

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Volumen 7 | 2023

© **MARCIAL PONS**
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
http://www.revistamarcialpons.es/revistaderechopublico/
ISSN: 2695-7191
DOI: 10.37417/RPD/vol_7_2023
Fotocomposición: Ene Estudio

La *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* es una publicación científica electrónica, abierta, gratuita y de carácter semestral dirigida a la comunidad académica internacional interesada en Derecho público. Como seña de identidad, la *Revista* prioriza la publicación de estudios teóricos y metodológicos que trasciendan de los concretos ordenamientos estatales.

Los artículos, una vez evaluados por dos expertos anónimos y aceptados por el Comité de Dirección, se publican directamente en abierto y se abren a posibles comentarios a través de un foro electrónico de discusión. Todos los artículos publicados de forma paulatina y en abierto integran la composición final del número, al que también se añaden aquellos comentarios que, por su especial valor académico, merecen acompañar al artículo comentado.

Se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (BY-NC): se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

COMITÉ DE DIRECCIÓN

Luis Arroyo Jiménez
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Juli Ponce Solé
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Silvia Díez Sastre
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Diana Santiago Iglesias
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

COMITÉ EDITORIAL

Raúl Letelier Wartenberg
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Chile

Alba Nogueira López
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

Héctor Santaella Quintero
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Externado de Colombia

Maria Mercè Darnaculleta i Gardella
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Girona

Elisenda Malaret i García
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Claudia Tubertini
Professoressa Associata di Diritto Amministrativo
Università di Bologna

Matthias Ruffert
Professor für Öffentliches Recht und Europarecht
Humboldt Universität zu Berlin

COMITÉ ASESOR

François Blanc
Professeur en Droit public
Université St. Joseph de Beyrouth (Liban)

Benoît Delaunay
Professeur en Droit Public
Université Paris II

Martina Conticelli
Professore Associato di Diritto Pubblico
Tor Vergata Università degli Studi di Roma

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Pedro Costa Gonçalves
Professor de Direito
Universidade de Coimbra

Laurie Reynolds
Research Professor
University of Illinois. College of Law

Pedro Cruz Villalón
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

Susan Rose-Ackerman
Henry R. Luce Professor Emeritus of Law and Political
Science. Yale University

Eberhard Schmidt-Assmann
Professor für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht
Universität Heidelberg

ÍNDICE

Francisco José Villar Rojas, <i>La sostenibilidad (financiera) de los servicios públicos</i>	7
Francisco Velasco Caballero, <i>Psicología para el Derecho administrativo</i>	41
Jaime Phillips Letelier, <i>The normative foundations of retroactivity and legitimate expectation in the uk administrative law</i>	83
Cristian Andrés Díaz Díez, <i>El conocimiento científico como criterio directivo de la actuación administrativa: un estudio de metodología aplicativa</i>	111
Leonor Moral Soriano, <i>Criaturas empíricas en un mundo normativo: la inteligencia artificial y el derecho</i>	151

LA SOSTENIBILIDAD (FINANCIERA) DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*

THE (FINANCIAL) SUSTAINABILITY OF PUBLIC SERVICES

Francisco José Villar Rojas

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de La Laguna

RESUMEN: Las reglas de disciplina fiscal que desde la crisis económico-financiera de 2008 condicionan la acción de las Administraciones públicas: la estabilidad presupuestaria, la sostenibilidad financiera y el límite de gasto público, fueron suspendidas en 2020 por la Unión Europea para permitir la reacción de los Estados miembros frente a la pandemia sanitaria y, a continuación, para facilitar la recuperación económica, en ambos casos con incremento del gasto público. El riesgo de un endeudamiento insostenible ha puesto en valor el sentido de aquellas reglas. Con esa referencia, el presente trabajo analiza el significado de la sostenibilidad financiera de los servicios públicos, su alcance, los medios o técnicas que se utilizan para conseguirla, así como los que se emplean para huir de sus requerimientos. La conclusión es que se trata de un principio estratégico para el funcionamiento de las Administraciones si se quiere asegurar la calidad y regularidad de los servicios públicos fundamentales a un coste sostenible.

PALABRAS CLAVE: Reglas de disciplina fiscal, sostenibilidad, sostenibilidad financiera, servicios públicos, carácter estratégico.

* Fecha de finalización del trabajo: 26 de octubre de 2022. El presente trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación: *PID2020-115834RB-C31 - El sector público al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado*. Una versión preliminar fue presentada en el “*Seminario Internacional: La administración de la recuperación en el marco del Estado estratégico*”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, el 9 y el 10 de junio de 2022. Agradezco a los revisores del trabajo sus críticas y sugerencias para su mejora.

ABSTRACT: The rules of fiscal discipline which, since the economic-financial crisis of 2008, have conditioned the actions of public administrations: budgetary stability, financial sustainability and the limit on public spending, were suspended in 2020 by the European Union to allow Member States to react to the health pandemic and, subsequently, to facilitate economic recovery, in both cases with an increase in public spending. The risk of unsustainable indebtedness has highlighted the meaning of these rules. With this in mind, this paper analyzes the meaning of the financial sustainability of public services, its scope, the means or techniques used to achieve it, as well as those used to avoid its requirements. Conclusion is that financial sustainability is a strategic principle in the management of public administrations in order to guarantee the quality and regularity of fundamental public services at an affordable cost.

KEYWORDS: Rules of fiscal discipline, sustainability, financial sustainability, public services, strategic nature.

SUMARIO: 1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA SUSPENSIÓN DE LAS REGLAS DE DISCIPLINA FISCAL PARA FACILITAR LA RECUPERACIÓN.—2. LA SOSTENIBILIDAD (FINANCIERA) DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.—3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: LO QUE SEAN SERVICIOS PÚBLICOS.—4. LOS MEDIOS PARA SU CONSECUCCIÓN. 4.1 Reglas de disciplina fiscal. 4.2 Autofinanciación de cada servicio público. 4.3 Régimen de cola.—5. LAS FÓRMULAS PARA EVITAR LAS REGLAS FISCALES. 5.1 Planteamiento. 5.2 Recorte de medios, entidades instrumentales y prestaciones. 5.3 Encomendar la gestión de obras y servicios públicos a terceros. 5.4 Traslado del coste al usuario del servicio público.—6. LOS RIESGOS DE LA SUSPENSIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DURANTE LA RECUPERACIÓN.—7. UN PUNTO DE LLEGADA: EL CARÁCTER ESTRATÉGICO DE LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.—8. BIBLIOGRAFÍA.

1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA SUSPENSIÓN DE LAS REGLAS DE DISCIPLINA FISCAL PARA FACILITAR LA RECUPERACIÓN¹

Una de las singularidades de la respuesta de la Unión Europea y, con ella, de los Estados miembros, a las consecuencias de la pandemia sanitaria y, a continuación, a la necesidad de promover la recuperación económica, ha sido la suspensión de las reglas de disciplina fiscal que, desde la crisis económico-financiera de 2008, venían controlando, limitando, incluso corrigiendo, las cuentas públicas de cada uno de ellos, en particular, el déficit público y el endeudamiento. La decisión de suspensión fue adoptada en 2020 y, de momento, se mantiene hasta 2024.

¹ Abreviaturas utilizadas en el texto: BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales; CE: Constitución Española de 1978; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del Régimen Local; LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; LOEPSF: Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común; LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TRLSRU: Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por R.D.-Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

En concreto, el 20 de enero de 2020, ante el impacto de la pandemia sanitaria, la Comisión Europea aprobó una *Comunicación* para activar la cláusula general de salvaguarda del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (Reglamento UE 1466/1997, de 7 de julio, en la redacción dada por el Reglamento UE 1175/2011, de 16 de noviembre), permitiendo a los Estados miembros desviarse de la senda de los objetivos presupuestarios a medio plazo, esto es, exceder o incumplir los objetivos de estabilidad presupuestaria y fiscal (endeudamiento y déficit).

Casi en paralelo, en cumplimiento de lo ordenado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), el 11 de febrero de 2020, un mes antes de la declaración del Estado de Alarma, el Gobierno adecuó los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y límite de gasto no financiero del Estado, para 2020 y, además, fijó esos objetivos para el periodo 2021-2023². Sin embargo, el 6 de octubre de 2020, el Gobierno acordó solicitar del Congreso de los Diputados la declaración de situación de emergencia extraordinaria y consiguiente suspensión del Acuerdo sobre objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública. El 20 de octubre de 2020, el Congreso acordó el reconocimiento de situación de emergencia extraordinaria, dando cobertura al acuerdo de suspensión de las reglas fiscales durante 2021 (BOCG, Congreso, Serie D, núm. 170, 29/10/2020).

Ese mismo orden se repitió para el ejercicio presupuestario de 2022: Comunicación de la Comisión Europea de 3 de marzo de 2021, Acuerdo del Gobierno, el 27 de julio de 2021, manteniendo la suspensión de las reglas fiscales; y reiteración por el Congreso de los Diputados, el 13 de septiembre de 2021, de la declaración de situación de emergencia extraordinaria (BOCG, Congreso, Serie D, núm. 329, 22/9/2021). Lo mismo que para el ejercicio presupuestario de 2023: el 23 de mayo de 2022, Comunicación de la Comisión Europea manteniendo activa la cláusula de salvaguarda, el 26 de julio de 2022, Acuerdo del Gobierno manteniendo la suspensión de las reglas fiscales, y el 22 de septiembre de 2022, la declaración de situación de emergencia extraordinaria por el Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso, Serie D, núm. 506, 29/9/2022).

Esta decisión —suspensión de las reglas fiscales— permitió a España, como a todos los Estados miembros de la Unión Europea, incrementar el gasto público para dar respuesta a las demandas sanitarias, sociales y económicas producidas durante la pandemia; e, igualmente, superada la fase crítica, para financiar con recursos públicos las acciones de recuperación económica y social, sin el límite que habría supuesto el cumplimiento de los objetivos (límites) de déficit público, de deuda pública y de gasto público, y, en su caso, las correspondientes medidas de ajuste. El liderazgo público resulta patente; pero también, antes o después, su repercusión en las cuentas públicas.

² En concreto, los objetivos fijados eran los siguientes: déficit público: -1,8 por cien del PIB, deuda pública: 94,6 por cien del PIB y regla de gasto 2,9 por cien (Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de febrero de 2020, BOCG, Congreso, Serie D, núm. 40, de 25 de febrero de 2020).

En la fase de recuperación, de la inyección de recursos financieros públicos dan cuenta las distintas medidas adoptadas por la Unión Europea, articuladas bajo el paraguas del “*Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19*” (Reglamento UE 2020/2094, de 14 de diciembre), con una previsión de 750.000 mill/euros, de las que es paradigma el “*Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*” (Reglamento UE 2021/241, de 12 de febrero de 2021), con una dotación de 672.500 mill/euros. Este mecanismo se viabiliza en los Estados miembros a través de los planes (nacionales) de recuperación y resiliencia, en España, el “*Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*” aprobado por el Consejo de Ministros (Acuerdo 27 de abril de 2021, BOE 103, 30/4/2021), con una dotación prevista de 140.000 millones de euros —mitad subvenciones, mitad préstamos—, a ejecutar hasta 2026³.

Sobre su impacto en las finanzas públicas nacionales se ha dicho que estos fondos son fiscalmente neutrales; algo que vendría a ser reforzado por el “principio de adicionalidad” de la financiación de la Unión según el cual esos fondos no pueden sustituir gastos nacionales ordinarios (cdo. 20 y art. 5 del Reglamento UE 2021/241). El carácter extraordinario y coyuntural de ese desembolso de recursos económicos europeos explica la escasa preocupación sobre las consecuencias de la suspensión de las medidas fiscales. Y es que, siendo neutral en términos de disciplina presupuestaria —salvo lo relativo a los préstamos—, la introducción de esos recursos no requería mantener la suspensión de las reglas fiscales.

Por el contrario, la suspensión de esas reglas ha sido fundamental para que los Estados miembros pudieran incrementar el gasto público con recursos propios, en mayor o menor medida en función de la capacidad de cada uno de ellos. En el caso de España lo ejemplifican las medidas incluidas en el Dictamen de la *Comisión del Congreso de los Diputados para la Reconstrucción Social y Económica* (BOCG, Congreso, Serie D, núm. 130, 4/8/2020)⁴. Lo relevante es que esta clase de medidas tienen

³ Dentro de una amplia bibliografía, un análisis crítico de estos mecanismos en José María BAÑO LEÓN, “La ejecución del mecanismo europeo de recuperación y resiliencia: ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria”, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 7, 2021, 24 pp. y María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, “Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: análisis y reflexión desde el Derecho Administrativo”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 2021, pp. 61-80,

⁴ De entre ellas cabe destacar la propuesta de incrementar el gasto público sanitario hasta alcanzar la media europea, pasando del actual 6 por cien al 9 por cien del PIB, esto es, unos 30.000 mill/euros de incremento, destinando todo el aumento a la gestión directa y suprimiendo la aportación del paciente —copago farmacia extrahospitalaria—. La explicación de esta iniciativa resulta de su contraste con la realidad de la sanidad en España. En concreto, en 2021, el gasto sanitario público ascendió a 81.590 mill/euros, lo que representó un 6 por cien del PIB (un 20 por cien destinado a gasto farmacéutico, y un 10 por cien a conciertos). Por su parte, el gasto sanitario privado ascendió a 33.868 mill/euros (el 73,2 por cien dedicado a seguros de asistencia sanitaria). Con ello, el gasto sanitario total alcanzó los 103.400 mill/euros (equivalente al 8,7 por cien del PIB). Esta diferencia es la que se pretende superar con ese incremento del gasto público (Datos en *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2020-2021*, Ministerio de Sanidad). La propuesta constituye el fundamento del Proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de

una clara finalidad estructural que las diferencia, cuando menos formalmente, del carácter extraordinario y coyuntural que se predica de las planteadas desde las instituciones europeas.

El riesgo que plantea la suspensión de esas reglas fiscales es que, olvidando las razones que llevaron a su implementación, ese incremento del gasto público, dirigido a la consecución de la sostenibilidad de la economía, de la sociedad y de la administración, desemboque en una situación de insostenibilidad de las cuentas públicas, incapaz de hacer frente a los compromisos —endeudamiento— asumidos y, por tanto, trasladando ese coste sobre las generaciones actuales pero también sobre las futuras, empobreciendo a unas y a otras. Y es que, dada su dimensión, es obligado preguntarse: ¿es asumible ese aumento del gasto público? Y, tanto o más importante, ¿cómo y quién lo va a financiar? ¿mediante el incremento de los impuestos, extendiendo el copago por acceder a los servicios, con un aumento de la deuda pública? ¿y lo pagarán los usuarios, los contribuyentes o las generaciones futuras?

Como acredita la anterior crisis económico-financiera, todos esos recursos económicos, los europeos y los nacionales, son fondos que, antes o después, deberán ser pagados⁵, y, cuando la capacidad de pago de los Estados es limitada, la consecuencia inmediata y directa es el deterioro de los servicios públicos sobre los cuales descansa la cohesión social y territorial⁶. La lección es que es imprescindible contar con reglas que aseguren, de un modo estructural y estable, la viabilidad de los servicios en las mejores condiciones de calidad y regularidad, con capacidad de adaptación a las circunstancias económicas y sociales de cada momento. Son necesarias ahora en el contexto de las políticas públicas dirigidas a la recuperación económica y social de las consecuencias de la pandemia sanitaria; pero la experiencia previa evidencia que también lo son con carácter general en tanto que estratégicas. De esto trata la sostenibilidad de los servicios públicos⁷. Ahora bien, su operatividad requiere ir más allá de esa declaración, es preciso determinar cuál sea su significado, cuáles sus consecuencias jurídicas y cuáles los medios para asegurarlo.

Salud en el que se incluyen las medidas apuntadas, si bien sin previsión de su coste (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 110.1, 24/6/2022). Se encontraba en trámite en el momento de cierre de este trabajo. Sobre la financiación y la regulación de la sanidad, Antonia AGULLÓ AGÜERO (dir) y Ester MARCO PEÑAS (ed), *Financiación de la sanidad (tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 374 pp.

⁵ Lo destacó SALVADOR ARMENDÁRIZ con referencia expresa al pago de la deuda “vía eurobonos” (2021, 78),

⁶ Dentro de una amplísima bibliografía, da cuenta de estas consecuencias Andrés GONZÁLEZ SANFIEL (dir), *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, Atelier, Barcelona, 2013, 222 pp.

⁷ También se habla de la “sostenibilidad de la gestión pública”, en este sentido, José María GIMENO FELIÚ, “El desafío de los Fondos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión pública”, *Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública* (Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: Ejecución y auditoría), 20, 2021, pp. 21-41.

2. LA SOSTENIBILIDAD (FINANCIERA) DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La sostenibilidad está de moda: ambiental, económica, social, incluyendo infraestructuras, servicios públicos, empresas y bancos. Todo lo que se hace, toda acción pública y privada con trascendencia hacia fuera, debe ser sostenible; cuestión distinta, como se verá, es el significado preciso en cada caso⁸.

De esa vocación da buena cuenta la legislación en la que se habla de sostenibilidad ambiental⁹; sostenibilidad económica¹⁰; sostenibilidad urbanística¹¹; sostenibilidad financiera y social de las pensiones¹²; sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas¹³; sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico¹⁴; sostenibilidad económica del sistema de gas natural¹⁵; sostenibilidad del gasto farmacéutico y sanitario¹⁶; movilidad sostenible¹⁷; hasta desembocar en la *Agenda 2030 de Objetivos de Desarrollo Sostenible*, que extiende el principio sobre toda acción pública y privada¹⁸.

De todas esas referencias, si algo cabe concluir es que el principio general de sostenibilidad esta ya consolidado en el ordenamiento jurídico-público. Y que, aun teniendo diferencias en cuanto su finalidad, todas esas manifestaciones comparten un sustrato común: la sostenibilidad supone que la toma de decisiones por las generaciones actuales debe realizarse sin comprometer a las generaciones futuras, por tanto,

⁸ En relación con el desarrollo sostenible se ha dicho que “*se ha erigido en un lema o eslogan que es aceptado acríticamente y unánimemente, aunque no se sepa muy bien que se quiere significar en cada caso*”, José Francisco ALENZA GARCÍA, “Desarrollo sostenible”, en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (dir), *Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1388.

⁹ La evaluación ambiental de planes, programas y proyectos regulada en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (desde R.D.-Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental y, más tarde, Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente).

¹⁰ Desde la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

¹¹ A través del informe/memoria de sostenibilidad económica de las actuaciones urbanísticas, desde artículo 15.4 de la Ley de Suelo de 2007, hoy en artículo 22.4 y 5 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (aprobado por R.D.-Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, TRLSRU).

¹² Desde el artículo 8 de la Ley 27/2011, que añadió una DA 59ª al Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 1994, hoy regulado por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

¹³ Reconocido expresamente en el artículo 4.2 de la LOEPSE.

¹⁴ En el artículo 13 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

¹⁵ En el artículo 59 del R.D.-Ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (luego Ley 18/2014, de 15 de octubre).

¹⁶ Regulado en los artículos 106 a 116 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad de 1986, según modificación introducida por Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio,

¹⁷ Desde la Ley de Economía Sostenible de 2011 (artículos 99 a 106) hasta su regulación completa por el anteproyecto de Ley de Movilidad Sostenible de 2022 (aprobado por el Consejo de Ministros el 13 de diciembre de 2022, página web del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana).

¹⁸ La *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 25 de septiembre de 2015.

sin trasladarles cargas injustificadas, ni, por tanto, restringir su capacidad de decisión sobre los problemas a los que se enfrenten. Este entendimiento comporta una idea de equilibrio, de ponderación de intereses concurrentes en la toma de decisiones públicas, también privadas¹⁹. La definición legal de desarrollo sostenible incorpora esa idea de ponderación entre desarrollo económico y protección de los recursos naturales: “2. *En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente*” (art. 3.2 TRLSRU); un criterio que se repite en numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional²⁰.

