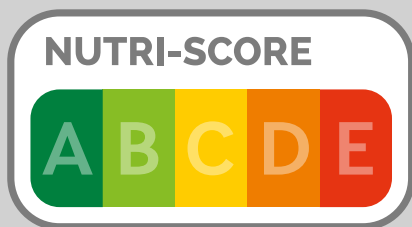
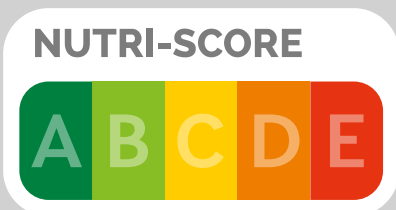


exemple pour 3 produits

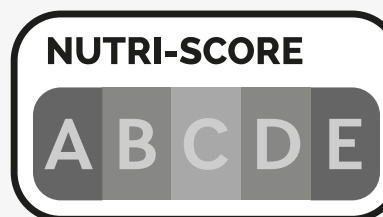
Boîte à outils

Le logo neutre

Utilisation quadrichromie



Utilisation noir et blanc



Boîte à outil

Éléments de langage à destination des exploitants du Nutri-Score

Depuis plus d'une décennie, de nombreux Comités d'Experts nationaux et internationaux, recommandent, en se fondant sur divers types de travaux scientifiques (expérimentaux, épidémiologiques, de terrain...) la mise en place, sur la face avant des emballages des aliments, d'un système d'information nutritionnelle ou d'un logo complémentaire à l'étiquetage informatif afin que la qualité nutritionnelle des aliments puisse être plus facilement prise en compte par les consommateurs au moment de l'achat.

Par ailleurs, plusieurs études montrent que les consommateurs sont en attente d'une meilleure information sur la qualité nutritionnelle des aliments et mettent en avant leur intérêt pour une information simple en « face-avant ».

La Loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 prévoit de faciliter l'information du consommateur sur la qualité nutritionnelle des denrées alimentaires, par une information synthétique, simple et accessible à tous. À l'issue d'une évaluation en magasin, le ministère chargé de la santé a annoncé que la signalétique simplifiée prendrait la forme du Nutri-Score. Au cours de cette phase de test, le Nutri-Score a montré son efficacité pour améliorer la compréhension de l'information nutritionnelle sur les emballages et la qualité nutritionnelle du panier d'achats alimentaires du consommateur.

Le Nutri-Score, un logo à 5 couleurs apposé sur la face avant des emballages, informe les consommateurs sur la qualité nutritionnelle d'un produit grâce à une lettre et à une couleur.

Chaque produit est ainsi positionné sur une échelle à 5 niveaux allant :

- du produit le plus favorable sur le plan nutritionnel (classé A)
- au produit le moins favorable sur le plan nutritionnel (classé E)

L'application de ce système d'information nutritionnelle est facultative et repose sur le volontariat des entreprises de l'agroalimentaire et des distributeurs.

Boîte à outil

Éléments de langage à destination des exploitants du Nutri-Score

Ce dispositif vise à améliorer l'information nutritionnelle figurant sur les produits et à orienter ainsi les consommateurs vers l'achat d'aliments de meilleure qualité nutritionnelle.

Pour classer chaque produit, des équipes de recherches internationales ont mis au point un score qui prend en compte pour 100 grammes de produit, la teneur :

- en nutriments et aliments à favoriser (fibres, protéines, fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque, huiles de colza, de noix et d'olive)
- et en nutriments à limiter (énergie, acides gras saturés, sucres, sel)

Pour tenir compte des spécificités de certaines familles d'aliments telles que les matières grasses ajoutées (beurre, huile), les fromages ou encore les boissons, la méthode de calcul du score a été adaptée.

À quelques exceptions près (herbes aromatiques, thés, cafés, levures, etc.), tous les produits transformés sont concernés par le Nutri-Score. Les produits non transformés comme les fruits et légumes frais ou le poisson frais ne sont pas concernés. Le Nutri-Score peut également être apposé sur les boissons, excepté celles qui sont alcoolisées.

Après calcul, le score obtenu par un produit permet de lui attribuer une lettre et une couleur.

Les produits de meilleure qualité nutritionnelle sont les mieux placés sur l'échelle de A à E : leur consommation est recommandée. La consommation des produits D et E est à limiter. Complémentaire des repères du PNNS qui recommandent, par exemple, de consommer au moins 5 fruits et légumes par jour ou de limiter la consommation de produits sucrés, le Nutri-Score peut aider le consommateur à :

- choisir entre plusieurs produits d'un même rayon
- comparer la qualité nutritionnelle pour un même produit de différentes marques

Le Nutri-Score ne remplace pas les informations actuellement présentes sur les packagings, le tableau des valeurs nutritionnelles reste obligatoire.

NUTRITION



NUTRI-SCORE : ÉVOLUTION DE SA NOTORIÉTÉ, SA PERCEPTION ET SON IMPACT SUR LES COMPORTEMENTS D'ACHAT DÉCLARÉS ENTRE 2018 ET 2020

POINT CLÉS

- En 2020, la notoriété du Nutri-Score a continué à croître pour atteindre 93 %. Cette augmentation est due à l'apparition progressive du logo sur les emballages.
- Le Nutri-Score est cité spontanément par 18 % des individus comme un critère qu'ils utilisent pour évaluer la qualité nutritionnelle des produits (vs. 1 % en avril 2018, +17 points).
- 90 % des Français identifient bien que le Nutri-Score permet de qualifier la qualité nutritionnelle des produits.
- L'adhésion des consommateurs à la mesure, déjà très bonne en 2018 et en 2019, est restée stable voire s'est améliorée pour certains indicateurs en 2020. Près de 94 % des Français ont déclaré être favorables à la présence du Nutri-Score sur les emballages. Une proportion similaire (89 %) va plus loin en pensant que cette apposition devrait être obligatoire.
- En 2020, trois individus sur quatre ayant entendu parler ou vu le logo déclarent avoir acheté un produit sur lequel était apposé le Nutri-Score, un chiffre en forte augmentation depuis avril 2018 (+28 points entre avril 2018 et mai 2019 et +25 points entre mai 2019 et septembre 2020). De plus, une part de plus en plus importante de la population a déclaré avoir déjà changé au moins une de leurs habitudes d'achat grâce à la mesure (57 % en 2020 contre 43 % en 2019, soit +14 points)

INTRODUCTION

Une alimentation de mauvaise qualité est reconnue comme un facteur de risque majeur dans l'apparition et le développement des maladies chroniques. En 2019, l'alimentation était parmi l'une des principales causes de mortalité dans le monde [1]. Compte-tenu du poids croissant des maladies chroniques sur les systèmes de santé, les gouvernements cherchent à mettre en place des actions de prévention efficaces visant à améliorer le régime alimentaire de la population.

Aider les consommateurs à faire des choix plus sains lors de l'acte d'achat est une des stratégies qui a été identifiée dans ce cadre. Les instances internationales

et leurs comités d'experts préconisent en effet la mise en place d'un logo nutritionnel simplifié sur la face avant des emballages alimentaires [2,3]. Les pouvoirs publics dans de nombreux pays portent une attention croissante à cette mesure puisqu'elle est considérée comme efficace pour un coût limité [4]. Différents pays européens ont ainsi lancé des systèmes d'étiquetage nutritionnel simplifié.

En France, faisant suite à la loi de Modernisation du système de santé, du 26 janvier 2016, et à l'expérimentation en condition réelle *ex ante* [5], le Nutri-Score a été recommandé comme présentation complémentaire à la déclaration nutritionnelle par l'État, dans l'arrêté du 31 octobre 2017 [6]. D'autres pays européens l'ont également adopté par la suite (la Belgique, la Suisse, l'Allemagne) et d'autres

encore ont exprimé leur volonté de le faire à l'avenir (l'Espagne, les Pays-Bas, le Luxembourg). Ce logo synthétique permet de classer les produits dans 5 catégories sur une échelle colorielle (allant du vert foncé à l'orange foncé). Des lettres (allant de A à E) sont également associées à chaque catégorie pour faciliter sa lecture. Le score sous-jacent à la classification est celui développé par la *Food Standard Agency* (appelé score FSA) qui a été adapté au contexte français par le Haut Conseil de la santé publique. Ce score permet de qualifier la qualité nutritionnelle globale du produit en prenant en compte une composante défavorable à limiter et une composante favorable à favoriser [7].

La mesure a deux objectifs. D'une part, en fournissant l'information nutritionnelle dans un format synthétique et compréhensible, elle vise à amener les consommateurs à choisir des produits plus sains. D'autre part, elle incite la reformulation de l'offre alimentaire et l'amélioration de la qualité nutritionnelle des produits par les opérateurs, en introduisant un nouveau critère d'évaluation net donc de concurrence entre les marques.

L'efficacité du logo et de son algorithme sous-jacent ont été validés dans de nombreuses études à l'échelle française et européenne, montrant la pertinence du logo dans divers contextes alimentaires et culturels. Il a ainsi été montré que l'algorithme de calcul était à même de discriminer les produits appartenant à une même catégorie et qu'il était en adéquation avec les recommandations alimentaires nationales [8-10]. De plus, un score plus élevé (i.e. une alimentation de moindre qualité nutritionnelle) a été associé à un risque accru de développer une maladie chronique [11-14]. Par ailleurs, le format graphique a aussi fait l'objet de nombreuses validations. Le logo est bien perçu et compris et il a montré sa capacité à aider les consommateurs à identifier les produits les plus sains [15-18]. Enfin, son influence favorable sur les choix alimentaires et sur la qualité nutritionnelle des paniers d'achat a été validée en conditions expérimentales [19-22] et en conditions réelles [23].

Dans le cadre du déploiement du Nutri-Score en France, Santé publique France est chargée de développer sa notoriété via des actions de communication auprès du grand public. Deux campagnes de communication ont ainsi été mises en place depuis le lancement de la mesure. Une première en mai 2018, alors que la présence du Nutri-Score en rayon était encore très limitée (moins de 800 références produits transmises à l'Observatoire de la qualité de l'alimentation - Oqali). Elle avait pour but la promotion du Nutri-Score en tant que logo officiel recommandé par les pouvoirs

publics, le soutien des entreprises engagées et l'incitation à l'adhésion pour les autres opérateurs à la démarche. Un an plus tard, cette campagne a été rediffusée. La présence du Nutri-Score sur les produits ayant augmenté (plus de 5 700 références transmises à l'Oqali), l'objectif de cette campagne était de faire de la pédagogie auprès des consommateurs et de rappeler le caractère officiel du logo.

Afin de mesurer l'impact des campagnes successives de communication et de suivre l'évolution de la notoriété, de la perception et de l'utilisation du Nutri-Score au sein de la population française, Santé publique France a développé une enquête répétée à plusieurs reprises entre avril 2018 et septembre 2020. L'objectif de cette synthèse est de détailler la méthodologie et les résultats de trois vagues d'enquête.

MATÉRIEL ET MÉTHODES

Échantillon

Un échantillon national représentatif de la population française a été interrogé par Internet via un *access panel* d'internautes. Quatre vagues d'enquêtes ont été réalisées : en avril 2018 (N=1 005), avant la diffusion de la première campagne (T0) ; en mai 2018 (N=2 000), après la première campagne afin de mesurer l'impact de la campagne (T1) ; en mai 2019 (N=1 001), un an après la première vague d'enquête et avant la rediffusion de la campagne en juin 2019 (T2) ; en septembre 2020 (N=1 001) (T3). Dans cette synthèse les résultats de la vague de mai 2019 ne seront pas présentés. Ils ont en effet déjà fait l'objet d'une synthèse en 2019.

Les individus participant à l'enquête étaient âgés de 15 ans ou plus. La représentativité de l'échantillon a été assurée par la méthode des quotas appliquée aux variables suivantes : sexe, âge, catégorie socioprofessionnelle (CSP) de la personne référente du ménage¹ (avec reclassement des retraités et des chômeurs dans la CSP de leur dernier emploi occupé), CSP du répondant, région et catégorie d'agglomération.

Données recueillies

Profil des participants

Le questionnaire intégrait des questions sur le profil sociodémographique des participants : sexe, âge, taille d'agglomération, CSP et statut d'activité actuel du répondant et de la personne référente du ménage,

1. Homme dans un couple, père pour les enfants ou à défaut la mère.

taille d'agglomération, région, nombre de personnes et présence d'enfants de moins de 15 ans dans le foyer, niveau de diplôme du répondant et revenus mensuels du ménage par unité de consommation (UC). L'échelle de l'OCDE² attribue 1 UC pour le premier adulte du ménage, 0,5 UC pour les autres personnes de 14 ans ou plus et 0,3 UC pour les enfants de moins de 14 ans [24].

Des données sur les comportements en matière d'informations nutritionnelles (fréquence de lecture de l'étiquetage) et ainsi que sur les comportements d'achat de produits alimentaires (structure d'approvisionnement, enseignes fréquentées) ont également été recueillies.

Notoriété, perceptions et comportements relatifs au Nutri-Score

La notoriété du logo Nutri-Score a été évaluée par le biais de deux variables : fait d'avoir déjà entendu parler du logo ne serait-ce que de nom et reconnaissance du logo après que le visuel ait été présenté. Des questions sur les moyens de connaissance du logo et sur l'émetteur du logo ont été également posées, ainsi qu'une question ouverte sur les critères utilisés pour évaluer la qualité nutritionnelle des produits achetés.

La compréhension du logo a été testée par le biais d'une question ouverte (sur les informations apportées par le Nutri-Score et ses objectifs) et une question fermée (sur ce qu'indique précisément le logo dont le visuel a été présenté). Pour cette dernière, les modalités de réponse incluaient différents critères (environnementaux, rapport qualité/prix, classement des ventes) en plus de la qualité nutritionnelle.

L'adhésion à cette mesure (i.e. apposition du logo sur les emballages alimentaires) a été évaluée en interrogeant les participants sur l'utilité du logo pour évaluer la qualité nutritionnelle des produits, le fait qu'ils soient favorables à sa présence sur les emballages, à ce qu'il devienne obligatoire et sur leur image des marques utilisant le logo.

L'effet potentiel du logo sur les comportements a été évalué en demandant aux participants s'ils avaient déjà acheté un produit alimentaire sur lequel était apposé le Nutri-Score et si le logo avait motivé cet achat. Des questions sur le potentiel de changement de différents comportements ont ensuite été posées : choix d'un produit avec un meilleur score au sein d'un même rayon, choix d'une marque avec un meilleur score pour

un même produit alimentaire, modification durable de certaines habitudes alimentaires, renoncement à l'achat d'un produit sans logo et limitation de l'achat de produits alimentaires avec de moins bons scores.

Analyses

L'échantillon a été redressé selon la méthode du calage sur marge par procédure itérative sur les mêmes variables que celles des quotas.

La structure de redressement était issue des données du recensement général de la population de 2016 de l'Institut national de la statistique et des études économiques (Insee).

Des tests du Chi-2 ont été utilisés pour les comparaisons en fonction des différentes variables individuelles (sociodémographiques, statut pondéral, comportements en matière d'informations nutritionnelles, comportements d'achats de produits alimentaires) et la comparaison des résultats au cours du temps.

Les analyses ont été conduites sur le logiciel Daisie V2.4.84 (éditeur : ADN). Le seuil de significativité statistique a été fixé à 0,05.

RÉSULTATS

Caractéristiques de l'échantillon

Les caractéristiques des échantillons interrogés au cours des trois vagues d'enquêtes sont présentées dans le Tableau 1.

Notoriété

En septembre 2020, 93 % des individus interrogés déclaraient avoir déjà vu ou entendu parler du Nutri-Score (Figure 1). Cet indicateur est en constante augmentation depuis avril 2018 (+23 points entre avril 2018 et mai 2019 et + 12 entre mai 2019 et septembre 2020).

Cette hausse de la notoriété semble portée dans un premier temps par la campagne de communication puis par un déploiement progressif du logo dans les rayons et sur les sites de ventes en ligne (drive, e-commerce). On constate en effet une augmentation significative, depuis avril 2018, de la part d'individus rapportant avoir vu ou entendu parler du Nutri-Score grâce à sa présence sur les emballages (36 % en avril 2018, 60 % en mai 2019 et 76 % en septembre 2020) et sur Internet (14 % en avril 2018, 18 % en mai 2019 et 22 % en septembre 2020).

2. Organisation de coopération et de développement économiques.

TABLEAU 1 | Caractéristiques redressées des échantillons

	T0- avril 2018 N=1005	T2- mai 2019 N=1001	T3- septembre 2020 N=1001
Sexe			
Homme	47,8 %	47,8 %	47,8 %
Femme	52,2 %	52,2 %	52,2 %
Âge			
15 à 24 ans	14,4 %	14,3 %	14,2 %
25 à 34 ans	15,1 %	15,0 %	14,8 %
35 à 49 ans	24,8 %	24,5 %	24,3 %
50 à 64 ans	24,0 %	24,0 %	23,9 %
65 ans ou plus	21,7 %	21,7 %	22,8 %
CSP du répondant			
CSP +	46,6 %	48,0 %	46,9 %
CSP -	37,9 %	36,4 %	37,4 %
Inactifs	15,5 %	15,6 %	15,7 %
Revenu mensuel nets (€/UC¹)			
Moins de 900 Euros	17,2 %	17,4 %	16,7 %
De 900 à 1 499 Euros	18,4 %	19,1 %	18,8 %
1 500 euros et plus	47,4 %	49,9 %	48,5 %
Ne sait pas ou n'a pas souhaité répondre	16,9 %	13,7 %	16,0 %
Niveau de diplôme			
<Bac	29,1 %	30,7 %	27,8 %
Bac ou plus	70,9 %	69,3 %	72,2 %
IMC² (kg/m²)			
<18,5	4,9 %	4,1 %	3,9 %
18,5 à 24,9	50,7 %	48,5 %	46,1 %
≥25	44,4 %	47,4 %	50,0 %
Fréquence de lecture de l'étiquetage nutritionnel			
Fréquemment	59,5 %	61,5 %	61,7 %
Rarement	40,5 %	38,5 %	38,3 %

Les pourcentages ont été redressés en fonction des caractéristiques de la population française. La CSP (catégorie socioprofessionnelle) inclut les retraités et les chômeurs reclassés dans leur ancienne profession. Les CSP les plus favorisées (CSP+) comprennent les indépendants et chefs d'entreprise, les cadres et professions intellectuelles supérieures et les professions intermédiaires. Les CSP les moins favorisées (CSP-) comprennent les employés et ouvriers. Les inactifs comprennent les élèves, étudiants et autres inactifs (femmes au foyer, personnes à la recherche d'un premier emploi...).

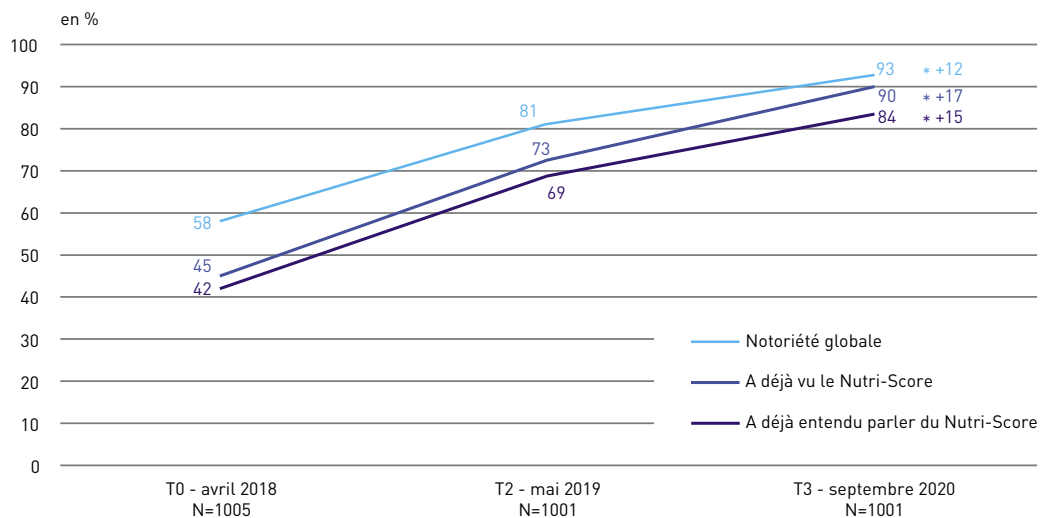
¹ UC : Unité de consommation.
² IMC : Indice de masse corporelle [IMC=poids en Kg/taille en m²]

Cette connaissance accrue de la population du Nutri-Score s'illustre également dans les outils d'évaluation de la qualité nutritionnelle cités spontanément. Alors qu'en avril 2018, seul 1 % des individus évoquait spontanément le Nutri-Score, en septembre 2020, ils étaient 18 % (Figure 2).

Compréhension du Nutri-Score

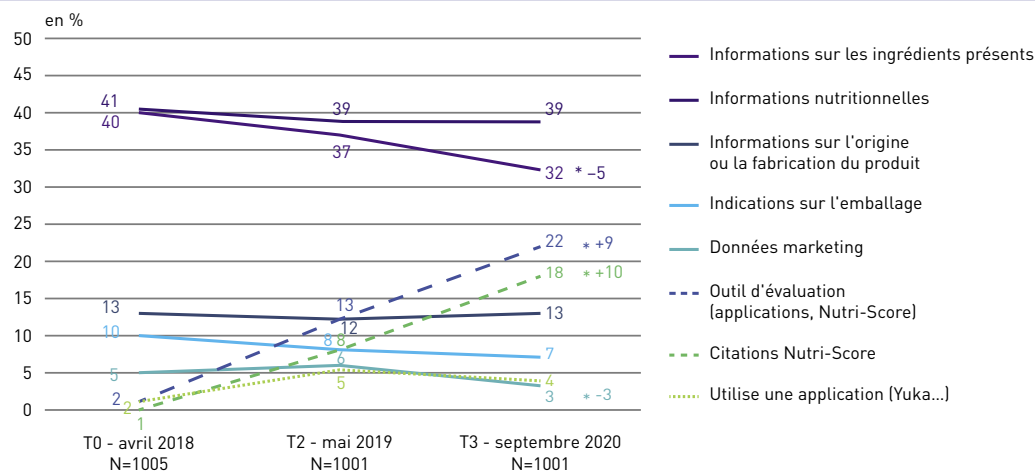
En septembre 2020, la compréhension de la signification du logo s'est améliorée sur certains indicateurs par rapport à celle mesurée en 2018 et 2019 (Figure 3). Ainsi, deux tiers de la population indiquent

FIGURE 1 | Évolution de la notoriété du logo Nutri-Score entre avril 2018 et septembre 2020



* : Augmentation significative entre mai 2019 et septembre 2020 ($p < 0,05$).
+ 5 : Augmentation significative de 5 points entre mai 2019 et septembre 2020 ($p < 0,05$).

FIGURE 2 | Évolution des critères d'évaluation de la qualité nutritionnelle des produits utilisés entre avril 2018 et septembre 2020



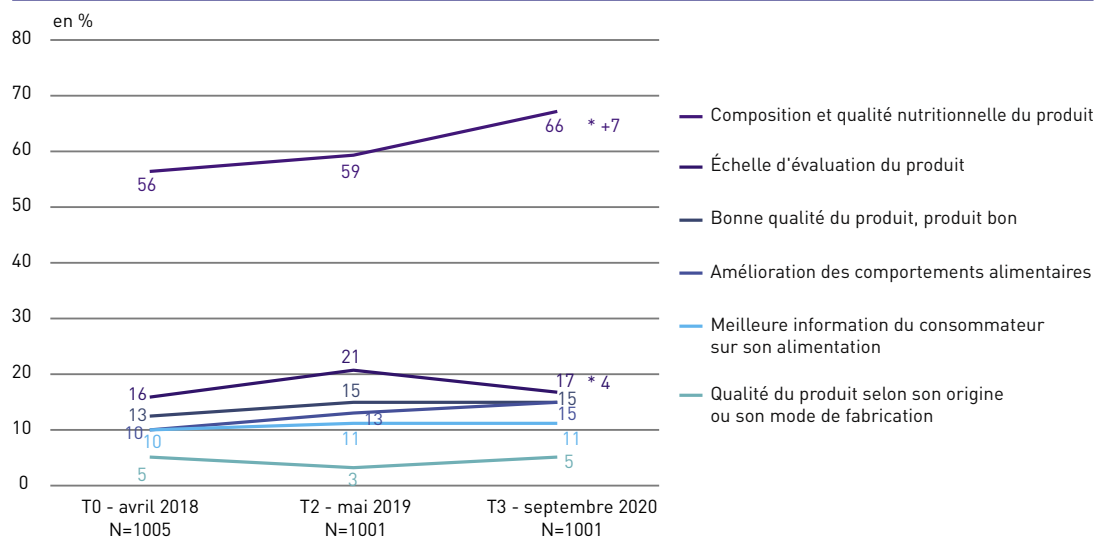
Question posée : « Précisément, sur quoi vous basez-vous pour évaluer la qualité nutritionnelle du produit que vous achetez ? » [réponses spontanées recodées].

* : Augmentation significative entre mai 2019 et septembre 2020 ($p < 0,05$)
+ 5 : Augmentation significative de 5 points entre mai 2019 et septembre 2020 ($p < 0,05$) - 5 : Diminution significative de 5 points entre mai 2019 et septembre 2020 ($p < 0,05$)

spontanément que le Nutri-Score apporte des informations sur la composition et la qualité nutritionnelle du produit (+7 points par rapport à mai 2019). Ce constat se confirme lorsqu'une liste de critères leur est proposée. Ils sont 90 % à choisir de répondre que le Nutri-Score fait référence à la qualité nutritionnelle du produit (+4 points par rapport à mai 2019).

Adhésion à l'égard de la mesure Nutri-Score

En septembre 2020, la mesure visant à apposer le Nutri-Score sur la face avant des emballages alimentaires est soutenue par une majeure partie de la population. Tous les indicateurs sont, soit stables, soit

FIGURE 3 | Évolution de la signification spontanée du Nutri-Score entre avril 2018 et septembre 2020

Total supérieur à 100% car plusieurs réponses possibles.

* : Augmentation significative entre mai 2019 et septembre 2020 ($p < 0,05$).

en augmentation par rapport aux deux années précédentes, ce qui témoigne d'un maintien de confiance dans la mesure (Tableau 1).