En tanto se trata de una tarea compleja y delicada, de balance de intereses concurrentes en ocasiones enfrentados, sin duda debe estar guiada por la prudencia y por la ausencia de apriorismos. No existe un único equilibrio, ni tampoco un solo camino para alcanzarlo, menos aún a costa de la calidad de vida. Como se ha dicho en relación con el desarrollo sostenible: “*No es sostenible un desarrollo que preserve los recursos naturales a costa de disminuir la renta, el nivel de empleo o la calidad de vida, que aumente el riesgo de estancamiento o que suponga un freno a las tendencias dinamizadoras; (...) No existe un único o universal modelo de sociedad sostenible al que debemos dirigirnos, ni existen principios absolutos que marquen el sendero (...)*”²¹.

De igual modo, por esa razón de equilibrio y balance, la sostenibilidad admite excepciones en cuanto deba ceder ante otros intereses públicos prevalentes, excepciones regladas y tasadas, como se recoge en la legislación sobre sostenibilidad ambiental. Lo ejemplifica el artículo 19 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, sobre el alcance de los planes de ordenación de los recursos naturales:

3. (...) los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales serán determinantes respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales, sin perjuicio de lo que disponga al respecto la legislación autonómica. Las actuaciones, planes o programas sectoriales solo podrán contradecir o no acoger el contenido de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales por razones imperiosas de interés público de primer orden, en cuyo caso la decisión deberá motivarse y hacerse pública.

4. Los Ayuntamientos, en el ámbito de sus correspondientes competencias, podrán proponer excepciones para garantizar la prestación de los servicios mínimos previstos en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Estas excepciones deberán estar suficientemente motivadas y someterse a la aprobación del órgano...

¹⁹ Sobre esa idea de equilibrio de intereses, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2000, 177 pp.

²⁰ Desde la STC 64/1982, pasando por la STC 102/1995, hasta las SSTC 106 y 208/2014, 73/2016, 8/2018 y 86/2019.

²¹ Siendo un entendimiento generalizado, esos términos en el epígrafe II, apartado 4, de la Memoria de las Directrices de Ordenación General, aprobadas por Ley 19/2003, de 14 de abril, de Directrices de Canarias.

En consecuencia, las determinaciones de protección y ordenación de los recursos naturales —los más valiosos— pueden ser desplazadas cuando concurra una “razón imperiosa de interés general de primer orden”, así como cuando sea imprescindible para asegurar que los “servicios municipales obligatorios” puedan prestarse y, con ello, ser atendidas las necesidades básicas o esenciales de los vecinos. A igual entendimiento responden los supuestos de proyectos y obras que pueden ser excluidos de evaluación de impacto ambiental de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.3 de la Ley de Evaluación Ambiental de 2013.

La proyección de esas ideas sobre los servicios públicos permite identificar varias manifestaciones: la *sostenibilidad ambiental*, que explicaría la sujeción a evaluación impacto ambiental de las obras que sea preciso realizar, la exigencia de eficiencia energética en sus instalaciones y medidas de neutralidad climática, o la realización de inversiones y actividades “que no causen un perjuicio significativo” sobre el medio ambiente, las llamadas “inversiones sostenibles”²²; la *sostenibilidad social*, que englobaría la universalidad, la asequibilidad, la accesibilidad, la participación, la perspectiva de igualdad de género, el carácter inclusivo, condicionando su planificación, su organización y los medios con los que se preste cada servicio; y también la *sostenibilidad financiera*, esto es, su viabilidad económica, la disponibilidad de recursos para sufragar los costes que comporta su prestación. Pues bien, cuando el legislador habla genéricamente de sostenibilidad de los servicios públicos se refiere a esta tercera dimensión: la sostenibilidad *financiera* de los servicios públicos²³; la primera en aparecer, la regulada con mayor precisión y aquella que ha tenido primacía frente a las restantes dimensiones²⁴.

La idea de sostenibilidad financiera aparece cuando el endeudamiento asumido (tanto financiero, como comercial) excede de tal modo de la capacidad de pago de las Administraciones públicas que pone en cuestión el cumplimiento de las tareas que tienen encomendadas, básicamente, la prestación de servicios públicos, incluso su propia existencia. La crisis económico-financiera de 2008 puso encima de la mesa esa realidad y sus consecuencias²⁵. De ahí la adopción de medidas normativas enca-

²² De forma expresa, el Reglamento (UE) 2021/241, *Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*, dispone que solo se apoyarán aquellas medidas que respeten el principio de “no causar un perjuicio significativo” en el sentido del artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852, por el que se establece un marco para facilitar las inversiones sostenibles.

²³ Lo ejemplifica el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del Régimen Local (LBRL), en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de las Administraciones locales: “Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente...”, estando vinculada esa expresión con la “sostenibilidad financiera” (así resulta, entre otros, de los art. 25.3 y 4, 85.2.A, último párrafo, y 86.1 de la LBRL).

²⁴ Su primera explicación: Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos: un nuevo principio general en gestación”, *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, pp. 439-450.

²⁵ Se dio cuenta de ese impacto en Francisco José VILLAR ROJAS, “Crisis económico-financiera: crisis de la Administración pública”, en GONZÁLEZ SANFIEL (2013, 43-84); y del legado de esa crisis para las administraciones públicas, en “El control de la estabilidad presupuestaria local: de nuevo la

minadas a prevenir y corregir ese riesgo o esa situación, incluyendo, entre las mismas, el *principio de sostenibilidad financiera*²⁶.

El principio de sostenibilidad financiera aparece con la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera²⁷, dictada en desarrollo del artículo 135 de la Constitución²⁸. Su exposición de motivos lo reconoce y explica del modo siguiente²⁹:

tutela judicial y sus vicios”, en *Libro Homenaje a Santiago MUÑOZ MACHADO*, T.III, Iustel, Madrid, 2016, pp. 2851-2874.

²⁶ Se sintetiza lo expuesto en Francisco José VILLAR ROJAS, “El principio de sostenibilidad y las administraciones públicas”, en Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, Jesús FUENTETAJA PASTOR y Susana RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (dirs), *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 47-75.

²⁷ La idea de sostenibilidad financiera fue recogida en la Ley de Economía Sostenible (marzo de 2011): “*Todas las Administraciones Públicas deben contribuir al logro de la sostenibilidad presupuestaria de las finanzas públicas, entendida como la capacidad de financiar los compromisos de gasto presentes y futuros*” (art. 32.2). Se habla, indistintamente, de sostenibilidad financiera o presupuestaria, pero la “sostenibilidad” se individualiza como regla fiscal (vinculada con la deuda pública) distinta de la “estabilidad presupuestaria” (conectada con el déficit público). La reforma del artículo 135 de la Constitución (septiembre de 2011) confirió ese rango al principio de estabilidad presupuestaria, entendido como situación de equilibrio o superávit en términos de capacidad de financiación, se convierte en elemento estructural de la actuación del Estado; siendo su otra cara, la eliminación y la evitación de un déficit presupuestario excesivo (artículo 135.1). Esta previsión se completó con la indicación de que el déficit público no puede superar el margen establecido por la Unión Europea —el 3 por cien del PIB— (artículo 135.2). A esta precisión se suma la exigencia de ley para que el Estado y las Comunidades Autónomas emitan deuda pública o para contraer crédito; recordando que el volumen total de deuda pública no puede superar el valor de referencia fijado por la Unión Europea —el 60 por cien del PIB—. Por último, se establece la prioridad absoluta del pago de los intereses y el capital de la deuda pública (artículo 135.3). El desarrollo de estas previsiones se remite a una Ley Orgánica (artículo 135.5 y DA única, luego LOEPSF). Ahora bien, la reforma constitucional nada dice sobre la sostenibilidad financiera. Es cierto que el precepto constitucional se refiere a la deuda pública; pero lo hace en términos de necesidad de financiación (el déficit presupuestario impone préstamos para financiarlo, por tanto, deuda pública). Pero, la Constitución no incorpora previsión alguna sobre la necesidad de adoptar medidas que aseguren que la deuda pública sea coherente con la capacidad de pago actual (ya sea anual, ya sea a lo largo del ciclo económico) de las Administraciones Públicas. Es posible considerarlo implícito, pero ese mandato no aparece en el precepto estudiado. Por otra parte, tampoco se confiere rango constitucional a la tercera regla de consolidación fiscal: la fijación de un límite máximo al crecimiento del gasto público. Estas dos reglas fiscales (sostenibilidad financiera y regla de gasto) son reguladas por la legislación ordinaria.

²⁸ Sobre la reforma del artículo 135 de la Constitución, dentro de una extensa bibliografía, los trabajos iniciales de Martín BASSOLS COMA, “La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 155, 2012, pp. 21-41; Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, 187, 2012, pp. 31 a 66; y Antonio MARTÍ DEL MORAL, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, en Luis COSCULLUELA MONTANER y Luis MEDINA ALCOZ (dir), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 271-291.

²⁹ Una explicación completa de esta Ley Orgánica, en VV.AA., *Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad fiscal*, Instituto Estudios Fiscales, Madrid, 2013, 272 pp.

“La primera novedad de la Ley es su propio título, ya que incorpora la sostenibilidad financiera como principio rector de la actuación económico-financiera de todas las Administraciones Públicas españolas. Con ello se pretende reforzar la idea de estabilidad, no solo en un momento coyuntural, sino con carácter permanente, lo que contribuirá a preparar el camino para los retos a los que el sistema de bienestar se enfrenta a medio y largo plazo”.

La sostenibilidad se presenta como la dimensión a medio y largo plazo de la estabilidad presupuestaria, a la que se equipara en cuanto a su impacto, en el plano económico-financiero, sobre las actuaciones públicas. En este sentido, los restantes principios legales: plurianualidad, transparencia y eficiencia en la asignación de recursos públicos, y, en menor medida por su propia naturaleza, los de responsabilidad y de lealtad institucional, se dimensionan en función de ambas reglas fiscales —estabilidad y sostenibilidad— (artículos 5 a 9 LOEPSF). Pero, y esto es clave, se trata de un principio diferenciado y con una función singular.

En cuanto a su concepto, tras concretar lo que sea la estabilidad presupuestaria (artículo 3), la LOEPSF define la *sostenibilidad financiera* como:

“La capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y la normativa europea” (artículo 4.2 LOEPSF).

A su vez, en orden a cumplir con esa previsión, el legislador precisa que las operaciones financieras —préstamos y deuda— que las Administraciones públicas necesiten llevar a cabo para captar recursos con los que atender las funciones que tienen encomendadas, se someterán al “*principio de prudencia financiera*” (artículo 4.3 LOEPSF)³⁰.

El precepto sobre la sostenibilidad financiera recuerda cuál es el límite máximo de deuda pública admitido (60 por cien PIB); distribuye esa tasa entre todas las Administraciones Públicas (44 por cien Administración central, 13 por cien Comunidades Autónomas y 3 por cien Corporaciones Locales); reitera la necesidad de Ley para emitir deuda o contraer crédito; e, igualmente, insiste en la prioridad absoluta de pago de la deuda pública impuesta por la Constitución (artículos 13 y 14 LOEPSF). A modo de cláusula de cierre, la Ley encomienda al Gobierno que fije el objetivo trienal de deuda pública para el conjunto de las Administraciones Públicas; un objetivo que debe calcularse en relación con el de estabilidad presupuestaria (artículo 15).

La regulación de la sostenibilidad financiera se completa con la referencia a la deuda comercial. La Ley establece como parámetro de la misma la no superación del periodo medio de pago a proveedores establecido por la legislación de morosidad (artículos 4.2 y 13.6 LOEPSF)³¹.

³⁰ El principio de prudencia financiera fue incluido por la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio. Este criterio ya era exigible a las Entidades Locales (artículo 48.bis del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2004, según redacción dada por R.D.-Ley 17/2014). La reforma lo generaliza y, por tanto, lo extiende a las Comunidades Autónomas (artículo 13.bis de la Ley Orgánica 8/1980 según Ley Orgánica 6/2015).

³¹ La referencia a la deuda comercial fue incluida en la definición por la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público. Una diferencia fundamental

En consecuencia, la *sostenibilidad financiera* (vinculada con la capacidad de pago y, por tanto, con la deuda pública), se suma a la *estabilidad presupuestaria* (que impone el equilibrio estructural y/o superávit presupuestario, evitando déficit público) y la *regla de gasto* (que vincula y limita el gasto público en función del crecimiento real del PIB), como las normas tasadas que condicionan las finanzas públicas. Lo relevante es que la sostenibilidad tiene entidad diferenciada. No persigue solo tener capacidad de gasto hoy (ejercicio presupuestario o ciclo económico) y ponderar las decisiones que se deban tomar en función de esa necesidad actual; sino por encima de todo que, en la adopción de medidas que comporten gastos futuros, se considere si el pago de los mismos será razonable, sin restringir la capacidad de pago y decisión de las generaciones futuras. En todo caso, como las otras reglas fiscales, el principio de sostenibilidad financiera se desenvuelve en el plano de las “grandes cifras” de la hacienda pública, de las reglas de disciplina fiscal de las cuentas del Estado, por tanto, en lo macroeconómico³².

Volviendo sobre la idea de sostenibilidad, con el significado expuesto, esto es, que la Administración haga lo que pueda pagar sin trasladar deuda a las generaciones futuras, es obligado destacar que la sostenibilidad financiera actuará de contrapeso de las otras proyecciones de la sostenibilidad, incluso de límite, en particular de todas aquellas que precisen de mayor gasto público, como son las medidas dirigidas a conseguir la sostenibilidad ambiental —como la transición energética, la lucha contra el cambio climático o las infraestructuras sostenibles— o las que persiguen la transformación de la economía —digitalización— y del funcionamiento de las Administraciones públicas —como la contratación pública sostenible—, cuando esos fines desplazan las consideraciones económicas y de precio en la toma de decisiones. El riesgo es que los recursos empleados en esas políticas puedan afectar y debilitar los servicios públicos fundamentales. De nuevo la ponderación resulta inexcusable para encontrar el adecuado equilibrio entre las distintas manifestaciones de la sostenibilidad³³.

con la deuda pública (financiera) es que la prioridad absoluta de pago a favor de esta, impuesta por el artículo 135 de la CE, no se extiende sobre la deuda con los proveedores.

³² Desde la perspectiva de lo macroeconómico, los datos clave son los siguientes: en 2021, el gasto público representó el 51 por cien del PIB, el déficit público se situó en el 6 por cien (por encima del máximo del 3 por cien permitido por la UE), la deuda pública alcanzó el 118 por cien del PIB (muy alejada del 60 por cien admitido por la UE), con una prima de riesgo de 75 puntos básicos. A modo de contraste, en 2011, año de la reforma constitucional —art. 135 CE— que dio lugar a la aprobación de la LOEPSF, esas cifras eran las siguientes: el gasto público equivalía al 43 por cien del PIB, el déficit público era del 9,4 por cien, la deuda pública se situaba en el 63 por cien (en 2015 alcanzó el 98 por cien), con una prima de riesgo de 630 puntos básicos. El problema, antes como ahora, sigue siendo la deuda pública, con un crecimiento constante, y las cargas que trae consigo, básicamente el coste de los préstamos para hacerle frente.

³³ Sobre el necesario equilibrio de la sostenibilidad financiera con las demás dimensiones de la sostenibilidad, María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, “El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconomía: consecuencias y dificultades de su juridificación”, ambos en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2, 2020, pp. 161-206 (pp. 173-176).

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: LO QUE SEAN SERVICIOS PÚBLICOS

Tanto la Constitución (art. 135 CE), como la LOEPSF (art. 2), se proyectan sobre todas las Administraciones Públicas (Administración Central, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Administración de la Seguridad Social, junto a las entidades instrumentales vinculadas, dependientes o relacionadas con cada una de ellas) y, en consecuencia, sobre todas sus actividades, cualquiera que sea su naturaleza³⁴. Por tanto, la sostenibilidad financiera lo es de los *servicios públicos en sentido amplio*, esto es, equivalente a todas las tareas que realice la Administración y a todos los medios que precise y emplee para desarrollarlas (el mismo concepto amplio que se emplea cuando se regula la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos, art. 106.2 CE)³⁵.

Esa referencia legal abarca desde los servicios públicos obligatorios (como los servicios mínimos municipales, art. 26 LBRL), pasando por los servicios fundamentales en todo el territorio nacional (del art. 158.1 CE), hasta cualquier actividad que sea responsabilidad o competencia de una Administración (en línea con la formulación del art. 85.1 LBRL), incluidos los servicios que aseguran su organización y funcionamiento (como los servicios informáticos sin los cuáles aquella difícilmente podrá actuar). En este sentido, la sostenibilidad financiera se proyecta sobre el conjunto de la actividad administrativa desde la óptica de las finanzas públicas y de sus equilibrios —en este sentido, el Reglamento UE 2021/241 habla de “*finanzas públicas sostenibles*”, la legislación española repite la expresión: “*sostenibilidad de las cuentas públicas*”, como en la Ley 15/2014, de 16 de diciembre, de racionalización del sector público—. Dicho de otro modo, la sostenibilidad financiera enjuicia la actividad administrativa en su conjunto, por tanto, las finanzas o las cuentas públicas, lo que se desenvuelve, en línea con lo apuntado más atrás, en lo macroeconómico. No servicio a servicio.

Con todo, desde la perspectiva de las reglas fiscales, ese entendimiento —ámbito macro— ha suscitado el debate de si, en tanto aquella se proyectan sobre cada Administración/hacienda pública de forma unitaria, es admisible que uno o varios

³⁴ Sobre el alcance de la actividad administrativa y su clasificación, Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la administración*, Tecnos, Madrid, 1983, 605 pp.

³⁵ Excede del objeto de este trabajo la problemática de los servicios públicos y, en particular, el proceso de transformación impulsado por el derecho europeo, sobre esto, por todos, Gaspar ARIÑO ORTÍZ, Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Comares, Granada, 1997, 277 pp.; y, con otro enfoque, Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, 328 pp; luego en Gaspar ARIÑO ORTÍZ, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 3ª ed. 2004, 1089 pp. y Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dir), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, 939 pp. Más reciente, José Carlos LAGUNA DE PAZ, *Tratado de Derecho Administrativo General y Económico*, 4ª ed., Civitas – Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2022, 1883 pp.

de los servicios públicos que prestan sean deficitarios sin serlo la Administración correspondiente.

Pues bien, a la vista de que la regulación se centra en cada Administración pública —y aquellas entidades instrumentales que forman parte de lo que se denomina el “*perímetro de consolidación*”— nada se opone a que uno o varios de los servicios prestados sean deficitarios. Es algo que debe entenderse admisible. El ideal sería la sostenibilidad financiera del conjunto y también de cada una de sus partes. La solvencia y la viabilidad de las cuentas públicas resultarían favorecidas si cada uno de los servicios públicos fuera sostenible, en particular aquellos que comportan un mayor gasto público. En este sentido, en el sector estatal, el transporte ferroviario, el servicio postal y la televisión pública; en el sector autonómico, la dependencia, la enseñanza pública y la sanidad pública; en el ámbito local, el suministro de agua potable, la recogida de residuos o el transporte colectivo urbano, también deberían regirse por ese principio, evitando trasladar sus desequilibrios a los presupuestos públicos. Pero, sin perjuicio de ese ideal, lo cierto es que no puede desconocerse que los intereses públicos pueden exigir la realización de tareas administrativas que solo son rentables o sostenibles en términos sociales, no financieros. Y este entendimiento resulta ser conforme con la legislación, que proyecta la sostenibilidad financiera sobre las Administraciones públicas —hacienda pública— y no sobre cada servicio o actividad que desarrollen³⁶.

Ahora bien, si en una primera aproximación, las reglas fiscales, y en particular la sostenibilidad financiera, son parámetros macroeconómicos que se proyectan sobre las finanzas públicas en su conjunto³⁷; lo cierto es que aquellos mandatos también pueden llegar hasta el funcionamiento de cada uno de los servicios públicos a través del *principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos*, manifestación “presupuestaria” del principio de eficiencia como rector de la actuación de los poderes públicos (reconocido en el artículo 31.2 CE)³⁸. Esto es clave. Esta proyección, en tanto supone el impacto directo sobre servicios y actividades concretas, constituye la piedra de toque de lo que sea y de cómo deba entenderse la sostenibilidad de los servicios públicos. La formulación legal de ese principio lo pone de manifiesto cuando dispone lo siguiente (art. 7.3 LOEPSF):

Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación (...) que afecte a los gastos o los ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

³⁶ Con más detalle en Francisco José VILLAR ROJAS, “Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58.59, 2016, pp. 96-106.

³⁷ Sobre esa dimensión, Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La regulación de la política macroeconómica: un desafío para el derecho público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2, 2020, pp. 125-160; y, en la misma revista y número, SALVADOR ARMENDÁRIZ, 2020: 161-206.

³⁸ Por todos, José María GIMENO FELIÚ, “El principio de eficiencia”, en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (dir), *Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1255-1274.

Si durante varios años esta exigencia de evaluación pasó desapercibida (aunque ya se recogía en la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria), de un tiempo a esta parte, confirmando la dimensión micro de la regla que se estudia, ese principio ha adquirido carta de naturaleza, desempeñando una función que parece ir más allá de aquella —preventiva— para la que fue establecido. De este entendimiento dan cuenta algunos pronunciamientos judiciales.

En la STS 3ª, 952/2021, de 1 de julio, sobre denegación de prórroga de una concesión de servicio público sanitario —“Hospital de Alzira en Valencia”— (ECLI:ES:TS:2021:2751), el Tribunal, Supremo argumentó que el principio de eficiencia imponía una valoración del impacto sobre el gasto público de la decisión de no prorrogar la concesión, aun cuando esta no fuera ni un derecho del concesionario ni una obligación para la Administración. En concreto, la conclusión —la respuesta a la cuestión de interés casacional— fue la siguiente: “*el criterio de la Sala es que el acto administrativo por el que se acuerda prorrogar un contrato, cuando la Administración asuma la gestión directa, exige la conformidad con el artículo 7.3 de la LOEPSF, la valoración de sus repercusiones y efectos, atendida la naturaleza y alcance del acto y las circunstancias concurrentes*”. Con esto, en lo que aquí importa, una decisión esencialmente discrecional, como es la prórroga o no de un contrato público, resulta condicionada por la previa valoración de la eficiencia de la decisión, pudiendo llevar, en su caso, a la prolongación del negocio jurídico en contra de aquella naturaleza, reduciendo a un único factor, el impacto en el gasto público, la decisión administrativa, cuando la legislación de contratos lo vincula con una combinación de elementos: necesidad, idoneidad y eficiencia (art. 28.3 LCSP).

Por su parte, en la STS, 3ª, 11/2022, de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2022:57), sobre cambio a modo de gestión directa con monopolio del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable, el Alto Tribunal, sin cuestionar la obligación de someter a una valoración de eficiencia la decisión de modificar el modo de gestión del servicio público, desestimó la pretensión destacando que la memoria elaborada justificaba que la gestión directa en monopolio era la única forma de hacer la prestación “*económicamente sostenible*”. De este modo, la tradicional libertad de elección del modo de gestión de los servicios públicos queda matizada por la exigencia de un análisis de eficiencia económica de la forma elegida, por más que en el caso concreto la decisión judicial sea notablemente flexible en cuanto al alcance de esta valoración.

El criterio que subyace en esas sentencias, de evaluación de la eficiencia de cada decisión administrativa que pueda tener un eventual impacto sobre el gasto público, por tanto, servicio por servicio, encuentra otro elemento de apoyo en determinadas disposiciones legales que, en gran medida, imponen la misma valoración. Es el caso del mandato que exige a las Entidades locales la elección del modo de gestión de los servicios públicos que sea: “*más sostenible y eficiente*” (art. 85.2 LBRL), obligación que extiende, de forma imperativa, en relación con la utilización de las formas de gestión directa personificadas en régimen de derecho privado —entidad pública empresarial local y sociedad mercantil local— (art. 85.2.A, último párrafo, de la LBRL). También el reconocimiento de la condición de medio propio y servicio técnico en el

ámbito del sector público institucional estatal, con la obligación de acreditar que “*sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica*” (art. 86.2.a de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, norma no básica). Y, por último, la sujeción de la resolución de los contratos de concesión de obras y de servicios mediante rescate para su gestión directa a “*la acreditación de que dicha gestión es más eficaz y eficiente que la concesional*” (art. 279 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, LCSP).

Cuanto queda anotado, de la mano del principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, parece llevar sin solución de continuidad hacia la exigencia y medida de la sostenibilidad financiera a cada servicio público individualmente considerado, en contradicción con la afirmación formulada más atrás que lo vincula con el conjunto de la actividad de la Administración. No obstante, los preceptos destacados, que se desenvuelven en el ámbito de las formas de gestión de los servicios públicos, no en el de su implantación, ni siquiera de su extensión —que son las decisiones que comportan gasto real—, y, sobre todo, los términos en que se regula la eficiencia permiten afirmar que se trata de un aspecto que la Administración debe considerar para tomar la decisión más adecuada para los intereses públicos que debe atender, por tanto, una información de obligado conocimiento y ponderación. Nada menos, pero también nada más. No se trata de un obstáculo o impedimento —como si fuera un informe determinante y/o vinculante—; de hecho, ni siquiera se traduce en la necesidad de un informe o memoria de evaluación económica, siendo suficiente con que se dé cuenta de esa valoración en la motivación del acto administrativo (así se dice en la STS 952/2021, FJ 4º, citada). El principio de eficiencia desempeña una función distinta de la sostenibilidad financiera. Aun relacionados, aquel obliga a la Administración a tener en cuenta cuando toma decisiones el impacto que puedan tener en el gasto público, sin que esto sea suficiente para no tomarlas, puesto que los intereses concurrentes —en especial los sociales— pueden imponerse sobre el coste de atenderlos³⁹.

En suma, la sostenibilidad financiera se proyecta sobre la actividad administrativa en su conjunto —sobre las cuentas públicas en general—, lo que es compatible con la prestación de servicios públicos deficitarios, siempre que ese coste sea asumible por la hacienda pública, en especial cuando se trata de servicios o actividades de prestación obligatoria⁴⁰. Por su parte, la valoración de la eficiencia —entendida como impacto

³⁹ Como explicó GIMENO FELIÚ: “*es importante insistir en la idea de que el principio de eficiencia debe ser visualizado no desde la monolítica perspectiva económica (o estrictamente presupuestaria), sino que deberá valorarse atendiendo a su conexión ineludible con el cumplimiento de sus fines o políticas públicas. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales...*” (2010, 1560).

⁴⁰ En este aspecto se planteó, en el ámbito local, el debate sobre la diferencia entre competencias propias e impropias, sobre servicios públicos y actividades económicas, que culminó en la exigencia de un informe previo, preceptivo y vinculante de la Administración que ostente la competencia y de la que ejerce la tutela financiera como presupuesto para que una Entidad Local pueda ejercer una actividad

en el gasto público— de cada una de las tareas y de los servicios, que se adopten, se desenvuelve en un plano distinto, sin que altere la anterior conclusión. Esto es clave para el correcto entendimiento de la sostenibilidad de los servicios públicos, que debe asegurarse su viabilidad en las mejores condiciones de calidad y regularidad, y no, por el contrario, llevar a su restricción, menos aún a su empobrecimiento incluso supresión, con el fin de poder cumplir con unas “cifras mágicas”. Sin duda, el límite es la capacidad de pago de la sociedad actual, sin perjuicio, en caso de imperiosa necesidad, de que se puedan adoptar decisiones excepcionales que puedan tener ese efecto.

4. LOS MEDIOS PARA SU CONSECUCCIÓN

4.1. Reglas de disciplina fiscal

La sostenibilidad de los servicios públicos no es una preocupación nueva o reciente. Sin duda lo es su formalización legal y la adopción de medidas coercitivas para su aseguramiento o, en su caso, su restablecimiento, pero no lo es la necesidad de acomodar los servicios públicos a los recursos y capacidad de gasto y endeudamiento de las Administraciones llamadas a prestarlos. Con más o menos precisión, la sostenibilidad financiera se ha venido asegurando —y se sigue haciendo— en virtud de la legislación presupuestaria donde siempre existieron normas sobre endeudamiento público de obligado cumplimiento (art. 94-111 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, art. 48-55 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por R.D.-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y sus precedentes legales).

El impacto de la crisis económico-financiera de 2008 sobre las cuentas públicas zanjó el debate tradicional sobre el modo y manera de cumplimiento de la legislación presupuestaria: *discrecionalidad versus regla*. Se impuso lo reglado, la disciplina, la predeterminación normativa y, con ello, la estabilidad presupuestaria y su razón de ser: el control estricto del déficit, de la deuda y del gasto público⁴¹. Las reglas fiscales se consolidaron como el cauce fundamental para conseguir el equilibrio financiero público. Las medidas ejecutivas y coercitivas que se establecen en la LOEPSF sustentan esta función básica.

económica —por más que muchas de ellas son, materialmente, servicios públicos, como acaece en el ámbito de lo social— (art 7.4 LBRL). Se trata de una discusión que, aun pudiendo producirse en el ámbito estatal y autonómico, no tuvo lugar. Sobre esto, por todos, Francisco VELASCO CABALLERO, “Nuevo régimen de competencias municipales en el anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2012*, Madrid, 2013, 6, 23-60.

⁴¹ En torno al debate “regla versus discrecionalidad”, José Manuel TRÁNCHEZ MARTÍN, Isabela FERNÁNDEZ DE BEAMOUNT TORRES y Javier MARTÍN ROMÁN, “Crisis financiera, refuerzo de la estabilidad presupuestaria y reforma de la Administración local”, en José Manuel DÍAZ LEMA (coord), *Sostenibilidad financiera y administración local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 13-99 (p. 14).

El modo en que cada Administración se acomoda a las reglas fiscales puede considerarse, inicialmente, discrecional. Cada una podrá optar por una u otra medida (incremento ingresos, recorte gastos, endeudamiento, venta de patrimonio) para cumplir con esas normas; si bien, en caso de aumento de ingresos por encima de lo previsto, deberán ser destinados a reducir la deuda pública (artículo 13.5 LOEPSF). Ahora bien, en caso de incumplimiento, la discrecionalidad da paso a lo reglado. Esta es la clave de la reforma legal. La LOEPSF establece las medidas preventivas, correctoras y sancionadoras aplicables en caso de que los objetivos de déficit, deuda o límite de gasto, sean incumplidos —en este aspecto, la diferencia con la anterior legislación de estabilidad presupuestaria resulta patente—. Estas medidas ejecutivas explican el impacto real de esta regla fiscal en la acción de las Administraciones públicas españolas. Las más importantes son :

- a) Suministro de información. La imposición sobre las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales de obligaciones de suministro periódico de información económico-financiera a favor de la Administración central (Ministerio de Hacienda). Su fundamento es el “principio de transparencia” (artículos 27 y 28 LOEPSF). En caso de incumplimiento, la Administración estatal podrá adoptar medidas de corrección (art. 20 LOEPSF).
- b) Medidas de prevención. En caso de que la deuda pública total se sitúe por encima del 95 por cien de los límites señalados para cada Administración, las únicas operaciones de endeudamiento permitidas serán las de tesorería (art. 13.2 LOEPSF).
- c) Medidas correctivas. En caso de incumplimiento de los objetivos de deuda pública (de igual modo que los objetivos de estabilidad presupuestaria o la regla de gasto), previa advertencia, la Entidad Pública deberá elaborar un “plan económico-financiero” (plan de reequilibrio cuando el desfase se deba a circunstancias extraordinarias) dirigido a la corrección de ese incumplimiento en el año en curso y el siguiente (arts. 20 a 22 LOEPSF).
- d) Medidas coercitivas. En caso de no aprobación o de incumplimiento del plan económico-financiero (como del periodo medio de pago), la Administración incumplidora deberá, en el plazo de 15 días, adoptar medidas de no disponibilidad de créditos y reducción de gastos, así como constituir un depósito con intereses en el Banco de España por importe del 2 por cien de su PIB. De no cumplimentar alguna de estas medidas, un Comité de Expertos propondrá medidas que deberán ser implementadas por la Administración incumplidora (art. 25 LOEPSF).
- e) Medidas de cumplimiento forzoso. En caso de incumplimiento de las medidas coercitivas, el Gobierno podrá acudir al mecanismo del artículo 155 de la Constitución para conseguir el cumplimiento de las medidas de no disponibilidad de créditos, depósito obligatorio y, en su caso, las propuestas por la Comisión de Expertos (art. 26 LOEPSF).
- f) En cuando a la deuda comercial, en caso de incumplimiento del periodo medio de pago, previa advertencia y adopción de medidas correctoras autónomas —elaboración de un plan de tesorería que permita cumplir los plazos—, la Administración central podrá acordar la retención de transferencias con el fin de abonar directamente a los proveedores (arts. 13.6 y 18.4 y 5 LOEPSF).

Con estas medidas, las normas contables, que incorporan un margen notable de incertidumbre incluso de opinabilidad, se convierten en normas jurídico-públicas, ejecutivas y coercitivas, con todas sus consecuencias. Esta es la otra vertiente que deriva de la primacía de la regla sobre la discrecionalidad en el cumplimiento de las reglas fiscales tradicionales. De ello dan cuenta, ya antes de la pandemia sanitaria, los conflictos generados por la combinación de *rigidez e informalidad en la aplicación de*

esas reglas; en concreto por su entendimiento como normas prohibitivas, y no como criterios necesarios para tomar decisiones públicas.

Esa aproximación tiene su reflejo en numerosas controversias como la manifiesta voluntad de recentralización competencial —basada en una reinterpretación de lo básico desde la Administración General del Estado—; la tutela informal, en muchas ocasiones de mera oportunidad, del Ministerio de Hacienda sobre las administraciones autonómicas y locales —articulando la relación sobre circulares no publicadas, instrucciones internas, notas explicativas, y cuestionarios de pregunta/respuesta—; la asunción por aquella de competencias sin conocimiento de la realidad social y económica del ámbito en que se deben desarrollar —como los informes preceptivos y vinculantes sobre las competencias locales impropias, tales como la implantación de escuelas infantiles municipales—; la construcción de nuevos conceptos y categorías jurídico-formales como “*el perímetro de consolidación*”, basado en los sectores administrativos con independencia de los vínculos existentes —la Universidad en el ámbito autonómico, tratada como entidad “*dependiente*” sin serlo, dada su autonomía constitucionalmente garantizada—; las medidas contradictorias con las obligaciones legales que recaen sobre las Administraciones tuteladas, como la limitación de la capacidad de planificación territorial y urbanística en tanto las propuestas puedan comportar la asunción de futuras obligaciones; y algunas incoherencias como la prohibición de que las Administraciones que cumplan las reglas fiscales puedan utilizar el superávit presupuestario, hasta el punto de plantearse que lo prestaran a la Administración General del Estado para que esta se lo devolviera en parte^{42 43}. Se ha llegado a sostener que el cumplimiento de esas disposiciones (la LOEPSF) tiene prioridad sobre el ejercicio de las competencias, debiendo ceder estas, en caso de conflicto, ante los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, incluso aunque se trate de servicios obligatorios^{44 45}.

Se trata de un entendimiento alejado de la esencia de la sostenibilidad: equilibrio y ponderación de intereses concurrentes, en su caso, modulaciones e, incluso,

⁴² Básicamente, se recogía en el artículo 3 del R.D.-Ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, que no fue convalidado por el Congreso de los Diputados (B.O.E. 243, de 11 de septiembre de 2020).

⁴³ La explicación detallada de esos conflictos en: VILLAR ROJAS, 2016: 2851-2874.

⁴⁴ Así lo afirmó Luis Fernando DEL CAMPO RUIZ DE ALMODÓVAR, “*La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y su aplicación a las Entidades Locales*”, Revista CEMCI, 15, 2012, pp. 42.

⁴⁵ Lo que subyace es la cuestión de la interpretación de la normativa sobre disciplina presupuestaria, su relación con las normas que rigen la actividad de las administraciones y, de modo particular, la lectura de esas disposiciones a la luz de los criterios de aquellas normas de contabilidad pública y los mecanismos para su control. Es un asunto abierto, como reflejan las discrepancias entre los gestores de los servicios públicos y los órganos de control e intervención que aplican aquellas normas. El análisis excede del limitado ámbito de este trabajo. En todo caso, sobre este conflicto —alguna de sus manifestaciones— habrá de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la petición de decisión prejudicial planteada por la Corte dei Conti (Italia) el 10 de junio de 2021 – Federazione Italiana Triathlon / Istituto Nazionale di Statistics – ISTAC, Ministero dell’Economia e delle Finanze (Asunto C-364/21, DOUE 349/21, 30.08.2021).

excepciones. Como se explicó más atrás, no existe un modelo único y universal de sostenibilidad, tampoco financiera. La cláusula de salvaguardia de las reglas fiscales contenida en la normativa UE ejemplifica que ese es el significado y no la rigidez, la informalidad y la prohibición. La imposición de una Administración pública sobre otra no es sostenibilidad financiera.

Con todo, sin perjuicio de los problemas apuntados, es importante destacar que la efectiva aplicación y cumplimiento de esa manera de entender las reglas fiscales resultó posible, en buena medida, gracias a que descansaban en una premisa: *la Administración era parte del problema*, su organización y su actividad debía ser objeto de racionalización. La apuesta por la reducción a cero de la tasa de reposición de empleados públicos, por la supresión de entidades instrumentales, la preferencia de la gestión indirecta de los servicios públicos y, con carácter excepcional, la supresión de actividades y servicios, lo ejemplifican. Dicho de otro modo, *para reequilibrar las cuentas públicas, también era imprescindible el adelgazamiento de la Administración*.

Esa realidad, la crítica a la Administración como factor legitimador de las reglas de disciplina fiscal, es relevante porque, a diferencia de esa etapa, ahora, *el plan de recuperación descansa*, en gran medida, *en las bondades de la Administración* como factor indispensable para superar la crisis provocada por la pandemia. De modo que, siendo “lo público” el nuevo paradigma, es inevitable preguntarse: ¿siguen siendo necesarias aquellas reglas fiscales? En caso de serlo, ¿las mismas u otras distintas? Expresado de otro modo: ¿es necesario asegurar la sostenibilidad financiera de los servicios públicos cuando el sujeto llamado a hacerlo es ahora el elemento indispensable para garantizar su viabilidad? Se dirá que ya lo hará sin necesidad de imponérselo.

En todo caso, la consecución de la sostenibilidad financiera de los servicios públicos se viene articulando, desde siempre, mediante un conjunto de normas que limitan, en su caso prohíben, la capacidad de las Administraciones para endeudarse y para asumir compromisos de gasto que exceden de su capacidad de pago. Las normas que se conocen como reglas de disciplina fiscal. Pero no son las únicas.

4.2. Autofinanciación de cada servicio público

En relación con servicios públicos concretos, otro instrumento que ha servido para asegurar o, al menos, ayudar, a la viabilidad de los servicios públicos locales, es el *principio de autofinanciación*. El artículo 107.2 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 1986 lo establece con precisión:

2. Las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate. No obstante, cuando las circunstancias aconsejaren mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los exigidos por la referida autofinanciación, la Comunidad Autónoma o Administración competente podrá acordarlo así, autorizando simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes.

Cierto que este mandato se proyecta solo sobre los servicios públicos no gratuitos, aquellos en que el usuario debe abonar una contraprestación económica por acceder

o recibir el servicio⁴⁶. Pero, aun así, refleja una preocupación por la sostenibilidad de tales servicios y actividades de prestación pública, por evitar su repercusión sobre los presupuestos generales municipales y, por tanto, sobre todos los vecinos.

El mismo principio se aplica en algunos servicios públicos de ámbito estatal. Es el caso de los servicios portuarios y de los servicios aeroportuarios:

— Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (aprobado por R.D.-Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre):

Artículo 156. Autofinanciación del sistema portuario.