D'abord, près de 93 % des Français considère le Nutri-Score utile pour connaître la qualité nutritionnelle d'un produit (+4 points par rapport à 2019, $p < 0,05$).

Ensuite, 94 % des Français se disent favorables à la présence du logo sur les produits alimentaires (+4 points par rapport à 2019, $p < 0,05$). Pour une grande partie des individus interrogés (89 %), le Nutri-Score devrait être obligatoire sur les tous les produits alors qu'à ce jour son apposition se fait sur la base du volontariat des opérateurs.

De manière similaire aux précédentes vagues d'enquête, l'apposition du Nutri-Score sur les produits d'une marque participe à améliorer l'image de cette marque pour 70 % des participants, plébiscitant de ce fait la transparence envers les consommateurs.

Impact sur les comportements d'achat

En septembre 2020, trois quarts des individus connaissant le Nutri-Score ont déclaré avoir déjà par le passé acheté un produit sur lequel un Nutri-Score était présent (Tableau 2). Ramené sur la population globale, 7 Français sur 10 auraient acheté un produit avec le Nutri-Score. Cet indicateur est en constante augmentation depuis le lancement de l'enquête (22 % en 2018 et 50 % en 2019).

Pour la plupart des comportements d'achat sur lesquels les participants étaient interrogés, la proportion d'individus déclarant avoir déjà changé son comportement est en hausse (entre +10 et +15 points pour chaque item excepté pour le fait de renoncer à l'achat d'un produit sans logo). Plus globalement, la proportion de participants déclarant avoir déjà changé au moins un comportement a augmenté significativement, passant de 43 % en 2019 à 57 % en 2020.

DISCUSSION

Près de trois ans après le lancement du Nutri-Score en France, en tant que présentation complémentaire recommandée par les pouvoirs publics, cette enquête confirme que la population française s'approprie de plus en plus le logo et soutient cette mesure. L'évolution positive des indicateurs confirme que le Nutri-Score peut jouer un rôle dans les habitudes d'achat des Français.

D'abord, cette étude montre une hausse de la notoriété du Nutri-Score qui atteint 93 % en septembre 2020, indiquant que les Français connaissent bien le logo. De plus, 18 % des personnes interrogées citent spontanément le Nutri-Score comme outil leur permettant d'évaluer la qualité nutritionnelle des produits. Cet indicateur est en constante augmentation depuis 2018. Outre le rôle des campagnes de

TABLEAU 2 | Adhésion à l'apposition du Nutri-Score sur la face avant des emballages des produits alimentaires

	T0- avril-18 N=1 005	T2- mai-19 N=1 001	T3- sept-20 N=1 001
Utilité du Nutri-Score pour connaître la qualité nutritionnelle d'un produit alimentaire			
Oui	88,8%	89,0%	92,7%
Non	11,2%	11,0%	7,3%
Favorable au fait que le Nutri-Score soit présent sur les emballages			
Oui	90,4%	90,3%	93,9%
Non	9,6%	9,7%	6,1%
Favorable au fait que le Nutri-Score soit obligatoire sur tous les emballages			
Oui	87,1%	87,2%	89,3%
Non	12,9%	12,8%	10,7%
Impact sur l'image des marques choisissant d'apposer le Nutri-Score			
Une meilleure image de cette marque	70,0%	68,7%	70,1%
Une moins bonne image de cette marque	5,8%	5,5%	5,0%
Ne change pas l'image que vous avez de cette marque	24,2%	25,8%	24,9%

communication au début de la mise en place de la mesure, nos résultats indiquent que cette progression est principalement liée à une plus grande visibilité du logo, en particulier sur les emballages des produits alimentaires. Le nombre d'entreprises engagées dans la démarche d'apposition du Nutri-Score en France est en effet passé d'une quarantaine en avril 2018, à 115 en mai 2019, pour atteindre près de 500 en septembre 2020. Il est également à noter qu'en 2020, la plupart des distributeurs français sont engagés pour leurs marques propres, impliquant une présence du logo sur toutes les catégories de produits. Enfin, les distributeurs, sous réserve d'une notification à l'industriel, ont désormais la possibilité d'ajouter sur les sites de ventes en lignes (drives, livraison à domicile) le Nutri-Score sur des marques non-engagées. Le pourcentage d'individus déclarant connaître le Nutri-Score grâce aux courses en ligne (drive, livraison à domicile) a doublé passant de 8 % en 2019 à 16 % en 2020.

Cette connaissance accrue s'accompagne d'une forte adhésion à la mesure, avec 94 % des Français qui se disent favorables à la présence du logo sur les emballages. Ce soutien important peut s'expliquer par l'intérêt que porte la population à la mesure et plus globalement pour les systèmes facilitant une plus grande transparence envers les consommateurs. Une proportion similaire (93 %) qualifie en effet d'utile l'information délivrée par le Nutri-Score, en simplifiant l'information nutritionnelle. En outre, 89 % des répondants ajoutent que la mesure devrait être

obligatoire, ce qui témoigne une volonté de voir l'utilisation du logo se généraliser à tous les produits. La bonne compréhension, objective et subjective, requise pour que la population adhère à la mesure, avait d'ailleurs fait l'objet de validations en amont de son lancement [15-17]. Cette simplicité de compréhension est illustrée par une proportion en hausse (66 %) de participants qui identifient spontanément que le Nutri-Score renseigne la qualité nutritionnelle du produit. De plus, le soutien renouvelé au Nutri-Score reflète une plus forte préoccupation des consommateurs concernant l'impact de leur alimentation sur la santé, tendance émergente ces dernières années et qui s'est confirmée lors du confinement lié à la pandémie de Covid-19 [25].

Enfin, ces vagues d'enquêtes confirment une adoption progressive de nouveaux comportements d'achat grâce à la mesure. Au total, en septembre 2020, 57 % des individus interrogés qui connaissent le logo déclarent avoir modifié une ou plusieurs de ses habitudes d'achat. Cette prise en compte progressive du Nutri-Score peut avoir été permise par différents facteurs. D'une part, le logo étant peu à peu déployé en rayon et sur les sites d'e-commerce, son utilisation a été facilitée. En effet, le but du Nutri-Score étant de permettre la comparaison de produits appartenant à la même catégorie, un certain degré de pénétration en rayon était nécessaire pour que les consommateurs puissent s'en emparer. D'autre part, de la pédagogie est réalisée par un grand nombre d'acteurs pour aider les consommateurs à utiliser au mieux

TABLEAU 3 | Impact du Nutri-Score sur les comportements d'achat

	T0- avril-18 N=583	T2- mai-19 N=815	T3- sept-20 N=930	P-value T3 vs T0	P-value T3 vs T2
Achat d'un produit alimentaire sur lequel figurait le logo Nutri-Score					
Oui	21,8%	50,3%	75,8%	*	*
Non	18,2%	10,2%	3,3%	*	*
Je n'ai pas vu le logo lors de mes achats	41,5%	23,3%	8,0%	*	*
Je ne sais plus	18,4%	16,3%	12,9%	*	*
Vous avez déjà acheté un produit alimentaire sur lequel figurait le logo Nutri-Score. La présence de ce logo sur l'emballage a-t-elle motivé l'achat de ce produit ?¹					
Oui	59,2%	60,4%	59,7%		
Non	40,8%	39,6%	40,3%		
Impact sur les comportements					
Choix d'une autre marque pour un même produit alimentaire					
Oui et cela a déjà été le cas	10,7%	23,0%	38,9%	*	*
Oui, à l'avenir	69,3%	56,2%	38,2%	*	*
Non	20,0%	20,8%	22,9%	*	
Choix d'un produit avec un meilleur score plutôt qu'un autre avec un moins bon score au sein d'un même rayon					
Oui et cela a déjà été le cas	13,7%	23,6%	36,2%	*	*
Oui, à l'avenir	55,5%	47,0%	31,7%	*	*
Non	21,2%	29,4%	32,1%	*	
Limitation de l'achat de produits alimentaires avec de moins bons scores					
Oui et cela a déjà été le cas	13,7%	23,0%	34,3%	*	*
Oui, à l'avenir	65,1%	55,7%	39,1%	*	*
Non	21,2%	21,3%	26,6%	*	*
Changement durable de certaines habitudes alimentaires					
Oui et cela a déjà été le cas	14,6%	25,0%	35,1%	*	*
Oui, à l'avenir	58,8%	51,3%	35,9%	*	*
Non	26,6%	23,7%	29,0%	*	*
Renoncement à l'achat d'un produit sans le logo					
Oui et cela a déjà été le cas	7,6%	15,1%	18,1%	*	
Oui, à l'avenir	38,9%	32,6%	24,4%	*	*
Non	53,5%	52,3%	57,5%	*	*
Changement actuel d'au moins un des comportements d'achat					
Oui	26,5%	42,9%	57,2%	*	*
Non	73,5%	57,1%	32,8%	*	*

¹ N = 128 en avril 2018 ; 410 en mai 2019 ; 705 en septembre 2020.

*Différence significative p<0.05.

le logo, à commencer par Santé publique France qui avait rediffusé une campagne de communication à l'échelle nationale en juin 2019. Les associations de consommateurs et les entreprises participent également à l'information du public.

À notre connaissance, les données rapportées dans cette série d'études sont les seules à permettre un suivi de l'évolution la notoriété et la perception du Nutri-Score en France depuis son lancement en octobre 2017. Une première synthèse et un article scientifique [26] ont déjà été publiés afin de présenter les résultats d'avril 2018 à mai 2019. Le présent rapport vient compléter ces données, avec les évolutions mesurées en septembre 2020. Néanmoins, certaines limites inhérentes à la méthodologie de l'enquête demeurent et il convient de les rappeler. D'abord, la méthode d'échantillonnage par quotas, qui consiste à interroger les premières personnes qui répondent à la sollicitation d'enquête et contribuent donc à remplir plusieurs quotas, atteint plus difficilement les populations les plus nutritionnellement vulnérables. Cette méthode peut ainsi conduire à des différences significatives avec des échantillons sélectionnés avec une méthode aléatoire [27], où les personnes interrogées sont tirées au sort dans une base de sondage et contactées individuellement, à plusieurs reprises si nécessaire. Ensuite, le questionnaire a été administré via un *access panel*. Bien que cette méthode ait des avantages, comme le coût ou la rapidité, elle est susceptible de créer un biais de sélection excluant les personnes n'ayant pas accès à Internet. En effet, 10 % des foyers en France n'avaient pas accès à Internet en 2019 [28] et cette situation était associée à un plus grand âge, un niveau d'éducation plus faible avec un niveau de vie plus faible [29]. Enfin, les comportements d'achat ont été évalués sur la base de déclarations et n'ont pas été observés en conditions réelles. Un biais de désirabilité sociale peut avoir amené à surestimer l'impact sur les comportements. Néanmoins, les résultats témoignent d'une évolution positive des indicateurs au cours du temps.

Par ailleurs, comme tout logo nutritionnel, le Nutri-Score comporte un certain nombre de limites. S'il prend en compte de nombreux composants nutritionnels, l'algorithme sous-jacent du score FSA n'intègre pas d'autres dimensions susceptibles d'avoir des retombées sur la santé comme le degré de transformation, la présence d'additifs, de pesticides ou encore d'autres contaminants environnementaux. Le fait de n'intégrer dans le Nutri-Score que la composition nutritionnelle des aliments s'explique par l'impossibilité, dans l'état actuel des connaissances scientifiques, d'élaborer un indicateur synthétique prenant en compte toutes ces dimensions. Le Nutri-Score

doit ainsi être complété par d'autres types d'information qui prennent en compte ces autres dimensions de la qualité nutritionnelle, notamment le degré de transformation ou le fait d'être issu d'une agriculture biologique. Un autre point de discussion est le caractère facultatif de la mesure, permettant à des entreprises commercialisant des produits peu sains de ne pas apposer le logo. Les résultats de cette étude indiquent que les consommateurs ne pénalisent qu'assez peu l'absence du logo. En septembre 2020, le fait de renoncer à l'achat d'un produit qui ne comporte pas de logo était le comportement qui avait été le moins adopté (18,1 % contre 30 % à 40 % pour les autres comportements d'achat). Cette situation pourrait évoluer dans les années à venir, puisque la Commission européenne s'est engagée à proposer un étiquetage simplifié obligatoire à l'avant des emballages d'ici la fin de l'année 2022.

En complément de l'effet sur la demande, traité dans cette étude et de nombreuses autres [18-22], le Nutri-Score a également pour objectif de stimuler l'amélioration de qualité nutritionnelle de l'offre alimentaire (reformulation). Les industriels sont en effet incités à tenir compte de l'aspect nutritionnel de leurs produits, grâce à la présence d'un indicateur facilitant cette comparaison. Cet aspect de la mesure permet de renforcer les effets sur la demande, puisque le choix des consommateurs se fait ainsi dans un environnement alimentaire qui prend davantage en compte la qualité nutritionnelle des produits accessibles.

En plus des données présentées dans cette étude, un bilan à trois ans de la mesure sera publié d'ici la fin de l'année faisant l'état des lieux du déploiement du Nutri-Score en France, comme prévu par l'arrêté du 31 octobre 2017. Ce rapport intégrera également le suivi du déploiement de la mesure réalisé par l'Oqali. Par ailleurs, le Nutri-Score a également pris une dimension européenne avec l'adoption du logo par d'autres pays européens. Une gouvernance commune se met en place afin d'harmoniser les décisions entre les pays s'étant engagés en faveur du Nutri-Score. Un suivi similaire à celui qui a été mené en France pourrait être intéressant à mener et permettrait à Santé publique France de mettre en regard les résultats dans différents contextes alimentaires et culturels.

Enfin, dans le cadre du 4^e volet du Programme national nutrition santé (PNNS), l'utilisation du Nutri-Score sera étendue à la restauration collective et commerciale, donnant l'occasion aux consommateurs d'utiliser le logo dans différents contextes de consommation. Ces mesures permettront ainsi l'ancrage du Nutri-Score dans l'environnement alimentaire des Français.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- [1] Murray CJL, Aravkin AY, Zheng P, Abbafati C, Abbas KM *et al.* Global burden of 87 risk factors in 204 countries and territories, 1990-2019: a systematic analysis for the Global Burden Study 2019. *The Lancet*. Oct 2020; 396(10258): 1223-49.
- [2] World Health Organization. Global Strategy on Diet, Physical Activity and Health. WHO; 2004.
- [3] Organisation for Economic Co-operation and Development. Promoting Sustainable Consumption: Good Practices in OECD countries. OECD; 2008.
- [4] World Health Organization. Tackling NCDs: « best buys » and other recommended interventions for the prevention and control of noncommunicable diseases. WHO; 2008.
- [5] Ministère des Solidarités et de la Santé. L'évaluation en « conditions réelles d'achat » des systèmes d'information nutritionnelle. 2016 [Mis à jour 23 mars 2019]. Disponible sur: <https://solidarites-sante.gouv.fr/prevention-en-sante/preserver-sa-sante/nutrition/article/l-evaluation-en-conditions-reelles-d-achat-des-systemes-d-information>.
- [6] Arrêté du 31 octobre 2017 fixant la forme de présentation complémentaire de la déclaration nutritionnelle recommandée par l'Etat en application des articles L. 3232-8 et R. 3232-7 du code de la santé publique. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2017/10/31/SSAP1730474A/jo/texte>
- [7] Santé publique France. Questions-Réponses sur le Nutri-Score scientifiques et Techniques 2020. Disponible sur : <https://www.santepubliquefrance.fr/determinants-de-sante/nutrition-et-activite-physique/articles/nutri-score>
- [8] Julia C, Ducrot P, Péneau S, Deschamps V, Méjean C, Fézeu L, *et al.* Discriminating nutritional quality of foods using the 5-Color nutrition label in the French food market: consistency with nutritional recommendations. *Nutrition Journal*. Dec 2015;14(1):100.
- [9] Julia C, Kesse-Guyot E, Ducrot P, Péneau S, Touvier M, Méjean C, *et al.* Performance of a five category front-of-pack labelling system – the 5-colour nutrition label – to differentiate nutritional quality of breakfast cereals in France. *BMC Public Health*. Dec 2015;15(1):179.
- [10] Dréano-Trécant L, Egnell M, Hercberg S, Galan P, Soudon J, Fialon M, *et al.* Performance of the Front-of-Pack Nutrition Label Nutri-Score to Discriminate the Nutritional Quality of Foods Products: A Comparative Study across 8 European Countries. *Nutrients*. May 2020;12(5):1303.
- [11] Donnenfeld M, Julia C, Kesse-Guyot E, Méjean C, Ducrot P, Péneau S, *et al.* Prospective association between cancer risk and an individual dietary index based on the British Food Standards Agency Nutrient Profiling System. *British Journal of Nutrition*. Nov 2015;114(10):1702-10.
- [12] Deschasaux M, Julia C, Kesse-Guyot E, Lécuyer L, Adriouch S, Méjean C, *et al.* Are self-reported unhealthy food choices associated with an increased risk of breast cancer? Prospective cohort study using the British Food Standards Agency nutrient profiling system. *BMJ Open*. June 2017;7(6):e013718.
- [13] Adriouch S, Julia C, Kesse-Guyot E, Ducrot P, Péneau S, Méjean C, *et al.* Association between a dietary quality index based on the food standard agency nutrient profiling system and cardiovascular disease risk among French adults. *International Journal of Cardiology*. May 2017;234:22-7.
- [14] Deschasaux M, Julia C, Touvier M, Hercberg S. Association between nutritional profiles of foods underlying the Nutri-Score front of pack labels and mortality: EPIC cohort study in 10 European countries. *BMJ Open*. 2020; 13.
- [15] Ducrot P, Méjean C, Julia C, Kesse-Guyot E, Touvier M, Fezeu L, *et al.* Objective Understanding of Front-of-Package Nutrition Labels among Nutritionally At-Risk Individuals. *Nutrients*. Aug 2015;7(8):7106-25.
- [16] Ducrot P, Méjean C, Julia C, Kesse-Guyot E, Touvier M, Fezeu L, *et al.* Effectiveness of Front-Of-Pack Nutrition Labels in French Adults: Results from the NutriNet-Santé Cohort Study. Gillison F, éditeur. *PLoS ONE*. Oct 2015;10(10):e0140898.
- [17] Egnell M, Ducrot P, Touvier M, Allès B, Hercberg S, Kesse-Guyot E, *et al.* Objective understanding of Nutri-Score Front-Of-Package nutrition label according to individual characteristics of subjects: Comparisons with other format labels. *PLoS ONE*. Aug 2018;13(8):e0202095.

- [18] Egnell M, Talati Z, Hercberg S, Pettigrew S, Julia C. Objective Understanding of Front-of-Package Nutrition Labels: An International Comparative Experimental Study across 12 Countries. *Nutrients*. Oct 2018;10(10):1542.
- [19] Julia C, Blanchet O, Méjean C, Péneau S, Ducrot P, Allès B, *et al.* Impact of the front-of-pack 5-colour nutrition label (5-CNL) on the nutritional quality of purchases: an experimental study. *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*. Dec 2016;13(1):101.
- [20] Ducrot P, Julia C, Méjean C, Kesse-Guyot E, Touvier M, Fezeu LK, *et al.* Impact of Different Front-of-Pack Nutrition Labels on Consumer Purchasing Intentions. *American Journal of Preventive Medicine*. May 2016;50(5):627-36.
- [21] Crosetto P, Lacroix A, Muller L, Ruffieux B. Modification des achats alimentaires en réponse à cinq logos nutritionnels. *Cah de Nutr et de Diet*. juin 2017;52(3):129-33.
- [22] Talati Z, Egnell M, Hercberg S, Julia C, Pettigrew S. Consumers' Perceptions of Five Front-of-Package Nutrition Labels: An Experimental Study Across 12 Countries. *Nutrients*. 16 août 2019;11(8):1934.
- [23] Dubois P, Albuquerque P, Allais O, Bonnet C, Bertail P, Combris P, *et al.* Effects of front-of-pack labels on the nutritional quality of supermarket food purchases: evidence from a large-scale randomized controlled trial. *Journal of the Academy of Marketing Science*; 2020
- [24] Unité de consommation : définition. Insee. 2016. Disponible sur: <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1802>
- [25] Marty L, de Lauzon-Guillain B, Labesse M, Nicklaus S. Food choice motives and the nutritional quality of diet during the COVID-19 lockdown in France. *Appetite*. Feb 2021;157:105005.
- [26] Sarda B, Julia C, Serry A-J, Ducrot P. Appropriation of the Front-of-Pack Nutrition Label Nutri-Score across the French Population: Evolution of Awareness, Support, and Purchasing Behaviors between 2018 and 2019. *Nutrients*. 22 sept 2020;12(9):2887.
- [27] Guignard R, Wilquin J-L, Richard J-B, Beck F. Tobacco Smoking Surveillance: Is Quota Sampling an Efficient Tool for Monitoring National Trends? A Comparison with a Random Cross-Sectional Survey. *PLoS ONE*. Oct 2013;8(10):e78372.
- [28] Insee. Accès et utilisation de l'internet dans l'Union européenne. Données annuelles de 2003 à 2019. 2019. Disponible sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2385835>
- [29] Insee. Une personne sur six n'utilise pas Internet, plus d'un usager sur trois manque de compétences numériques de base. 2019 p. 4. Disponible sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4241397>

AUTEURS

Barthélémy Sarda
Pauline Ducrot
Anne-Juliette Serry

Santé publique France, direction de la prévention et de la promotion de la santé, unité alimentation et activités physiques

RELECTEURS

Chantal Julia
Équipe de recherche en Epidémiologie Nutritionnelle (EREN), UMR U1153, Inserm/U1125 Inra/Cnam/Univ Paris 13 ;
Centre de recherche en épidémiologie et statistiques, Université de Paris (CRESS)

MOTS CLÉS
NUTRI-SCORE
LOGO NUTRITIONNEL
INFORMATION NUTRITIONNELLE
NOTORIÉTÉ
PERCEPTION
COMPORTEMENT D'ACHAT

ANEXO 7

VERSION DU 01/04/2022

QUESTIONS- REPONSES SUR LE NUTRI-SCORE

SCIENTIFIQUE & TECHNIQUE



Table des matières

I. CALCUL DU SCORE	3
SUR QUELLE BASE SE CALCULE LE SCORE NUTRITIONNEL ?	3
QUELLE EST LA REFERENCE POUR LE CALCUL DE LA TENEUR EN « FRUITS, LEGUMES, LEGUMINEUSES, FRUITS A COQUE ET HUILES DE COLZA, DE NOIX ET D'OLIVE » DE PRODUITS TRANSFORMES ?.....	3
LES JUS CONCENTRES COMPTENT-ILS DANS LE CALCUL DE LA TENEUR EN « FRUITS, LEGUMES, LEGUMINEUSES, FRUITS A COQUE ET HUILES DE COLZA, DE NOIX ET D'OLIVE » ?.....	3
QUELLE METHODE EST-IL POSSIBLE D'UTILISER POUR ETABLIR LE CONTENU EN FIBRES ?	4
QUE COMPTER DANS LES SUCRES SIMPLES ?.....	4
COMMENT ABOUTIT-ON AU CALCUL DU SCORE FINAL ?	4
DOIT-ON ARRONDIR LES RESULTATS POUR LE CALCUL DU SCORE ?	4
COMMENT CALCULER LA CONVERSION SEL - SODIUM?	4
COMMENT CALCULE-T-ON LE NUTRI-SCORE DE PRODUITS COMPOSES ?	5
DOIT-ON CALCULER LE NUTRI-SCORE SUR LE PRODUIT TEL QUE VENDU OU TEL QUE PREPARE ?	5
QUEL NUTRI-SCORE POUR LES PRODUITS FRITS ?	5
CALCULE-T-ON LE NUTRI-SCORE SUR LE PRODUIT AVEC LE LIQUIDE DE COUVERTURE?	6
POUR LES ALIMENTS LIQUIDES, CALCULE-T-ON LE SCORE POUR 100 G OU POUR 100 ML ?	6
POURQUOI LA COMPOSANTE « FRUITS, LEGUMES, LEGUMINEUSES ET FRUITS A COQUE » A-T-ELLE ETE MODIFIEE ET QUEL EST LE DELAI POUR SE METTRE EN CONFORMITE ?.....	6
II. ADAPTATION DU SCORE POUR LES ALIMENTS ET LES BOISSONS	6
QUELLES MATIERES GRASSES AJOUTEES SONT CONCERNEES PAR L'ADAPTATION DU NUTRI-SCORE?	6
QUELS FROMAGES SONT CONCERNES PAR L'ADAPTATION DU NUTRI-SCORE ?.....	7
QUELLES BOISSONS SONT CONCERNEES PAR L'ADAPTATION DU NUTRI-SCORE?.....	7
LES BOISSONS ALCOOLISEES SONT-ELLES CONCERNEES ?	8
III. ALIMENTS CONCERNES PAR L'APPLICATION DU NUTRI-SCORE	8
QUELS SONT LES PRODUITS CONCERNES PAR LE NUTRI-SCORE ?	8
QUELS SONT LES PRODUITS NON CONCERNES PAR LE NUTRI-SCORE ?	9
EST-IL POSSIBLE D'APPOSER LE NUTRI-SCORE SUR DES PRODUITS AUXQUELS NE S'APPLIQUE PAS L'OBLIGATION DE DECLARATION NUTRITIONNELLE ?.....	10
EST-IL POSSIBLE D'APPLIQUER LE NUTRI-SCORE SUR DES RECETTES ?	10
DANS DES RELATIONS COMMERCIALES ENTRE UNE ENTREPRISE CLIENTE ET SON FOURNISSEUR, PEUT-ON UTILISER LE NUTRI-SCORE SUR LES PRODUITS DITS « INGREDIENTS » ENTRANT DANS LA COMPOSITION D'UNE RECETTE SANS ADHERER AU NUTRI-SCORE ?	11
DANS LES CAS DES ASSORTIMENTS, FAUT-IL APPOSER PLUSIEURS NUTRI-SCORE ?	11

IV. QUESTIONS JURIDIQUES RELATIVES AU DISPOSITIF NUTRI-SCORE.....	11
QUI PEUT APPOSER LE LOGO NUTRI-SCORE SUR SES MARQUES ET PRODUITS ?.....	11
COMMENT OBTENIR LE DROIT D'UTILISER LE NUTRI-SCORE? (PROCEDURE D'ENREGISTREMENT)	11
COMMENT S'APPLIQUE LA PROCEDURE D'AVIS PREALABLE AUX EXPLOITANTS TITULAIRES A LA SUITE DE LA MISE A JOUR DU REGLEMENT D'USAGE EN JUILLET 2021 ?	12
COMMENT RECEVOIR LES DOCUMENTS DE MISE EN ŒUVRE DU NUTRI-SCORE?	13
COMMENT FAIRE POUR CALCULER LES SCORES DU NUTRI-SCORE?.....	13
EST-IL POSSIBLE DE PROCEDER A UNE PHASE DE TEST AVANT DE S'ENGAGER ?	13
UN EXPLOITANT DOIT-IL APPOSER LE NUTRI-SCORE SUR TOUTES SES MARQUES ET SUR TOUS LES PRODUITS D'UNE MEME MARQUE ?	14
QUEL EST LE PERIMETRE D'ENGAGEMENT POUR UNE MARQUE SOUHAITANT APPOSER LE NUTRI-SCORE ?	14
LES PRODUITS CO-MARQUES (OU CO-BRANDES) ENTRE-T-IL DANS LE PERIMETRE D'ENGAGEMENT ?	15
QUELLES SONT LES REGLES D'UTILISATION DU NUTRI-SCORE POUR LES CO-ENTREPRISES (OU JOINT-VENTURES) ?	16
LE NUTRI-SCORE DOIT-IL EGALEMENT ETRE APPOSE SUR DES PRODUITS A DESTINATION DE LA RHD ?.....	16
QUELLES SONT LES SPECIFICITES D'APPLICATION DU NUTRI-SCORE EN OUTRE-MER ?	16
LE DISPOSITIF NUTRI-SCORE S'APPLIQUE-T-IL AU-DELA DU TERRITOIRE FRANÇAIS ?.....	16
UN MANDATAIRE PEUT-IL S'OCCUPER DES FORMALITES D'ENREGISTREMENT DU DISPOSITIF NUTRI-SCORE ?	17
POURQUOI Y A-T-IL DES SANCTIONS DANS LE REGLEMENT D'USAGE DU NUTRI-SCORE ?	17
COMMENT CESSER D'UTILISER LE DISPOSITIF NUTRI-SCORE ?	18
COMMENT RECEVOIR LA TRADUCTION DU REGLEMENT D'USAGE DU NUTRI-SCORE ?	18
EST-IL POSSIBLE D'ADAPTER LE REGLEMENT D'USAGE DU NUTRI-SCORE ?	18
EST-IL POSSIBLE D'ADAPTER LA CHARTE GRAPHIQUE DU NUTRI-SCORE ?.....	18
EXISTE-T-IL UNE CHARTE GRAPHIQUE QUI DEFINIT LES REGLES D'APPOSITION DU LOGO SUR LES SITES DE E-COMMERCES ?	18
EST-IL POSSIBLE POUR LES OPERATEURS DE S'ENREGISTRER EXCLUSIVEMENT POUR UNE UTILISATION DU LOGO NUTRI-SCORE SUR LEURS SUPPORTS DIGITAUX ?	19
LE LOGO PEUT-IL ETRE UTILISE DANS UN CADRE PROMOTIONNEL ?.....	19
QUELLES SONT LES REGLES D'APPOSITION DU NUTRI-SCORE DANS LE CADRE PROMOTIONNEL ?	19
COMMENT RECEVOIR LES LOGOS DU NUTRI-SCORE POUR UNE PRESENTATION PEDAGOGIQUE, SCIENTIFIQUE OU JOURNALISTIQUE ?	19
PEUT-ON REPRODUIRE LA MARQUE NUTRI-SCORE SANS L'AUTORISATION DE SANTE PUBLIQUE FRANCE ?	20
<i>Annexe 1 : Modalités de calcul pour la quantification du contenu en fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive d'un produit transformé</i>	<i>21</i>
<i>Annexe 2 : Modalités de calcul du score nutritionnel.....</i>	<i>29</i>
<i>Annexe 3: Classification Eurocode 2 – groupes inclus dans la composante « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de noix, colza et olive »</i>	<i>35</i>

QR Scientifique et Technique

Les dernières modifications sont indiquées en bleu dans le document.