1. *El régimen económico de los puertos de titularidad estatal deberá responder al principio de autosuficiencia económica del sistema portuario en su conjunto y de cada una de las Autoridades Portuarias en un marco de autonomía de gestión económico-financiera de los organismos públicos portuarios.*⁴⁷

— Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia:

Artículo 19. Definiciones en el ámbito aeroportuario.

b) *Ingreso máximo anual por pasajero (IMAP), el nivel máximo anual del ingreso medio por pasajero fijado en el Documento de Regulación Aeroportuaría (DORA), ... que contempla los ingresos aeroportuarios necesarios para cubrir el coste de los servicios aeroportuarios básicos retribuidos a través de las prestaciones patrimoniales de carácter público.*⁴⁸

Este mandato de autofinanciación permite trasladar la totalidad de los costes de prestación a los usuarios de estos servicios sin que repercutan, directa o indirectamente, ni en los actuales contribuyentes —que financian los presupuestos generales públicos—, ni en los futuros, en la medida que la financiación de las prestaciones y, sobre todo, de las nuevas inversiones e infraestructuras recaen sobre quienes usen esas instalaciones y servicios. Desde la óptica de la sostenibilidad financiera, esta fórmula legal cumple con creces su finalidad, sin perjuicio de la necesidad de rigor, transparencia y control en la fijación de las tarifas —contraprestación económica que debe abonar el usuario—. Con ello el debate se traslada a aquellos servicios públicos que requieren de financiación presupuestaria para ser viables —televisión pública, transporte ferroviario—; aunque también hacia la cuestión de cuál sea el límite en la aplicación del principio de autofinanciación: ¿sería posible extenderlo a todos los servicios públicos? ¿es imaginable un modelo de prestaciones públicas sin financiación presupuestaria alguna?

⁴⁶ Sobre el principio de autofinanciación, Francisco José VILLAR ROJAS, *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos*, Comares, Granada, 2000, 258 pp, en particular pp. 141-154.

⁴⁷ Sobre esto, Bartomeu TRIAS PRATS, *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, Iustel, Madrid, 2011, 604 pp. (p. 502-517).

⁴⁸ Sobre estas cuestiones, el *Documento de Regulación Aeroportuaría 2022-2026*, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 (BOE 234, de 30/9/2021); en la doctrina, Carmen ÁVILA RODRÍGUEZ, “Perspectivas de cambio en la gestión aeroportuaría tras la entrada en vigor del R.D.-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia”, *Revista de Derecho del Transporte*, 14, 2014, 113-136; y Ricardo J. NAVARRO GÓMEZ, *Las tarifas como instrumentos de financiación de los servicios aeroportuarios en el derecho español*, Reus, Madrid, 2021, 160 pp.

4.3. Régimen de cola

Desde hace muchos años —quizás desde el nacimiento de la idea de servicio público—, la sostenibilidad financiera también se consigue por aplicación de reglas informales y discrecionales, casi siempre de forma más efectiva que el cumplimiento de las normas de disciplina fiscal. El paradigma de este modo de actuar es lo que, en su día, Jornada de Pozas calificó como el “régimen de cola”⁴⁹: la capacidad para realizar la prestación condiciona la admisión al servicio de los usuarios.

La Administración presta servicios a los ciudadanos en función de su capacidad de hacerlo, demorando la atención de aquellos que exceden los medios de que dispone⁵⁰. Las listas de espera sanitarias, judiciales, de la dependencia, de acceso a la vivienda protegida, como en el acceso a cualquier actividad o prestación de la administración —facilitado por la generalización de la cita previa, aportación de la pandemia sanitaria que evita conflictos en la puerta de entrada de las oficinas públicas—, son una herramienta poderosa para equilibrar o ajustar las prestaciones públicas con los recursos económicos de los que se dispone y se puedan utilizar⁵¹.

De facto, la lista de espera como la cola constituyen un recorte de las prestaciones que conforman el servicio público. Ahora bien, cuando menos formalmente, tal restricción no se produce porque el derecho de acceso sigue existiendo, lo mismo que se mantienen sin cambio las condiciones reglamentarias de calidad y, en su caso, de precio, del servicio. Del mismo modo esa demora tampoco implica un incremento de la contribución de los usuarios, a los que no se puede pedir una aportación económica por acelerar la atención. En este sentido, la sanidad pública está prevista la posibilidad de que el usuario, transcurrido un plazo sin recibir la asistencia, dado el carácter evolutivo de la enfermedad, pueda “salirse de la lista de espera” y acudir a la sanidad privada, pero repercutiendo el coste a la hacienda pública⁵².

⁴⁹ Tal y como refiere Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pp. 399.

⁵⁰ El Tribunal Supremo lo ha explicado en los términos siguientes: “CDO. Que precisamente porque el servicio (de alcantarillado) es servicio público, es contrario a su propia naturaleza el que su utilización no fuera generalizada, lo que quiere decir que en su régimen debe asegurarse la igualdad, con lo que queda resuelto, en principio el problema del derecho del particular de acceso al mismo, esto es, a su goce o disfrute; ahora bien, esta formulación teórica carece de la virtud taumatúrgica de resolver el problema material de desproporción entre la capacidad de prestación del servicio y las necesidades existentes en la población, al igual que ocurre en otros muchos servicios de condición y fines distintos, discordancia que tiene que obligar, forzosamente, a la adopción de medidas que, sin ser arbitrarias, vengán a limitar la demanda de ese disfrute, para adecuarla a la capacidad de prestación del servicio. CDO. Que por las razones apuntadas, ha habido necesidad de arbitrar el sistema de “cola”, o de otorgamiento del goce al primero o primeros que lleguen; como en otros casos se ha recurrido al sistema de “contingentación” o de racionamiento, utilizado en tiempos de escasez, en materia alimentaria o de carburantes” (STS 3ª, de 1 de junio de 1979, ECLI:ES: TS:1979:803).

⁵¹ Sobre los usuarios, Luis MÍGUEZ MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999, 302 pp. y la bibliografía que relaciona.

⁵² El legislador estatal reconoce el derecho-garantía de tiempo máximo para recibir asistencia sanitaria (art. 4.b y 25 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional

En cierta medida, lo mismo cabe decir de otra práctica administrativa como la prestación del servicio rebajando los estándares de calidad, como el porcentaje de ocupación de determinados transportes públicos, el número de camas por habitación en los hospitales o la ratio profesor-alumno en la enseñanza pública. Sin duda, el servicio se presta, pero lo es en peores condiciones a las que debiera, bien es cierto que a esto contribuye el que, en muchos casos, los estándares de calidad no están regulados, sobre todo cuando la gestión es directa, o, lo más habitual, lo están en normas de ínfimo rango, cuando lo son.

De la trascendencia social de estos medios informales, vinculados con la gestión de cada servicio, da cuenta la tensión recurrente que suscita “saltarse la lista de espera”, sobre todo cuando concurren circunstancias —como la gravedad del estado sanitario individual— sujetas a valoración técnica con un grado notable de discrecionalidad. De su realidad dan cuenta las listas de espera sanitarias tras la pandemia y la derivación de los recursos públicos a la lucha contra sus consecuencias. El elemento corrector es la reclamación de responsabilidad patrimonial por demora en la prestación del servicio, pero la indemnización obtenida años más tarde —si es que se alcanzan—, en modo alguno puede considerarse alternativa a la recepción del servicio en tiempo y forma. En todo caso, es claro que las listas de espera contribuyen de forma directa y efectiva al objetivo de acomodar el servicio a los medios de que se dispone, hoy la sostenibilidad financiera, y lo hacen desde siempre.

En fin, volviendo a la cuestión planteada más atrás, cabe concluir que, desde la crisis económica de 2008, el aseguramiento de la sostenibilidad financiera de la actividad administrativa se persigue con una combinación de reglas fiscales tasadas y de reglas informales, en particular el principio de cola, que sigue plenamente vigente sin que pueda desconocerse la efectividad de su impacto.

5. LAS FÓRMULAS PARA ESCAPAR DE LAS REGLAS FISCALES

5.1 Planteamiento

La juridificación de las reglas fiscales ha llevado a la adopción de medidas que establezcan con precisión cuáles sean las cargas de las que deben responder las Administraciones, separándolas de las que deban recaer sobre terceros. Según cual sea la aproximación, se trata de vías para asegurar el correcto cumplimiento con esas

de la Salud, desarrollado por el R.D. 1039/2011, de 15 de junio, que establece los criterios marco para garantizar el tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de la Salud). A partir de estas bases corresponde a las Comunidades Autónomas concretar los tiempos máximos de acceso para las distintas prestaciones sanitarias y, lo más importante, establecer la respuesta que debe darse a los pacientes en caso de incumplimiento. Sobre esto, a título de ejemplo, la Ley 7/2006, de 15 de junio, de garantías de tiempos máximos de respuesta en atención sanitaria especializada en el sistema sanitario público de Cantabria.

reglas⁵³, pero también, desde otra perspectiva, de encontrar fórmulas para evitarlas (expresado de forma gráfica: “*esto consolidada, esto no consolidada*” en las cuentas públicas). La experiencia en los años de aplicación de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera permite identificar algunas que deben ser tenidas en cuenta en relación con las políticas de recuperación: básicamente, el recorte de medios, organizaciones y prestaciones, la transferencia de riesgos financieros a terceros y el traspaso de costes a los usuarios. Para valorar su alcance es preciso repasar cuál sea la finalidad, las consecuencias y los riesgos de cada una de ellas.

5.2. Recorte de medios, entidades instrumentales y prestaciones

El primer cauce para reajustar las cuentas públicas es el recorte del gasto público, *reduciendo medios, personales y materiales, entidades instrumentales y prestaciones*⁵⁴. La vinculación con la sostenibilidad financiera es patente. Si el objetivo es adecuar el gasto —y, por tanto, la necesidad de financiación—, a la capacidad de pago —capacidad de generar ingresos y de pago—, la reordenación de la Administración —de lo que es, de lo que hace y de cómo lo hace—, en tanto comporte una minoración del gasto público, no solo tendrá impacto directo en el objetivo de reducción del déficit, sino también, en una menor necesidad de financiación —préstamos— y, por tanto, de endeudamiento de la Administración.

A estos efectos, el denominado *Informe Cora* (2012⁵⁵) sentó —o pretendió— las bases para una reforma del sector público con medidas como la reducción del gasto público, la racionalización de las estructuras administrativas (duplicidades, simplificación, racionalización organizativa, reforma local), la mejora de la eficiencia (reformas sobre empleo público) y la consecución de una Administración al servicio de ciudadanos y empresas. Con base en esas recomendaciones, se impulsaron los siguientes cambios legislativos:

- Medidas coyunturales de reducción de gastos públicos (prohibición de disposición de recursos y recorte directo de gastos —con especial incidencia en el empleo público, reduciendo hasta suspender la oferta de empleo público)⁵⁶.

⁵³ Del esfuerzo por una correcta construcción y aplicación de las reglas de disciplina fiscal sobre las Administraciones públicas da cuenta el trabajo de Ester MARCO PEÑAS, “Delimitación del sector público local y estabilidad presupuestaria”, en *Anuario de Derecho Municipal* (2018), 12, 2019, 219-243. También en Juan José GUIMERÁ RICO, *Las sociedades estatales*, INAP, Madrid, 2020, pp. 77-102.

⁵⁴ Con más detalle, VILLAR ROJAS, 2013: 65-75, y 2017: 61-64.

⁵⁵ La “*Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas*” (CORR) fue creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012. Su informe fue presentado el 21 de junio de 2013. En orden a la implementación de sus medidas, el Gobierno creó la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración Pública (R.D. 479/2013, de 21 de junio).

⁵⁶ Estas medidas fueron adoptadas por el R.D.-Ley 8/2010, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (reducción del 5 por cien de la retribución de los empleados públicos, congelación de las pensiones, reducción oferta de empleo público al 10 por cien de la tasa de reposición y, además, no disponibilidad de 5.000 mill/euros presupuestados); por el R.D.-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del

— Racionalización de la Administración Local. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, pretendió reducir el gasto público actuando, entre otras medidas, sobre la organización administrativa (fusión de municipios, mancomunidades...), sobre los servicios que prestan (gestión coordinada por las Diputaciones), sobre las tareas que deben desempeñar (reordenación de competencias) y, también, sobre el modo en que toman sus decisiones (control directo de la Administración que ejerce la tutela financiera, control indirecto a través del órgano de la intervención)⁵⁷.

— Reestructuración del sector público estatal. La Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, dispuso una reordenación de organismos públicos estatales, una propuesta de racionalización de organismos duplicados con las Comunidades Autónomas, y unas pocas medidas relativas a la simplificación de procedimientos⁵⁸.

— Reorganización del sector público autonómico. Casi todas las Comunidades Autónomas aprobaron disposiciones con el fin de abordar también procesos de reorganización organizativa y, en su caso, eliminación de algunos organismos y entidades públicas⁵⁹.

Transcurridos unos años desde su adopción, el balance de estas medidas en relación con los objetivos planteados resultó ser muy pobre. La mejoría de la situación económica trajo consigo la paralización de las reformas administrativas. En lo que aquí interesa, el limitado grado de cumplimiento, más allá de la efectividad de las decisiones meramente coyunturales (no disponibilidad de fondos presupuestados), pone de manifiesto la complejidad de reducir medios y prestaciones, incluso cuando la decisión se ha llegado a adoptar. Esta clase de medidas tropieza con numerosas dificultades y obstáculos, casi siempre materiales antes que jurídicos, que han convertido esta vía de cumplimiento con las reglas de disciplina fiscal en algo que se va diluyendo. La apuesta por lo público con la pandemia sanitaria refuerza esta tendencia. Es más fácil actuar sobre los usuarios y sobre los terceros, extramuros del castillo de la Administración.

déficit público (congelación de las retribuciones de los empleados públicos, 1 por cien de incremento de las pensiones, y paralización oferta pública de empleo); y el R.D.-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (supresión paga extraordinaria diciembre de 2012, además suspensión bonificaciones cuotas de la seguridad social y programas de ayudas y subsidios en materia de vivienda y rehabilitación).

⁵⁷ Sobre la reforma del régimen local, dentro de una ingente bibliografía, los trabajos incluidos en: José Manuel DÍAZ LEMA (coor), *Sostenibilidad financiera y administración local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 349 pp; Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (dir), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, 430 pp; número monográfico: *La revisión del Gobierno y la Administración local en la Ley 27/2013*, Cuadernos de Derecho Local, 34, 2014, 240 pp; Manuel Jesús DOMINGO ZABALLOS (coor), *Reforma del Régimen Local*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 957 pp; y Tomás QUINTANA LÓPEZ (dir) y Anabelén CASARES MARCOS (coor), *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 981 pp.

⁵⁸ Sobre esto, Federico CASTILLO BLANCO (dir), *La reforma del sector público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014, 421 pp.

⁵⁹ Sobre estas iniciativas, por todos, Encarnación MONTOYA MARTÍN, “Reestructuración de la administración instrumental y de estructuras asociativas: lecciones aprendidas y estrategias”, en CASTILLO BLANCO (2014, 107-144).

5.3. ENCOMENDAR LA GESTIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS A TERCEROS

Teniendo en cuenta la dificultad apuntada, una medida repetida para promover acciones desde las Administraciones, sin consolidar en las cuentas públicas, ha sido *encomendar la gestión de obras y servicios públicos a terceros* y con ello trasladar el riesgo financiero hacia las cuentas de esos operadores económicos⁶⁰. Se trata de aquellas medidas adoptadas a partir del concepto de riesgo de las normas del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-1995, SEC -2010)⁶¹.

No es un asunto nuevo. La demanda de una asistencia hospitalaria más cercana a los pacientes explicó, en parte, la construcción de nuevos hospitales en las Comunidades Autónomas de Valencia y de Madrid. La utilización de la concesión de obras y de servicios públicos fue la fórmula jurídica para construirlos y ponerlos en marcha “escapando” de las reglas fiscales y, con ello, tratando de evitar su consolidación en las cuentas autonómicas (1997, 2004-2012)⁶². Se trata de lo que se ha conocido como la huida del derecho presupuestario⁶³. La polémica y la controversia rodeó —y lo sigue haciendo— a esta iniciativa pública. Pero lo cierto es que, pese a todo, nadie está dispuesto a renunciar a esos establecimientos sanitarios.

En todo caso, el paradigma de esta fórmula es la recepción en la legislación de contratos públicos del “*riesgo operacional*” como elemento determinante de la condición de contrato o de concesión de obras o de servicios⁶⁴.

De acuerdo con la normativa vigente: “*Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida po-*

⁶⁰ Sobre la relación entre la legislación de contratos y la presupuestaria, Silvia DÍEZ SASTRE y Ester MARCO PEÑAS, “La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 205, 2020, pp. 125-156

⁶¹ Las normas SEC – 95, actualmente, SEC – 2010, tras diferenciar entre riesgo de construcción, riesgo de disponibilidad, riesgo de demanda y, también, riesgo de valor residual y obsolescencia, precisan que el riesgo corresponde al operador si el riesgo de construcción y la demanda o la disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva (apartado 20.283, Reglamento UE 549/2013).

⁶² Se dio cuenta en Francisco José VILLAR ROJAS, “La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid”, *Revista Derecho y Salud*, 17, 2009, pp. 1-23.

⁶³ Juan MARTÍNEZ CALVO, “Hacia la construcción de un “Derecho administrativo financiero”. Crónica del caso Mintra”, *Revista de Administración Pública*, 167, 2005, pp. 369-402.

⁶⁴ Ampliamente, Francisco Lorenzo HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Thomson-Reuters-Aranzadi. Cizur Menor, 2018, 406 pp.; María Eugenia LÓPEZ MORA, *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona, 2019, 370 pp.; y Rocío SAHÚN PACHECO, *Riesgo operacional y servicio público*, B.O.E., Madrid, 2019, 356 pp.

tencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable” (art. 14.4 y 15.2 Ley de Contratos del Sector Público de 2017).

En consecuencia, cuando a tenor de las bases del contrato el riesgo operacional se traslada al operador económico, las obligaciones vinculadas con ese negocio jurídico, aun cumpliendo una finalidad pública, como regla general no consolidan en las cuentas públicas, de modo que, en teoría, esta clase de contratos —concesiones de obras y de servicios— vendrían a contribuir a la sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas.

El problema es que, cuando se trata de servicios públicos cuya prestación es impuesta por mandato legal, resulta inimaginable que la Administración pueda trasladar al contratista el riesgo operacional, en tanto ello supondría poner en riesgo real la continuidad del servicio público correspondiente ⁶⁵. Esta realidad explica el principio tradicional de “*remuneración suficiente*”, de garantía de recuperación de la inversión característico de las viejas concesiones de servicio público local (art. 129.3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 ⁶⁶):

En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.

Y es que no cabe trasladar el riesgo operacional en los servicios públicos. A lo sumo es posible hacerlo, en determinadas condiciones, en la explotación de los bienes públicos (como el aprovechamiento privativo del dominio público portuario). Por esta razón, la apuesta por la financiación pública directa y por la creación de entidades instrumentales, públicas o mixtas, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (art. 12, 44 y 69 del RD-Ley 39/2020) para canalizar y/o ejecutar recursos, cuando están vinculados con servicios públicos, difícilmente pueden encajar entre las que no consolidan porque la Administración sigue siendo responsable. Salvo que el diseño de esas entidades asegure el traslado real del riesgo, lo normal será que el coste de estas actuaciones consolide en las cuentas públicas.

5.4. Traslado del coste al usuario del servicio público

La tercera medida se refiere al *traslado de todo o parte del coste al usuario del servicio público*.

⁶⁵ Sobre esto, Francisco José VILLAR ROJAS, “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, *Anuario de Derecho Municipal* 2017, 11, 2018, pp. 75-101 (p. 85-92).

⁶⁶ Sobre la garantía de remuneración suficiente del concesionario de servicio público, sigue siendo actual la explicación de Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Las tarifas de los servicios públicos*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976, pp. 69-72. También, VILLAR ROJAS, 2000, 162-165.

En este caso, la viabilidad de las cuentas públicas se puede conseguir con lo que se conoce como *precios políticos, precios sociales o copago*, esto es, la exigencia al usuario de una aportación directa por el coste del servicio⁶⁷. Esta modalidad, sea mediante tasa, tarifa o precio administrativo⁶⁸, es característica de los transportes regulares de viajeros o del abastecimiento domiciliario de agua potable, en menor medida, en tanto su impacto en el coste total del servicio es reducido, el copago farmacéutico extrahospitalario en la sanidad pública⁶⁹.

Con carácter general, esta clase de fórmulas contribuyen a asegurar la sostenibilidad financiera, por más que, si se ahonda un poco, y se analizan las previsiones legales en caso de no poder hacer frente a ese coste (lo que últimamente se califica de *pobreza energética, pobreza hídrica* y otras manifestaciones), la normativa recoge la asunción por la Administración de esos costes, bien mediante aportación directa, bien mediante redistribución en el sistema tarifario.

Con todo, el copago sirve a la finalidad señalada. De ahí el debate que abre la propuesta, recogida en el Dictamen del Congreso de los Diputados *para la Reconstrucción Social y Económica*, de suprimir el copago farmacéutico, como medida de recuperación del ámbito sanitario público, trasladando su coste a los presupuestos generales. Y es que, en la sanidad pública, por razones estructurales —incremento imparable del gasto por la demanda vinculada con el envejecimiento de la población, por el coste exponencial de las nuevas tecnologías y medicamentos, y por la demanda imparable de la mejor asistencia conocida—, el camino más bien parece que debería ser el contrario, la aportación del usuario, o cuando menos deberían asegurarse los equilibrios financieros adecuados⁷⁰.

Un caso extremo del traslado de costes a los usuarios es la imposición del pago íntegro del coste del servicio por decisión de la Administración. Es el supuesto de la obligación de utilizar mascarillas sanitarias en espacios públicos y privados de uso

⁶⁷ Sobre la contribución económica del usuario, VILLAR ROJAS, 2000, 1-18.

⁶⁸ Todas esas modalidades son válidas, incluyendo las tarifas, que, tras años de discusión, fueron declaradas conformes con la Constitución en tanto que prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias (STC 69/2019). Los términos del debate tasa versus tarifa, en la línea de ese pronunciamiento, se recogen en Francisco José VILLAR ROJAS, “Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 69, 2017, pp. 12–21, y Joaquín TORNOS MAS, “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 74, 2018, pp. 14–19.

⁶⁹ Esta modalidad se regula en la actualidad en el artículo 102 del Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el R.D.-Legislativo 1/2015, de 24 de julio. Sobre el copago en general, Mercedes RUIZ GARIJO, “Potestad tarifaria y fórmulas de copago en la financiación privada de los servicios públicos”, en *Las nuevas fórmulas de financiación de infraestructuras públicas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, 133-144.

⁷⁰ Sobre el impacto de la “gratuidad” —financiación estrictamente presupuestaria— en la sostenibilidad de los servicios públicos, Felio José BAUZÁ MARTORELL, “El Derecho Administrativo como límite a la intervención regulatoria, subvencional y prestacional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 223, 2022, pp. 73-118 (pp. 102-114).

público, recayendo la obligación de adquisición sobre todos los ciudadanos, sin aportación presupuestaria⁷¹. De este modo, se imponen obligaciones económicas sobre los ciudadanos que, según las reglas ordinarias, no tienen repercusión en las cuentas públicas, pero con ello lo económico-financiero da paso a la cuestión de cuál sea esencia de los servicios públicos y el fundamento de esa clase de obligaciones. Afortunadamente, nadie pensó en imponer una obligación de pago por las vacunas⁷².

Por otra parte, tras la *liberalización de los viejos servicios públicos* —transportes aéreo y marítimo, energía, telecomunicaciones, servicios postales—, en teoría, la problemática de los precios de esos servicios —que son actividades privadas, no publicadas— mal puede repercutir sobre las cuentas públicas⁷³. Esto explica que el déficit tarifario eléctrico no fuera incluido en las cuentas públicas del Estado, aun cuando parte del mismo fue generado por decisiones políticas sobre el precio de la energía.

Ahora bien, más allá de las reglas fiscales y de su interpretación, la potestad tarifaria pública sobre esos servicios —determinando los precios máximos o, en su caso, los elementos determinantes del precio—, algo que acompaña a la función directiva del Estado en el marco de la recuperación, suscita la duda de en qué medida los compromisos y consecuencias de esa política tarifaria pueda repercutir en las cuentas públicas. La intervención pública sobre los precios como consecuencia de la crisis energética (2022), con fijación de topes, rebajas y bonificaciones y compensaciones, lo confirma⁷⁴.

Lo mismo acaece con el recorte de las subvenciones a las energías renovables que se ha traducido en la reclamación de indemnizaciones a España, en cuantía que ronda los 9.000 mill/euros. Los resultados son dispares: condenas en tribunales arbitrales

⁷¹ Lo impuso el artículo 6 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

⁷² Su coste fue integrado en el gasto público sanitario en tanto que medida incluida entre las prestaciones de atención primaria de salud (Anexo II, apartado 3, del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización).

⁷³ Sobre la liberalización de servicios públicos y la regulación subsiguiente, Francisco José VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, 391 pp. Una exposición actualizada en Francisco José VILLAR ROJAS, “La actividad administrativa regulatoria”, en Pablo MENÉNDEZ y Antonio EZQUERRA (dir), *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 785-826, con una amplia reseña de la bibliografía que se ha ocupado de esta temática.

⁷⁴ De esto da cuenta, con referencia a las normas previas, el R.D.-Ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del «Plan + seguridad para tu energía (+SE)» (BOE núm. 251, 19/10/ 2022). Con carácter general, sobre la intervención pública en los precios, Joaquín TORNOS MAS, *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1982, 483 pp., a los que siguen otros como “La potestad tarifaria y la política de precios”, *Revista de Administración Pública*, 137, 1994, pp. 77-101 y “Regulación de precios y tarifas”, en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO, *Derecho de la Regulación, I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, 2009, pp. 537-575. También, sobre esta cuestión, VILLAR ROJAS, 2000: 205-246; y Gaspar ARIÑO ORTIZ (ed), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, 270 pp.

internacionales (*Centro Internacional de Arreglo por Diferencias Relativas a Inversiones*, Ciadi, o la *Cámara de Comercio de Estocolmo*) y pronunciamientos favorables del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero en uno y otro caso las resoluciones se proyectan sobre la hacienda pública estatal. Las reglas contables mal pueden ocultarlo⁷⁵.

En suma, sobre el traslado de costes a los usuarios, los casos apuntados ponen de manifiesto que, pese a todo, el Estado puede resultar obligado, en especial cuando ha tenido participación, directa o indirecta, en su determinación y/o su exigencia.

6. LOS RIESGOS DE LA SUSPENSIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DURANTE LA RECUPERACIÓN

La recuperación económica representa un riesgo para la sostenibilidad financiera en tanto que los *fondos* utilizados para reaccionar ante las consecuencias económicas y sociales de la pandemia sanitaria (2020-2022), *se conviertan en gasto público estructural*, y no coyuntural, tras su agotamiento (inicialmente previsto para 2026), imponiendo para mantenerlo una nueva necesidad de financiación —endeudamiento— que desequilibre las cuentas públicas.

En el caso de la *sanidad pública*, que se tomó como ejemplo, el riesgo para la sostenibilidad es incrementar el gasto sanitario público del 6 por cien al 9 por cien del PIB, de acuerdo con las propuestas de la Comisión del Congreso de los Diputados para la Reconstrucción Social y Económica, esto es, un aumento de unos 30.000 mill/euros, con cargo a los presupuestos públicos y, por tanto, al sistema impositivo; una cantidad equivalente al gasto sanitario privado actual. La cuestión es *cómo se va a financiar un crecimiento del gasto sanitario público de esa magnitud*, si la administración tiene capacidad financiera para afrontarlo, en su caso, en cuánto tiempo, y, en última instancia, quién lo va a pagar (¿los usuarios, los contribuyentes actuales o los futuros vía endeudamiento?). Con todo, el problema en este momento es aún más complejo. Sin duda, la decisión de *suspender las reglas fiscales* acrecienta ese riesgo.

Es posible pensar en su restablecimiento, aunque, como sé apuntó ahora se reconoce un *problema de legitimidad* de esas reglas de disciplina fiscal. En efecto, la crisis económico-financiera iniciada en 2008 trajo consigo la sujeción de la actividad de las Administraciones públicas a reglas fiscales tasadas, básicamente, estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y regla de gasto, acompañadas de medidas coercitivas para asegurar o, en su caso, restablecer, su cumplimiento, desconocidas hasta entonces. Se trata de reglas que, con luces y sombras, se aplicaron con inten-

⁷⁵ Sobre esto, María del Mar VILLAGRASA ROZAS, “Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el derecho de la Unión Europea”, Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIX, 2018, pp. 415-449; y, más tarde, Irene RUIZ OLMO, *La regulación de las energías renovables: la electricidad fotovoltaica*, Tecnos. Madrid, 2021, pp. 321-334 pp.

sidad sobre todas las Administraciones, en tanto consideradas, en buena medida, responsables de esa crisis, que se convirtió en una crisis de deuda pública. *El problema era lo público —identificado con la Administración—*; la sostenibilidad financiera fue una de las respuestas⁷⁶.

Frente a ese entendimiento, a partir de marzo de 2020, la crisis económica provocada por la pandemia sanitaria determinó, primero, una respuesta desde los poderes públicos, con inyección de recursos públicos extraordinarios, luego, por acuerdo de las autoridades europeas, la suspensión de las reglas fiscales, facilitando la acción y el gasto público, necesarios para contrapesar aquel impacto, a lo que se añade la financiación de las instituciones europeas en forma de subvenciones y préstamos. La diferencia es que ahora *lo público no es un lastre, sino la clave para la recuperación*. Con ello, la causa que —cuando menos en apariencia— legitimó la imposición de las reglas fiscales para disciplinar a las Administraciones, ha desaparecido, sustituida por una puesta en valor de la acción pública que, en todo o en parte, frena su restablecimiento, al menos, tal y como fueron fijadas.

Siendo de ese modo, la combinación de la afirmada neutralidad de los recursos extraordinarios procedentes de la Unión Europea, con la suspensión de las reglas fiscales vinculadas con la sostenibilidad financiera, y la apuesta por lo público en las políticas de recuperación, constituye, en sí mismo, un riesgo añadido de incurrir en una situación de desequilibrio de las cuentas públicas, de necesidad de endeudamiento y, con ello, de reajuste y restricciones. Es por ello que, en tanto la sostenibilidad financiera tiene como razón de ser la toma de decisiones colectivas de modo y manera que no se trasladen cargas ni se condicione a las generaciones futuras, su consideración en las políticas dirigidas a la recuperación —incluyendo el plan de recuperación, transformación y resiliencia—, constituye una obligación inexcusable de los poderes públicos, que impone bien la búsqueda de fórmulas de financiación que eviten ese efecto o, cuando menos, hacer transparentes los motivos y las causas por las que se asumen compromisos que exceden de la capacidad de pago de las generaciones presentes.

7. UN PUNTO DE LLEGADA: EL CARÁCTER ESTRATÉGICO DE LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Llegados a este punto, de cuanto queda apuntado cabe extraer un conjunto de ideas sobre lo que sea la sostenibilidad financiera de los servicios públicos y sobre cuál sea su misión en la ordenación de la actuación pública:

(1) El principio de sostenibilidad financiera, tanto en sentido amplio —todas las reglas fiscales—, como en sentido estricto —control del endeudamiento público— *es un principio rector del funcionamiento de las Administraciones públicas* que

⁷⁶ Ampliamente, VILLAR ROJAS, 2013: 43-84.

debe ser tenido en cuenta en las actuaciones del plan de recuperación y transformación económica tras la pandemia sanitaria.

(2) El principio de sostenibilidad financiera *es un medio, no un fin en sí mismo*. El fin es *asegurar la viabilidad de los servicios públicos*, garantizando su calidad, continuidad y regularidad, en función de los recursos disponibles, *no provocar su mal funcionamiento, deterioro o cierre, para poder cumplir con unas cifras “mágicas” o con unas reglas meramente formales*. En su caso, esta clase de medidas deben ser la última ratio.

(3) El principio de sostenibilidad financiera, en tanto que manifestación de la idea de sostenibilidad, *es equilibrio de intereses, no un valor absoluto, uniforme y un mandato prohibitivo*. Las medidas que se establezcan para articularlo, siempre previa decisión pública transparente, deben estar *guiadas por los principios de prudencia, de proporcionalidad y de no perjuicio para los servicios esenciales*, admitiendo las excepciones (como la normativa europea incorpora la cláusula de salvaguardia).

(4) El principio de sostenibilidad, teniendo en cuenta las medidas restrictivas y coactivas que puede comportar, debe traducirse en *reglas ciertas, rigurosas y transparentes, interpretadas como tales normas jurídico-públicas, alejadas de la informalidad, de los criterios de oportunidad y de ser la excusa para recuperar la tutela de una Administración* —la estatal— sobre las otras Administraciones.

(5) Las reglas vinculadas con la sostenibilidad financiera deben *aplicarse sobre el conjunto de los servicios y actividades públicas*, sin perjuicio de que las mismas puedan servir de guía para todos los servicios individualizados. Es posible, razonable y válido, que existan servicios públicos que no cumplan esos requerimientos.

(6) El *principio de eficiencia*, aun relacionado con la sostenibilidad financiera, tiene una función distinta: asegurar que la Administración, cuando deba tomar decisiones que comporten gasto público, pondere esta dimensión junto con los demás intereses públicos que concurren, sin que en ningún caso sea el único criterio para resolver.

(7) El principio de sostenibilidad financiera constituye —o puede constituir— *un contrapeso, incluso un límite, a las otras dimensiones de la sostenibilidad*, en tanto los recursos que reclame su consecución deben ser acordes con la capacidad de pago de la hacienda pública actual y, por ende, de las generaciones presentes.

(8) La sostenibilidad financiera de los servicios públicos, entendida en los términos apuntados, tiene *carácter estratégico*, debiendo guiar la acción pública en el marco de la recuperación, *tanto más* cuando las actuaciones que se plantean descansan en un *papel preponderante de las administraciones públicas*.

En fin, lo que subyace al debate sobre la sostenibilidad financiera es que si vivimos por encima de nuestra capacidad económica —de lo que podemos pagar—, tal y como estamos haciendo, todo el déficit y la deuda que generemos es la herencia que, como colectividad, estaremos dejando a nuestros hijos y nietos. Este principio pretende evitar este resultado asegurando el buen funcionamiento de los servicios públicos que, efectivamente, la sociedad actual se puede permitir y no más. En este

sentido, la sostenibilidad financiera es un principio estratégico de la actuación de los poderes públicos que, más allá de la coyuntura que supone su suspensión con ocasión de la crisis sanitaria y la etapa de recuperación, debe guiar la acción de las Administraciones públicas, resultando necesario su restablecimiento con los ajustes y equilibrios que quedan apuntados.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Antonia AGULLÓ AGÜERO (dir) y Ester MARCO PEÑAS (ed), *Financiación de la sanidad (tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 374 pp.
- José Francisco ALENZA GARCÍA, “Desarrollo sostenible”, en J.A. Santamaría Pastor (dir), *Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1387-1426.
- Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Las tarifas de los servicios públicos*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976, 194 pp.
- , (ed), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, 270 pp.
- Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 3ª ed. 2004, 1089 pp.
- Gaspar ARIÑO ORTÍZ, Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Comares, Granada, 1997, 277 pp.
- Carmen ÁVILA RODRÍGUEZ, “Perspectivas de cambio en la gestión aeroportuaria tras la entrada en vigor del R.D.-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia”, *Revista de Derecho del transporte*, 14, 2014, 113-136.
- José María BAÑO LEÓN, “La ejecución del mecanismo europeo de recuperación y resiliencia: ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria”, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 7, 2021, 24 pp.
- Felio José BAUZÁ MARTORELL, “El Derecho Administrativo como límite a la intervención regulatoria, subvencional y prestacional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 223, 2022, pp. 73-118.
- Federico CASTILLO BLANCO (dir), *La reforma del sector público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014, 421 pp.
- Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la administración*, Tecnos, Madrid, 1983, 605 pp.
- José Manuel DÍAZ LEMA (coor), *Sostenibilidad financiera y administración local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 349 pp.
- Silvia DÍEZ SASTRE y Ester MARCO PEÑAS, “La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 205, 2020, pp. 125-156.
- Manuel Jesús DOMINGO ZABALLOS (coor), *Reforma del Régimen Local*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 957 pp.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos: un nuevo principio general en gestación”, *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, pp. 439-450.
- Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, 187, 2012, pp. 31-66.
- , “La regulación de la política macroeconómica: un desafío para el derecho público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2, 2020, pp. 125-160.
- Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960.
- José María GIMENO FELIÚ, “El principio de eficiencia”, en J.A. Santamaría Pastor (dir), *Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1255-1274.

- , “El desafío de los Fondos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión pública”, en AA.VV., *Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: Ejecución y auditoría*, Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 20, 2021, pp. 21-41.
- Andrés GONZÁLEZ SANFIEL (dir), *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, Atelier, Barcelona, 2013, 222 pp.
- Juan José GUIMERÁ RICO, *Las sociedades estatales*, INAP, Madrid, 2020, 404 pp.
- Francisco Lorenzo HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Thomson-Reuters-Aranzadi. Cizur Menor, 2018, 406 pp.
- José Carlos LAGUNA DE PAZ, *Tratado de Derecho Administrativo General y Económico*, 4ª ed., Civitas – Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2022, 1883 pp.
- María Eugenia LÓPEZ MORA, *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona, 2019, 370 pp.
- Ester MARCO PEÑAS, “Delimitación del sector público local y estabilidad presupuestaria”, en *Anuario de Derecho Municipal (2018)*, 12, 2019, pp. 219-243.
- Antonio MARTÍ DEL MORAL, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, en Luis COSCULLUELA MONTANER y Luis MEDINA ALCOZ (dir), María HERNANDO RYDINGS (coor), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 271-291.
- Juan MARTÍNEZ CALVO, “Hacia la construcción de un “Derecho administrativo financiable”. Crónica del caso Mintra”, *Revista de Administración Pública*, 167, 2005, pp. 369-402.
- Luis MÍGUEZ MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999, 302 pp.
- Encarnación MONTOYA MARTÍN, “Reestructuración de la administración instrumental y de estructuras asociativas: lecciones aprendidas y estrategias”, en F. Castillo Blanco (dir), *La reforma del sector público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014, pp. 107-144.
- Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, 328 pp.
- Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dir), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, 939 pp.
- Ricardo J. NAVARRO GÓMEZ, *Las tarifas como instrumentos de financiación de los servicios aeroportuarios en el derecho español*, Reus, Madrid, 2021, 160 pp.
- Tomás QUINTANA LÓPEZ (dir) y Anabelén. CASARES MARCOS (coor), *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 981 pp.
- Mercedes RUIZ GARIJO, “Potestad tarifaria y fórmulas de copago en la financiación privada de los servicios públicos”, en *Las nuevas fórmulas de financiación de infraestructuras públicas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, pp. 133-144.
- Irene RUIZ OLMO, *La regulación de las energías renovables: la electricidad fotovoltaica*, Tecnos. Madrid, 2021, 351 pp.
- Rocío SAHÚN PACHECO, *Riesgo operacional y servicio público*, B.O.E., Madrid, 2019, 356 pp.
- María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, “El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconomía: consecuencias y dificultades de su juridificación”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2, 2020, pp. 161-206.
- , “Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: análisis y reflexión desde el Derecho Administrativo”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 2021, pp. 61-80.
- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (dir), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, 430 pp.
- Joaquín TORNOS MAS, *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1982, 483 pp.
- , “La potestad tarifaria y la política de precios”, *Revista de Administración Pública*, 137, 1994, pp. 77-101.
- , “Regulación de precios y tarifas”, en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO, *Derecho de la Regulación, I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, 2009, pp. 537-575.