I. Calcul du score

SUR QUELLE BASE SE CALCULE LE SCORE NUTRITIONNEL ?

Le calcul du score nutritionnel est basé sur les données de la déclaration nutritionnelle, pour 100g de produit, tel que vendu.

NB : pour les produits à reconstituer, voir la rubrique spécifique

QUELLE EST LA REFERENCE POUR LE CALCUL DE LA TENEUR EN « FRUITS, LEGUMES, LEGUMINEUSES, FRUITS A COQUE ET HUILES DE COLZA, DE NOIX ET D'OLIVE » DE PRODUITS TRANSFORMES ?

Un document d'aide au calcul pour la quantification du contenu en fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque huiles de colza, de noix et d'olive d'un produit transformé est joint en annexe 1.

Il se base sur le document de référence suivant : « *Application of the Nutrient profiling model: Definition of 'fruit, vegetables and nuts' and guidance on quantifying the fruit, vegetable and nut content of a processed product - Peter Scarborough, Mike Rayner, Anna Boxer and Lynn Stockley - British Heart Foundation - Health Promotion Research Group, Department of Public Health, University of Oxford - December 2005* ».

LES JUS CONCENTRES COMPTENT-ILS DANS LE CALCUL DE LA TENEUR EN « FRUITS, LEGUMES, LEGUMINEUSES, FRUITS A COQUE ET HUILES DE COLZA, DE NOIX ET D'OLIVE » ?

Concernant les concentrés de fruits ou légumes :

Peuvent être comptabilisés : les jus de fruits 100% issus de concentrés

Ex : un jus d'orange 100% concentré puis réhydraté à hauteur de 100% (ou le jus de coco dès lors que la réhydratation conduit à un jus 100%)

Ne peuvent pas être comptabilisés : les jus ou purées de fruits concentrés dont la réhydratation n'est pas de 100%

Ex : un jus/sirop concentré de citron introduit dans un sorbet ne peut être comptabilisé comme fruit

La classification des jus de fruits et produits associés est décrite dans l'annexe 1 qui détaille le calcul de la composante « Fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive ».

QUELLE METHODE EST-IL POSSIBLE D'UTILISER POUR ETABLIR LE CONTENU EN FIBRES ?

Toutes les méthodes listées dans le document guide de la Commission Européenne relatif à la déclaration du contenu en fibre sur la déclaration nutritionnelle¹, sont valides pour le calcul du score.

QUE COMPTER DANS LES SUCRES SIMPLES ?

Les sucres simples comprennent les mono et les disaccharides.

COMMENT ABOUTIT-ON AU CALCUL DU SCORE FINAL ?

Le calcul du score global d'un aliment se fait en **retranchant la somme des points favorables à la somme des points défavorables**.

De plus, en fonction du niveau des points défavorables (au seuil de 11), les points favorables peuvent varier selon la prise en compte ou non des points correspondant aux protéines (voir règles spécifiques).

Le calcul du score est détaillé en annexe 2.

DOIT-ON ARRONDIR LES RESULTATS POUR LE CALCUL DU SCORE ?

L'attribution des points pour un nutriment donné se fait sur la base **des valeurs indiquées sur la déclaration nutritionnelle obligatoire**.

Afin de déterminer le nombre de décimales nécessaires, nous recommandons l'utilisation du document guide de la Commission Européenne fixant les seuils de tolérance pour les valeurs nutritionnelles à déclarer sur les emballages². Pour les nutriments optionnels, en accord avec l'article 30-2 du règlement EU n° 1169/2011, dit INCO, comme les fibres, nous recommandons d'utiliser le même document que celui précédemment cité².

COMMENT CALCULER LA CONVERSION SEL - SODIUM ?

La teneur en sodium correspond à la teneur en sel mentionnée sur la déclaration obligatoire divisée par un **coefficient de conversion de 2,5**.

Lorsque la valeur de sel déclarée est exprimée au centigramme (2 chiffres après la virgule si l'expression est en gramme), alors le principe des arrondis mentionné au paragraphe « Doit-on arrondir les résultats pour le calcul du score » de ce Question-Réponse s'applique.

Afin d'éviter les rares mais possibles écarts de points attribués à la composante « sodium » dans le calcul du score liés aux arrondis provoqués par la conversion de la quantité de sel mentionnée sur la déclaration nutritionnelle en sodium, il convient de privilégier une teneur en sel exprimée en mg (3 chiffres après la virgule si l'expression est en grammes) et de l'indiquer ainsi sur la déclaration nutritionnelle de l'emballage. La valeur déclarée est calculée selon les modalités prévues à l'article 31-4 du règlement UE n°1169/2011.

¹ Guidance document for competent authorities for the control of compliance with EU legislation with regard to methods of analysis for determination of the fibre content declared on a label

² Guidance document for competent authorities for the control of compliance with EU legislation with regard to the setting of tolerances for nutrient values declared on a label

COMMENT CALCULE-T-ON LE NUTRI-SCORE DE PRODUITS COMPOSES ?

Le calcul du score nutritionnel est basé sur les **données nutritionnelles pour 100g de produit présentes sur l'emballage**, dont les nutriments font partie de la **déclaration nutritionnelle obligatoire** ou qui peuvent la compléter dans le respect de l'article 30 du règlement « INCO » n°1169/2011

Dans le cas d'un plat cuisiné vendu avec un sachet de sauce présentant les valeurs nutritionnelles du plat avec la sauce, le Nutri-Score affiché sera donc celui du plat accompagné de la sauce.

S'il existe deux déclarations nutritionnelles, deux Nutri-Score peuvent figurer en face avant. Une charte graphique est à disposition pour l'apposition de deux Nutri-Score en face avant.

DOIT-ON CALCULER LE NUTRI-SCORE SUR LE PRODUIT TEL QUE VENDU OU TEL QUE PREPARE ?

Le règlement INCO stipule que la déclaration nutritionnelle doit se baser sur les valeurs nutritionnelles du produit tel que vendu, et s'il y a lieu, il est possible de fournir ces valeurs pour le produit préparé. Dans tous les cas, le calcul du Nutri-Score doit toujours se baser sur l'énergie et les nutriments indiqués sur la déclaration nutritionnelle correspondante. De plus, le calcul du Nutri-Score sur le produit préparé peut seulement être utilisé si la méthode de préparation est décrite précisément.

Un exemple de produit concerné par cette modalité de calcul est les soupes déshydratées.

Pour ces produits, nous recommandons de calculer le Nutri-Score sur la **denrée tel que préparée**, afin que le consommateur soit capable de comparer des Nutri-Score calculés sur une même base. Afin d'être éligible à cette méthode de calcul, **l'emballage doit présenter une déclaration nutritionnelle pour 100g ou 100ml de produit préparé et une méthode de préparation détaillée.**

Dans ce cas de figure, il est demandé à l'exploitant d'ajouter une indication sur l'emballage pour informer le consommateur que le Nutri-Score a été calculé sur le produit préparé (principe de transparence). Cette information pourra, au choix, être ajoutée à l'avant de l'emballage à proximité du logo (l'espace de protection pourra être utilisé dans ce cadre) ou au dos de l'emballage à proximité de la déclaration nutritionnelle.

*Précisions : pour les reconstitutions avec du lait, si le type de lait n'est pas indiqué, alors on considérera **par défaut un lait demi écrémé.***

QUEL NUTRI-SCORE POUR LES PRODUITS FRITS ?

Les produits frits préemballés (tels que les frites, le poisson pané...) ont pour la plupart un Nutri-Score A ou B. Ces produits ont généralement subi un processus de pré-friture industrielle ayant un impact faible sur les quantités de matières grasses dans le produit.

Selon les produits, certains sont destinés à une cuisson au four ou à la poêle mais, sur d'autres emballages, il est mentionné une cuisson en friteuse qui conduit à une pénétration d'huile plus importante dans les produits consommés. **Ainsi, la cuisson en friteuse conduit à passer à une ou deux classes supérieures du Nutri-Score selon le type d'huile utilisée.**

Aussi dans le cadre exclusif des produits frits ne pouvant être consommés tels qu'achetés, et pour lesquels est indiqué sur l'emballage un mode de cuisson en friteuse, il est recommandé que le fabricant informe les consommateurs de la modification induite sur le Nutri-Score en indiquant sur l'emballage la phrase générique suivante : « *Avec une cuisson en friteuse, le Nutri-Score du produit peut être dégradé d'une ou deux lettres.* »

CALCULE-T-ON LE NUTRI-SCORE SUR LE PRODUIT AVEC LE LIQUIDE DE COUVERTURE ?

Le calcul du score nutritionnel est basé sur les **données nutritionnelles pour 100g de produit présentes sur l'emballage**, dont les nutriments font partie de la **déclaration nutritionnelle obligatoire** ou qui peuvent la compléter dans le respect de l'article 30 du règlement « INCO » n°1169/2011.

Si le liquide de couverture est pris en compte dans la déclaration nutritionnelle obligatoire alors il doit également l'être pour le calcul du Nutri-Score et inversement. Pour le calcul du pourcentage de « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque huiles de colza, de noix et d'olive », il convient d'utiliser la même base que le tableau de valeurs nutritionnelles. Si le liquide de couverture est inclus, il doit être pris en compte, en revanche, si les valeurs nutritionnelles sont présentées pour le produit égoutté, il convient de recalculer le pourcentage sans le liquide de couverture.

POUR LES ALIMENTS LIQUIDES, CALCULE-T-ON LE SCORE POUR 100 G OU POUR 100 ML ?

Pour les aliments liquides comme les soupes, les huiles, le lait, la valeur retenue est celle qui figure comme unité sur l'étiquetage nutritionnel sans passage par une densité qui n'est pas écrite sur l'emballage (principe de transparence vis à vis du consommateur). Si deux valeurs par 100g et par 100ml sont mentionnées, il convient de prendre en compte celle par 100g.

POURQUOI LA COMPOSANTE « FRUITS, LEGUMES, LEGUMINEUSES ET FRUITS A COQUE » A-T-ELLE ETE MODIFIEE ET QUEL EST LE DELAI POUR SE METTRE EN CONFORMITE ?

Une modification de la composante « Fruits, légumes, légumineuses et fruits à coque » a été apportée en octobre 2019 afin de mieux prendre en compte les recommandations nutritionnelles relatives aux huiles en Europe. Le pourcentage d'huiles de colza, olive et noix contenu dans les produits est désormais pris en compte dans la composante positive « Fruits légumes, légumineuses et fruits à coque » pour le calcul du score. Suite à cette modification, les huiles de colza, noix et olive ont un score équivalent : « C-jaune » afin de refléter les recommandations de santé publique qui préconisent de privilégier ces huiles par rapport aux autres matières grasses.

Le règlement d'usage indique que « L'Exploitant dispose d'un délai raisonnable fixé, le cas échéant, par Santé publique France pour se mettre en conformité avec les nouvelles dispositions du Règlement d'usage ». Ce délai n'est pas précisé à ce jour pour laisser le temps aux exploitants engagés de faire les modifications nécessaires. Ainsi, il est possible que durant ce délai, une même huile (par exemple huile d'olive) ait sur certaines bouteilles un « C-jaune » et sur d'autres un « D-orange », le temps que les nouvelles étiquettes « C-jaune » soient mises en place.

II. Adaptation du score pour les aliments et les boissons

QUELLES MATIERES GRASSES AJOUTEES SONT CONCERNEES PAR L'ADAPTATION DU NUTRI-SCORE ?

Les « matières grasses ajoutées » correspondent aux matières grasses vendues en tant que produits finis et non les matières grasses utilisées en tant qu'ingrédients dans un produit composite. Par exemple sont considérées comme des **matières grasses ajoutées les huiles végétales, la margarine, le beurre, la crème ou encore les spécialités laitières utilisées comme matières grasses.**

Les préparations culinaires végétales (par exemple à base de soja, de coco...) de même que la chantilly sont également considérées comme des matières grasses ajoutées.

Les sauces émulsifiées froides, comme la mayonnaise ou la sauce cocktail, ne sont pas concernées par l'adaptation de l'algorithme Matières grasses ajoutées.

Par ailleurs, la crème incorporée dans un produit composite (ou le beurre, ou une huile de tournesol...) sera prise en compte dans le calcul du score global du produit, en se basant sur la déclaration nutritionnelle pour 100g d'aliment. En effet, les produits composites sont considérés dans leur ensemble, comme un mélange d'ingrédients, dont d'éventuelles matières grasses. Le score s'applique sur la composition finale. De même que pour les matières grasses, le fromage (qui comme les matières grasses ajoutées est une autre exception pour le calcul du score), lorsqu'il est inclus dans une recette, n'a pas à être considéré à part.

QUELS FROMAGES SONT CONCERNES PAR L'ADAPTATION DU NUTRI-SCORE ?

Sont considérés comme fromage, tels que définis par le décret 2007-628, pour le calcul du score adapté:

- **Les fromages**
- **Les fromages fondus**
- **Les spécialités fromagères**

En revanche, **ne sont pas considérés** comme des fromages pour le calcul du Nutri-Score :

- **Les fromages blancs.** Le calcul pour cette catégorie de produits est de toute façon strictement identique s'ils étaient en fromages ou non car ils sont rarement au-dessus de 11 de score pour leur composante dite « négative », ce qui fait que leur niveau de protéines est pris en compte ;
- Les **alternatives végétales au fromage**

QUELLES BOISSONS SONT CONCERNÉES PAR L'ADAPTATION DU NUTRI-SCORE ?

Les boissons suivantes sont concernées par l'adaptation du Nutri-Score **si elles comprennent une déclaration nutritionnelle** à l'exception des eaux embouteillées qui n'ont pas à apposer obligatoirement une déclaration nutritionnelle pour afficher le Nutri-Score A / vert foncé :

- **Les eaux minérales, eaux de table et eaux de source** (score A – couleur vert foncé) ;
- **Les eaux aromatisées (avec et sans sucres ajoutés).** Cette catégorie n'entre pas dans la catégorie des eaux minérales et de source, et ne peut être classé avec un Nutri-Score A ;
- **Les jus de fruits, nectar et smoothies ;**
- **Les jus de légumes ;**
- **Les boissons avec sucre et/ou édulcorants ajoutés.**
- **Les thés, infusions ou café reconstitués exclusivement avec de l'eau**

La grille d'adaptation pour les boissons vient substituer les colonnes densité énergétique, sucres et fruits et légumes aux colonnes utilisées pour les autres aliments. Les autres colonnes (acides gras saturés, sel, protéines, fibres) restent semblables et doivent être prises en compte.

En revanche, le lait, les yaourts à boire, les boissons lactées aromatisées ou chocolatées contenant plus de 80% de lait, les soupes et gaspachos, les boissons végétales **ne sont pas considérées** comme des boissons pour le calcul du Nutri-Score.

Le calcul du score et l'attribution du Nutri-Score pour les laits se fait sur la base de calcul pour les produits solides, afin de mieux prendre en compte la valeur nutritionnelle de ces produits (présence de protéines et

de calcium en particulier). De ce fait, il apparaît essentiel de bien distinguer les produits constitués majoritairement de lait des produits qui en contiendraient en moindre mesure et qui s'apparenteraient davantage à des boissons sucrées. Afin d'assurer cette distinction, **un seuil de 80% de lait** est nécessaire pour que le produit puisse être considéré dans la catégorie des produits solides pour le calcul du Nutri-Score. Ce seuil a été défini par consensus d'expert, afin d'assurer une distinction claire des produits lactés (en particulier par rapport aux boissons type café au lait), tout en maintenant une certaine marge d'innovation dans ce secteur de produits.

LES BOISSONS ALCOOLISEES SONT-ELLES CONCERNEES ?

Les boissons alcoolisées titrant plus de 1,2% d'alcool **ne sont pas concernées** par le Nutri-Score.

En revanche, les boissons désalcoolisées (comme par exemple les bières sans alcools, ou des boissons du type Mojitos sans alcool...) doivent comprendre une déclaration nutritionnelle obligatoire au même titre que les boissons sans alcools, comme les sodas ou les jus de fruits. Ainsi dès lors qu'un industriel s'est engagé à apposer le Nutri-Score sur l'un de ses produits, il doit également le faire sur ses boissons désalcoolisées.

III. Aliments concernés par l'application du Nutri-Score

QUELS SONT LES PRODUITS CONCERNES PAR LE NUTRI-SCORE ?

Les denrées alimentaires concernées par l'application du Nutri-Score sont celles qui disposent d'une déclaration nutritionnelle obligatoire conformément au règlement N° 1169/2011, dit règlement INCO. Hors cas très spécifiques mentionnés par ailleurs dans ce Question/Réponse, les données disponibles sur la déclaration nutritionnelle obligatoire sont celles qui doivent être utilisées pour le calcul du Nutri-Score.

Bien que les aliments infantiles destinés aux enfants de 0 à 3 ans disposent d'une déclaration nutritionnelle obligatoire, ces produits **ne sont pas éligibles au Nutri-Score**. En effet, les besoins nutritionnels des enfants sont spécifiques, notamment concernant les apports en lipide et le Nutri-Score n'est pas adapté.

De manière similaire, les produits connus sous le nom de produits de nutrition sportive **ne sont pas éligibles à l'apposition du Nutri-Score**. L'algorithme sous-jacent du Nutri-Score a été développé pour répondre aux besoins de la population générale, alors que la nutrition sportive a pour objectif de répondre à des besoins particuliers d'un sous-groupe de la population.

De plus, au vu des particularités en termes de composition nutritionnelle, d'encadrement et de finalité de l'ensemble des denrées alimentaires destinées à une alimentation particulière visées par le règlement UE n°609/2013, les produits **suivants ne sont pas éligibles à l'apposition du Nutri-Score** :

- les préparations pour nourrissons et les préparations de suite;
- les préparations à base de céréales et les denrées alimentaires pour bébés;
- les denrées alimentaires destinées à des fins médicales spéciales;
- les substituts de la ration journalière totale et substituts de repas pour contrôle du poids. (...) ».

Les produits de substitution de repas n'ayant pas un but de contrôle du poids **ne sont pas non plus éligibles à l'apposition du Nutri-Score**.

QUELS SONT LES PRODUITS NON CONCERNES PAR LE NUTRI-SCORE ?

Les denrées alimentaires auxquelles ne s'applique pas l'obligation de déclaration nutritionnelle sont listées à l'annexe V du règlement N° 1169/2011. Ce sont :

1. Les produits non transformés qui comprennent un seul ingrédient ou une seule catégorie d'ingrédients (par exemple fruits ou légumes frais, viandes crues découpées, miel...)
2. Les produits transformés ayant, pour toute transformation, été soumis à une maturation, et qui comprennent un seul ingrédient ou une seule catégorie d'ingrédients
NB : le produit visé est essentiellement la viande
3. Les eaux destinées à la consommation humaine, y compris celles dont les seuls ingrédients ajoutés sont du dioxyde de carbone et/ou des arômes
4. Les plantes aromatiques, les épices ou leurs mélanges
5. Le sel et les succédanés de sel
6. Les édulcorants de table
7. Les produits relevant de la directive 1999/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 février 1999 relative aux extraits de café et aux extraits de chicorée, les grains de café entiers ou moulus ainsi que les grains de café décaféinés entiers ou moulus
8. Les infusions (aux plantes ou aux fruits), thés, thés décaféinés, thés instantanés ou solubles ou extraits de thé, thés instantanés ou solubles ou extraits de thé décaféinés, sans autres ingrédients ajoutés que des arômes qui ne modifient pas la valeur nutritionnelle du thé
9. Les vinaigres de fermentation et leurs succédanés, y compris ceux dont les seuls ingrédients ajoutés sont des arômes
10. Les arômes
11. Les additifs alimentaires
12. Les auxiliaires technologiques
13. Les enzymes alimentaires
14. La gélatine
15. Les substances de gélification
16. Les levures
17. Les gommes à mâcher
18. Les denrées alimentaires conditionnées dans des emballages ou récipients dont la face la plus grande a une surface inférieure à 25 cm²
19. Les denrées alimentaires, y compris de fabrication artisanale, fournies directement par le fabricant en faibles quantités au consommateur final ou à des établissements de détail locaux fournissant directement le consommateur.

A cet égard, il y a lieu de considérer que les critères de dérogation s'entendent de manière cumulative, c'est-à-dire que la notion de « faibles quantités » doit s'apprécier en lien avec l'ensemble des critères.

- *S'agissant des établissements de détail locaux fournissant directement le consommateur final*

Les « magasins de détail » incluent les magasins de type grande et moyenne surface et les hypermarchés ainsi que les commerces alimentaires de proximité.

- *S'agissant de la notion de « local »*

Un rayon de 100 km environ à l'échelle du département et de la région paraît acceptable. Cette distance peut être étendue pour les producteurs situés dans des zones de peuplement peu dense qui développent des circuits de commercialisation auprès des consommateurs et de détaillants (épiceries fines, crémiers-fromagers...), dans les pôles urbains les plus proches (par exemple la région parisienne pour les zones de la

Bourgogne et du Centre). Cette analyse s'applique aux échanges transfrontaliers s'ils sont conformes aux recommandations de l'Etat membre concerné.

- Sur le critère « fournies directement par le fabricant au consommateur final »

Sont assimilables à une fourniture directe par le fabricant au consommateur final les ventes réalisées par le fabricant à la ferme, sur les marchés, dans le cadre de circuits courts, d'AMAP, dans les magasins d'usine ainsi que celles réalisées par un artisan (boucher, traiteur, poissonnier, boulanger...), y compris lorsqu'elles sont réalisées par internet dans la mesure où ces ventes ne représentent pas l'intégralité de la source de revenu de l'opérateur.

Les produits exposés lors des salons destinés à promouvoir des produits régionaux peuvent également être visés.

Lorsque les critères cités ci-dessus sont validés, le fabricant concerné par cette mesure satisfait dans la grande majorité des cas, de facto, au critère de « faibles quantités » au sens de la loi.

Enfin, en complément des critères énumérés ci-dessus, peuvent être prises en compte au titre de la définition de « faibles quantités », les quantités de denrées fabriquées par des opérateurs répondant à la définition de la microentreprise, au niveau national, fournie à l'article 3 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique ; à savoir une entreprise qui d'une part occupe moins de 10 personnes et d'autre part a un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excédant pas 2 millions d'euros.

Les **compléments alimentaires** ne sont pas éligibles à l'apposition du Nutri-Score.

EST-IL POSSIBLE D'APPOSER LE NUTRI-SCORE SUR DES PRODUITS AUXQUELS NE S'APPLIQUE PAS L'OBLIGATION DE DECLARATION NUTRITIONNELLE ?