- , “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 74, 2018, pp. 14–19.
- José Manuel TRÁNCHEZ MARTÍN, Isabela FERNÁNDEZ DE BEAMOUNT TORRES y Javier MARTÍN ROMÁN, “Crisis financiera, refuerzo de la estabilidad presupuestaria y reforma de la Administración local”, en J.M. DÍAZ LEMA (coord), *Sostenibilidad financiera y administración local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 13-99
- Bartomeu TRÍAS PRATS, *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, Iustel, Madrid, 2011, 604 pp.
- Francisco VELASCO CABALLERO, “Nuevo régimen de competencias municipales en el anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2012*, Madrid, 6, 2013, pp. 23-60.
- María del Mar VILLAGRASA ROZAS, “Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el derecho de la Unión Europea”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIX, 2018, pp. 415-449.
- Francisco José VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, 391 pp.
- Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos*, Comares, Granada, 2000, 258 pp.
- , “La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid”, *Revista Derecho y Salud*, 17, 2009, pp. 1-23.
- , “Crisis económico-financiera: crisis de la Administración pública”, en Andrés GONZÁLEZ SANFIEL (dir), *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, Barcelona, 2013, pp. 43-84
- , “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59, 2016, pp. 96-106.
- , “El control de la estabilidad presupuestaria local: de nuevo la tutela estatal y sus vicios”, en *Libro Homenaje a Santiago Muñoz Machado*, T.III, Iustel, Madrid, 2016, pp. 2851-2874.
- , “El principio de sostenibilidad y las administraciones públicas”, en Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, Jesús FUENTETAJA PASTOR y Susana RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (dirs), *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 47-75.
- , “Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 69, 2017, pp. 12–21
- , “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, en *Anuario de Derecho Municipal 2017*, 11, 2018, pp. 75-101.
- , “La actividad administrativa regulatoria”, en Pablo MENÉNDEZ y Antonio EZQUERRA (dir), *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 785-826.
- VV.AA., *Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad fiscal*, Instituto Estudios Fiscales, Madrid, 2013, 272 pp.
- VV.AA., *La revisión del Gobierno y la Administración local en la Ley 27/2013*, Cuadernos de Derecho Local, 34, 2014, 240 pp.

PSICOLOGÍA PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

PSYCHOLOGY FOR ADMINISTRATIVE LAW

Francisco Velasco Caballero
Universidad Autónoma de Madrid
francisco.velasco@uam.es
ORCID: 0000-0003-1055-3939

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

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

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

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

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

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

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

1. PLANTEAMIENTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. ¿QUÉ SE PUEDE TOMAR DE LA PSICOLOGÍA?

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

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

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

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

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

2.1. Pensamiento racional vs pensamiento automático

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. El pensamiento problemático

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. Cognición social

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

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

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

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

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

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

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

2.4. Motivación

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

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

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

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

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

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

3. ÁMBITOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

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

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

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

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

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

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

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

3.1. Producción normativa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Cumplimiento normativo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Decisiones y procedimientos administrativos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.4. Organización administrativa y de los servicios públicos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.5. Construcción científica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.6. Enseñanza del Derecho administrativo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

THE NORMATIVE FOUNDATIONS OF RETROACTIVITY AND LEGITIMATE EXPECTATION IN THE UK ADMINISTRATIVE LAW

Jaime Phillips Letelier*
Assistant Professor, Administrative Law
Universidad Finis Terrae (Chile)

“The real tie lies in the feelings and expectations we have raised in other minds. Else all pledges might be broken when there was no outward penalty. There would be no such thing as faithfulness”

George Eliot
The Mill on the Floss

ABSTRACT: The doctrines of non-retroactivity and legitimate expectation find their normative foundation in the idea that legal norms and administrative decisions should be stable and predictable. Thus both doctrines are intertwined around the idea that the legal system has to allow individual planning and reliance on law. This intertwining situation is problematic because the protection of individual planning does not fully explain the prohibiting sense often infused in the non-retroactivity principle. Also, extending this principle to genuine legitimate expectation cases may result in unduly and excessive protection to individuals from law or policy changes. Thus, this paper proposes a new normative foundation for the non-retroactivity principle around finality. This proposal will explain the prohibiting sense of the non-retroactivity principle and allow the development of an understanding that retroactivity happens in degrees. Finally, this proposal will enable making sense of the legitimate expectation case law and the justification of compensation for damages caused by detrimental reliance.

* This paper is part of the FONDECYT project “The prohibition of retroactivity in the Chilean Administrative Law: normative foundations and application” (Iniciación 2022 N° 11220262) in which the author is the responsible researcher. Many thanks to Oxford University for hosting me as a recognised student back in 2018 and to Professor Timothy Endicott for supervising part of this research, especially because of the many insights he and the Oxford experience gave me for my research. Also, my highest gratitude is to the anonymous reviewers and many other dear friends who generously commented on previous drafts of this work. All the possible errors and flaws are my own.

KEYWORDS: Retroactivity, Legitimate expectation, Finality, Individual planning

RESUMEN: Las doctrinas de la no-retroactividad y la confianza legítima encuentran su fundamento normativo en la idea de que las normas legales deben ser estables y predecibles, permitiendo así que los individuos planifiquen su conducta conforme con ellas. Esto es problemático porque la protección de la planificación de conducta no explica en forma completa el sentido prohibitivo con que es formulado el principio de no-retroactividad y los diferentes grados con que la retroactividad tiene lugar. Además, la extensión de este principio a genuinos casos de confianza legítima puede suponer una protección indebida y excesiva de los individuos frente a cambios normativos. Por ello, este trabajo propone una nueva fundamentación normativa del principio de irretroactividad en torno a la idea de finalidad para explicar su sentido prohibitivo y desarrollar la comprensión de que la retroactividad se produce en grados. Por último, esta propuesta permitirá dar un mejor sentido a la jurisprudencia de la confianza legítima y a la justificación de la indemnización de los daños causados por la frustración de la confianza.

PALABRAS CLAVE: retroactividad, confianza legítima, finalidad, planificación individual

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. STATUS QUO: INTERWOVEN DOCTRINES: 2.1. Reliance in Retroactivity and Legitimate Expectation. 2.2. The overlap.—3. SHORTCOMINGS IN THE STATUS QUO: 3.1. Retroactivity and Individual Planning. 3.2. Apparent Retroactivity is also Retroactivity. 3.3. Unfair Protection of Legitimate Expectations.—4. PROPOSAL: 4.1. Finality and Retroactivity. 4.2. Total and Partial Retroactivity. 4.3. The Temporality Test.— 5. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCTION

Legal certainty embodies a tension between two aspects of the Rule of Law. On the one hand, it requires the legal system to be stable, and that its rules should have only prospective effect, thus it can guide its subject's behaviour¹. On the other, the Rule of Law demands the legal system to be “pliable and responsive to changing conditions”², and thus might require amendments when rules become pointless or when new needs for the public good arise³. While stability is a critical aspect of the Rule of Law, authorities may have to make decisions which are inconsistent with determinations made in the past or that frustrate plans made by the individuals according to previous norms or decisions, affecting legal positions generated in the past⁴.

¹ Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 214-216; John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 270.

² Lon FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven and London, 1969, p. 29.

³ Timothy ENDICOTT, *Vagueness in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 193.

⁴ I understand that legal position is any situation in which the individual is as a result of the application of the legal system's rules or is the result of the planning made by the individual according to the legal system's rules. Any decision made by a public body that affects legal positions, generated by an

Circumscribed to this tension between stability and change, we find the doctrines of non-retroactivity and legitimate expectation. Many argue that the fundamental problem of retroactive decision-making is that it doesn't allow people to rely on current rules, thus undermining a basic tenet of any sound legal system⁵ Thus, Raz regards non-retroactivity as a value essential to the Rule of Law⁶.

Meanwhile, the doctrine of legitimate expectation states that a “pattern of conduct, or a representation, or a promise” can raise expectations that the authority cannot disappoint without acting unfairly⁷, even in the case of decisions not having a retroactive effect, because a citizen may have relied on the expectation induced by the public body⁸.

The first section will show that the doctrines mentioned above have a common normative foundation: that the law should allow citizens to rely on rules and decisions made by public bodies. Following Fuller's approach, decisions having a retroactive effect or frustrating expectations derive their harmfulness from what he calls “legislative inconstancy”⁹. In this paper, I will label the problems addressed here as concerned with legislative or administrative temporal inconstancy. The case law on this problem will show that ascertaining differences in applying the non-retroactivity and legitimate expectation doctrines is challenging. As scholarship and courts intertwine them around the same idea, they overlap around the same issues.

In the second section, I will show that this overlapping situation needs revision. First, justifying the non-retroactivity principle on the idea that people should be able to rely on current law can give way to unfair forms of retroactivity because that foundation does not fully explain the prohibiting sense that pervades the principle. The second problem is that decisions having a softer form of retroactivity called “apparent” often generate problems addressed in terms of legitimate expectation. Third, handling legitimate expectation cases in terms of retroactivity may seriously undermine the capability of public bodies to achieve important policy goals.

This analysis will allow two things. First, to make sense of the case law on the problem of temporal inconstancy. Scholars see legitimate expectation as an underdeveloped, disintegrated and confusing doctrine¹⁰ because of its weak normative foundation and its development around cases more concerned with retroactivity, where I

adjudication made in the past or is the result of the planning made by the individual in the past, will be called an over-time inconsistent decision or, simply, just an inconsistent decision.

⁵ Cass SUNSTEIN and Adrian VERMEULE, *Law & Leviathan: Redeeming the Administrative State*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, 2020, p. 40; FULLER, 1969: 53.

⁶ RAZ, 2009: 214-215.

⁷ Timothy ENDICOTT, *Administrative Law*, 5th edition, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 314.

⁸ ENDICOTT, 2021: 316.

⁹ FULLER 1969: 80; SUNSTEIN and VERMEULE 2020: 98.

¹⁰ Mark ELLIOTT, “Legitimate Expectation: Reliance, Process, Substance”, *Cambridge Law Journal*, 260, 2019, p. 262; Rebecca WILLIAMS, “The Multiple Doctrines of Legitimate Expectations”,

think the presence of legitimate expectations is immaterial. Second, to propose some changes in the law regarding how to protect legitimate expectations.

Hence, in the third section, I will propose three things. First, rather than justifying the non-retroactivity principle on the need for reliance and individual planning, I will use the idea of finality. Second, I will propose a distinction between total and partial retroactivity, which will help address non-retroactivity cases and distinguish them from legitimate expectation cases. Third, I will present a method to handle legitimate expectation cases, which I will call the “temporality test”, which will specify the fairness requirements in situations where public bodies are empowered to depart from previous decisions or representation and thus to frustrate.

2. STATUS QUO: INTERWOVEN DOCTRINES

2.1. Reliance in Retroactivity and Legitimate Expectation

A “shifting regulatory landscape is a serious problem”¹¹: people should have fair warning of the legal consequences of their actions and not see their reliance interests disappointed without the authority giving them some consideration¹². Hence, the doctrine of non-retroactivity bans legal norms or decisions from taking effect upon events occurred before they came into force¹³.

The doctrine of non-retroactivity partly enforces this aspect of the Rule of Law by employing a presumption against giving retroactive effect to statutes¹⁴. However, this is only a rule of statutory interpretation. Primary legislation can have retroactive effects if Parliament provides it¹⁵. Moreover, administrative bodies can apply statutes with retroactive effect as long as legislation authorises them. Hence, when Parliament enacts new legislation, the presumption provides that public bodies have to construe statutes to not impair vested rights or alter accrued obligations under the earlier legislation. The presumption can be drawn from Common Law, and legislation¹⁶.

However, the presumption against retroactivity does not secure the stability of legal norms and individual planning because the regulatory context can constantly change without retroactively applying those changes. This is why some further

Law Quarterly Review, 132(4), 2016, pp. 639-663; Joanna BELL, “The Doctrine of Legitimate Expectations: Power-Constraining or Right-Confering Legal Standard?”, *Public Law*, 2016, 3, 442–450.

¹¹ SUSTEIN and VERMEULE 2020: 73; FULLER 1969: 37.

¹² FULLER 1969: 39; SUSTEIN and VERMEULE 2020: 75.

¹³ Ben JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 8-9.

¹⁴ JURATOWITCH, 2008: 48-49.

¹⁵ Jonathan AUBURN, *Judicial Review: Principles and Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 296; Daniel GREENBERG, *Craies on Legislation: a Practitioners’ Guide to the Nature, Process, Effect and Interpretation of Legislation*, 11th edition, Sweet & Maxwell, London, 2017, pp. 514-515.

¹⁶ Interpretation Act 1978, s. 16 (1).

principle is required to ensure the stability of norms or decisions. In this context, the doctrine of legitimate expectation becomes relevant. Thus, the non-retroactivity principle secures reliance on current law by limiting the possibility of making decisions with effect upon past events. In contrast, legitimate expectation ensures reliance in current law by protecting the expectations of individuals raised by past conduct, decisions or representations. Thus, the presumption against retroactivity and legitimate expectation have a common foundation.

From a doctrinal perspective, we can see this phenomenon in the distinctions made by Craig¹⁷. This author begins the chapter on legitimate expectations of his well-known book by making a triple distinction in which retroactivity can take place, following partly the approach of the EU scholar Schwarze. The latter distinguishes actual from apparent retroactivity. Actual retroactivity is the effect of a norm or decision upon events concluded in the past, while apparent retroactivity is the effect of a norm or decision upon events that originated in the past and are not yet concluded, which are immediately affected by the subsequent norm, decision or policy without being “properly” retroactive (hence, the adjective “apparent”)¹⁸.

Craig embraces this distinction but formulates a slightly different concept of apparent retroactivity. He claims that decisions not having retroactive effect at all can still be harmful to a person “who planned her action on the basis of a policy choice made by the administration”. Thus, Craig labels as “problematic” the effect of a norm or decision upon “plans made in the past”, which he calls “apparent retroactivity”; an approach which leaves the open question of whether he regards the frustration of legitimate expectations as a mitigated form of retroactivity or not.

2.2. The overlap

To understand how the presumption against retroactivity operates, we can analyse *Plewa v Chief Adjudication Officer*. Mr Plewa started receiving a retirement pension in January 1981. In December of that year, he received a form stating that he had to disclose his wife’s earnings since that affected the amount of his pension. He failed to disclose that information. In April 1987 Parliament enacted new legislation regarding overpayments. It repealed a defence that existed under the Social Security Act 1975 that allowed those who received overpayments to keep the money if they diligently tried to avoid the overpayment. Finally, in October 1987 Mr Plewa’s pension was adjusted.

The Chief Adjudication Officer, the Social Security Appeal Tribunal and the Court of Appeal held that although they were satisfied that Mr Plewa was “quite

¹⁷ Paul CRAIG, *Administrative Law*, 8th edition, Sweet & Maxwell, London, 2016, pp. 670-671.

¹⁸ Jürgen SCHWARZE, *European Administrative Law*, Rev. edition, Sweet & Maxwell, London, 2006, pp. 1120-1121.

innocent”¹⁹, the 1987 Act was to be applied retroactively. However, the House of Lord reversed the decision. They held that the removal of the due diligence defence is a situation where the presumption against retroactivity applies²⁰. Overpayments made before the enactment of the 1987 Act gave the right to the diligence defence. Therefore, in this case, the presumption against retroactivity allowed Mr Plewa to retain the right to the “diligence defence”. Nonetheless, that defence would not be available for overpayments made after that date.

The decision is grounded in Mr Plewa’s reliance in the legislation containing the “diligence defence”. This reliance is essential because people would be incentivised to inquire more about possible overpayments under another statute, such as the one enacted in 1987. Hence, legislation cannot remove it retroactively. In Fuller’s words, judging a person’s conduct by retroactive laws “is to convey to him your indifference to his powers of self-determination”²¹.

The presumption against retroactivity will not operate when only apparent retroactivity takes place. For example, in *Nigel Rowe, Alec David & Others v The Commissioners for HM Revenue and Customs*, the 2014 Finance Act gave the tax authority the power to issue an order to seek an accelerated payment of taxes in dispute²². The respondents issued payment notices regarding appeals that were not yet decided. The claimants argued, *inter alia*, that they had an accrued postponement right and that the payment notice was in breach of their legitimate expectations²³. The court decided that a legitimate expectation cannot constrain Parliament’s power to change previous positions and that the 2014 Finance Act “expressly removes rights that previously existed ... in respect of all appeals (whenever made)”²⁴.

Interestingly the 2014 Finance Act did not say expressly that the postponement rights were to be removed in respect of all appeals whenever made. The court construed the statute as meaning that if it did not make distinctions regarding the time the appeal were made, the postponement right would be removed to all pending appeals. Following this criteria, statutes can be generally construed as having an apparent retroactive effect, while the presumption will only operate against giving statutes actual retroactive effect.

The presumption against retroactivity does not disapprove the termination of a right awarded by previous legislation, provided that the decision does not take effect upon events concluded in the past. In this case, the postponement right was only removed for the future²⁵. Hence, some further principle is required to sustain the de-

¹⁹ *Plewa v Chief Adjudication Officer* [1995] 1 AC 249 (HL), at [255].

²⁰ *Plewa*, at [258].

²¹ FULLER, 1969: 162.

²² *Nigel Rowe, Alex David Worrall & Others v The Commissioners for HM Revenue & Customs* [2015] BTC 27.

²³ *Nigel Rowe*, at [88].

²⁴ *Nigel Rowe*, at [95]-[96]. See also, *Dr. Walapu v Her Majesty’s Revenue & Customs* [2016] EWHC 658 (Admin).

²⁵ Another example of apparent retroactivity in *Batt v Metropolitan Water Board* [1911] 2 KB 965.

cision to maintain for the future legal positions created by repealed legislation. This explains why the claimants argued that the accelerated payment notice was a breach of their legitimate expectations. However, the court considered that a legitimate expectation could not constrain the Parliament for that matter.

In administrative decision-making, the presumption has a stronger effect, amounting to a presumption and a ban on actual and apparent retroactivity. This applies to secondary legislation as well as to individual administrative decisions.

Regarding secondary legislation, an example is *Secretary of State for Energy and Climate Change v Friends of the Earth and Others*²⁶. The Secretary of State had a policy of paying a “generation tariff” to electricity supply companies that made payments to small-scale low-carbon electricity producers which had eligible installations for that purpose under the 2008 Energy Act. Once an installation was eligible, the tariff was fixed for 25 years. That policy was changed because the cost of the technology for those installations dropped and there was a risk of paying too much for the generation of low-carbon electricity. The new policy reduced the “generation tariff” from 1 April 2012 on all installations. The proceedings were not concerned with the legality of the policy change nor the legitimate expectations of those who were about to build low-carbon electricity-producing facilities but with the question of whether the Secretary of State had the power to reduce the tariff due to installations becoming eligible before 1 April 2012²⁷.

Moses LJ said that the presumption against retroactivity is even stronger regarding delegated legislation. The decision to apply the new policy to installations that became eligible before the change was *ultra vires*. The old scheme created rights that, in the absence of an express provision by the empowering legislation, cannot be removed with (apparent) retroactive effect²⁸.

The decision of the minister didn't have an actual retroactive effect. Nonetheless, the court's decision prevented those installations from being affected by the policy change. It may be true that applying the new scheme to installations becoming eligible would entail frustrating the legitimate expectations of those who relied upon the old policy. However, in this case, the legitimate expectation argument seems pointless because the stronger effect of the presumption against giving retroactive effect to secondary legislation is extensive even to apparent retroactivity.

Regarding individual administrative decisions, a landmark case is *Re 56 Denton Road*²⁹. The War Damages Commission sent a letter to the plaintiff's house to inform her that her house, partly destroyed by enemy action, was previously considered a “total loss”, now was a “non-total loss” (the qualification “non-total loss” entitled the plaintiff to a larger compensation sum). Later on, the Commission sought to change

²⁶ *Secretary of State for Energy and Climate Change v Friends of the Earth and Others* [2012] EWCA Civ 28. Subsequently, simply *Friends of the Earth*.

²⁷ *Friends of the Earth*, at [13]-[15].

²⁸ *Friends of the Earth*, at [43]-[52].

²⁹ *Re 56 Denton Road* [1953] 1 Ch. 53.

its previous determination and qualify the damages as a total loss because they realised that they had created an “awkward precedent”³⁰. Vaisey J held that communicated decisions which affect the rights of the subject are final and conclusive and cannot be altered in absence of statutory power³¹.

The decision made in *Denton Road* entails that the administrative body cannot reassess its decision once it is final and communicated³². Seen from the perspective of the different levels in which retroactivity can take place, this prohibition supports the idea that inconsistent administrative decisions cannot alter what was already decided beforehand. Moreover, this decision prompts the idea of a ban extensive to apparent retroactivity in the context of individual administrative decisions because the legal position generated by a favourable adjudication cannot be altered by a subsequent inconsistent decision without express statutory power to do so.

One may object that the decision to change the previous determination was unlawful because it involved terminating a legal right. However, the termination of a legal right is not unlawful in itself. As seen in the previous section, statutes can authorise the revocation of a decision that created legal rights. Nevertheless, *Friends of the Earth* and *Denton Road* show that having the power to make a decision does not necessarily entail the power to reassess it every time the authority’s mind changes. Those decisions are not “freely revocable”: a special power is required for that matter³³.

Although these cases are addressed mainly by the courts in terms of retroactivity or legal rights, it is possible to link them to the legitimate expectation doctrine. Similar cases have produced relevant decisions on legitimate expectations. For this matter, I will analyse the leading case on substantive legitimate expectations *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan*³⁴.

In 1971, Miss Coughlan was left seriously disabled after a car accident and in need of constant nursing care. The NHS provided this care in the Newport Hospital for over 20 years. In 1993, she was encouraged to move to a new nursing house called Mardon House (MH). After she and other patients were promised they could stay there “as long as they chose”, she agreed to move.

Later on, the health authority issued rules regarding the eligibility criteria for long-term NHS care. The authority decided that “specialist” nursing services would

³⁰ *Denton Road*, at [57].

³¹ *Denton Road*, at [56]-[57]. See also, *Livingstone v Mayor Aldermen and Councillors of the City of Westminster* [1904] 2 KB 109; *Roberton v Minister of Pensions* [1949] 1 KB 227.

³² See also, *Lever Finance Ltd. v Westminster City London Borough Council* [1971] QB 222; *R v Home Secretary, ex p Pierson* [1998] AC 539 (HL); *R (Gleeson Developments Ltd) v Secretary of State for Communities and Local Government and another* [2014] EWCA Civ 1118.

³³ Søren SCHØNBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 69.

³⁴ Richard MOULES, *Actions Against Public Officials: Legitimate Expectations, Misstatements and Misconduct*, Sweet & Maxwell, London, 2009, p. 55; Robert THOMAS, “Legitimate Expectations and the Separation of Powers”, in Mathew Groves and Greg Weeks (eds.), *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Hart Publishing, Oxford, 2017), pp. 68-69.

be provided by the NHS, while “general” nursing services should be purchased by local authorities. Under the new rules the health authority concluded that none of the patients in MH required “specialist” nursing services. Therefore, in 1998, after a public consultation, the authority decided to close MH and transfer the patients to the local authority’s care.

On one part, the court was satisfied that the applicant had a legitimate expectation grounded on the promise made by the authority and that it was an abuse of power not to honour it³⁵. This side of the case has a close resemblance to *Friends of the Earth* and *Denton Road*. Can the authority change its policy, taking away the right created by the promise that Miss Coughlan could make MH her “home for life”? It is unclear that the authority had the power to make that decision.

Moreover, in *R (on the application of BAPIO Action Ltd) v Secretary of State for the Home Department* a guidance issued by the Secretary of State for Health was declared unlawful because it introduced “a new term, unwritten and formally unauthorised” into previously granted permissions to remain in the UK; changes that were different from what legislation required³⁶. However, three of the law lords addressed the case in terms of legitimate expectation³⁷.

A different situation is the case *Rootkin v Kent County Council*³⁸. In 1976 the applicant’s daughter was awarded a season ticket for public transportation. The decision was made because her home was thought to be more than 3 miles away from her school. The authority was under a duty to award the ticket when the student’s house was 3 miles or more away from school and had discretion to award the ticket when the distance was less than 3 miles³⁹. After a few months, the distance was measured for a second time. It became clear that the distance was less than 3 miles. The authority decided to withdraw the season ticket only prospectively. Mrs Rootkin sought judicial review, but the application was dismissed since that the decision was not irrevocable after the actual distance was ascertained⁴⁰.

Lawton LJ said *Rootkin* was distinguishable from *Denton Road* and *Livingstone* because in *Rootkin* “the citizen has no right to a determination on certain facts being established; but only to the benefit of the exercise of discretion”⁴¹. This quotation deserves two comments. First, Lawton LJ could argue that Mrs Rootkin was entitled only to the benefit of the exercise of discretion just because the authority claimed to have mistaken the facts. Otherwise, the authority would have been bound by its pre-

³⁵ *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan* [2001] QB 213 (CA), at [89]. See also, ENDICOTT, 2021: 320.

³⁶ *R (on the application of BAPIO Action Ltd) v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 27, [2008] 1 AC 1003, at [15].

³⁷ *BAPIO*, at [17]-[63].

³⁸ *Rootkin v Kent County Council* [1981] 1 WLR 1186.

³⁹ *Rootkin*, at [1193]-[1194] and [1196]. See also, Education Act 1944 s. 39 (5) and s. 55; *Surrey County Council v Ministry of Education* [1955] 1 WLR 516.

⁴⁰ *Rootkin*, at [1195].

⁴¹ *Rootkin*, at [1195].

vious determination, as in *Denton Road* and *Livingstone*. Second, in *Denton Road* and *Livingstone*, the plaintiffs were awarded a benefit after the discretionary assessment of a set of facts. The problem was that the authority could not reassess its decision just because it did not like it.

This case shows that the revocation of favourable decisions requires some further grounding or justification than a change in the authority's mind⁴². I think that in *Rootkin* the fact that they mistook the distance is essential to the decision reached by the court. A policy change may allow the removal of legal rights created by an older policy. Also, *ultra vires* acts can be revoked with actual retroactive effect or only prospectively⁴³. In *Rootkin* the season ticket was withdrawn only for the future. Hence, the decision only had an apparent retroactive effect. Was that decision made considering the expectations of Mrs *Rootkin*? Does the apparent retroactive effect of that decision constitute a breach of the applicant's legitimate expectation? This case also shows the intimacy between retroactivity and legitimate expectations.

3. SHORTCOMINGS IN THE STATUS QUO

3.1. Retroactivity and Individual Planning

The first problem I want to address is related to the seemingly crystal-clear connection between retroactivity and individual planning. Retroactive legislation cannot guide human conduct. Yet, the simple idea “that a rule passed today should govern what happens tomorrow, not what happened yesterday” can become a complicated one while deciding particular cases⁴⁴.

This complication happens for two reasons. The first is that there are degrees of retroactivity, as shown in the last section. Decision-makers only sometimes take this into account. The second has to do with the nature of retroactive decision-making. Regardless of how retroactive, no authority can reshape the past. A subsequent retroactive decision can only change the legal consequences of facts governed by a previous law or decision to attain some goal in the present.

Fuller says an *ex post facto* criminal statute is retroactive and unfair. However, he casts some doubt on a tax law enacted, for instance, in 2019, imposing a tax on profits gained in 2015. “Such a statute may be grossly unjust”, but you cannot say that it is, strictly speaking, retroactive”, because, whilst the authority takes into con-

⁴² Gabriel GANZ, “Estoppel and Res Judicata in Administrative Law”, *Public Law*, 1965, 1, pp. 243–255.

⁴³ SCHØNBERG, 2020: 90. For instance, when an overpayment of social security benefit takes place, the authority can recover the unlawfully awarded money. See, *Sharon McGrath v Secretary of State for Work and Pensions* [2012] EWHC 1042 (Admin), [2012] ACD 87; *B v Secretary of State for Work and Pensions* [2005] EWCACiv 929, [2005] 1 WLR 3796

⁴⁴ FULLER, 1969: 44.

sideration new rules that were not in force to calculate the tax, the obligation to pay operates only prospectively⁴⁵.

Under this approach, no law can be retroactive. Any rearrangement of the legal consequences of facts concluded in the past that a retroactive decision makes can only take practical effect from its issuance. Therefore, following Fuller's example, even if a new rule taxes retroactively past profits not governed by any tax-imposing legislation, he will not consider that a real retroactive effect because public bodies can only enforce that obligation upon the coming into force of the new legislation. Nevertheless, the problem is that the same argument is valid for criminal legislation, which he considers retroactive. A retroactive criminal statute, one can say, does not impose the obligation of "having had to do something in the past", only the obligation of suffering the penalty for having done something which now the legal system considers an offence.

Thus, it is not true that retroactive laws are unfair because they require someone to do the impossible of doing something in the past. They are unfair because they assign some legal consequence to facts concluded in the past to enforce them at present. As a result, the statute makes an obligation accrue upon past events.

Fuller may be right in the example given if we understand that what sustains the ban on retroactivity were only the calculations and decisions made in the past. However, a sufficiently announced retroactive law or decision satisfies that underlying normative foundation in that case. For instance, a law enacted in 2019 imposing a tax on profits gained in 2015 announcing that the authorities will collect the tax in 2022 provides citizens with a wide range of time to prepare financially, thus not committing any unfairness. Hence, legislation or decisions operating only prospectively or having a vacancy period are not unfair when they allow individual planning, even if they have an *ex post facto* effect.

However, this line of thought makes the non-retroactivity principle rely on individual planning to such an extent that it falls into the logic of the legitimate expectation doctrine. Legitimate expectation casts upon the authority a duty to act fairly when having raised expectations by previous decisions or representations, seeks to frustrate them by a subsequent inconsistent decision. Meanwhile, the doctrine of non-retroactivity has a prohibiting sense (there is a presumption against retroactivity, thus not being favoured by the law), something which is inconsistent with the common grounding of the principle on individual planning: decision-makers should not regard as unfair a retroactive decision provided that it allows individual planning. Moreover, decisions with a retroactive effect that alter some form of unfair planning or reliance on the part of the citizen should not have any problem.

An excellent example of how the consideration of individual planning is only sometimes in line with non-retroactivity is *McTier v Secretary of State for Education*. The appellant, previously convicted for sex offences in 1985, 1988 and 1995, was affected by an order prohibiting him from teaching at certain schools under legis-

⁴⁵ FULLER, 1969: 59-60.

lation coming into force after the last of the offences applying to any person “who is employed or engaged to carry out teaching work”. The court said this is not a case of strong retroactivity where vested rights are taken away, but “only the application of an adjusted sanctions regime”. Therefore, the State Secretary had the power to impose the order⁴⁶.

I think “an adjusted sanctions regime” is *ex post facto* legislation because it entails attaching new legal consequences to past events, thus imposing a new obligation in the present. The appellant could defend himself by arguing that the decision is retroactive because he committed the offence relying upon the old legislation that did not prevent him from teaching. However, that position is counter-intuitive because he was not supposed to commit the offence in the first place. Should the law protect a form of planning that is illegitimate? I think not. Does that mean legislation can always retroactively increase or adjust a sanctions regime? Also, no. Nevertheless, under the paradigm that non-retroactivity protects reliance and individual planning, we could conclude that the planning made in *McTier* was legitimate or that, being illegitimate, the legal consequences of his crime can always vary.

Considering the path travelled so far, we have two options. First, to abandon the prohibiting sense that pervades the ban on retroactivity and reformulate the principle more coherently with its grounding on the protection of individual planning. Second, we reformulate the foundations of the non-retroactivity principle to give a better explanation for its prohibiting force. There are good reasons for taking the second option and formulating a different normative foundation for the ban on retroactivity. Fuller has an inkling of this when he says that legislation imposing taxes upon past profits may not be retroactive, yet “grossly unfair”. Also, the ruling of the High Court points in the same direction because they considered the decision disproportionately harsh, *inter alia*, because the minister did not give any weight in the decision to the fact that many years had passed since the last offence⁴⁷.

3.1. Apparent Retroactivity is also Retroactivity

The second problem of the *status quo* is how misleading the idea of “apparent” retroactivity is. What is monstrous about retroactive decision-making is said of *ex post facto* legislation. As Fuller stated, “[t]o speak of governing or directing conduct today by rules that will be enacted tomorrow is to talk in blank prose. To ask how we should appraise an imaginary legal system consisting exclusively of laws that are retroactive, and retroactive only, is like asking how much air pressure there is in a perfect vacuum”⁴⁸. This criticism makes sense only for the operation of regulating human affairs by enacting a rule after the facts upon which that rule takes effect.

⁴⁶ *McTier v Secretary of State for Education* [2017] EWHC 212 (Admin), at [75] and [89]. See also, *Regina v Field* [2002] EWCA Crim 2913.

⁴⁷ *McTier v Secretary of State for Education* [2017] EWHC 212 (Admin), at [105]-[108].

⁴⁸ FULLER, 1969: 53.

A clear example of this form of retroactivity takes place in *Marks & Spencer v Customs and Excise Commissioners*. Parliament enacted legislation to curtail the limitation period to recover unduly paid taxes. In this case, the company was deprived of the chance to recover unduly paid VAT because the new legislation reduced the 6-year limit to 3. The new rules gave a different legal effect to the time elapsed before its enactment to provide the authority with a reason to disregard, at present, the refund claim. Thus, the new legislation favours an adjudication different from what the tax-payer expected when the old legislation was in force. Here the ECJ held that retrospective legislation that made it impossible for a company entitled under previous legislation to collect a refund for unduly paid taxes is contrary to the principles of effectiveness and legitimate expectation⁴⁹.

The new legislation modified the legal effect of facts that had taken place in the past, amounting to actual retroactivity. Under the old legislation, a 3-year lapse did not preclude the company's right to recover unduly paid taxes since a 6-year period was required. Nevertheless, the new legislation established with a retrospective effect that the 3 years passed under the old legislation were enough to preclude the company's right.

In this case, the new rules had an *ex post facto* effect. However, retrospective legislation often presents the problem of taking away rights acquired in the past⁵⁰ without effecting concluded events by terminating legal rights with an immediate effect rather than plain retroactivity. I see this situation in the cases analysed in the previous section *Nigel Rowe, Alec David & Others v The Commissioners for HM Revenue and Customs* and *Rootkin v Kent County Council*.

Removing a postponement right by new legislation or a season ticket by a new assessment of the facts was no decision having an actual retroactive effect as if by some new criteria, the postponement right or the season ticket should be considered as unlawfully granted in the past. Instead, those benefits were terminated with immediate effect, something that Craig believes to be only "apparent" retroactivity, meaning that it is no "real" retroactivity.

However, this argument is debatable. Of course, the termination of a legal right with immediate effect is not a decision that has an actual retroactive effect because it does not regulate human conduct using an *ex post facto* rule. Nevertheless, that does not mean that no retroactivity occurs in that decision. Terminating a legal right may not be retroactive because the decision does not take effect upon events concluded in the past. Yet, it is retroactive in that, by some new criteria, it terminates a legal

⁴⁹ *Marks & Spencer v Customs and Excise Commissioners (ECJ)* [2003] Q.B. 866, at [47]. After the judgement in *Marks & Spencer*, Parliament made legislative amendments to introduce transitional provisions (see *Compass Contract Services Ltd v Revenue Customs Commissioners (ECJ)* [2017] 4 WLR 168). See also, *Test Claimants in the FII Group Litigation v Revenue and Customs Commissioners (ECJ)* [2014] AC 1161.

⁵⁰ FULLER, 1969: 100-103.

right or legal position originated under legislation that provided for longer over-time endurance.

Decisions terminating legal rights or impairing obligations accrued in the past are retroactive, although to a lesser degree than decisions having *ex post facto* effect. This is why Waldron makes a distinction between “retroactivity” (meaning *ex post facto* rules) and “retrospectivity” (meaning decisions having an immediate effect over legal positions developing in the past)⁵¹. And this is also why in Spanish Law scholarship distinguishes three degrees of retroactivity: maximum, medium and minimum⁵². The distinction can help in making a difference between cases concerned with retroactivity from those concerned with legitimate expectation.

I believe that decisions having this lesser kind of retroactive effect entail a more significant threat to the Rule of Law than decisions that only frustrate legitimate expectations. The alteration of legal positions originating in the past involves a change, challenge or departure from something “already decided” in the past. This principle sustains the rulings in *Denton Road*, *Friends of the Earth* and *BAPIO*, where the authority sought to change (for the future) a decision made in the past which created a legal right. This conduct is different and more problematic than just frustrating an expectation, however “legitimate” it was.

The distinction between actual and apparent retroactivity is helpful because it explains why it is unlawful for some decisions to take immediate effect upon legal positions generated in the past. Decision-makers should not construe legislation as having an actual retroactive effect. However, it usually can have an apparent retroactive effect. Administrative decisions cannot even have an apparent retroactive effect unless express statutory power exists.

However, the idea of “apparent” retroactivity is misleading because a decision having an immediate effect upon legal positions originating in the past is retroactive, although to a lesser degree. Thus, it is confusing to understand decisions having an apparent retroactive effect as unlawful because they frustrate legitimate expectations. In this sense, in the third section, I will argue that the law should award more protection against decisions having the so-called “apparent” retroactive effect from those that only frustrate legitimate expectations.

3.2. Unfair protection of legitimate expectations

The third problem is that the overlapping of retroactivity and legitimate expectation can prompt excessive protection of legitimate expectations, thus undermining the authority’s capability of introducing changes in past decisions for the common

⁵¹ Jeremy WALDRON, “Retroactive Law: How Dodgy Was Duyhoven?”, *Otago Law Review*, 10, 2004, p. 632.

⁵² José María RODRÍGUEZ, “Sobre la retroactividad de las normas a los cuarenta años de la Constitución Española”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 202, 2019, pp. 55-56.

good. As I said before, a vital element of the non-retroactivity principle is its “prohibiting sense”. If decision-makers combine this prohibiting sense with the expansive notion of “legitimate expectation”, we can obtain a dangerous blend: a ban on the frustration of legitimate expectations.

To show how this may happen, I will analyse *Odelola v Secretary of State for the Home Department*⁵³. The claimant applied for leave to remain in the UK and paid an application fee of £335. The migration rules in force at that time provided that people with “acceptable” training could remain as postgraduate doctors. While the application was pending, the migration rules changed and provided that “acceptable” training was insufficient to obtain leave to remain in the UK because a recognised UK degree was required. Then the application was refused under the new rules since the applicant did not comply with the new regulation.

The decision made by the Home Secretary (upheld by the Asylum and Immigration Tribunal and the Court of Appeal) was challenged for taking away accrued rights since the application was made under the previous policy⁵⁴. The House of Lords dismissed the appeal. They considered that no right existed at the time of the application and that the Home Secretary had to decide with whatever rules were in force at the time of the decision⁵⁵. He could lawfully change the immigration rules. Also, no legal right was involved, for there was no final decision when the new rules came into force.

If we follow *Denton Road*, the House of Lords was right in saying no legal right was involved in this case. However, it is remarkable that four of the law lords agreed that it was unfair for the Home Secretary to keep the fee paid while the modification of the rules doomed the application to fail⁵⁶. In particular, Lord Scott of Foscote said that the applicant had a “justified expectation that her application would be successful” and that “[s]he paid the money on what turned out to be a false and misleading prospectus”⁵⁷.

At most, the applicant had a legitimate expectation created by the old policy. She relied upon that policy by paying the application fee. Nonetheless, courts should not enforce this expectation under the umbrella of legal rights or non-retroactivity hence not allowing their frustration at all, as the claimant pretended. Otherwise, the authority would not be able to apply the new policy to anyone who, in any way, had relied on the old one. Rather, the court can afford some protection to legitimate expectations but only sometimes give them full enforcement.

Another interesting case in this respect is *R v Minister of Agriculture Food and Fisheries, ex p. Cox*⁵⁸. The applicant bought a grazing license and a milk quota. The

⁵³ *Odelola v Secretary of State for the Home* [2009] WLR 1230.

⁵⁴ *Odelola*, at [14].

⁵⁵ *Odelola*, at [38] and [51].

⁵⁶ *Odelola*, at [2], [10], [40] and [58].

⁵⁷ *Odelola*, at [10]-[11].

⁵⁸ *R v Minister of Agriculture Food and Fisheries, ex p. Cox* [1993] 2 CMLR 917.

Milk Marketing Board (MMB) registered the transfer. The applicant never entered into physical occupation of the land because it was thought not necessary for the transfer of the milk quota to take place. Two years later, the seller asked the MMB to declare that the quota transfer was invalid had occurred. Still, the MMB dismissed that petition. Tland occupation Upon this decision, correction of the,

Popplewell J considered the case to fall squarely within the principle laid down in *Denton Road*. Therefore, the MMB could not take back the decision not to alter the registry⁵⁹. Nonetheless, he afterwards said that transferring a milk quota requires physical land occupation. Therefore, despite the infringement of the ECC regulations, the registry was not altered at all⁶⁰.