Dans le cas de **produits n'étant pas sujet à la déclaration nutritionnelle obligatoire**, (i.e. les produits listés en Annexe V du règlement INCO), si la **déclaration nutritionnelle est présente, alors l'industriel peut choisir** d'apposer s'il le souhaite ou non le Nutri-Score sur ses produits. Néanmoins, ce choix doit s'appliquer uniformément sur tous les produits de la même catégorie (et non pour chaque produit séparément).

De même, pour les produits emballés sur place en magasin, il est possible d'apposer le Nutri-Score s'il existe une déclaration nutritionnelle sur le produit.

EST-IL POSSIBLE D'APPLIQUER LE NUTRI-SCORE SUR DES RECETTES ?

La réponse à cette question reste transitoire et est susceptible d'être modifiée après les travaux prévus par le PNNS4.

Dans le cas des recettes, par exemple dans les magazines, les applications ou dans du matériel promotionnel, le calcul se base sur les quantités et valeurs nutritionnelles des différents ingrédients constituant le plat tel que consommé, c'est-à-dire après cuisson des ingrédients nécessitant d'être cuits. Dans le cas où les valeurs nutritionnelles des ingrédients ne sont pas disponibles car non concernés par le règlement INCO (produits bruts par exemple), il convient de se référer aux tables de composition des aliments nationales. En France, les tables CIQUAL sont considérées comme la référence. Les valeurs nutritionnelles de ces ingrédients peuvent ensuite être déterminées en utilisant une règle de proportionnalité en se basant sur les données trouvées dans les tables.

La liste des ingrédients entrant dans la réalisation de la recette et leur quantité doivent être clairement établis. Un tableau de valeurs nutritionnelles de la recette doit être présenté.

Les denrées pré-emballées ne sont pas concernées par cette modalité de calcul.

DANS DES RELATIONS COMMERCIALES ENTRE UNE ENTREPRISE CLIENTE ET SON FOURNISSEUR, PEUT-ON UTILISER LE NUTRI-SCORE SUR LES PRODUITS DITS « INGREDIENTS » ENTRANT DANS LA COMPOSITION D'UNE RECETTE SANS ADHERER AU NUTRI-SCORE ?

Dans le cas d'une relation commerciale entre deux entreprises, la fiche technique du produit « ingrédient », à destination du producteur et non du consommateur final, peut intégrer la mention du logo du Nutri-Score, sans que le producteur n'ait besoin d'engager la marque concernée et donc de s'enregistrer auprès des autorités locales.

DANS LES CAS DES ASSORTIMENTS, FAUT-IL APPOSER PLUSIEURS NUTRI-SCORE ?

Pour les assortiments :

- Lorsque les valeurs nutritionnelles sont différentes, il faut indiquer un Nutri-Score par déclaration nutritionnelle ; Santé publique France propose une charte graphique qui permet d'apposer plusieurs Nutri-Score en face avant.
- Dans le cas où les tableaux nutritionnels conduisent au même résultat pour le Nutri-Score, un seul Nutri-Score peut être indiqué en face avant (cas par exemple de compote avec un changement d'arôme ou de produits avec une seule déclaration nutritionnelle moyenne) ;
- S'il s'agit d'un assortiment où chaque personne est censée consommer l'ensemble, un Nutri-Score moyen peut être calculé (exemple d'un assortiment pour « café gourmand » où il y aurait une crème brûlée, un macaron et un fondant au chocolat prévue par personne, consommés comme un seul produit). Dans le cas où les éléments de l'assortiment appartiennent à des groupes avec des règles de calcul différentes (par exemple un aliment solide avec une boisson), cette modalité de calcul ne peut être utilisée.

IV. Questions juridiques relatives au dispositif Nutri-Score

QUI PEUT APPOSER LE LOGO NUTRI-SCORE SUR SES MARQUES ET PRODUITS ?

L'usage de la Marque Nutri-Score est réservé aux fabricants et distributeurs de produits mis sur le marché français et/ou européen.

COMMENT OBTENIR LE DROIT D'UTILISER LE NUTRI-SCORE ? (PROCEDURE D'ENREGISTREMENT)

- Nous vous invitons à consulter la page suivante détaillant la marche à suivre (Partie « Délivrance de la marque ») : <https://www.santepubliquefrance.fr/Sante-publique-France/Nutri-Score>

Nous vous conseillons au préalable la **lecture du règlement d'usage** et du **questions/réponses** accessibles sur cette page.

- Une fois que vous êtes prêt à vous enregistrer, la procédure **d'enregistrement** se fait via les liens suivants :
 - Pour les marques commercialisées exclusivement sur le territoire français : toute personne éligible, souhaitant utiliser la marque Nutri-Score notifie son intention à Santé publique France en s'enregistrant sur le site :
https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/nutri-score_enregistrement_france
 - Pour les marques distribuées dans plusieurs pays (dont éventuellement la France) ou dans un pays pour lequel le régulateur n'a pas établi sa propre procédure d'inscription (Allemagne, Belgique et Luxembourg), les opérateurs doivent s'enregistrer sur le site :
https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/ns_international_registration_procedure

Suite à votre inscription, **un accusé de réception** vous sera aussitôt transmis par courriel, avec la charte graphique et les fichiers permettant l'usage du Logo, **et ce sans validation de notre part.**

Il vous sera possible de **calculer les scores** des produits en utilisant le **tableur Excel** mis à disposition dans l'accusé de réception.

Les données transmises à l'Oqali concernent uniquement les produits commercialisés en France. Le fichier est à envoyer dans un délai d'1 mois à compter de l'apparition sur le pack ou en e-commerce.

Santé Publique France n'est pas en charge de vérifier vos calculs de Nutriscore. En effet, conformément à l'article 8 du règlement INCO, les industriels sont responsables de ce qui est apposé sur leurs packagings.

- Pour les marques commercialisées exclusivement en Suisse :
<https://www.blv.admin.ch/blv/fr/home/lebensmittel-und-ernaehrung/ernaehrung/nutri-score/nutri-score-lebensmittelproduzenten.html>

COMMENT S'APPLIQUE LA PROCEDURE D'AVIS PREALABLE AUX EXPLOITANTS TITULAIRES A LA SUITE DE LA MISE A JOUR DU REGLEMENT D'USAGE EN JUILLET 2021 ?

La mise à jour du Règlement d'usage en juillet 2021 impose aux distributeurs de respecter la procédure d'avis préalable de trois mois à l'égard de tous les producteurs.

La précédente version du Règlement d'usage (qui n'est plus applicable) exigeait seulement des distributeurs d'envoyer un avis préalable de trois mois aux producteurs qui n'étaient pas enregistrés au Nutri-Score. Si vous avez déjà envoyé un avis préalable aux producteurs en application de la précédente version du Règlement d'usage, il n'est pas nécessaire d'envoyer à nouveau un avis préalable à ces producteurs.

Toutefois, vous devez envoyer un avis préalable de trois mois à tous les producteurs que vous n'avez pas notifiés, et notamment aux producteurs enregistrés au Nutri-Score. En tout état de cause, vous devez être en mesure de démontrer que vous avez envoyé le préavis de trois mois à tous les producteurs de manière appropriée.

Pour des raisons pratiques évidentes, Santé publique France et les Régulateurs tolèrent que les distributeurs envoient un préavis aux producteurs enregistrés au Nutri-Score en continuant à utiliser le logo sans attendre l'écoulement du délai de trois mois si les distributeurs utilisaient déjà le logo Nutri-Score de manière licite pour des produits de producteurs enregistrés avant l'entrée en vigueur du nouveau Règlement d'usage.

Il n'y aura pas de tolérance à l'égard des distributeurs qui n'utilisaient pas le logo Nutri-Score pour des produits de producteurs enregistrés avant l'entrée en vigueur du nouveau Règlement d'usage, et le délai d'attente de trois mois doit alors être respecté.

COMMENT RECEVOIR LES DOCUMENTS DE MISE EN ŒUVRE DU NUTRI-SCORE?

Comme expliqué ci-dessus (question « COMMENT OBTENIR LE DROIT D'UTILISER LE NUTRI-SCORE? (PROCEDURE D'ENREGISTREMENT) »), afin de disposer de ces documents, l'exploitant doit d'abord s'inscrire sur l'un des sites.

Il faut alors préciser un certain nombre d'informations dont les coordonnées et les informations sur la société (numéro de SIRET, TVA intracommunautaire, ...) ainsi que sur les segments de produits sur lesquels l'apposition du Nutri-Score est souhaitée.

Une fois toutes les informations obligatoires communiquées, il convient de « soumettre votre dossier » afin de recevoir un mail contenant un lien vers les documents nécessaires à la mise en œuvre du Nutri-Score (sous format « fichier .zip »).

COMMENT FAIRE POUR CALCULER LES SCORES DU NUTRI-SCORE?

Un tableur à destination des professionnels souhaitant s'engager dans la démarche, est téléchargeable sur le site de Santé publique France : <http://www.santepubliquefrance.fr/Sante-publique-France/Nutri-Score>

Par ailleurs, les éditeurs de logiciel qui proposent un logiciel de calcul du Nutri-Score doivent respecter l'ensemble des modalités de calcul indiquées dans le règlement d'usage du Nutri-Score et obtenir, de la part de Santé publique France, une licence d'usage.

Pour plus d'informations, il est utile de consulter l'avis sur le système d'information nutritionnelle du Haut Conseil de la santé publique (HCSP): <http://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=519> .

EST-IL POSSIBLE DE PROCEDER A UNE PHASE DE TEST AVANT DE S'ENGAGER ?

Afin de disposer des documents nécessaires à la mise en œuvre du logo, vous devez vous inscrire sur l'un des sites suivant :

- Pour les marques commercialisées **exclusivement sur le territoire français** : toute personne éligible, souhaitant utiliser la marque Nutri-Score notifie son intention à Santé publique France en s'enregistrant sur le site : https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/nutri-score_enregistrement_france
- Pour les marques distribuées dans **plusieurs pays** (dont éventuellement la France) ou dans **un pays pour lequel le régulateur n'a pas établi sa propre procédure d'inscription** (Allemagne, Belgique et Luxembourg), les opérateurs doivent s'enregistrer sur le site : https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/ns_international_registration_procedure
- Pour les marques commercialisées **exclusivement en Suisse**: <https://www.blv.admin.ch/blv/fr/home/lebensmittel-und-ernaehrung/ernaehrung/nutri-score/nutri-score-lebensmittelproduzenten.html>

Les exploitants disposent d'un délai de 24 mois pour apposer le logo sur l'ensemble des catégories de denrées alimentaires qu'ils mettent sur le marché sous leurs propres marques. Ceux-ci peuvent donc décider de l'apposer dans un premier temps seulement sur les produits vendus sur le e-commerce. Mais l'objectif final – et pour être en règle avec l'usage de la marque collective - est bien l'apposition du logo

Nutri-Score sur les emballages de tous les produits d'une même marque, et sur tous les supports, modes ou espaces de vente.

UN EXPLOITANT DOIT-IL APPOSER LE NUTRI-SCORE SUR TOUTES SES MARQUES ET SUR TOUS LES PRODUITS D'UNE MEME MARQUE ?

Le décret n°2016-980 du 19 juillet 2016 relatif à l'information nutritionnelle complémentaire sur les denrées alimentaires précise que « l'engagement des fabricants et des distributeurs dans la démarche volontaire d'utiliser la forme de présentation complémentaire porte sur l'ensemble des catégories de denrées alimentaires qu'ils mettent sur le marché sous leurs propres marques ».

En conséquence, un industriel qui possède plusieurs marques peut choisir de n'apposer le Nutri-Score que sur l'une ou plusieurs de ses marques, mais dès lors qu'il l'utilise pour une marque, cela doit être pour l'ensemble des catégories de denrées alimentaires de cette marque.

Toutefois, si certains produits, voire l'ensemble des produits de cette marque ne sont pas soumis au règlement INCO, l'exploitant n'est pas dans l'obligation d'apposer le Nutri-Score sur tous les produits de la marque.

QUEL EST LE PERIMETRE D'ENGAGEMENT POUR UNE MARQUE SOUHAITANT APPOSER LE NUTRI-SCORE ?

La **marque** est un signe distinctif qui permet au consommateur de distinguer le produit ou service d'une entreprise de ceux proposés par les entreprises concurrentes. La marque peut être matérialisée par un nom propre, un mot, une expression ou un symbole visuel. Elle constitue un repère pour le consommateur et éventuellement une "garantie".

En présence de **marques distinctes**, le fabricant ou le distributeur **peut choisir d'enregistrer une ou plusieurs de ses marques**.

En cas de **marques fille**, le fabricant ou le distributeur peut apposer le **Nutri-Score sur les marques fille sans apposer le Nutri-Score sur la marque mère**.

Définition de :

- **marque mère/fille** : une marque fille est une marque de produit ou de ligne de produits qui est utilisée en complément d'une marque mère qui lui sert de caution.

Si le fabricant ou le distributeur enregistre l'une de ses marques, il doit apposer le Nutri-Score sur les produits reproduisant ou déclinant totalement ou en partie un ou plusieurs éléments de la marque enregistrée.

Exemple 1 :

Dans cet exemple, Nestlé peut choisir d'apposer le Nutri-Score sur la marque fille Chocapic et ne pas apposer le Nutri-Score sur la marque fille Fitness. Pour cela, Nestlé doit déclarer la marque fille Chocapic au moment de l'enregistrement au Nutri-Score.



Exemple 2 :

Dans cet exemple, si Casino enregistre la marque Casino, Le Nutri-Score doit être apposé sur les produits avec la marque Casino mais également sur les produits avec la marque Casino BIO ou “Casino délices” :



LES PRODUITS CO-MARQUES (OU CO-BRANDES) ENTRE-T-IL DANS LE PERIMETRE D'ENGAGEMENT ?

Par co-marquage, il est entendu un arrangement entre deux marques pour apposer les deux marques sur un unique produit.

Pour utiliser le Nutri-Score sur des produits co-marqués, les cas suivants sont à considérer :

- Les deux marques ne sont pas engagées : il n'est pas possible d'utiliser le Nutri-Score
- Seule une des deux marques est engagée : il est possible d'utiliser le Nutri-Score sur le produit co-marqué mais ce n'est pas obligatoire ;
 - Le titulaire de la marque non-engagée doit consentir à ce que le Nutri-Score soit utilisé sur le produit concerné. Dans ce cas, cette utilisation n'implique pas l'engagement de la marque non-engagée.
 - Dans le cas où le titulaire de la marque non-engagée refuse d'utiliser le Nutri-Score sur le produit co-marqué, le produit co-marqué sera exempté de l'obligation d'apposition même si la marque engagée apparaît sur l'emballage.
- Les deux marques sont engagées : l'utilisation du Nutri-Score est obligatoire sur le produit co-marqué.

QUELLES SONT LES REGLES D'UTILISATION DU NUTRI-SCORE POUR LES CO-ENTREPRISES (OU JOINT-VENTURES) ?

Par co-entreprise, il est entendu une entité commerciale, créée par deux parties ou plus, caractérisée par une propriété et une gouvernance partagée.

Pour utiliser le Nutri-Score, les co-entreprises sont considérées comme indépendantes et distinctes par rapport aux entités à l'origine de la co-entreprise. Par conséquent, les co-entreprises peuvent appliquer le Nutri-Score sur leurs marques sous leur responsabilité sans que cela ne nécessite d'enregistrement pour les marques détenues par les entités à l'origine de la co-entreprise.

LE NUTRI-SCORE DOIT-IL EGALEMENT ETRE APPOSE SUR DES PRODUITS A DESTINATION DE LA RHD ?

L'industriel s'engage sur toutes les gammes qu'il met en vente sous une même marque, quel que soit la destination finale du produit, le règlement INCO s'appliquant également aux produits à destination des collectivités. De ce fait si les produits à destination de la Restauration hors domicile sont vendus sous la marque « Alpha », ils devront comporter le Nutri-Score

En revanche, si la marque diffère (autre nom de marque que « Alpha »), l'industriel n'est pas dans l'obligation d'apposer le Nutri-Score sur une marque spécifique à la restauration.

Cette règle est valable dès lors que les produits sont visibles des consommateurs. Dans le cas où les produits sont à destination des professionnels, il est possible de ne pas apposer le Nutri-Score même s'il s'agit d'une marque engagée dans le dispositif Nutri-Score.

QUELLES SONT LES SPECIFICITES D'APPLICATION DU NUTRI-SCORE EN OUTRE-MER ?

L'arrêté Nutri-Score est d'application directe dans les départements d'outre-mer (DOM) de la Martinique, la Guadeloupe, la Réunion et la Guyane, et également à Mayotte et dans les seules collectivités d'outre-mer (COM) de Saint-Martin, de Saint-Barthélemy et de Saint-Pierre-et-Miquelon, territoires ultramarins où le droit de la santé s'applique directement. En revanche, il n'est pas applicable dans les COM de Wallis-et-Futuna, de Nouvelle-Calédonie et Polynésie française.

LE DISPOSITIF NUTRI-SCORE S'APPLIQUE-T-IL AU-DELA DU TERRITOIRE FRANÇAIS ?

L'engagement des fabricants et des distributeurs dans la démarche volontaire d'utiliser la forme de présentation complémentaire recommandée est relatif à l'ensemble des catégories de denrées alimentaires qu'ils mettent sur le marché français sous leurs propres marques. Le décret n° 2016-980 susmentionné et l'arrêté du 31 octobre 2017 fixant la forme de présentation complémentaire à la déclaration nutritionnelle recommandée par l'Etat (en application des articles L. 3232-8 et R. 3232-7 du code de la santé publique) font en effet partie de la réglementation française.

Il n'y a ainsi aucune obligation d'apposition du logo Nutri-Score sur les produits exportés hors de France.

Toutefois, si un exploitant souhaite également apposer le Nutri-Score sur le marché d'un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne, cela est possible dans le respect du règlement d'usage.

De plus, la marque Nutri-Score a fait l'objet d'un dépôt à l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) des pays suivants : Australie, Brésil, Canada, Suisse, Maroc, Mexique, Turquie, Ukraine, USA,

Bénin, Burkina Faso, Cameroun, République centrafricaine, République du Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée-équatoriale, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Tchad, Togo, Comores.

Pour toute utilisation hors de l'Union Européenne, il convient que l'Exploitant s'assure que le logo ne contrevient pas à la législation nationale.

Par ailleurs, pour toute utilisation dans un ou des pays où le Nutri-Score n'a pas fait l'objet d'un dépôt à l'OMPI, l'Exploitant doit en aviser Santé publique France afin d'envisager un éventuel dépôt.

UN MANDATAIRE PEUT-IL S'OCCUPER DES FORMALITES D'ENREGISTREMENT DU DISPOSITIF NUTRI-SCORE ?

Toute personne éligible, souhaitant utiliser la marque « Nutri-Score » notifie son intention à Santé publique France ou le régulateur du pays en question en s'enregistrant sur un des sites suivants :

- Pour les marques commercialisées **exclusivement sur le territoire français** : toute personne éligible, souhaitant utiliser la marque Nutri-Score notifie son intention à Santé publique France en s'enregistrant sur le site : https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/nutri-score_enregistrement_france
- Pour les marques distribuées dans **plusieurs pays** (dont éventuellement la France) ou dans **un pays pour lequel le régulateur n'a pas établi sa propre procédure d'inscription** (Allemagne, Belgique et Luxembourg), les opérateurs doivent s'enregistrer sur le site : https://www.demarches-simplifiees.fr/commencer/ns_international_registration_procedure
- Pour les marques commercialisées **exclusivement en Suisse** : <https://www.blv.admin.ch/blv/fr/home/lebensmittel-und-ernaehrung/ernaehrung/nutri-score/nutri-score-lebensmittelproduzenten.html>

Un mandataire dûment habilité à cet effet peut parfaitement s'occuper des formalités d'enregistrement pour son mandant. Santé publique France ne peut s'immiscer dans les modalités de traitement et d'organisation du portefeuille de marques d'un fabriquant ou d'un distributeur souhaitant utiliser le Nutri-Score.

Il est donc tout à fait possible d'avoir recours à un mandataire, si tel est le souhait d'un exploitant. Le mandataire devra cependant remplir autant de demandes d'enregistrements qu'il a de mandats différents pour se faire.

POURQUOI Y A-T-IL DES SANCTIONS DANS LE REGLEMENT D'USAGE DU NUTRI-SCORE ?

S'agissant des sanctions auxquelles fait référence le règlement d'usage, il convient de rappeler que le règlement d'usage concerne la protection de la marque collective « Nutri-Score ». Il s'agit en conséquence d'une protection assise sur le droit de la propriété intellectuelle, ainsi que le droit de propriété industrielle (la marque ayant été déposée à l'INPI et à l'EUIPO).

Comme pour toute marque, ce règlement d'usage a pour objet de protéger les produits industriels et de faire respecter l'utilisation de la marque collective « Nutri-Score » entre exploitants afin d'éviter les comportements illicites, escroqueries et/ou toute concurrence déloyale. Il est ainsi fait mention de sanctions seulement si les exploitants utilisent le Nutri-Score de manière erronée, par exemple, en apposant un mauvais score, ce qui serait mensonger.

COMMENT CESSER D'UTILISER LE DISPOSITIF NUTRI-SCORE ?

Après inscription, l'Exploitant dispose d'un délai de 24 mois pour apposer le logo Nutri-Score sur l'ensemble de ses catégories de produits disponibles sur le marché.

A tout moment, l'Exploitant peut cesser d'utiliser la marque Nutri-Score pour l'une ou la totalité de ses marques à condition que ce changement soit signalé à Santé publique France.

COMMENT RECEVOIR LA TRADUCTION DU REGLEMENT D'USAGE DU NUTRI-SCORE ?

Des traductions non officielles des conditions d'utilisation sont disponibles en plusieurs langues. La version française ou anglaise des conditions d'utilisation sur le site de Santé publique France fait foi. Les autres versions linguistiques peuvent être téléchargées sur le site des autorités nationales respectives :

- France : <https://www.santepubliquefrance.fr/determinants-de-sante/nutrition-et-activite-physique/articles/nutri-score>
- Allemagne : https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ernaehrung/Lebensmittel-Kennzeichnung/markensatzung.pdf?__blob=publicationFile&v=3
- Belgique : nutriscore.be
- Suisse : <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/lebensmittel-und-ernaehrung/ernaehrung/nutri-score/nutri-score-lebensmittelproduzenten.html>
- Luxembourg : <https://mpc.gouvernement.lu/fr/le-ministere/consodur/consommateurs.html>

EST-IL POSSIBLE D'ADAPTER LE REGLEMENT D'USAGE DU NUTRI-SCORE ?

Le règlement d'usage ne peut être modifié par voie d'avenant de façon unilatérale : toutes ses prérogatives doivent donc être respectées afin d'utiliser le dispositif « Nutri-Score ».

L'article 9 du règlement d'usage prévoit les modalités en termes de modifications apportées le cas échéant.

EST-IL POSSIBLE D'ADAPTER LA CHARTE GRAPHIQUE DU NUTRI-SCORE ?

En tant que partie intégrante du règlement d'usage auquel elle est annexée, la charte graphique ne peut être modifiée de façon unilatérale.

EXISTE-T-IL UNE CHARTE GRAPHIQUE QUI DEFINIT LES REGLES D'APPOSITION DU LOGO SUR LES SITES DE E-COMMERCES ?

Dans ce cas, la taille du logo n'est pas réglementée et n'est pas soumise aux règles de proportionnalité des emballages. Cependant, il convient de s'assurer de la parfaite lisibilité du logo.

Les autres conditions d'application du logo sur les sites de e-commerces sont les mêmes que celles requises pour la vente de produits en magasins.

EST-IL POSSIBLE POUR LES OPERATEURS DE S'ENREGISTRER EXCLUSIVEMENT POUR UNE UTILISATION DU LOGO NUTRI-SCORE SUR LEURS SUPPORTS DIGITAUX ?

Il n'est pas possible d'utiliser le logo sur des formats digitaux tant que la marque concernée n'est pas engagée dans la démarche Nutri-Score.

Dans le cas particulier où des distributeurs ont engagé leur marque propre, une utilisation numérique portant sur les autres marques distribuées est autorisée (en accord avec l'Article 7.2 du règlement d'Usage).

LE LOGO PEUT-IL ETRE UTILISE DANS UN CADRE PROMOTIONNEL ?

L'article 6 du règlement d'usage prévoit ces dispositions. Pour ses communications génériques sur le logo Nutri-Score, l'Exploitant peut apposer sur ses supports de communication :

1. Le Logo Neutre,
2. Et/ou au moins 3 des 5 Logos Classants, disposés de façon à ne pas induire le consommateur en erreur sur la classification des Produits, notamment en laissant entendre que tous ses produits ont le même classement.

Les communications en lien avec un produit devront nécessairement utiliser le Logo Classant adéquat conformément aux dispositions de l'article 6.2 du règlement d'usage.

QUELLES SONT LES REGLES D'APPOSITION DU NUTRI-SCORE DANS LE CADRE PROMOTIONNEL ?

Les règles d'utilisation du Nutri-Score à des fins de communication et de promotion commerciale sont détaillées dans la charte graphique. Dans ces cas, le fabricant a le choix de faire figurer le logo communication seul (sans emphase sur l'une des lettres) et/ou de 3 à 5 modules du Nutri-Score, tous à la même taille et en quadrichromie.

Néanmoins, si l'ensemble de la gamme de produits de la marque engagée n'est répartie que dans une ou deux couleurs, il est possible d'afficher uniquement les couleurs correspondantes à cette gamme.

L'utilisation du logo Nutri-Score sur les catalogues, flyers, etc. est facultative. Seule l'apposition sur les emballages est obligatoire. Dans ce cadre, dès lors que le logo est affiché en face avant, il est possible, si l'exploitant le souhaite, d'ajouter un encart explicatif du logo au dos de l'emballage. Les informations accolées au Nutri-Score dans cet encart doivent se rapporter uniquement aux éléments de calcul du score. L'encart ne doit pas présenter d'autres types d'information sur les additifs ou conservateurs par exemple qui pourraient laisser entendre que ces composantes sont intégrées dans le calcul du Nutri-Score.

COMMENT RECEVOIR LES LOGOS DU NUTRI-SCORE POUR UNE PRESENTATION PEDAGOGIQUE, SCIENTIFIQUE OU JOURNALISTIQUE ?

Certains logos peuvent être obtenus en écrivant à l'adresse nutriscore@santepubliquefrance.fr, en détaillant bien entendu l'utilisation souhaitée.

PEUT-ON REPRODUIRE LA MARQUE NUTRI-SCORE SANS L'AUTORISATION DE SANTE PUBLIQUE FRANCE ?

Dès lors que l'utilisation du Nutri-Score est faite à titre de marque, dans la vie des affaires, l'autorisation préalable écrite de Santé publique France doit être sollicitée.

Annexe 1 : Modalités de calcul pour la quantification du contenu en fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive d'un produit transformé

Remarque préalable : seuls les fruits, légumes, légumineuses, fruits à coques et huiles de colza, de noix et d'olive entrant dans les groupes mentionnés dans cette annexe (issue des travaux de base de Scarborough et al.) sont retenus pour le calcul de la quantité de fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive d'un produit transformé.

D'après Peter Scarborough, Mike Rayner, Anna Boxer and Lynn Stockley. British Heart Foundation Health Promotion Research Group, Department of Public Health, University of Oxford. December 2005³.



L'élaboration initiale de cette composante fruits, légumes, légumineuses et fruits à coques du score de la Food Standard Agency (FSA) dans les années 2000 est basée sur une classification des aliments dénommée Eurocode 2 disponible en anglais sur Internet¹.

Ce document a pour but de fournir des clarifications afin de permettre une harmonisation de la **façon dont la quantité de « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive » dans un aliment doit être évaluée** pour permettre le calcul du score. Les points traités sont les suivants :

1. Quels sont les aliments inclus dans les légumes pour le calcul de la composante « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive » du calcul du score ?
2. Les fruits, légumineuses et légumes en purée, concentrés, séchés et en poudre et les jus de fruits et légumes doivent-ils être inclus dans le calcul de la quantité de fruits et de légumes dans un produit pour calculer un score. Si oui, comment la quantité de ces fruits et légumes transformés doit être calculée ?
3. Les quantités de fruits, légumes, légumineuses et fruits à coques dans un produit, les quantités doivent-elles être calculées avant ou après la cuisson ?

1. DEFINITION DES FRUITS, LEGUMES, LEGUMINEUSES, FRUITS A COQUE ET HUILES DE COLZA, DE NOIX ET D'OLIVE

La classification Eurocode 2 (disponible en anglais) définit des groupes d'aliments. Dans ce système, les « fruits » sont définis comme des produits du groupe 9 ; les « légumes » du groupe 8, les « légumineuses » du groupe 7.10, les « fruits à coque » des groupes 7.20 et 7.40.

Les groupes retenus sont donc selon cette classification :

- i. Group 7.10 (Pulses);

³ disponible sur

https://www.researchgate.net/publication/267194254_Application_of_the_Nutrient_profiling_model_Definition_of_'fruit_vegetables_and_nuts'_and_guidance_on_quantifying_the_fruit_vegetable_and_nut_content_of_a_processed_product

ii. Group 8.10 (Leaf vegetables); 8.15 (Brassicas); 8.20 (Stalk vegetables); 8.25 (Shoot vegetables); 8.30 (Onion-family vegetables); 8.38 (Root vegetables); 8.40 (Fruit vegetables); 8.42 (Flower-head vegetables); 8.45 (Seed vegetables and immature pulses); 8.50 (Edible fungi); 8.55 (Seaweeds and algae); 8.60 (Vegetable mixtures)

iii Group 9.10 (Malaceous fruit); 9.20 (Prunus species fruit); 9.25 (Other stone fruit); 9.30 (Berries); 9.40 (Citrus fruit); 9.50 (Miscellaneous fruit); 9.60 (Fruit mixtures).

iv Group 7.20 (underground pulses) ; 7.40 (nuts)

Une liste des aliments entrant dans ces groupes est disponible en annexe 3.

Les **herbes**, listées dans le groupe 12.20 de la classification Eurocode 2, sont également incluses dans le calcul de la composante, ainsi que les **huiles de colza, de noix et d'olive**.



Précisions :

- La **noix de coco** présente des problèmes particuliers car elle est mangée d'une manière différente des autres noix.

Selon la façon dont elle est consommée, celle-ci est comptabilisée dans les groupes suivants :

- la **chair** de noix de coco fraîche est considérée comme **fruit**,
- l'**eau** de la noix de coco (ou « eau de coco », définie comme étant le liquide extrait du centre de la noix de coco verte non mûre, sans extraction ou pressage de la chair de coco), est considérée comme **une boisson**. Elle pourra être comptée comme **un fruit** dans le calcul.

- le **lait de coco** (obtenu par extraction ou pressage de la chair de noix de coco mûre) est considéré comme **un aliment**. Les ingrédients provenant de la noix de coco (par exemple l'extrait de coco) pourront être considérés comme **des fruits**. Cependant, tout ajout d'eau ne sera pas à prendre en compte.

- la **crème de coco** est considérée comme une **matière grasse ajoutée**. Les ingrédients provenant de la noix de coco (par exemple l'extrait de coco) pourront être considérés comme **des fruits**. Cependant, tout ajout d'eau ne sera pas à prendre en compte.

- la noix de coco **desséchée** et **séchée** équivaut à des **fruits secs**. La noix de coco râpée et séchée est considérée comme **un fruit sec**.

- la noix de coco qui est traitée au-delà du produit d'origine n'est pas prise en compte.

- Les **cornichons** sont une variété de CUCUMIS SATIVUS, comme le concombre. En considérant le nom botanique, ils sont listés dans les légumes.
- Les **câpres** ne sont pas listés, ils ne sont pas à inclure dans le calcul des légumes.



Ne sont pas comptabilisés :

× Les **tubercules** notamment les pommes de terre et **autres légumes féculents** (comme les ignames ou le manioc groupe 8.34) sont exclus du calcul.

× Les **farines de légumineuses et de maïs** sont également exclues du calcul du pourcentage de fruits et légumes.

× **Le quinoa**, dont la composition nutritionnelle est proche des céréales, n'est pas considéré comme un légume.

× **Les épices** : elles ne font pas partie du groupe Eurocode générique 8 (dont sont issus les légumes) mais du groupe 4.

× **Les graines de chia, pavot, tournesol, lin et pignons de pins** qui font partie du groupe Eurocode 7.30 non repris par le document FSA

× **Les autres aliments qui ne figurent pas dans la liste des eurocodes 9, 8, 7.10, 7.20, 7.40 et 12.20.**

2. CALCUL DE LA QUANTITE DE FRUITS, LEGUMES ET LEGUMINEUSES DANS LES PRODUITS TRANSFORMES

- **Niveaux de transformation acceptable pour la prise en compte dans le calcul**

Les effets bénéfiques pour la santé des fruits et légumes sont associés à l'ensemble du produit, **dont les vitamines qu'ils apportent.**

Le traitement peut entraîner la perte de fibres et de vitamines. Par conséquent, il n'est pas approprié que des ingrédients tels que les sucres de jus de fruits concentrés qui sont ajoutés aux aliments pour en augmenter la douceur soient comptés pour calculer le score de la même manière que des fruits et légumes bruts.

Les fruits, légumes bruts (y compris ceux qui sont cuits et séchés) et les fruits, légumes et légumineuses peu transformés (pelés, tranchés, en conserve, congelés, en purée, pulpe, grillés, marinés) comptent pour calculer le score. Les fruits à coque grillés peuvent aussi être comptés. Pour rappel, les fruits, légumes, légumineuses et fruits à coque et huile ne comptent qu'au-dessus d'un seuil de 40%.

En revanche, les fruits, légumes et légumineuses qui sont soumis à un traitement ultérieur (par exemple sucres concentrés de jus de fruits, poudres, lyophilisation, fruits confits, fruits sous forme de stick, farine conduisant à une perte en eau) ne comptent pas. Ainsi, le maïs sous forme de pop-corn ou les protéines de soja ne peuvent pas être pris en compte. Concernant le procédé de friture, les légumes frits qui sont épais et partiellement déshydratés par le procédé peuvent être comptés, alors que les chips qui sont fines et complètement déshydratées ne peuvent pas être comptabilisées.

Toute addition d'ingrédients qui ne sont pas comptabilisés comme des Fruits, Légumes, Légumineuses, Fruits à Coques et Huiles ne peuvent être pris en compte dans la composante associée (avec l'exception des reconstitutions à 100% des concentrés de jus de fruits et des légumes déshydratés). Par exemple, dans le cas d'addition de sucre ou de miel sur des fruits ou des noix, seuls les fruits ou les noix sont inclus dans la proportion de Fruits & Légumes. De même, comme détaillé plus haut, l'eau ajoutée dans le cas du lait de coco, pour diluer le produit n'est pas inclus dans la composante Fruits & Légumes.

Les jus de fruits et légumes pouvant être pris en compte dans le calcul de la composante fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive, sont les suivants, en accord avec la directive européenne n°2001/112/CE:

- Jus de fruits (comme décrit dans l'annexe I.I.1.a)
- Jus de fruits à base de concentré (comme décrit dans l'annexe I.I.1.b)
- Nectar de fruits (comme décrit dans l'annexe I.I.4). Néanmoins, les sucres ajoutés ne sont pas à prendre compte dans la composante Fruits & Légumes.

Les autres catégories sont exclues de la composante Fruits et Légumes :

- Jus de fruits concentré (comme décrit dans l'annexe I.I.2). Seule la reconstitution à 100% peut être prise en compte.
- Purée de fruit concentrée dans le cadre de la préparation de nectar de fruit (comme décrit dans l'annexe I.I.4). Seule la reconstitution à 100% peut être prise en compte.
- Jus de fruits déshydratés ou en poudre (comme décrit dans l'annexe I.I.3)

Les jus obtenus par le procédé d'extraction hydrique ne peuvent être comptabilisés.

Le contenu en fruits et légumes dans des boissons, soumises à un procédé visant à retirer l'alcool de la boisson ne peut être comptabilisé. Ces boissons sont qualifiées de manière générale de boissons désalcoolisées et deux exemples sont les bières sans alcool, ou les cocktails type Mojito sans alcool.

- **Modalités de calcul dans le cas de fruits, légumes et légumineuses transformés**

Des travaux préalables montrent que:

- 15-20g de fruits secs et 25-30g de fruits prêts à consommer (semi-hydratés) équivalent à 80g de fruits frais.
- 40 g de légumineuses séchées équivalent à 80 g de légumineuses fraîches.
- 20 g de concentré de tomate et 25 g de ketchup de tomate sont équivalent à 80 g de tomate fraîche.

Ainsi, pour calculer le score nutritionnel, la quantité de fruits ou de légumes/légumineuses séchés ou de concentré de légumes présents dans un aliment devrait être multipliée par un facteur standard lors du calcul du montant pour 100 g d'un produit. Cependant, cette procédure pourrait entraîner des résultats anormaux. Par exemple, si la quantité de fruits secs dans une «barre de fruits et de céréales» devait être multipliée par 2, une barre pesant 75 g et contenant 50 g de fruits secs semblerait avoir une teneur en fruits de $100/75 = 133\%$, bien qu'il y ait 25g de constituants non-fruits.

C'est pourquoi il est convenu de multiplier la quantité de fruits ou de légumes/légumineuses séchés ou de concentré de légumes par une valeur convenue et de diviser par le poids des constituants non-fruits / légumes plus ceux des fruits ou des légumes multipliés par la valeur convenue. Un multiplicateur de 2 est considéré comme optimal.

Par conséquent, afin de ne pas surestimer leur importance pour une alimentation saine, le poids des fruits et légumes/légumineuses secs et des concentrés de légumes/légumineuses doit être **multiplié par 2** pour calculer la quantité de fruits et de légumes/légumineuses dans 100 g de nourriture.

Pour rappel, les jus ou purées de fruits concentrés dont la réhydratation n'est pas de 100% ne peuvent pas être comptabilisés dans la composante.

Dans l'exemple ci-dessus, en utilisant un multiplicateur de 2, la teneur en fruits de la barre des fruits et des céréales serait:

$$(50 \times 2) / (25 + (50 \times 2)) = 100/125 = 80\%.$$

Le facteur 2 s'applique quel que soit le facteur de concentration. Il n'est pas possible d'utiliser le facteur de reconstitution selon la directive 2012/122/EC. Par ailleurs, même si dans la liste des ingrédients, le grammage ou le pourcentage de fruits et légumes/légumineuses est indiqué une fois reconstitué selon la directive 2012/122/EC, le calcul du score doit se faire sur la base du produit concentré (avant reconstitution) en appliquant le facteur 2.

Le multiplicateur de 2 ne doit être appliqué qu'aux concentrés préparés comme le concentré de tomate par exemple. Pour un concentré triple, le même multiplicateur 2 est appliqué.

3. QUELLE QUANTITE DE FRUITS, LEGUMES, LEGUMINEUSES, FRUITS A COQUE, ET HUILES DE COLZA, OLIVE ET NOIX FAUT-IL CONSIDERER LORS DU CALCUL ?

La proportion de fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque, et huiles de colza, olive et noix doit être alignée avec les valeurs considérées lors de l'élaboration de la liste des ingrédients (même si ces proportions ne sont explicitement indiquées sur l'emballage).

RESUME DES RECOMMANDATIONS

Le **pourcentage de fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive** dans 100 g de nourriture est calculé comme suit:

% de f, lm, ln, fc & h dans un produit =

(Poids de f, lm, ln, fc & h) + (2 x poids de f, lm, ln séchés)

x 100

(Poids de f, lm, ln, fc & h) + (2 x poids de f, lm, ln séchés) + (poids des ingrédients non-f, lm, ln, fc & h)

f, lm, ln, fc & h: fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive, comprend des jus et des purées;

f, lm, ln séchés : comprend les concentrés de légumes

- **Liste des aliments pris en compte dans le calcul du score**

Les « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coques et huiles » comprennent les produits des familles suivantes :

Fruits :

- Prunes diverses;
- Pommes, poires, coings, nèfles...;
- Dattes, lychees, kaki
- Baies, raisin, cerises, cassis, fraises, groseilles, mures, canneberges, airelles...);
- Agrumes : citron orange, pamplemousse, kumquat, clémentine...
- Banane, kiwi, ananas, melons, figues, mangues, fruits de la passion, goyave, papaye, grenade, anacardium, carambole, durion, ramboutan, anone, figue de barbarie, sapotille, fruit de l'arbre à pain, tamarillo, tamarin

Légumes :

- Légumes-feuilles : endives, salades (tous types : laitue, roquette, frisée...), épinards, mâche, pissenlit, ortie, feuille de betterave, oseille... ;
- Crucifères (choux (divers types : fleur, rouge, de Bruxelles, pommé, vert, chinois, cresson, radis, brocolis... ;
- Légumes tige : céleri, fenouil, rhubarbe ;
- Asperges, chicorée, artichaut, cœur de palmier, pousse de bambou, taro... ;
- Oignons, échalotes, poireau, ail, ciboulette, persil, autres herbes aromatiques
- Légumes-racines : carottes, salsifis, céleri, radis, panais, betterave, racine de chicorée
- Légumes à fruits : tomate, aubergine, concombre, courgette, poivron, piment, citrouille, diverses courges, banane verte, plantain, avocat, olive, cornichon ;
- Légumes à fleurs : fleurs de citrouilles ;
- Légumes à graines germées : petit pois, fèves, maïs doux, germe de soja ;
- Champignons comestibles;

- Algues marines et algues;

Légumineuses :

- Pois (divers types : pois chiche, petit pois, pois cajan...),
- Haricots (divers types de Lima, petit rouge,...),
- Lentilles (divers types : vertes, jaunes, du Puy...),
- Niébé, soja, caroube, fèves...

Fruits à coque :

- Noix, noisettes, pistaches, noix du Brésil, noix de cajou, noix de pécan, noix de coco (cf. précisions ci-dessus), arachides, amandes, châtaigne

Huiles :

- Huiles de colza, de noix et d'olive

Herbes :

- Basilic, Coriandre, Citronnelle, Marjolaine, Menthe, Origan, Sauge, etc.

Les éléments non comptabilisés dans le calcul du score sont détaillés dans la partie précédente.

- **Calculer la quantité de fruits, légumes, légumineuses et fruits à coques dans un produit transformé**

Seuls les fruits, légumes et légumineuses intacts et très peu transformés comptent dans le calcul du score. Les fruits et légumes qui ont fait l'objet d'un traitement ultérieur ne comptent pas (voir détail des traitements plus haut).

Les fruits à coque qu'ils soient entiers, rôtis, hachés, râpés et broyés comptent.

- **Calculer le score avant ou après la cuisson**

La quantité de fruits et légumes dans le produit (g par 100g) peut être calculée avant ou après la cuisson. Cependant, lors du calcul de la quantité de fruits ou de légumes dans un aliment composé, tous les ingrédients doivent être dans le même état, soit crus, soit cuits.

EXEMPLES

Application de la formule générique à deux exemples :

% de f, lm, ln, fc & h dans un produit =

$$(\text{Poids de f, lm, ln, fc \& h}) + (2 \times \text{poids de f, lm, ln séchés})$$

$$\frac{\hspace{15em}}{(\text{Poids de f, lm, ln, fc \& h}) + (2 \times \text{poids de f, lm, ln séchés}) + (\text{poids des ingrédients non-f, lm, ln, fc \& h})} \times 100$$

f, lm, ln, fc, & h: fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive, comprend des jus et des purées;

f, lm, ln séchés : comprend les concentrés de légumes

1. Soit une portion de gâteau aux fruits de 150g constituée de

- 15 g de cerises,
- 25 g de raisins secs,
- 15 g de noix mélangées,
- 95 g d'autres ingrédients non-fruits, légumes, légumineuses ou fruits à coque.

Le pourcentage de fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive est :

$$15 (\text{cerises}) + 15 (\text{noix}) + (2 \times 25 (\text{raisins secs}))$$

$$\frac{\hspace{15em}}{15 + 15 + (2 \times 25) + 95 (\text{autres ingrédients})} \times 100 = \mathbf{46\%}$$

2. Soit une pizza de 320g constituée de

- 50 g de légumes cuits
- 20 g de concentré de tomate
- 250 g d'autres ingrédients

Le pourcentage de fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive est :

$$50 (\text{légumes}) + (2 \times 20 (\text{concentré}))$$

$$\frac{\hspace{15em}}{50 + (2 \times 20) + 250 (\text{autres ingrédients})} \times 100 = \mathbf{26\%}$$

Annexe 2 : Modalités de calcul du score nutritionnel

Il convient de bien distinguer le score nutritionnel du Nutri-Score :

- **Le score nutritionnel** permet, sur la base de la composition de l'aliment en différents nutriments et ingrédients majeurs pour la santé, de donner une estimation de la valeur nutritionnelle de l'aliment, sur une échelle allant de « moins quinze » -15 (meilleure qualité nutritionnelle) à « plus quarante » +40 **points** (moins bonne qualité nutritionnelle).
- **Le Nutri-Score** est une échelle graphique qui scinde le score nutritionnel en 5 classes (exprimées par une couleur associée à une lettre) et vise à faciliter la visibilité, la lisibilité, et la compréhension de la valeur nutritionnelle par le consommateur. Il ne s'agit pas de distinguer de « bons » ou de « mauvais » aliments, mais de distinguer selon 5 classes, les aliments meilleurs pour la santé de ceux moins satisfaisants pour la santé **du point de vue nutritionnel**. Il permet aussi aux producteurs d'aliments de déterminer comment reformuler leur produit pour lui faire gagner une classe et aux consommateurs de prendre en compte un argument santé.

L'algorithme de calcul du score nutritionnel ainsi que la méthode de calcul des seuils pour le classement selon le Nutri-Score sont publics et accessibles à tous, ce qui permet la transparence et la reproductibilité du système.

Le calcul du score nutritionnel est basé sur des données nutritionnelles pour 100g de produit, **qui font partie de la déclaration nutritionnelle obligatoire ou qui peuvent la compléter dans le respect de l'article 30 du règlement « INCO » n°1169/2011, soit:**

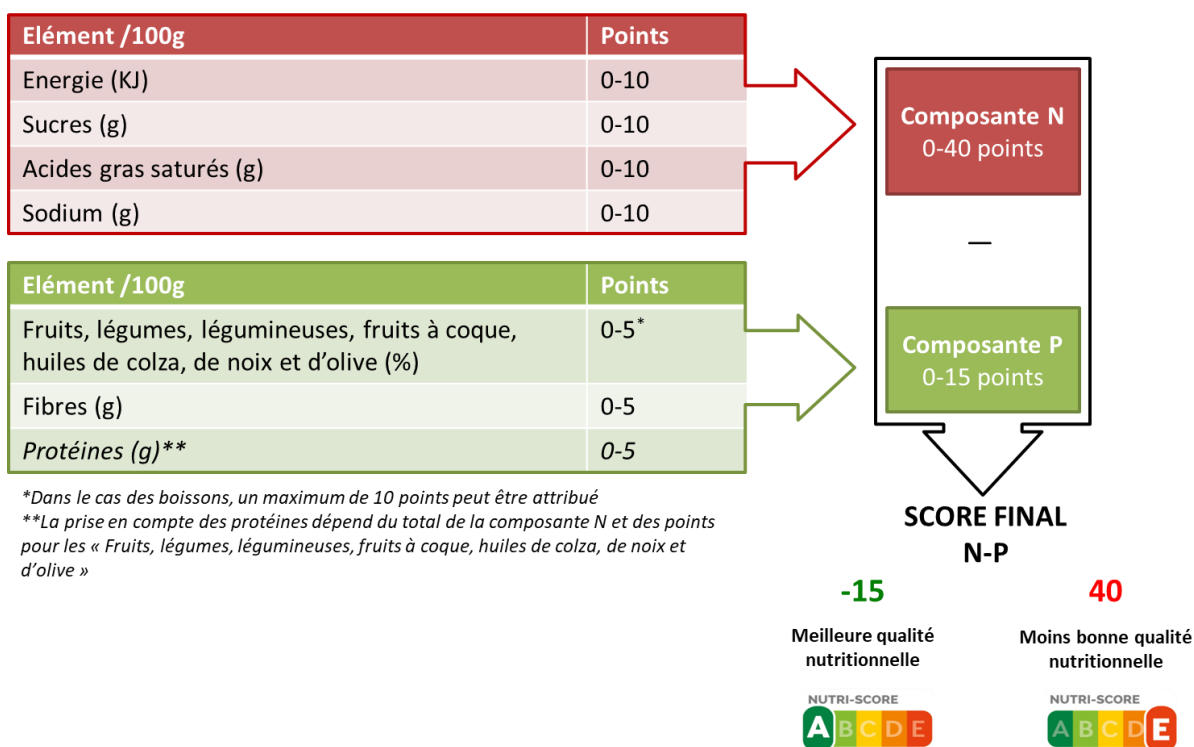
- La valeur énergétique (KJ)
- Les lipides (g)
- Les acides gras saturés (g)
- Les sucres (g)
- Les protéines (g)
- Le **sodium** (mg)
- Les fibres (g)

Les fruits, légumes, légumineuses et fruits à coque, au titre des vitamines qu'ils contiennent, ont une importance majeure en termes de santé publique et permettent de rendre l'information ainsi dispensée cohérente avec les recommandations nutritionnelles. Ils sont également pris en compte dans le **score nutritionnel**. **Une teneur minimale de 40% en fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive étant nécessaires pour obtenir 1 point dans le calcul du score nutritionnel, une estimation de cette teneur peut être obtenue à partir de la liste d'ingrédients du produit**, dans la mesure où pour ces produits, les fruits, légumes, **légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive** sont mentionnés dans la dénomination légale du produit (article 9 du règlement « INCO » n° 1169/2011, (Europa Summary of EU legislation 2012)).

- **Modalités de calcul du score : cas général**

Le score se compose de deux dimensions : les points pour les éléments 'défavorables' dont un apport en excès est considéré comme délétère pour l'état de santé : énergie, sucres, sodium et acides gras saturés⁴ et les points pour les éléments 'favorables' dont un apport adéquat est considéré comme favorable à la santé: fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive, protéines et fibres.

- Pour chacun des 4 éléments 'défavorables', 0 à 10 points sont attribués, en fonction de leur teneur dans 100g d'aliment. Le « pas » d'attribution des points est défini en fonction des apports de référence pour le nutriment spécifié. Une première somme est effectuée sur les éléments 'défavorables', pour obtenir la composante N donnant un nombre de points maximal de 40 points.
- Pour chacun des 3 éléments 'favorables', 0 à 5 points sont attribués (sauf adaptation pour les boissons) en fonction de la teneur aux 100g. Une somme est effectuée sur les éléments 'favorables', pour obtenir la composante P donnant un nombre de points maximal de 15 points.



En fonction du total de la composante N, l'ensemble des éléments 'favorables' sont soustraits, ou seulement les points pour les fibres et les fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive selon les conditions suivantes.

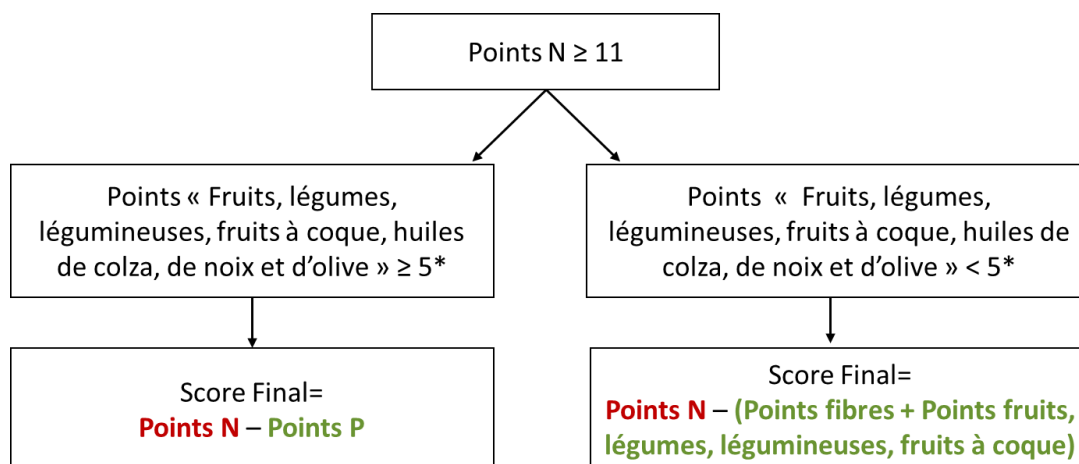
- Si le total de la composante N est inférieur à 11 points, alors le score nutritionnel est égal au total des points de la composante N auquel est retranché le total de la composante P.
- Si le total de la composante N est supérieur ou égal à 11 points, et,
 - Si les points pour les « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive » sont égaux à 5 (10 pour les boissons), alors le score nutritionnel est

⁴ Voir notamment : EU framework for national initiatives on selected nutrients (Salt, energy and saturated fatty acids, added sugars (2008,2011, 2015)

égal au total des points de la composante N auquel est retranché le total de la composante P.

- Si les points pour « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive » sont inférieurs à 5 (10 pour les boissons), alors le score nutritionnel est égal au total des points de la composante N auquel est retranché la somme des points « Fibres » et des points « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, de noix et d'olive ». Dans ce cas, la teneur en protéines n'est donc pas prise en compte pour le calcul du score nutritionnel **final**.

Le schéma ci-dessous récapitule, la formule à appliquer dans les différents cas de figure présentés.



*le score peut être égal à 10 dans le cas des boissons (cf. grille d'attribution spécifique ci-dessous)

La grille d'attribution des points pour le calcul du score nutritionnel dans le **cas général** est la suivante :

- Attribution des points pour les **éléments** défavorables du score nutritionnel (N)

Points	Densité énergétique (kJ/100g)	Sucres (g/100g)	Acides gras saturés (g/100g)	Sodium (mg/100g) ¹
0	≤ 335	≤ 4,5	≤ 1	≤ 90
1	> 335	> 4,5	> 1	> 90
2	> 670	> 9	> 2	> 180
3	> 1005	> 13,5	> 3	> 270
4	> 1340	> 18	> 4	> 360
5	> 1675	> 22,5	> 5	> 450
6	> 2010	> 27	> 6	> 540
7	> 2345	> 31	> 7	> 630
8	> 2680	> 36	> 8	> 720
9	> 3015	> 40	> 9	> 810
10	> 3350	> 45	> 10	> 900

¹ : la teneur en sodium correspond à la teneur en sel mentionnée sur la déclaration obligatoire divisée par 2,5.

- Attribution des points pour les éléments favorables du score nutritionnel (P)

Points	Fruits, légumes, légumineuses, fruits à coques, huiles de colza, de noix et d'olive (%)	Fibres (g/100g)	Protéine (g/100g)
0	≤ 40	≤ 0,9	≤ 1,6
1	> 40	> 0,9	> 1,6
2	> 60	> 1,9	> 3,2
3	-	> 2,8	> 4,8
4	-	> 3,7	> 6,4
5	> 80	> 4,7	> 8,0

- **Modalités de calcul du score : adaptations**

L'objectif principal du Nutri-Score est de permettre au consommateur d'évaluer la contribution d'un produit alimentaire à une alimentation équilibrée, en fonction de sa composition nutritionnelle. Pour chaque catégorie de produits, le Nutri-Score permet de rendre visible la variabilité des compositions des produits pour les nutriments d'intérêt : les produits se distribuent selon les catégories sur 3 à 5 classes. **Ce n'est pas le cas des matières grasses ajoutées** (huiles, beurre, crème) qui ne contiennent quasiment que des acides gras et **des fromages** qui sont regroupés sur 1 et 2 classes seulement (ANSES 2015a). Pour les **boissons**, en l'absence de quantité significative de la plupart des éléments entrant dans le calcul du score nutritionnel, et du fait de la nature liquide des produits, il est nécessaire de prendre en compte les éléments spécifiques à cette catégorie (sucres et énergie) pour le calcul du score nutritionnel. Ainsi, des adaptations ont été réalisées afin d'améliorer la cohérence entre le classement dans le Nutri-Score et les recommandations nutritionnelles (Haut Conseil de la Santé Publique 2015).

Les fromages

Les fromages sont compris dans la définition des produits laitiers, qu'il est recommandé de consommer plusieurs fois par jour. La recommandation incitant par ailleurs à tenir compte de leur composition en lipides (à limiter) et en calcium (à promouvoir).

Il existe une forte corrélation entre la composition en protéines et calcium des produits laitiers (Rayner et coll. 2005). Le calcium n'est pas un nutriment à déclaration obligatoire. C'est pourquoi l'adaptation du score consiste simplement à prendre en compte systématiquement la teneur en protéines des fromages (ce que leur teneur en sel, énergie et acides gras saturés ne permet pas car impliquant un total de la composante N supérieur à 11). Ceci rend compte de leur teneur relative en calcium.

Ainsi, la teneur en protéines est **toujours** prise en compte, que le total des points N soit < 11 ou non et les seuils utilisés pour les autres catégories d'aliments sont maintenus. Les fromages se répartissent alors en trois classes du Nutri-Score.

Score nutritionnel des fromages = Total Points N – Total Points P

Les matières grasses ajoutées

Le PNNS (Programme National Nutrition Santé) incite à privilégier les matières grasses d'origine végétale et à limiter les graisses d'origine animale (beurre, crème). La classification obtenue avec le calcul originel du score [qui](#) place l'ensemble des matières grasses ajoutées dans la classe « orange foncé/E » n'apparaît donc pas cohérente au regard des recommandations nutritionnelles. Une optimisation de l'algorithme est donc indispensable pour mieux prendre en compte la teneur en acides gras saturés⁵. La grille d'attribution des points pour les acides gras est calculée sur la composante AGS/lipides totaux (en pourcentage) avec un démarrage de la grille d'attribution des points à 10% et un pas ascendant de 6%.

La [colonne ratio](#) AGS/lipides totaux se substitue à la colonne AGS [prise en compte dans le cas général](#) mais les autres colonnes [restent inchangées et](#) doivent être utilisées.

Points	Ratio AGS/lipides totaux (%)
0	<10
1	<16
2	<22
3	<28
4	<34
5	<40
6	<46
7	<52
8	<58
9	<64
10	≥64

Les boissons

Pour les boissons, il est nécessaire de prendre en compte la composition nutritionnelle spécifique à cette catégorie, en particulier la teneur en sucres. Les adaptations ont été réalisées afin d'améliorer la cohérence entre le Nutri-Score et les recommandations nutritionnelles (Haut Conseil de la Santé Publique 2015). L'eau est la seule boisson recommandée par les instances internationales. Cette distinction justifie que l'eau soit systématiquement dissociée de l'ensemble des autres boissons (y compris 0 Calories). Par ailleurs, les études scientifiques les plus récentes suggèrent un effet négatif de la consommation de boissons édulcorées (donc sans apport énergétique) sur la santé (Fowler et coll. 2008; Narain et coll. 2017) ou en tous cas une absence de bénéfice de la consommation de ces produits (ANSES 2015b).

Le calcul du score pour les boissons est réalisé en prenant en compte les grilles [ci-dessous](#).






Les colonnes densité énergétique, sucres et fruits, légumes, légumineuses, fruits à coques et huiles de colza, de noix et d'olive se substituent aux colonnes précédentes mais les autres colonnes [restent inchangées et](#) doivent être utilisées.

⁵ EU framework for national initiatives on selected nutrients saturated fatty acids (2011)

Points	Densité énergétique (kJ/100g ou 100mL)	Sucres (g/100g ou 100mL)	Fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque, huiles de colza, de noix et d'olive (%)
0	≤0	≤0	≤40
1	≤30	≤1,5	
2	≤60	≤3	>40
3	≤90	≤4,5	
4	≤120	≤6	>60
5	≤150	≤7,5	
6	≤180	≤9	
7	≤210	≤10,5	
8	≤240	≤12	
9	≤270	≤13,5	
10	>270	> 13,5	>80

- **Attribution des couleurs**

Le logo Nutri-Score est ensuite attribué en fonction du score obtenu (cf. tableau ci-dessous).

Points		Logo
Aliments solides	Boissons	
Min à -1	Eaux	
0 à 2	Min à 1	
3 à 10	2 à 5	
11 à 18	6 à 9	
19 à Max	10 à Max	

Annexe 3: Classification Eurocode 2 – groupes inclus dans la composante « fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de noix, colza et olive »

7.10	Pulses			
7.10.10	Dried pea	Pisum sativum		Inc. Whole dried pea, Split pea
7.10.15	Chick pea	Cicer arietinum		(whole or split) Bengal gram, Garbanzo, Ceci
7.10.20	Dried broad bean	Vicia faba		
7.10.25	Lentil	Lens esculenta		Varieties: Green, Orange, Yellow, Puy, Indian brown
7.10.30	Common bean	Phaseolus vulgaris		<u>Common bean food items</u>
7.10.34	Dried lima bean	Phaseolus lunatis		Dried butter bean
7.10.38	Mung bean	Phaseolus aureus		Green gram, Golden gram
7.10.42	Urd bean	Phaseolus mungo		Black gram
7.10.46	Black eye bean	Vigna unguiculata		Blackeye pea, Chloris, Cowpea
7.10.50	Soya beans	Glycine max		Chinese black bean, Manchurian bean, Soybean
7.10.xx	Carob fruit	Ceratonia siliqua		Carob bean, Locust bean.

VEGETABLES

8.10 Leaf vegetables

8.10.10	Endive	Cichorium endivia		inc. Curly endive, Batavian endive, Radicchio
8.10.12	Lettuce	Lactuca sativa		inc. Iceberg lettuce, Cabbage lettuce, Cos lettuce, Leaf Lettuce
8.10.16	Lamb's lettuce	Valerianella olitoria		Corn salad, Mâche (Fr)
8.10.20	Swiss chard	Beta vulgaris var cicla		syn. Chard, Silver beet, Seakale beet, Leaf beet; inc. Spinach beet, Ruby/Rhubarb beet
8.10.24	Spinach	Spinacia oleracea		Spinage
8.10.28	Garden orache	Atriplex hortensis		Orach
8.10.30	Cress seedling	Lepidium sativum		
8.10.32	Mustard seedling	Sinapis alba		
8.10.34	Land cress	Barbarea verna		American cress, Winter cress
8.10.36	Watercress	Nasturtium officinale		

8.10.40	Vine leaf	<i>Vitis vinifera</i>	
8.10.44	Dandelion leaf	<i>Taraxacum officinalis</i>	
8.10.48	Nettle	<i>Urtica dioica</i>	Perennial nettle
8.10.50	Sorrel	<i>Rumex</i> spp.	syn. Sour grass; inc. Common sorrel, French sorrel
8.10.55	Purslane	<i>Portulaca oleracea</i>	
8.10.60	Parsley	<i>Petroselinum crispum</i>	
8.15	<u>Brassicas</u>		
8.15.10	<u>Broccoli</u>	<i>Brassica oleracea var italica</i>	
8.15.12	Broccoli tops	<i>Brassica oleracea var italica</i>	Mainly leaves
8.15.15	Cauliflower	<i>Brassica oleracea var botrytis</i>	
8.15.20	<u>Cabbage</u>	<i>Brassica oleracea var capitata alber</i>	Inc. White cabbage, Spring greens
8.15.24	Red cabbage	<i>Brassica oleracea var capitata rubra</i>	
8.15.28	Chinese cabbage	<i>Brassica oleracea var pekinensis</i>	Celery cabbage
8.15.32	Cabbage penca		
8.15.40	Brussels sprouts	<i>Brassica oleracea var gemmifera</i>	
8.15.42	Brussels tops	<i>Brassica oleracea var gemmifera</i>	Cabbage-like top of plant
8.15.46	Turnip tops	<i>Brassica rapa var rapifera</i>	
8.15.50	Kohlrabi	<i>Brassica oleracea var gongylodes</i>	Turnip cabbage
8.15.55	Curly kale	<i>Brassica oleracea var acephala</i>	Borecole
8.20	Stalk vegetables		
8.20.10	Celery	<i>Apium graveolens var dulce</i>	
8.20.20	Fennel	<i>Foeniculum vulgare var dulce</i>	Florence fennel
8.20.30	Sea kale	<i>Crambe maritima</i>	
8.20.50	Rhubarb	<i>Rheum rhaponticum</i>	Pie-plant
8.25	Shoot vegetables		
8.25.10	Asparagus	<i>Asparagus officinalis var altilis</i>	
8.25.20	Chicory	<i>Cichorium intybus</i>	Belgian / white chicory, Witloof

8.25.30	Globe artichoke	<i>Cynara scalyms</i>	French artichoke, Leafy artichoke
8.25.40	Bamboo shoot	<i>Bambusa</i> spp.	
8.25.50	Palm heart	<i>Palmaceae</i> spp.	
8.30	Onion-family vegetables		
8.30.10	Onion	<i>Allium cepa</i>	inc. Pickling onion, Red onion, Spanish onion
8.30.15	Spring onion	<i>Allium cepa</i>	
8.30.20	Shallot	<i>Allium ascalonicum</i>	
8.30.30	Leek	<i>Allium ampeloprasum</i> <i>var porrum</i>	
8.30.40	Garlic	<i>Allium sativum</i>	
8.30.50	Chives	<i>Allium schoenoprasum</i>	Chive garlic
8.38	Root vegetables		
8.38.10	Carrot	<i>Daucus carota</i>	
8.38.20	Salsify	<i>Scorzonera hispanica</i>	Vegetable oyster; inc. <i>Scorzonera</i> (Black salsify)
8.38.30	Celeriac	<i>Apium graveolens</i> <i>var rapaceum</i>	
8.38.34	Parsnip	<i>Pastinaca sativa</i>	
8.38.38	Turnip	<i>Brassica rapa</i> <i>var rapifera</i>	
8.38.42	Swede	<i>Brassica napus</i> <i>var napobrassica</i>	Rutabaga, Swedish turnip, Yellow turnip
8.38.50	Radish	<i>Raphanus sativus</i>	Inc. Red radish, White radish, Black radish, Daikon radish
8.38.55	Beetroot	<i>Beta vulgaris</i> <i>var conditiva</i>	Red beet
8.38.60	Parsley root	<i>Petroselinum crispum</i> <i>var tuberosus</i>	Parsley potato, Hamburg parsley
8.40	Fruit vegetables		
8.40.10	Tomato	<i>Lycopersicum esculentum</i>	Peruvian apple
8.40.15	Aubergine	<i>Solanum melongena</i>	Egg plant
8.40.20	Sweet pepper	<i>Capsicum annum</i> <i>var grossum</i>	Bell pepper, Capsicum pepper; inc. various coloured forms
8.40.25	Chilli pepper	<i>Capsicum frutescens</i>	Pimento
8.40.30	Cucumber	<i>Cucumis sativa</i>	
8.40.40	Courgette	<i>Cucurbita pepo</i>	Zucchini; inc. Marrow (mature)
8.40.45	Cucurbita squash	<i>Cucurbita</i> spp.	Inc. Acorn squash, Spaghetti squash, Custard squash, Golden nugget, Pumpkin

8.40.49	Other gourds	Cucurbitaceae spp.	Inc. Ash gourd, Bottle gourd, Butternut squash, Chayote, Snake squash
8.40.50	Akee	<i>Blighia sapida</i>	Akee, Akee apple
8.40.52	Breadfruit	<i>Artocarpus attilis</i>	See also: Jack fruit
8.40.54	Matoki	<i>Musa sapientium</i>	Green banana; see also: Banana
8.40.56	Plantain	<i>Musa paradisiaca</i>	Adam's fig; see also: Banana
8.40.60	Avocado	<i>Persea americana</i>	Alligator pear
8.40.65	Olive	<i>Olea europaea</i>	
8.45	Pod and seed vegetables		
8.45.10	Pea	<i>Pisum sativum</i>	Green / garden pea
8.45.20	Broad bean	<i>Vicia faba</i>	Faba bean, Field bean, Horse bean
8.45.25	Wax beans	<i>Phaseolus lunatis</i>	Butter bean, Lima bean
8.45.30	French bean	<i>Phaseolus vulgaris</i>	Green bean
8.45.40	Runner beans	<i>Phaseolus coccineus</i>	Green bean, String bean
8.45.50	Sweet corn	<i>Zea mays</i>	Sweet maize; inc. "Baby corn" (immature)
8.45.60	Okra	<i>Hibiscus esculentus</i>	Gumbo, Ladyfinger, Okro
8.50	Edible fungi		
8.50.10	Cultivated mushroom	<i>Agaricus bisporus</i>	Inc. Button mushroom, Cup mushroom, Open mushroom
8.50.15	Field mushroom	<i>Agaricus</i> spp.	
8.50.20	Honey mushroom	<i>Armillaria mellea</i>	Honey agaric, Honey fungus
8.50.25	Boletus	<i>Boletus</i> (and other) spp.	Inc. Yellow boletus, Red boletus, Rough stemmed boletus, Ringed boletus
8.50.30	Truffle	<i>Tuber melanosporum</i>	Swine bread
8.50.35	Morel	<i>Morchella esculanta</i>	
8.50.40	Cantharelle	<i>Cantharellus cibarius</i>	
8.50.45	Orange agaric	<i>Lactarius deliciosus</i>	Saffron milk-cap
8.50.50	Oyster mushroom	<i>Pleurotus ostreatus</i>	
8.50.55	Shiitake mushroom	<i>Lentinus edodes</i>	
8.50.60	Straw mushroom	<i>Volvaria volvaria</i>	
8.55	Seaweeds		
8.55.10	Irish moss	<i>Chondrus crispus</i>	Carrageen moss
8.55.20	Kombu	<i>Laminaria</i> spp.	

8.55.30	Laver	Porphyra spp.	Inc. Sea lettuce, Nori (Japanese laver)
8.55.40	Wakame	Undaria spp.	
8.60	Vegetable mixtures		
8.60.10	<u>Vegetable mixes</u>		
8.60.20	Mustard and cress	Sinapis alba / Lepidium sativum	
8.60.30	Pot-herb		

FRUITS

9.10 Malaceous fruit

9.10.10	<u>Dessert apple</u>	Pyrus malus / Malus pumila	Inc. Granny Smith, Golden Delicious, Discovery
9.10.15	<u>Cooking apple</u>	Pyrus malus / Malus pumila	Inc. Bramley's Seedling
9.10.20	Pear	Pyrus communis	Inc. Conference, Doyenne du Comice, William's Bon Chrétien
9.10.25	Nashi pear	Pyrus pyrifolia	Asian pear
9.10.30	Quince	Cydonia oblongo	
9.10.40	Medlar	Mespilus germanica	
9.10.50	Loquat	Eriobotrya japonica	Japanese medlar

9.20 Prunus species fruit

9.20.10	Apricot	Prunus armeniacea	
9.20.20	Peach	Prunus persica	
9.20.25	Nectarine	Prunus persica var nectarina	
9.20.30	Plum	Prunus domestica	
9.20.32	<u>Damson</u>	Prunus domestica var institia	Inc. Bullace, Prune damson
9.20.34	Mirabelle	Prunus domestica var syriaca	Syrian plum
9.20.36	Greengage	Prunus domestica var italica	
9.20.40	Sweet cherry	Prunus avium	Gean
9.20.45	Sour cherry	Prunus cerasus	Acid cherry; inc. Morello cherry
9.20.50	Chickasaw plum	Prunus angustifolia	
9.20.55	Susina	Prunus salicina	Japanese plum
9.20.60	Sloe	Prunus spinosa	Blackthorn, Sloe plum

9.25 Other stone fruit

9.25.30	Date	Phoenix dactylifera	
----------------	------	---------------------	--

9.25.40	Lychee	Litchi chinensis	Litchi, Lichi
9.25.44	Persimmon plum	Diospyros kaki	Date plum, Kaki, Sharon fruit
9.25.48	Barbados cherries	Malpighia spp.	Acerolas, West Indian cherries
9.30	Berries		
9.30.10	White grapes	Vitis vinifera	
9.30.12	Black grapes	Vitis vinifera	
9.30.15	Strawberries	Fragaria vesca	
9.30.20	Raspberries	Rubus idaeus	
9.30.22	Loganberries	Rubus loganobaccus	
9.30.24	Blackberries	Rubus fruticosus	
9.30.26	Dewberries	Rubus caesius	Youngberries
9.30.28	Cloudberries	Rubus chamaemorus	Averin, Knotberries
9.30.30	Gooseberries	Ribes grossularia	Wine berries
9.30.32	Black currants	Ribes nigrum	
9.30.34	Red currants	Ribes rubrum	
9.30.36	White currants	Ribes sativum	
9.30.40	Cranberries	Vaccinium oxycoccus	
9.30.42	Bilberries	Vaccinium myrtillus	Huckleberries, Whortleberries
9.30.44	Cowberry	Vaccinium vitis <i>var</i> idaea	Foxberries, Mountain cranberries, Red bilberries, Red whortleberries
9.30.46	Blueberries	Vaccinium corymbosum / Vaccinium angustifolium	
9.30.50	Elderberries	Sambuca nigra	
9.30.54	Rowanberries	Sorbus aucuparia	
9.30.58	Physalis	Physalis peruviana	Cape gooseberry, Chinese lantern, Golden berry
9.30.62	Mulberries	Morus spp.	Inc. Black mulberry, White mulberry
9.30.66	Bearberries	Arctostaphylos uva-ursi	Foxberries, Marranitas
9.30.70	Sea buckthorn	Hippophae rhamnoides	
9.40	Citrus fruit		
9.40.10	Lemon	Citrus limonum	
9.40.20	Orange	Citrus sinensis	Sweet orange
9.40.25	Tangerine	Citrus reticulata	Mandarin orange; inc. Clementine, Satsuma

9.40.30	Grapefruit	Citrus paradisi	
9.40.35	Pomelo	Citrus grandis	Pummelo, Shaddock
9.40.40	Lime	Citrus aurantifolia	
9.40.50	Kumquat	Fortunella japonica	Cumquat
9.50	Miscellaneous fruit		
9.50.10	Banana	Musa (infertile hybrid)	See also: Plantain
9.50.14	Pineapple	Ananas comosus	Ananas, Pine
9.50.18	Kiwi fruit	Actinidia chinensis	Chinese gooseberry, Monkey peach
9.50.22	Melon	Cucumis melo	Inc. Ogen, Cantaloupe, Honeydew, Gallia melons
9.50.26	Water melon	Citrullus vulgaris var lanatus	
9.50.30	Fig	Ficus carica	
9.50.32	Mango	Mangifera indica	
9.50.34	Pomegranate	Punica granatum	
9.50.36	Passionfruit	Passiflora edulis	Purple granadilla
9.50.38	Cashew fruit	Anacordium occidentale	Christmas apple
9.50.40	Guava	Psidium guayava	
9.50.42	Papaya	Carica papaya	Papaw
9.50.44	Custard apple	Anona spp.	Inc. Sour sop, Sweet sop, Bullock's heart
9.50.46	Prickly pear	Opuntia ficus indica	Indian fig cactus
9.50.48	Rose hip	Rosa canina	Rose berry, Rose haw
9.50.50	Sapodilla	Achras sapota	Naseberry, Sapodilla plum
9.50.52	Carambola	Averrhoa carambola	Star apple, Star fruit
9.50.54	Durian	Durio zibethinus	Durion
9.50.56	Jack fruit	Artocarpus heterophylla	Jack; see also: Breadfruit
9.50.58	Chayote	Sechium edule	
9.50.60	Rambutan	Nephelium lappaceum	
9.50.62	Tamarillo	Cyphomandra betacea	Tree tomato
9.50.64	Tamarinde	Tamarindus indica	
9.60	Fruit mixtures		
9.60.10	Fruit cocktail		Contg. pear, peach, pineapple, grape, cherry
9.60.20	Fruit salad		Contg. banana, orange, apple, pear, grape

NUTS

7.20 Underground pulses

7.20.10	Peanut	<i>Arachis hypogea</i>	Groundnut, Monkey nut
----------------	--------	------------------------	-----------------------

7.40 Nuts

7.40.10	Walnut	<i>Juglans regia</i>	
7.40.14	Hazelnut	<i>Corylus avellana</i>	
7.40.18	Filbert	<i>Corylus maxima</i>	
7.40.22	Coconut	<i>Cocos nucifera</i>	Cokernut
7.40.26	Brazil nut	<i>Bertholletia excelsa</i>	Paranut, Cream nut
7.40.30	Hickory nut	<i>Carya illinoensis</i>	Pecan nut
7.40.34	Cashew nut	<i>Anacardium occidentale</i>	
7.40.38	Almond, sweet	<i>Prunus amygalus dulcis</i>	
7.40.42	Almond, bitter	<i>Prunus amygalus amara</i>	
7.40.46	Pistachio nut	<i>Pistacia vera</i>	
7.40.50	Sweet chestnut	<i>Castanea vulgaris</i>	

12.20 Herbs

12.20.10	Angelica	<i>Angelica archangelica</i>	(leaf, stem, root, seed) see also Candied angelica
12.20.12	Basil	<i>Ocimum basilicum</i>	(leaf)
12.20.14	Bay	<i>Laurus nobilis</i>	(leaf)
12.20.16	Bergamot	<i>Monarda didyma</i>	(leaf, flower)
12.20.18	Burnet	<i>Poterium sanguisorba</i>	(leaf)
12.20.20	Borage	<i>Borago officinalis</i>	(flower, leaf)
12.20.22	Chervil	<i>Anthriscus cerefolium</i>	(leaf)
12.20.24	Chamomile	<i>Chamaemelum nobile</i>	(leaf, flower)
12.20.26	Comfrey	<i>Symphytum officinale</i>	(leaf, root)
12.20.28	Coriander	<i>Coriandrum sativum</i>	(leaf, root)
12.20.30	Curry	<i>Chalcas koenigii</i>	(leaf)
12.20.32	Dill	<i>Anethum graveolens</i>	(leaf)
12.20.34	Fennel	<i>Foeniculum vulgare</i>	(leaf, stem, seed)
12.20.36	Fenugreek	<i>Trigonella foenum-graceum</i>	(leaf)
12.20.38	Hop	<i>Humulus lupulus</i>	(flower, shoot)
12.20.40	Hyssop	<i>Hysoppus officinalis</i>	(leaf)
12.20.42	Lemon balm	<i>Melissa officinalis</i>	(leaf)
12.20.44	Lemon grass	<i>Cymbopogon</i> spp.	(leaf)

12.20.46	Lemon verbena	<i>Lippia citriodora</i>	(leaf)
12.20.48	Lovage	<i>Levisticum officinale</i>	(leaf, stem, root, seed)
12.20.50	Marigold	<i>Calendula officinalis</i>	(petal)
12.20.52	Marjoram	<i>Origanum majorana</i>	(leaf) also Sweet marjoram, Spanish wild marjoram
12.20.54	Mint	<i>Mentha</i> spp.	(leaf)
12.20.56	Nasturtium	<i>Tropaeolum majus</i>	(leaf, petal, seed, seed pod)
12.20.58	Oregano	<i>Origanum vulgare</i>	(leaf, flower)
12.20.60	Rosemary	<i>Rosmarinus officinalis</i>	(leaf)
12.20.62	Sage	<i>Salvia officinalis</i>	(leaf)
12.20.64	Savory	<i>Saturcia</i> spp.	(leaf) inc. Winter savory, Summer savory
12.20.66	Tansy	<i>Chrysanthemum vulgare</i>	(leaf)
12.20.68	Tarragon	<i>Artemesia dracunculus</i>	(leaf)
12.20.70	Thyme	<i>Thymus</i> spp.	(leaf)
12.20.72	Woodruff	<i>Asperula odorata</i>	(leaf)
12.20.74	Yarrow	<i>Achillea millefolium</i>	(leaf, root, seed)

ANEXO 8

Informe del Comité Científico de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) sobre la aplicación en España del sistema Nutri-Score de información sobre la calidad nutricional de los alimentos

Número de referencia: AESAN-2020-004

Informe aprobado por el Comité Científico en su sesión plenaria de 4 de marzo de 2020

Grupo de trabajo

Montaña Cámara Hurtado (Coordinadora), Carlos Alonso Calleja, Rosa María Giner Pons, Elena González Fandos, Jordi Mañes Vinuesa, José Alfredo Martínez Hernández, Esther López García, Victoria Moreno-Arribas, María del Puy Portillo Baquedano, David Rodríguez Lázaro, Magdalena Rafecas Martínez, Marta García Solano (AESAN), Enrique Gutiérrez González (AESAN) y M^a José Yusta Boyo (AESAN)

Comité Científico

Carlos Alonso Calleja Universidad de León	Rosa María Giner Pons Universitat de València	Sonia Marín Sillué Universitat de Lleida	Magdalena Rafecas Martínez Universitat de Barcelona
Montaña Cámara Hurtado Universidad Complutense de Madrid	Elena González Fandos Universidad de La Rioja	José Alfredo Martínez Hernández Universidad de Navarra	David Rodríguez Lázaro Universidad de Burgos
Álvaro Daschner Hospital de La Princesa de Madrid	María José González Muñoz Universidad de Alcalá de Henares	Francisco José Morales Navas Consejo Superior de Investigaciones Científicas	Carmen Rubio Armendáriz Universidad de La Laguna
Pablo Fernández Escámez Universidad Politécnica de Cartagena	Esther López García Universidad Autónoma de Madrid	Victoria Moreno Arribas Consejo Superior de Investigaciones Científicas	María José Ruiz Leal Universitat de València
Carlos Manuel Franco Abuín Universidad de Santiago de Compostela	Jordi Mañes Vinuesa Universitat de València	María del Puy Portillo Baquedano Universidad del País Vasco	Pau Talens Oliag Universitat Politècnica de València
Secretario técnico Vicente Calderón Pascual			

Resumen

La principal causa de morbilidad y mortalidad en Europa son las enfermedades no transmisibles, siendo los desequilibrios en la ingesta de sal y de algunos nutrientes, especialmente, las grasas, los azúcares o la fibra, entre otros, los principales factores de riesgo modificables en relación con estas enfermedades.

Una de las herramientas de las políticas de salud pública para promover dietas saludables es el etiquetado nutricional, que está regulado en la Unión Europea mediante el Reglamento (UE) N° 1169/2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor. Esta normativa incluye la posibilidad de utilizar, de forma complementaria y voluntaria, un etiquetado nutricional frontal, con el fin de facilitar la utilización y comprensión de la información nutricional obligatoria por parte de los consumidores

favoreciendo las elecciones más saludables, e impulsar a los fabricantes a la elaboración de productos con mejor composición nutricional.

Entre los esquemas de etiquetado nutricional frontal destaca el denominado Nutri-Score, un sistema gráfico desarrollado en Francia que se basa en la utilización de un código de letras y colores para informar a los consumidores de una manera sencilla sobre la calidad nutricional de los alimentos y bebidas de forma complementaria a la declaración nutricional obligatoria establecida por la reglamentación europea.

El presente informe pretende dar respuesta a la solicitud de la opinión del Comité Científico respecto a la idoneidad de la adaptación del sistema Nutri-Score incorporando el contenido en aceite de oliva en su cálculo.

Para dar cumplimiento a la cuestión planteada se ha realizado una revisión de los modelos de etiquetado nutricional frontal utilizados en la Región Europea de la OMS (Organización Mundial de la Salud), con especial incidencia en el modelo aplicado en el Reino Unido y Nutri-Score en Francia. Se describe la escala de valoración utilizada y se explican las modificaciones realizadas, incluyendo aquella que corresponde al aceite de oliva.

El Comité Científico considera que la propuesta de adaptación del sistema Nutri-Score incluyendo el aceite de oliva, mejora la consideración de un producto que presenta beneficios nutricionales en base a su contenido en ácido oleico y supone una mejora de dicho sistema de etiquetado nutricional frontal.

Es necesario seguir identificando otros aspectos susceptibles de ser incorporados en el sistema Nutri-Score para la valoración nutricional de alimentos y bebidas característicos de la dieta española.

Palabras clave

Nutri-Score, etiquetado, FOPL, aceite de oliva.

Report of the Scientific Committee of the Spanish Agency for Food Safety and Nutrition (AESAN) on the implementation in Spain of the Nutri-Score information system regarding the nutritional quality of food products

Abstract

Non-communicable diseases are the main cause of morbidity and mortality in Europe. Imbalances in the intake of salt and some nutrients, particularly fats, sugars or fibre, among others, are the main preventable risk factors with regard to these diseases.

One of the tools of public health policies to promote healthy diets is nutrition labelling, which is regulated in the European Union by Regulation (EU) No. 1169/2011 on the provision of food information to consumers. This regulation enables the possibility of using, in a complementary and voluntary way, a system of front-of-pack nutrition labelling in order to make the use and understanding of the mandatory nutritional information easier for consumers, favouring healthier choices, and encouraging manufacturers to make products with a better nutritional composition.

Among the front-of-pack nutrition labelling schemes, the Nutri-Score system should be highlighted. It is a graphic system developed in France based on the use of a letters and colours code to inform consumers, in a simple way, of the nutritional quality of food and drinks in addition to the mandatory nutritional information set forth by European legislation.

The purpose of this report is to respond to the request for the opinion of the Scientific Committee on the suitability of the adaptation of the Nutri-Score system by incorporating the content of olive oil in its algorithm.

In answer to the question raised, a review of the front-of-pack nutrition labelling models used in the WHO European Region has been conducted, with a special focus on the model applied in the United Kingdom and Nutri-Score in France. The value scale used is described and the amendments made are explained, including the one corresponding to olive oil.

The Scientific Committee considers that the Nutri-Score adaptation proposal including olive oil improves the consideration of a product, which presents nutritional benefits based on its oleic acid content, and entails an improvement regarding this front-of-pack nutrition labelling system.

It is necessary to keep identifying other aspects that may be incorporated into the Nutri-Score system for the nutritional assessment of foods and drinks usually found in the Spanish diet.

Key words

Nutri-Score, labelling, FOPL, olive oil.

Cita sugerida

Comité Científico AESAN. (Grupo de Trabajo) Cámara, M., Alonso, C., Giner, R.M., González, E., Mañes, J., Martínez, J.A., López, E., Moreno-Arribas, V., Portillo, M.P., Rodríguez, D., Rafecas, M., García, M., Gutiérrez, E. y Yusta, M.J. Informe del Comité Científico de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) sobre la aplicación en España del sistema Nutri-Score de información sobre la calidad nutricional de los alimentos. *Revista del Comité Científico de la AESAN*, 2020, 31, pp: 77-97.

1. Introducción

La principal causa de morbilidad y mortalidad en la Región Europea de la Organización Mundial de la Salud (OMS) son las enfermedades no transmisibles (OMS, 2018). La alimentación juega un papel determinante en la prevención de toda una serie de enfermedades no transmisibles que incluyen las enfermedades cardiovasculares, la enfermedad cerebrovascular, la diabetes mellitus tipo 2 y diferentes tipos de cáncer; siendo los desequilibrios en la ingesta de sal y de algunos nutrientes, especialmente, las grasas, los azúcares o la fibra, entre otros, los principales factores de riesgo prevenibles en relación con estas enfermedades.

Los gobiernos de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han aprobado políticas de salud que tienen como objetivo promover dietas saludables, hacer frente a las crecientes tasas de obesidad y garantizar la nutrición y la seguridad alimentaria. El Plan de Acción Europeo de la OMS sobre Alimentación y Nutrición 2015-2020 (OMS, 2014) y el Plan de Acción de la Unión Europea sobre Obesidad Infantil 2014-2020 (UE, 2014), promueven el desarrollo de una serie de políticas de salud pública a través de un enfoque multidisciplinar en todos los ámbitos de la administración pública, con la implicación del sector privado y de los ciudadanos. El objetivo es mejorar la disponibilidad, la asequibilidad y el atractivo de los alimentos saludables, con vistas a mejorar la calidad general de la dieta de los ciudadanos y, en última instancia, la salud y el bienestar de la población.

Para fomentar la alimentación saludable, promover la actividad física e invertir la tendencia ascendente de la prevalencia de la obesidad y, con ello, reducir sustancialmente las altas tasas de morbilidad y mortalidad atribuibles a las enfermedades crónicas, se ha formulado en España la Estrategia NAOS sobre Nutrición, Actividad Física y Prevención de la Obesidad.

Una de las herramientas de las políticas de salud pública para promover dietas saludables es el etiquetado nutricional. La normativa europea sobre información nutricional (Reglamento (UE) Nº 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor), establece desde 2016 los requisitos que debe cumplir la información nutricional obligatoria (UE, 2011). Por otro lado, menciona la posibilidad de utilizar, de forma complementaria y voluntaria, un etiquetado nutricional frontal conocido como FOPL (del inglés *Front-of-pack labelling*), con el fin de facilitar la utilización y comprensión de la información nutricional obligatoria por parte de los consumidores, favoreciendo las elecciones más saludables, e impulsar a los fabricantes a la elaboración de productos con mejor composición nutricional.

Entre los esquemas de etiquetado nutricional frontal destaca el denominado Nutri-Score, un sistema gráfico desarrollado en Francia que se basa en la utilización de un código de letras y colores para informar a los consumidores, de una manera sencilla, sobre la calidad nutricional de los alimentos y bebidas de forma complementaria a la declaración nutricional obligatoria establecida por la reglamentación europea.

El sistema gráfico o logotipo de Nutri-Score consiste en cinco colores (de verde oscuro a naranja oscuro) asociados cada uno de ellos a una letra (categorías de la A a la E), que describen cinco categorías en función de la calidad nutricional (de mejor a peor, respectivamente). La clasificación en una u otra categoría se realiza teniendo en cuenta el resultado del cálculo de un algoritmo, definido sobre bases de salud pública y validado científicamente, que consiste en la atribución de

puntos en función de la composición nutricional por 100 g del producto. Para ello, se tienen en cuenta nutrientes considerados “desfavorables” desde el punto de vista nutricional (calorías, azúcares, ácidos grasos saturados y sodio) y “favorables” (proteínas, fibra y porcentaje de frutas, hortalizas, legumbres y frutos secos) y se asigna una puntuación en relación al contenido de cada uno, que se recoge en dos tablas diferentes.

El reglamento de uso recoge los quesos como caso particular, para los cuáles no se modifican los límites de contenido específico de nutrientes, sino que se permite contabilizar en todos los casos el contenido proteico, independientemente de la suma de puntos desfavorables. Otros casos particulares también recogidos en el reglamento de uso son las bebidas y las materias grasas, en los que sí se modifican los límites de contenido específicos de nutrientes.

En España, en noviembre de 2018, la Ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social hizo pública la intención de implementar Nutri-Score, por considerarse que era el FOPL que mejor se adaptaba al objetivo de salud pública planteado en nuestro país. Con ello se daba respuesta a la demanda por parte de los ciudadanos, profesionales y sociedades científicas, así como a la intención manifestada por algunas comunidades autónomas de adoptar un modelo propio y al anuncio de la implantación inminente de otro modelo propuesto por 5 multinacionales en varios países, entre ellos España.

En los meses posteriores, *Santé publique France*, la agencia nacional de salud pública francesa, desarrolló una modificación para considerar positivamente el contenido de aceite de oliva en los alimentos, cuya puntuación en Nutri-Score no difería de otros aceites con un perfil nutricional menos saludable.

Como consecuencia, en septiembre de 2019, se publicó en el *Journal Officiel de la République Française* una modificación del decreto que regula el uso de Nutri-Score en Francia. Esta modificación será de aplicación homogénea en todos los países que adopten Nutri-Score.

El presente informe pretende dar respuesta a la solicitud de la opinión del Comité Científico respecto a la idoneidad de la adaptación del sistema Nutri-Score incorporando el contenido en aceite de oliva en su cálculo.

Para dar cumplimiento a la cuestión planteada se ha realizado una revisión de los modelos de etiquetado nutricional frontal utilizados en la Región Europea de la OMS, con especial incidencia en el modelo aplicado en el Reino Unido y Nutri-Score en Francia. Se describe la escala de valoración utilizada y se explican las modificaciones realizadas, incluyendo aquella que corresponde al aceite de oliva.

2. Modelos de etiquetado nutricional frontal en la Región europea de la OMS

El Reglamento (UE) N° 1169/2011 establece la posibilidad, con carácter voluntario, de utilizar un FOPL de forma complementaria a la información nutricional obligatoria, sin sustituirla, siempre y cuando se cumplan los requisitos mencionados en dicho Reglamento: no inducirá a error en el consumidor, no ser ambiguos ni confusos para el consumidor y estar basados en datos científicos relevantes (UE, 2011).

Por lo tanto, se permite cierta libertad a los Estados miembros de la Unión Europea para el desarrollo de un FOPL, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento (UE) N° 1169/2011, en el que también se insta a la Comisión Europea a que prepare un informe, aún no publicado, sobre el uso de las formas adicionales de expresión y presentación, su efecto en el mercado interior y si es aconsejable una ulterior armonización.

A la espera de este informe de la Comisión Europea, se han desarrollado varios modelos de FOPL en distintos países de la Unión Europea, que se pueden clasificar según diferentes criterios. A grandes rasgos, los FOPL se diferencian en los *no-interpretativos*, que proporcionan un resumen de la información nutricional y poco consejo o valoración sobre el valor nutricional de los productos para ayudar en las decisiones de compra, frente a los *interpretativos*, que proporcionan una valoración de la calidad nutricional del producto.

Según los datos de la Región Europea de OMS, los gobiernos de 15 países han respaldado una política de FOPL interpretativa, y en 13 de ellos se ha adoptado un logotipo (Kelly y Jewell, 2018). La mayoría de los logos identifican productos saludables, sin embargo, en tres países estos logos, además, proporcionan información sobre componentes menos saludables (etiquetas de advertencias en Israel, Nutri-Score en Francia y Traffic-Light en el Reino Unido). Los FOPL que identifican aspectos o componentes desfavorables de los productos alimenticios parece que apoyan mejor a los consumidores en su elección de los productos nutricionalmente más saludables.

Los cuatro tipos principales de FOPL interpretativo utilizados en la Región Europea de la OMS (que incluye países de la Unión Europea que deben cumplir con el Reglamento (UE) N° 1169/2011 y países que no pertenecen a la Unión Europea) se detallan en la tabla 1, y son los siguientes:

1. Logotipos de aprobación: se basan en una evaluación del producto positiva, se tienen en cuenta criterios favorables. Solo van a aparecer en aquellos productos que cumplen con unos estándares nutricionales establecidos. Por lo tanto, la mayoría de los productos no llevan este tipo de logo.

Los criterios para definir los estándares nutricionales varían de un logo a otro dependiendo de los nutrientes y/o ingredientes que se consideran, los límites de contenido y las unidades en las que se expresan, los grupos de alimentos a los que se aplica y si los criterios se establecen por cada grupo de alimentos.

La inclusión de texto que acompañe al logo suele mejorar la comprensión por parte de los consumidores.

2. Etiquetas de advertencia específicas para cada nutriente: se basan en una evaluación de los criterios desfavorables de los productos para cada nutriente. El resultado es una evaluación negativa.

Este tipo de logo lo muestran aquellos productos que exceden los límites establecidos para el contenido de ciertos nutrientes críticos (sal, grasa saturada, azúcares, energía, etc.). Los criterios pueden establecerse de forma global para todos los productos o por grupos de alimentos.

Un mismo producto puede llevar más de un logo de advertencia, cada uno relacionado con un nutriente.

3. Logotipos específicos para cada nutriente: se obtiene una evaluación positiva o negativa para cada nutriente.

En el caso particular del FOPL del Reino Unido, por un lado proporciona información numérica sobre el porcentaje de contribución que una porción de alimento proporciona a las ingestas recomendadas de un nutriente (no interpretativo) y, además, incluye la información interpretativa del contenido en nutrientes con un código de colores (valoración positiva o negativa).

4. Logotipos globales resumidos: se realiza una evaluación global del producto con resultado positivo o negativo, considerando criterios favorables y desfavorables.

Según unos criterios establecidos de contenido en nutrientes y/o ingredientes se realiza un cálculo de puntuación considerando puntos favorables y desfavorables. La puntuación final clasifica a los productos en un rango de categorías asociadas a un color, letra, etc. de más saludable a menos saludable. En el caso de Nutri-Score los criterios de puntuación son los mismos para todos los grupos de alimentos (excepto para bebidas, grasas y quesos).

El logo puede mostrarse en todos los productos.

Tabla 1. Resumen de los tipos principales de logos presentes en el FOPL interpretativo utilizados en la Región Europea de la OMS







Tipo de logo	Nombre del logo	Países
Logotipo de aprobación	Choice logo	 Bélgica, República Checa y Polonia
	Green endorsement logo	 Israel
	Healthy Living Guarantee Mark	 Croacia
	Heart Symbol	 Finlandia
	Keyhole logo	 Dinamarca, Islandia, Lituania, Noruega y Suecia
	Protective Food logo (Little Heart logo)	 Eslovenia

Tabla 1. Resumen de los tipos principales de logos presentes en el FOPL interpretativo utilizados en la Región Europea de la OMS

Tipo de logo	Nombre del logo	Países
Etiquetas de advertencia específicas para cada nutriente	Red warning label	Israel (logo obligatorio)
Logotipos específicos para cada nutriente	Traffic Light (codificación colores según % Ingestas recomendadas)	Reino Unido, Irlanda
Logotipos globales resumidos	Nutri-Score	Francia, Bélgica

Adaptado de: Kelly y Jewell (2018).

Recientemente Italia, en aplicación del artículo 35 del Reglamento (UE) N° 1169/2011, ha notificado a la Comisión Europea (27 de enero de 2020) el proyecto de Decreto ministerial que recomendará a los operadores de empresas alimentarias en Italia el uso de una forma adicional de expresión de la información nutricional, el logo "NutrInform Battery", consistente en la representación dentro de un símbolo de batería para cada nutriente del porcentaje de valor energético, grasas, grasas saturadas, azúcares y sal que aporta la porción individual del producto respecto a la cantidad recomendada de ingesta diaria. Hasta la fecha no hay estudios disponibles sobre comprensión, utilidad para discriminar entre alimentos, asociación con resultados en salud, preferencia por parte de los consumidores y estudios en consumidores de diferente status socioeconómico y de diferentes países, incluido España, para NutrInform Battery.

3. Perfiles nutricionales utilizados en el desarrollo de los FOPL

El desarrollo de los distintos tipos de FOPL se basa en perfiles nutricionales, que permiten clasificar los alimentos y bebidas en función de su composición nutricional utilizando criterios relacionados con la prevención de enfermedades y la promoción de la salud.

Para realizar esta clasificación los perfiles nutricionales pueden utilizar criterios específicos para cada grupo de alimentos y bebidas o bien los mismos criterios que aplican a casi todos los grupos de productos alimenticios.

Los perfiles nutricionales que se han utilizado en la mayoría de los FOPL se diferencian en cuatro aspectos claves:

1. Nutrientes que son considerados: en general, se tiene en cuenta solamente la información nutricional de los nutrientes considerados desfavorables en cuanto a su relación con enfermedades no transmisibles, es decir, el contenido en grasas totales, grasas saturadas, ácidos grasos *trans*, sodio (o sal) y/o azúcares añadidos/libres. Sin embargo, en algunos FOPL como

el Nutri-Score para el cálculo de la calidad nutricional también se consideran nutrientes o ingredientes favorables en cuanto a su relación con la salud, como es el contenido en fruta y hortalizas.

2. Unidades de referencia: en la mayoría de los FOPL se utilizan las unidades de contenido en g/100 g o ml/100 ml de producto, aunque en algunos casos concretos se utilizan de forma complementaria otras unidades de referencia. Así, en el semáforo del Reino Unido, para establecer los productos con alto contenido en un nutriente si el tamaño de porción es mayor de 100 g, se aplican unos límites por porción.

En otros casos, como el logo Keyhole, los criterios nutricionales relativos al contenido en grasa saturada se aplican sobre el total de grasa, los relativos a grasa total sobre el porcentaje de energía total y los de contenido en sal por porción, para algunos grupos de alimentos.

En Nutri-Score, de forma general se aplica a g/100 g, a excepción de para el grupo de grasas ya que, en este caso, los criterios nutricionales relativos al contenido en grasa saturada se aplican sobre el total de grasa.

3. Criterios nutricionales: los criterios nutricionales utilizados para desarrollar un FOPL pueden seguir tres enfoques, principalmente:

- a. Contribución de cada nutriente a las ingestas diarias recomendadas.

El semáforo del Reino Unido muestra la contribución de cada nutriente a la ingesta nutricional recomendada, que se expresa como % de las ingestas recomendadas, además de un código de colores para unos límites de contenido establecidos para cada nutriente.

- b. Cumplimiento con unos límites de contenido para cada nutriente.

Los logotipos de aprobación, las etiquetas de advertencia específicas para cada nutriente y los logotipos específicos para cada nutriente utilizan límites de contenido en nutrientes. Los criterios para establecer los límites de contenido varían entre los distintos FOPL, generalmente se basan en las recomendaciones de ingestas a nivel nacional o establecidas por la OMS. En el semáforo del Reino Unido los límites para el color verde se basan en las cantidades establecidas para las alegaciones nutricionales de acuerdo con el Reglamento (CE) N° 1924/2006 relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (UE, 2006); el color rojo se aplica para los nutrientes cuyo contenido es superior al 25 % de las ingestas recomendadas (30 % si se aplica por porción), y el color ámbar para los contenidos medios.

- c. Utilización de un algoritmo para obtener una valoración nutricional global.

Mediante la utilización de un algoritmo se obtiene una puntuación única con el fin de categorizar los alimentos de acuerdo con su composición nutricional, indicando cuales son más o menos saludables. Nutri-Score utiliza este enfoque para categorizar los alimentos y bebidas en cinco categorías, de mejor a peor calidad nutricional.

4. Grupos de alimentos: en general los FOPL se aplican a productos envasados. Sin embargo, el logo Keyhole de los países nórdicos, el Healthy Living Guarantee Mark de Croacia y el logo Green endorsement de Israel se aplican tanto en productos envasados como no envasados.

Además, el logo Keyhole y el Healthy Living Guarantee Mark excluyen de su aplicación a aquellos productos que contienen edulcorantes artificiales.

4. Descripción de Nutri-score

Nutri-Score es un modelo de etiquetado frontal de los productos alimenticios adoptado por Francia en 2017 (JORF, 2017) y desde el 1 de abril de 2019 por Bélgica (Moniteur Belge, 2019).

Consiste en un logotipo que puede mostrarse de forma voluntaria en la parte frontal del envase de alimentos y bebidas que están obligados a presentar la información nutricional obligatoria, según el Reglamento (UE) N° 1169/2011, sin sustituirla. Los productos no procesados, como las frutas, hortalizas o pescado fresco, no se ven afectados, al igual que las bebidas alcohólicas, al no presentar dicho etiquetado de forma obligatoria.

El logotipo de Nutri-Score tiene cinco posibles variantes, cada una consta de un color (verde oscuro, verde claro, amarillo, naranja claro y naranja oscuro) asociado a una letra (A, B, C, D y E, respectivamente). Los productos se clasifican según su calidad nutricional y se les asigna una de las cinco variantes del logotipo:

- A (verde oscuro): producto más favorable desde el punto de vista nutricional.
- E (naranja oscuro): producto menos favorable desde el punto de vista nutricional.

Los criterios nutricionales que utiliza Nutri-Score para clasificar los alimentos y bebidas se basan en el algoritmo del perfil nutricional de la Agencia de Normas Alimentarias británica (FSA, 2011) (FSA-NPS, de las siglas en inglés *Food Standards Agency-Nutrient Profile System*), que fue inicialmente desarrollado para su aplicación en políticas de restricción de publicidad en televisión de alimentos y bebidas dirigida a niños, de manera que el resultado de este algoritmo es una variable dicotómica (publicitable o no publicitable).

4.1 Perfil nutricional de la Agencia de Normas Alimentarias británica (FSA-NPS)

Los perfiles nutricionales desarrollados por el Reino Unido (FSA-NPS) han servido también como base al criterio de puntuación de perfiles nutricionales de la *Food Standards* de Australia y Nueva Zelanda, al modelo de perfiles nutricionales de Sudáfrica y al modelo de perfiles nutricionales de Irlanda.

El algoritmo de la FSA consiste en un sistema sencillo de puntuación en el que se asignan puntos en función del contenido en nutrientes por cada 100 g de producto. El cálculo se realiza utilizando unas tablas que relacionan el contenido en nutrientes incluido en la información nutricional obligatoria con una escala de puntos.

Por un lado, se obtienen **puntos "A" o "desfavorables"** en función del contenido en cuatro componentes, cuyo consumo en exceso se considera poco saludable: energía (kJ/100 g), grasa saturada (g/100 g), azúcares (g/100 g) y sodio (mg/100 g), entre los recogidos en el etiquetado nutricional obligatorio que establece el Reglamento (UE) N° 1169/2011 de la Unión Europea. Para cada componente se aplica una escala de puntuación de 0 a 10.

Cálculo puntos A por 100 g de producto:

Puntos A	Calorías (kJ)	Azúcares (g)	Ácidos grasos saturados (g)	Sodio (mg)(*)
0	≤335	≤4,5	≤1	≤90
1	>335	>4,5	>1	>90
2	>670	>9	>2	>180
3	>1005	>13,5	>3	>270
4	>1340	>18	>4	>360
5	>1675	>22,5	>5	>450
6	>2010	>27	>6	>540
7	>2345	>31	>7	>630
8	>2680	>36	>8	>720
9	>3015	>40	>9	>810
10	>3350	>45	>10	>900

(*) El contenido en sodio corresponde con el contenido en sal incluido en la declaración obligatoria dividido entre 2,5.

$$\text{Puntos A} = \text{puntos calorías [0-10]} + \text{puntos azúcares [0-10]} + \text{puntos ácidos grasos saturados [0-10]} + \text{puntos sodio [0-10]} = [0-40]$$

Por otro lado, se obtienen **puntos "C" o "favorables"** dependiendo del contenido en tres componentes, cuyo consumo es recomendado para una dieta saludable: fruta, hortalizas, legumbres y frutos secos (% en peso); fibra (g/100 g) y proteína (g/100 g). Para cada componente se aplica una escala de puntuación de 0 a 5.

Cálculo puntos C:

Puntos C	Frutas, hortalizas, legumbres y frutos secos (% en peso)	Fibra (g)	Proteína (g)
0	≤40	≤0,9	≤1,6
1	>40	>0,9	>1,6
2	>60	>1,9	>3,2
3	-	>2,8	>4,8
4	-	>3,7	>6,4
5	>80	>4,7	>8,0

$$\text{Puntos C} = \text{puntos frutas, hortalizas, legumbres y frutos secos [0-5]} + \text{puntos fibra [0-5]} + \text{puntos proteínas [0-5]} = [0-15]$$

La puntuación final se obtiene restando los puntos C de los puntos A, con la salvedad de que, si la puntuación A es mayor o igual a 11 y los puntos obtenidos por el contenido en fruta y hortalizas son menores de 5, no se considerarán los puntos del contenido en proteína en el cálculo de los puntos C. De esta forma se evita que una puntuación A alta, consecuencia de un elevado contenido en componentes desfavorables, pueda ser compensada por el contenido proteico.

Cálculo de la puntuación final:

- Puntos $A \geq 11$

Puntos frutas, hortalizas = 5 \rightarrow Puntuación final = Puntos A - Puntos C

Puntos frutas, hortalizas < 5 \rightarrow Puntuación final = Puntos A - (puntos frutas, hortalizas [0-5] + puntos fibra [0-5])

- Puntos $A < 11$

Puntuación final = Puntos A - Puntos C

Este algoritmo de cálculo (ver Anexo I) se aplica igual para todos los productos, sin incluir criterios específicos por categorías de alimentos y bebidas. Inicialmente, fue desarrollado para ser aplicado en la regulación de la publicidad dirigida a niños, de tal forma que los productos alimenticios sólidos cuya puntuación final es de 4 o más se consideran menos saludables y, por lo tanto, no son susceptibles de utilizarse en publicidad dirigida a niños. Para las bebidas los productos con una puntuación de 1 o más no cumplen los criterios para ser publicitados a niños.

El algoritmo de la FSA es uno de los más estudiados en la literatura científica y el más frecuentemente validado (Labonté et al., 2018). Se ha utilizado en un amplio contexto internacional para el desarrollo de diversas políticas de salud, como la regulación de alegaciones de salud en Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica; la implementación de un FOPL en Australia, Nueva Zelanda y Francia y la regulación de publicidad dirigida a niños en Irlanda.

4.2 Aplicación del perfil nutricional de la Agencia de Normas Alimentarias británica (FSA-NPS) en el desarrollo de Nutri-Score

En el desarrollo e implementación de un FOPL, la utilización de una puntuación dicotómica (puntuación binaria que induce la idea de productos alimenticios buenos y malos) puede no considerarse adecuada (Julia et al., 2014), por lo que *Santé publique France* en colaboración con la Universidad de Paris desarrollaron, a partir del FSA-NPS británico, cinco categorías de calidad nutricional, con el fin de asegurar un elevado poder de discriminación dentro de cada grupo de alimentos y bebidas, mientras se mantenía una categoría central para evitar clasificar productos alimenticios como buenos o malos.

Para facilitar su comprensión por parte de los ciudadanos cada categoría se representaría por una letra y un color (cinco variables del logotipo de Nutri-Score) (Julia et al., 2015a).



Para validar el algoritmo de la FSA en el contexto francés, el Consejo Superior de Salud Pública de Francia (*Haut Conseil de la Santé Publique*, HCSP) realizó varios estudios (Julia et al., 2014, 2015b), con el objetivo de evaluar la capacidad para clasificar adecuadamente los alimentos y bebidas en las cinco categorías de calidad nutricional con relación a las recomendaciones nutricionales francesas basadas en alimentos. Utilizando la base de datos de composición de alimentos *Open Food Facts*, que incluye alimentos habitualmente consumidos por los ciudadanos franceses, en general, la clasificación de los alimentos y bebidas fue consistente con las recomendaciones nutricionales: 95,4 % de las frutas y hortalizas se clasificaron en el primer quintil de distribución (letra A), mientras que el 86 % de los “snacks azucarados” se clasificaron en el cuarto y quinto quintil de distribución (letras D y E). Además, se observó una variabilidad dentro de los grupos de alimentos y bebidas, lo que permite discriminar la calidad nutricional entre grupos de productos y dentro de ellos. Sin embargo, para tres grupos de productos alimenticios, que son: quesos, bebidas y grasas, los resultados de la clasificación en las cinco categorías no fueron consistentes, por lo que se realizaron algunas adaptaciones de la puntuación inicial para garantizar una mejor coherencia con las recomendaciones nutricionales de Francia.

a. Modificaciones en el FSA-NPS para quesos

La mayoría de los quesos (73,3 %) se clasificaron con la letra E, puesto que en este grupo los puntos A son iguales o superiores a 11 y, por lo tanto, no se tiene en cuenta la puntuación correspondiente al contenido proteico en el cálculo de la puntuación final.

El HCSP recogió la opinión de la FSA de que las proteínas son un buen indicador de la presencia de calcio, y, por otra parte, los quesos son una fuente importante de calcio para la población francesa (Coudray, 2011)*. Por ello, concluyó que para el grupo de los quesos debería considerarse siempre el contenido proteico en el cálculo de la puntuación final, independientemente del valor de los puntos A.

- Puntos A \geq 11
 - Puntos frutas, hortalizas = 5
 - Puntuación final = Puntos A - Puntos C
 - Puntos frutas, hortalizas < 5
 - Puntuación final = Puntos A - (puntos frutas, hortalizas [0-5] + puntos fibra [0-5])
- Puntos A < 11 o para quesos
 - Puntuación final = Puntos A - Puntos C

b. Modificaciones en el FSA-NPS para bebidas

Para las bebidas la clasificación no refleja las recomendaciones de consumo francesas, puesto que los zumos de frutas obtenían una puntuación más favorable que el agua, siendo el agua la única bebida recomendada. Además, la variabilidad de la puntuación para bebidas es muy baja y no permitió la identificación de cinco categorías de forma consistente.

Las modificaciones incluidas para el grupo de bebidas consisten en una nueva tabla de asignación de puntos para el contenido en energía, azúcares y frutas y hortalizas (Tablas 2 y 3).

*Corrección (3-7-2020): esta frase sustituye a “El HCSP consideró que las proteínas favorecen la absorción de calcio, y que los quesos son la mayor fuente de calcio para la población francesa”.

Tabla 2. Asignación de puntos para el contenido en energía y azúcares para bebidas por 100 ml

Puntos A	Bebidas Calorías (kJ)	Bebidas Azúcares (g)	Ácidos grasos saturados (g)	Sodio (mg)(*)
0	≤0	≤0	≤1	≤90
1	≤30	≤1,5	>1	>90
2	≤60	≤3	>2	>180
3	≤90	≤4,5	>3	>270
4	≤120	≤6	>4	>360
5	≤150	≤7,5	>5	>450
6	≤180	≤9	>6	>540
7	≤210	≤10,5	>7	>630
8	≤240	≤12	>8	>720
9	≤270	≤13,5	>9	>810
10	>270	>13,5	>10	>900

(*) El contenido en sodio corresponde con el contenido en sal incluido en la declaración obligatoria dividido entre 2,5.

Tabla 3. Asignación de puntos para el contenido en frutas y hortalizas para bebidas

Puntos C	Bebidas Frutas, hortalizas (%)	Fibra (g)	Proteína (g)
0	≤40	≤0,9	≤1,6
1	-	>0,9	>1,6
2	>40	>1,9	>3,2
3	-	>2,8	>4,8
4	>60	>3,7	>6,4
5	-	>4,7	>8,0
10	>80	-	-

c. Modificaciones en el FSA-NPS para grasas

En cuanto a las grasas, el rango de puntuación para el contenido en grasa saturada no permitió discriminar entre grasa de origen animal y vegetal. El 75,1 % de las grasas fueron clasificadas con la letra E, independientemente de su origen.

El hecho de que la máxima puntuación por el contenido en grasa saturada se alcance con 10 g grasa saturada/100 g producto explicaría la falta de discriminación entre los distintos tipos de grasas.

La modificación llevada a cabo para el grupo de grasas consiste en una nueva tabla de asignación de puntos para el contenido en grasas saturadas, que además se considera sobre el contenido de grasa total (Tabla 4).

Tabla 4. Asignación de puntos para el contenido en grasas saturadas

Puntos A	Calorías (kJ)	Azúcares (g)	Limites específicos grasas AGS/lípidos (% en peso)	Sodio (mg)(*)
0	≤335	≤4,5	<10	≤90
1	>335	>4,5	<16	>90
2	>670	>9	<22	>180
3	>1005	>13,5	<28	>270
4	>1340	>18	<34	>360
5	>1675	>22,5	<40	>450
6	>2010	>27	<46	>540
7	>2345	>31	<52	>630
8	>2680	>36	<58	>720
9	>3015	>40	<64	>810
10	>3350	>45	≥64**	>900

(*) El contenido en sodio corresponde con el contenido en sal incluido en la declaración obligatoria dividido entre 2,5.

d. Clasificación de los productos alimenticios según la puntuación final obtenida

Dependiendo de la puntuación final obtenida los productos alimenticios se clasifican en cinco categorías, cada una de ellas se representa por un color y una letra según la tabla siguiente:

Tabla 5. Clasificación de los productos alimenticios según la puntuación Nutri-Score

Alimentos sólidos (puntos)	Bebidas (puntos)	Nutri-Score
-15 a -1	Agua	
0 a 2	≤1	
3 a 10	2 a 5	
11 a 18	6 a 9	
19 - 40	≥10	

**Corrección de errata (3-7-2020): se ha sustituido 94 por 64.

En relación a la adopción de Nutri-Score, el desarrollo de las cinco categorías de calidad nutricional y las modificaciones del perfil nutricional de la FSA previamente descritas han sido evaluados mediante estudios de validación en varios aspectos, dando un potente soporte científico a esta iniciativa de salud pública promoviendo su adopción a nivel nacional en Francia (Julia et al., 2014, 2015b) (Szabo de Edelenyi, 2019).

Suiza ya lo tiene implementado y Alemania ha enviado la notificación a la Comisión Europea.

La Ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social anunció en noviembre de 2018 la intención de adoptar Nutri-Score en España. La aplicación del Nutri-Score será voluntaria y su utilización en España requerirá notificación a la AESAN. Por lo tanto, las empresas agroalimentarias y los distribuidores tendrán la posibilidad de elegir la utilización del logotipo para informar a los consumidores sobre la calidad nutricional de sus productos.

5. Modificación de Nutri-score por incorporación del aceite de oliva

Para una implementación exitosa de Nutri-Score en España, la AESAN consideró necesario tener en cuenta las particularidades que tienen las recomendaciones nutricionales dirigidas a la población española con respecto a las francesas. En este sentido cabe destacar la recomendación del consumo de aceite de oliva como principal fuente de ácidos grasos monoinsaturados en la dieta española, y la muy distinta consideración nutricional que debe aplicarse al aceite de oliva en comparación con otras grasas por ser el principal aceite de consumo en nuestro país.

La propuesta inicial integraba la cantidad de aceite de frutos, principalmente aceite de oliva virgen/virgen extra (AOV/AOVE), y de nuez en el componente "Frutas, hortalizas, legumbres y frutos secos", que se contabiliza dentro de los puntos positivos (Puntos C) en el cálculo de Nutri-Score. Por lo tanto, este componente se convertiría en "Frutas, hortalizas, legumbres, frutos secos y aceites de frutos y de frutos secos"¹.

Posteriormente se propuso una modificación en la que sólo se tendrían en cuenta el aceite de oliva, el aceite de nuez y el aceite de colza, y no todos los aceites de frutos y frutos secos.

Esta modificación está basada en la evidencia científica sobre los beneficios para la salud del consumo de aceite de oliva (Reis de Souza, 2013), siendo además el más consumido en España, y que los aceites de colza y nuez, son también recomendados en las guías nutricionales francesas.

Esta modificación permite aplicar Nutri-score al aceite en sí mismo, de forma conjunta y uniforme en todos los países que adopten dicho sistema. De esta manera, el aceite de oliva obtendrá el máximo de puntos (contenido en aceite de oliva del 100 %) y podrá distinguirse de otros aceites como el de girasol, palma o coco.

En esta propuesta modificada se incluye el aceite de oliva y no solo AOV/AOVE. Esta decisión se basa en que para los demás componentes del grupo "Frutas, hortalizas, legumbres y frutos secos" no

¹ Esta propuesta fue elaborada por el equipo de la Universidad Rovira i Virgili, Reus, España (Dr. Jordi Salas y la Dra. Nancy Babio), en colaboración con el equipo INSERM/INRA/Universidad de París 13, que llevó a cabo los trabajos científicos de validación de Nutri-Score en relación con la salud (Dr. Serge Hercberg, Dr. Chantal Julia y Dra. Pilar Galán).

se tiene en cuenta el método de obtención para el cálculo del Nutri-Score. No obstante, y aunque el Nutri-Score no establezca diferencias entre el aceite de oliva por un lado y AOV y AOVE por otro, hay que tener siempre en cuenta que estos últimos tienen un impacto muy favorable en la salud cardiovascular y sus factores de riesgo, por su contenido en otros componentes diferentes al ácido oleico, tales como los compuestos fenólicos. Estos efectos se han descrito en numerosas publicaciones científicas que incluyen por un lado ensayos multicéntricos, como el estudio PREDIMED (Estruch et al., 2018), que asocia la dieta mediterránea con una reducción del 30 % de eventos cardiovasculares graves (infarto de miocardio, ictus o muerte por causas cardiovasculares), y por otro meta-análisis que relacionan el consumo de aceite de oliva virgen extra con una mejora significativa de colesterol total, HDL-colesterol, marcadores inflamatorios y presión sanguínea (George et al., 2018). La recomendación específica de promover el AOV/AOVE forma parte de las acciones de comunicación en torno a las recomendaciones nutricionales que se implementan en cada país.

Tabla 6.Tabla de puntuaciones con la incorporación del aceite de oliva

Puntos	Frutas, hortalizas, legumbres, frutos secos, aceites de oliva, nuez y colza (% en peso)	Fibra (g/100g)	Proteína (g/100g)
0	≤40	≤0,9	≤1,6
1	>40	>0,9	>1,6
2	>60	>1,9	>3,2
3	-	>2,8	>4,8
4	-	>3,7	>6,4
5	>80	>4,7	>8
Subtotal	0-5 (a)	0-5 (b)	0-5 (c)
Total (0-15)	Puntos P = (a) + (b) + (c)		

Con esta propuesta de puntuación Nutri-Score modificada, el aceite de oliva, el aceite de colza y el aceite de nuez se beneficiarán de un Nutri-Score C (puntuación más favorable para un aceite). Además, los productos que contengan aceite de oliva también podrían beneficiarse, siempre y cuando el contenido en frutas, hortalizas, legumbres, frutos secos y aceites de oliva, nuez o colza, sea superior al 40 %.

5.1 Publicación de la norma que modifica el cálculo de Nutri-Score

De acuerdo con las consideraciones anteriores, el pasado 5 de septiembre de 2019 se publicó en el *Journal Officiel de la République Française* el Decreto que modifica la forma de presentación complementaria de la declaración nutricional recomendada por el Estado (JORF, 2019). Además de otras modificaciones, en el componente "Frutas y hortalizas, legumbres y frutos secos", se hace referencia a "aceites de colza, nuez y oliva". De tal forma que en el cálculo de Nutri-Score se considerará siempre el componente "**Frutas y hortalizas, legumbres y frutos secos y aceites de oliva, nuez y colza**".

Esto conlleva una actualización del reglamento de uso y del documento de preguntas y respuestas frecuentes de Nutri-Score, que han sido desarrollados por *Santé publique France*.

Conclusiones del Comité Científico

Las conclusiones del Comité Científico respecto a la idoneidad de la adaptación del sistema Nutri-Score incorporando el contenido en aceite de oliva en su cálculo son las siguientes:

- La Unión Europea no tiene establecido un modelo armonizado de etiquetado frontal, por tanto, son los estados miembros los que deciden sobre esta cuestión.
- Los países de nuestro entorno que actualmente cuentan con algún tipo de etiquetado frontal son los siguientes: Francia, Suiza y Bélgica (Nutri-Score), en Reino Unido (Traffic light), Suecia, Noruega, Dinamarca, Islandia, Lituania y Macedonia del Norte (Keyhole o cerradura nórdica), Países Bajos (FOP Choices). Estos sistemas han sido objeto de debate en el seno de la Comisión Europea en los últimos 2 años.
- España siempre ha manifestado una posición a favor de una armonización a nivel de la Unión Europea en relación con el etiquetado nutricional en el frontal del envase.
- El Comité Científico considera que la propuesta de adaptación del sistema Nutri-Score motivada por la AESAN por la que el aceite de oliva se incluye dentro del grupo de "Frutas, hortalizas, legumbres y frutos secos" y, por tanto, se contabiliza positivamente en el cálculo de Nutri-Score, mejora la consideración de un producto que presenta beneficios nutricionales en base a su contenido en ácido oleico y supone una mejora de dicho sistema de etiquetado nutricional frontal.
- El Comité Científico considera que la redacción correcta a aplicar a los aceites incorporados sería: "**aceite de oliva, aceite de nuez y aceite de colza**", y en ningún caso hacer referencia a "aceites de oliva".
- El Comité Científico sugiere que, sin perjuicio del cálculo numérico, se realice en una columna independiente y no dentro de la categoría actual, de frutas y hortalizas (Tabla 7).

Tabla 7. Sugerencia de presentación de la tabla de puntuaciones para la incorporación del aceite de oliva en Nutri-Score

Puntos	Frutas, hortalizas, legumbres y frutos secos (% en peso)	Aceite de oliva, aceite de nuez y aceite de colza (g/100 g o 100 ml)	Fibra (g/100g)	Proteína (g/100g)
0	≤40		≤0,9	≤1,6
1	>40		>0,9	>1,6
2	>60		>1,9	>3,2
3	-		>2,8	>4,8
4	-		>3,7	>6,4
5	>80		>4,7	>8
Subtotal	0-5 (a)		0-5 (b)	0-5 (c)
Total (0-15)	Puntos P = (a) + (b) + (c)			

- Es necesario seguir identificando otros aspectos susceptibles de ser incorporados en el sistema Nutri-Score para la valoración nutricional de alimentos y bebidas característicos de la dieta española.

Referencias

- Coudray, B. (2011). The Contribution of Dairy Products to Micronutrient Intakes in France. *Journal of the American College of Nutrition*, 30 (5 Suppl 1), pp: 410S-404S. Doi: 10.1080/07315724.2011.10719984.*
- Estruch, R., Ros, E., Salas-Salvadó, J., Covas, M.I., Corella, D., Arós, F., Gómez-Gracia, E., Ruiz-Gutiérrez, V., Fiol, M., Lapetra, J., Lamuela-Raventós, R.M., Serra-Majem, L., Pintó, X., Basora, J., Muñoz, M.A., Sorlí, J.V., Martínez, J.A., Fitó, M., Gea, A., Hernán, M.A. y Martínez-González, M.A. PREDIMED Study Investigators. (2018). Primary Prevention of Cardiovascular Disease with a Mediterranean Diet Supplemented with Extra-Virgin Olive Oil or Nuts. *The New England Journal of Medicine*, 378 (25), e34. <https://doi.org/10.1056/NEJMoa1800389>.
- George, E.S., Marshall, S., Mayr, H.L., Trakman, G.L., Tatuco-Babet, O.A., Lassemillante, A.C.M., Bramley, A., Reddy, A.J., Forsyth, A., Tierney, A.C., Thomas, C.J., Itsiopoulos, C. y Marx, W. (2018). The effect of high-polyphenol extra virgin olive oil on cardiovascular risk factors: A systematic review and meta-analysis. *Critical reviews in food science and nutrition*, 59 (17), pp: 2772-2795. <https://doi.org/10.1186/1476-511X-13-154>.
- FSA (2011). Nutrient profiling Technical Guidance. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/the-nutrient-profiling-model>. [acceso: 01-03-20].
- Kelly, B. y Jewell, J. (2018). What is the evidence on the policy specifications, development processes and effectiveness of existing front-of-pack food labelling policies in the WHO European Region? Copenhagen: WHO Regional Office for Europe; Health Evidence Network (HEN) synthesis report 61.
- JORF (2017). Journal Officiel de la République Française. Ministère des Solidarités et de la Santé. Arrêté du 31 octobre 2017 fixant la forme de présentation complémentaire à la déclaration nutritionnelle recommandée par l'Etat en application des articles L. 3232-8 et R. 3232-7 du code de la Santé Publique.
- JORF (2019). Journal Officiel de la République Française. Ministère des Solidarités et de la Santé. Arrêté du 30 août 2019 modifiant l'arrêté du 31 octobre 2017 fixant la forme de présentation complémentaire à la déclaration nutritionnelle recommandée par l'Etat en application des articles L. 3232-8 et R. 3232-7 du code de la Santé Publique.
- Julia, C., Kesse-Guyot, E., Touvier, M., Méjean, C., Fezeu, L. y Hercberg, S. (2014). Application of the British Food Standards Agency nutrient profiling system in a French food composition database. *The British Journal of Nutrition*, 112 (10), pp:1699-1705. <https://doi.org/10.1017/S0007114514002761>.
- Julia, C., Ducrot, P., Lassale, C., Fézeu, L., Méjean, C., Péneau, S., Touvier, M., Hercberg, S. y Kesse-Guyot, E. (2015a). Prospective associations between a dietary index based on the British Food Standard Agency nutrient profiling system and 13-year weight gain in the SU.VI.MAX cohort. *Preventive Medicine*, 81, pp: 189-194. <https://doi.org/10.1016/j.ypmed.2015.08.022>.
- Julia, C., Ducrot, P., Péneau, S., Deschamps, V., Méjean, C., Fézeu, L., Touvier, M., Hercberg, S. y Kesse-Guyot, E. (2015b). Discriminating nutritional quality of foods using the 5-Color nutrition label in the French food market: Consistency with nutritional recommendations. *Nutrition Journal*, 14, 100. <https://doi.org/10.1186/s12937-015-0090-4>.
- Labonté, M.É., Poon, T., Gladanac, B., Ahmed, M., Franco-Arellano, B., Rayner, M. y L'Abbé, M.R. (2018). Nutrient Profile Models with Applications in Government-Led Nutrition Policies Aimed at Health Promotion and Non-communicable Disease Prevention: A Systematic Review. *Advances in Nutrition*, 9 (6), pp: 741-788. <https://doi.org/10.1093/advances/nmy045>.
- Moniteur Belge (2019). Service Public Federal Santé Publique, Securite de la Chaine Alimentaire et Environnement. 1er Mars 2019. Arrêté royal relatif à l'utilisation du logo «Nutri-Score».
- OMS (2014). Organización Mundial de la Salud. European Food and Nutrition Action Plan 2015-2020. Disponible en: <http://www.euro.who.int/en/publications/abstracts/european-food-and-nutrition-action-plan-20152020-2014> [acceso: 01-03-20].
- OMS (2018). Organización Mundial de la Salud. Enfermedades no transmisibles. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/noncommunicable-diseases> [acceso: 01-03-20].
- Reis de Souza, P., Crema-Peghini, B., Santana da Silva, J. y Ribeiro Cardoso, C. (2013). An Overview of the Modulatory Effects of Oleic Acid in Health and Disease. *Mini Reviews in Medicinal Chemistry*, 13 (2), pp: 201-210.

*Nueva referencia (3-7-2020).

- Szabo de Edelenyi, F., Egnell, M., Galan, P., Druesne-Pecollo, N., Hercberg, S. y Julia, C. (2019). Ability of the Nutri-Score front-of-pack nutrition label to discriminate the nutritional quality of foods in the German food market and consistency with nutritional recommendations. *Archives of Public Health*, 77, pp: 28. <https://doi.org/10.1186/s13690-019-0357-x>.
- UE (2006). Reglamento (CE) N° 1924/2006 relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos. DO L 404 de 30 de diciembre de 2006, pp: 9-25.
- UE (2011). Reglamento (UE) N° 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor. DO L 304 de 22 de noviembre de 2011, pp: 8-63.
- UE (2012). Reglamento (UE) N° 432/2012 de la Comisión de 16 de mayo de 2012 por el que se establece una lista de declaraciones autorizadas de propiedades saludables de los alimentos distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños. DO L 136 de 25 de mayo de 2012, pp: 1-40.
- UE (2014). EU Action Plan on Childhood Obesity 2014-2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/nutrition_physical_activity/docs/childhoodobesity_actionplan_2014_2020_en.pdf [acceso: 01-03-20].

Anexo I. Cálculo de Nutri-Score: diagrama de flujo

DIAGRAMA DE FLUJO CÁLCULO NUTRI-SCORE

Producto alimentario con **información nutricional obligatoria** y **Lista de ingredientes**.
Cálculo de puntos de desfavorables (PUNTOS A) y puntos favorables (PUNTOS C)

Componentes desfavorables (puntos A): Energía, azúcares, grasa saturada, sal

Componentes favorables (puntos C): Frutas, hortalizas, legumbres, frutos secos, aceite de oliva, colza y nuez; Proteínas; Fibra