Although *Denton Road* was applied, it cannot be contended that Mrs Cox had a legal right because there was an *ultra vires* act. At best Mrs Cox's legal position is an *ultra vires* legitimate expectation. However, the court decided to give full protection to that position as if it was a validly acquired legal right.

4. PROPOSAL

4.1. Finality and Retroactivity

Parliament can dismiss the presumption against retroactivity and alter the effect of facts concluded in the past using clear and unambiguous terms. Nevertheless, the so-called actual retroactivity may even be contrary to a formal conception of the Rule of Law which demands “that individuals should be able to plan their lives on the basis of clear, open and general laws”⁶¹. This leaves open the question of how far Parliament can go in enacting legislation with full retroactive effect. In these cases, the HRA 1998 may limit the *ex post facto* effect of primary legislation⁶².

However, the current normative foundation of the non-retroactivity principle on individual planning only partially explains the prohibiting sense of the principle. Hence, a more robust foundation is required to explain the prohibiting sense of the non-retroactivity principle.

For this purpose, I will turn to the notion of finality. The idea of finality entails that lawful decisions made by public authorities should have some conclusiveness; otherwise, the Rule of Law would not receive enforcement since, without conclusive-

⁵⁹ *Cox*, at [61].

⁶⁰ *Cox*, at [66].

⁶¹ CRAIG, 2018: 18.

⁶² *Marks & Spencer v Customs and Excise Commissioners (ECJ)* [2003] QB 866; *R v (Federation of Tour Operators) v HM Treasury* [2007] EWHC 2062 (Admin); *Test Claimants in the FII Group Litigation v Revenue and Customs Commissioners (ECJ)* [2014] AC 1161; *APVCO 19 Ltd and Others v HM Treasury & Anor* [2015] EWCA Civ 648; *R (Reilly) v Work and Pensions Secretary (No 2)* [2017] QB 657 (CA). See also, Maya SIGRON, *Legitimate Expectations Under Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 96-97.

ness, no issue would be indeed decided. This idea had developed mainly for the case of judicial bodies through the doctrine of *res judicata*⁶³. The rationale is as follows: once a judge decides a case, he cannot reopen it, thus to secure that, at some point, the procedure comes to an end⁶⁴. This finality is regardless of the correctness in law or fact of the decision⁶⁵. Thus, judicial rulings are final and conclusive, and the possibilities to reverse them should be restricted to fraud or some exceptional kind of impropriety⁶⁶.

This doctrine is consistent with the understanding that the primary function of the Judiciary is deciding isolated disputes⁶⁷. Finality in judicial decision-making is necessary to achieve its purpose because conflict is solved only once by a final decision binding the parties. Moreover, there is a public interest in having disputes or issues settled conclusively⁶⁸.

Bearing this in mind, I think the idea of finality can also be applied, *mutatis mutandi*, to legislation and administrative decisions. Finality in public law is a key principle and element of sovereignty⁶⁹.

The function of Parliament is to be a representative body that regulates human conduct with prospective general norms. Meanwhile, the role of the Executive is to implement laws regulating human behaviour based on expertise and skill to achieve policy goals⁷⁰. Additionally, to effectively regulate human conduct, Parliament and the Executive not only have to enact and apply rules allowing individual planning, but, most essentially, public bodies should decide issues according to the legal instruments in force during their occurrence.

Doing this is critical for the Rule of Law because extensive *ex post facto* decision-making can turn a legal system based on rules into one where public bodies decide on a case-by-case basis.

Having general *ex post facto* decision-making powers means that a public body can enact rules purposed to govern facts verified before they came into force. Moreover, such power allow changing what previous rules provided in the past, for facts swallowed by time. Thus, the mere existence of powers to make decisions with actual retroactive effect jeopardizes the fundamental capability of rules to decide issues occurring during their operation, allowing public bodies to decide over past situations on a case-by-case basis.

⁶³ KR HANDLEY, Spencer Bower and Handley: *Res Judicata*, 4th edition, Lexis Nexis, London, 2009, pp. 233-236.

⁶⁴ HANDLEY, 2009: 3-4.

⁶⁵ HANDLEY, 2009: 6.

⁶⁶ F. E. LANCELOT and E. STRODE, *Everest and Strode's Law of Estoppel*, 3rd edition, Stevens & Sons, London, 1923, pp. 15-17.

⁶⁷ Eoin CAROLAN, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 153-155.

⁶⁸ FULLER, 1969: 188.

⁶⁹ Timothy ENDICOTT, "The Purpose of a State", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 66(1), 2021, p. 71.

⁷⁰ CAROLAN, 2009: 149-151.

The same as no legal dispute is concluded until the court reaches a final decision; no issue is finally governed by legislation or any general rule until the legal effect attached to some event becomes immutable to change. Of course, this does not mean that rules can never vary because they never become “final”. It only assures that the norms applicable to rule about specific facts remain unaltered, notwithstanding they can change for ruling about facts occurring after the enactment.

Hence, phrases like that a “system of law composed exclusively of retrospective rules could only exist only as a grotesque conceit worthy of Lewis Carroll or Franz Kafka”⁷¹ (which portray abhorrence for actual retroactivity) cannot be fully explained only under the umbrella of individual predictability of the law. The ban on actual retroactivity is more crucial to the Rule of Law than that: it ensures the efficacy of rules as a regulatory instrument, shielding them from being rendered useless by subsequent *ex post facto* decisions. For this reason, authorities should handle with the utmost care legislation having actual retroactive effect, even when enacted for “curative” or “welfare” grounds⁷².

4.2. Total and Partial Retroactivity

In the previous section, I argued that the distinction between actual and apparent retroactivity helps differentiate between decisions having an *ex post facto* effect from those which remove or alter decisions or rights acquired in the past. However, the label “apparent” is misleading because it suggests that those decisions are not retroactive while seeming to be. However, I think these decisions have some (less evil) real retroactive effect. When a public body makes decisions with immediate effect over legal rights acquired in the past or issues settled by past administrative decisions, we may also find trouble with the requirement for finality embedded in the Rule of Law.

The requirement of finality also explains why the doctrines of *res judicata* or *functus officio* may have a role in the administrative context, ideas related to cases connected to the legitimate expectation doctrine⁷³. Regarding *res judicata*, Wade & Forsyth state: “[t]he same arguments which require finality for the decisions of courts of law apply to the decisions of statutory tribunals, ministers and other authorities”⁷⁴. *Functus officio* points in the same direction. Meaning “having discharged his duty”, this doctrine expresses the idea that a public authority makes a decision, the power to make that decision ceases to exist⁷⁵.

⁷¹ FULLER, 1969: 74 and 116.

⁷² SUSTEIN and VERMEULE, 2020: 97.

⁷³ HANDLEY, 2009: 233-236; Paul REYNOLDS, “Legitimate Expectations and the Protection of Trust in Public Officials”, Public Law, 2011, p. 333.

⁷⁴ William WADE and Christopher FORSYTH, Administrative Law, 11th edition, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 191.

⁷⁵ Ben COLLINS, “When Are Public Bodies Functus Officio Law?”, Judicial Review, 2001, 6, p. 61.

Nevertheless, this immutability of decisions prompted by these doctrines has many exceptions in administrative if compared to judicial decision-making. The case law analysed in Collin's paper can show that. In *R v Dorset Police Authority ex. p. Vaughan* the authority awarded the applicant the right to a pension after a medical assessment. The respondent asked for a second assessment, which was adverse for the applicant. In this context, the court decided that in the absence of fraud the first decision the authority had to consider the first decision as final because the regulation did not provide for a second assessment⁷⁶. Moreover, two other cases are cited supporting the idea that an unfavourable decision does not extinguish the power to make a new one⁷⁷.

Hence, *res judicata* and *functus officio* entail a degree of immutability incompatible with the law allowing public authorities to review their own decisions in several situations. Meanwhile, the law, as laid down by *Denton Road*, shows that it is forbidden for the authority to go back on a decision just because its mind changed about it, whilst it permits public bodies to alter a decision when statute allows it, or there is no final decision⁷⁸. This also supports the idea that there is an unquestionable requirement of conclusiveness in administrative decision-making which is however less crucial for the Rule of Law than finality requirements in judicial decision-making. More reasons may justify reopening a decision-making process. Ganz mentions five: *ultra vires*, error on the facts, change of circumstances, error on law or policy, and change of law or policy⁷⁹.

Apparent retroactivity requires special powers from Parliament or good reasons to take place. Without that, a decision having an apparent retroactive effect is unlawful. Because of this, the presence of a legitimate expectation is immaterial in cases concerned with apparent retroactivity. For instance, much of the discussion in *Coughlan* was about whether the health authority had the power to remove Miss Coughlan from the continuing care awarded since the day of the accident. Although the court decided that they did not have the power to remove her from Mardon House⁸⁰, the case (with clear support in the court's reasoning, yet very much arguably) is largely considered as the leading substantive legitimate expectation case⁸¹.

In other cases, there is a link between legitimate expectation and the duty to act consistently, giving equal treatment to every individual. A court may rule that a decision is unlawful if a public body departs from its general policy in a particular case or acts differently from what it decided for other individuals. In *R (Rashid) v Home Secretary*, the authority administered his asylum policy inconsistently in the case of one applicant resulting in the refusal of the refugee status. The applicant, however,

⁷⁶ *R v Dorset Police Authority ex. p. Vaughan* [1995] COD 153.

⁷⁷ COLLINS, 2001: 65-66.

⁷⁸ See, *R (Demetrio) v Independent Police Complaints Commission* [2016] PTRS 891.

⁷⁹ GANZ, 1965: 243-255.

⁸⁰ *Coughlan* [2001] QB 213 (CA), at [48] and [117].

⁸¹ MOULES, 2009: 55; THOMAS, 2017: 68-69.

did not know about the existence of that policy. Nevertheless, Pill LJ said that every individual could expect that the authority will administer its policy, and Dyson LJ noted that the vital issue in a legitimate expectation case is to determine what the authority committed itself to, even if the individual was unaware of that⁸². A similar approach is in *Mandalia*⁸³.

It is a foremost strange thing to say that an expectation was frustrated when the individual did not expect⁸⁴. Hence, like in *Coughlan*, I think legitimate expectations are immaterial to these cases. The courts are mixing two things in this type of case: the requirement of stability and the idea that the law should be administered consistently in an equal form⁸⁵. The main concern of a consistency-equality case should be whether it is lawful for a public body to depart from its general policy or precedent in a particular case. Of course, a public body may “depart” from a policy when the case can be distinguished from others simply because the policy is not applicable.

However, a public body can act inconsistently with the support of good reasons for doing so⁸⁶. Absent those reasons, the unequal decision will be unlawful, and the public body will have to apply the general policy in force or act consistently with previous decisions. In such a situation, expectations are irrelevant because equality, as a ground for review, does not require them to work. Consequently, retroactivity (actual or apparent) and the “equality-consistency principle” should be regarded as independent grounds for review⁸⁷. An unlawful decision cannot alter a previously lawfully made decision or frustrate a legitimate expectation originating in a public body’s past conduct. This analysis shows that in *Coughlan* and the equality-consistency cases, the importance of the legitimate expectation doctrine decreases when the policy change or the departure from the general policy is unlawful on other grounds, such as *ultra vires* or the existence of unequal treatment.

The distinction between actual and apparent retroactivity is helpful. It shows that retroactivity can take place on different levels. While actual retroactivity is a more brutal form of retroactivity, apparent retroactivity consists of attaching new legal effects to legal positions originating in the past. Therefore, it is a “softer” form of retroactivity, although still real retroactivity.

Therefore, I will propose the following terminology. I will call “total or full retroactivity” the effect of a norm or decision upon events concluded in the past because the legal effect of the new norm or decision is attached to a fact prior to their com-

⁸² *R (Rashid) v Home Secretary* [2005] EWCA Civ 744; [2005] Imm AR 608, 34 and 47.

⁸³ *Mandalia v Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 59; [2015] 1 WLR 4546, 29 where it is said that this principle is “related to the doctrine of legitimate expectation but free-standing”.

⁸⁴ ENDICOTT, 2021: 324

⁸⁵ RAZ, 2009: 215-216; FINNIS, 2011: 270-271.

⁸⁶ *R (Lee-Hirons) v Secretary of State for Justice* [2016] UKSC 46; [2017] AC 52, at [17], [35], [52]-[53]; *R (Kambadzi) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 23; [2011] 1 WLR 1299, at [77]; *R (Gallagher Group Ltd) v The Competition and Markets Authority* [2018] UKSC 25, 63.

⁸⁷ Mark ELLIOTT, “Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power”, *Judicial Review*, 2005, 10(4), pp. 286–288.

ing into force. Meanwhile, I will call “partial retroactivity” the effect of a norm or decision that attaches a new legal consequence, in the present, to events or transactions originating in the past. I think this wording is better because, although partial retroactivity is concerned with events originating in the past, the norm or decision only takes effect from the day of its enactment and on. Under these terms, norms or decisions that affect the planning undertaken in the past are not retroactive in any sense. Nevertheless, such decisions may attract the protection of the legitimate expectation doctrine.

4.3. The Temporality Test

We can find a better explanation for the prohibiting sense of the non-retroactivity principle under the umbrella of finality. Thus, the legal system can work with rules and not have to decide everything on a case-by-case basis. Meanwhile, legitimate expectation is connected to the requirement of stability, individual planning and transition relief when the authority has legal powers to change its mind on a previous decision or representation. Because of these different foundations, the legitimate expectation doctrine is more likely to allow change whilst protecting individual planning via transitional measures or different forms of protection.

So far, courts have been doing this on a case-by-case basis bearing in mind detrimental reliance, the public interest and the hardship caused to the expectation-bearer, among other considerations. Elliot calls this “palm tree justice”⁸⁸. This is very clear in the case of unlawful decisions and unlawful representations⁸⁹. I believe that the courts are, implicitly, making a sort of public interest-expectation compatibility analysis, which I will formulate explicitly. Sometimes the fulfilment of an expectation does not seriously undermine the public interest pursued by an inconsistent norm or decision. In that case, courts usually fulfil expectations affected by an inconsistent decision. In other situations, fulfilling an expectation undermines the public interest. In that case, courts give less protection to expectations. To show how fulfilling an expectation may not necessarily undermine the public interest behind a subsequent norm or decision, we can go back to *Cox*. First, it was contended that the ECC regulations aimed to avoid the creation of a trade by requiring a transfer land use for a milk quota transfer to take place⁹⁰. Yet, there was a practice among farmers

⁸⁸ Mark ELLIOTT, “British Jobs for British Doctors: Legitimate Expectations and Interdepartmental Decision-making”, *Cambridge Law Journal*, 2008, 67(3), p. 456.

⁸⁹ SCHØNBERG, 2000: 90; Jaime ARANCIBIA, *Judicial Review of Commercial Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 101; CRAIG, 2016: 703; Clive LEWIS, “Retrospective and Prospective Rulings in Administrative Law”, *Public Law*, 1988, 1, pp. 83-89. See also, *R (British Academy of Songwriters, Composers and Authors and others) v Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2015] EWHC 1723 (Admin), 19 (supplementary judgement); *Sharon McGrath v Secretary of State for Work and Pensions* [2012] EWHC 1042 (Admin); *B v Secretary of State for Work and Pensions* [2005] 1 WLR 3796.

⁹⁰ *Cox* [1993] 2 CMLR 917.

to use the grazing agreement, without actual occupation taking place, to be able to transfer the quota without refusal by the authority⁹¹. Second, it is clear that no trade was made out of the milk quota since Mrs Cox was producing milk and not trying to resell the quota for a higher price. If the court had declared the transfer *ab initio* void, that would have entailed the payment of a special levy for producing milk without a quota⁹². Therefore, the legitimate expectation created by the unlawful decision can be upheld, bearing in mind that the decision did not harm the public interest.

In *Cox* there was a ground for change. However, fulfilling that *ultra vires* expectation did not undermine (or only in a minimal form) the public interest because the applicant did not buy the quota to create trade but to produce milk. This intuition contradicts the assumption that every illegality has a necessary overriding effect⁹³. The fulfilment of an expectation, although formally incompatible with a regulation, can be compatible with the goals pursued by that regulation given the particular circumstances of the case.

Suppose the public interest is incompatible with the fulfilment of the expectation. That does not mean that the expectation should not be protected at all. “Grandfathering” an expectation is only one possibility. In other cases, legitimate expectations have received less protection. An example of this is *R (Bibi) v Newham London Borough Council*⁹⁴. The applicants to a housing benefit were considered in 1994 to be unintentionally homeless and were provided with temporary accommodation, while the housing authority promised to secure permanent accommodation within 18 months. Later on, the House of Lords ruled in a similar case that the housing authority was not obliged to provide permanent accommodation to homeless people⁹⁵. In addition, in 1996 an Act of Parliament came into force which restricted the duty of the authority by creating a new allocation scheme for that purpose with different priorities of who should receive secure tenancy. Finally, the authority failed to fulfil its promise on time.

The court decided that not giving any consideration to the promise was unlawful and then referred to the authority the weight it ought to give to the legitimate expectation⁹⁶. In this case, the 1996 Act makes it possible to say that the applicant’s position is a legitimate expectation. However, although the promise is not rendered unlawful, the authority must apply the new allocation scheme. This case is distinguishable from *Coughlan* because the authority had to construe the 1996 Act as having a partial retroactive effect. Hence, there was a ground for change. Also, the court did not say the applicant’s legal position had to be fully protected. They referred the

⁹¹ *Cox*, at [64].

⁹² *Cox*, at [65].

⁹³ Mark ELLIOTT, “Legitimate Expectations and Unlawful Representations”, *Cambridge Law Journal*, 2004, 63(2), p. 262.

⁹⁴ *R (Bibi) v Newham London Borough Council* [2002] 1 WLR 237.

⁹⁵ *R v Brent London Borough Council, ex p Awua* [1996] AC 55.

⁹⁶ *Bibi* [2002] 1 WLR 237, at [66].

decisions to the housing authority and suggested financial compensation or amending the allocation scheme in order to give some weight to the expectation⁹⁷.

In *Bibi* it was not reasonable for the authority to fulfil the applicant's expectation because there were many in the same situation. Thus, it was impossible to comply with everyone's expectations⁹⁸. Nonetheless, as the court suggested, the authority could have given some weight to the expectation in applying the new allocation scheme.

This implicit public interest and expectation approach has three problems:

1) For the sake of transparency, the courts should explicitly address these issues and state in a clear form how compatible the fulfilment of an expectation is with the public interest.

2) The courts should not assess by themselves how compatible the public goal pursued by a norm or decision is with an individual's legitimate expectations. Making that decision may be an infringement of the duty of comity of the courts towards the administrative authority⁹⁹.

3) Suppose the public interest does not tolerate the frustration nor any transitional measure to give some protection to the frustrated expectation. In that case, courts should consider the possibility of giving monetary compensation to those who have detrimentally relied on a previous norm or decision made by the authority.

Considering these problems, I will propose changes to the approach made so far by the courts. Some of these propositions may entail a change in the law or have significant institutional consequences. However, I believe that fairness requires restating problems associated with the tension between stability and reform have been addressed so far. These propositions are what follows.

First, to identify a legitimate expectation case, we must check if the authority can frustrate the expectation. A public body may not have the power to make a decision with a partial retroactive effect, or some other ground for judicial review may prevent that decision from taking effect. If such power exists, legitimate expectations will be material to the case. Next, we must decide whether the public interest is compatible with fulfilling the expectation. The case law shows that there are situations in which the fulfilment of a legitimate expectation brings no danger to the objective of the new policy. Hence, estoppel may seem an appropriate solution in some cases¹⁰⁰. However, courts should avoid giving pre-established solutions in legitimate expectation cases by applying estoppel, *res judicata*, and *functus officio* or retroactivity. Instead, they should analyse whether the decision to frustrate an expectation was justified adequately in the public interest, even without detrimental reliance.

⁹⁷ *Bibi*, at [56].

⁹⁸ *Bibi*, at [36].

⁹⁹ ENDICOTT, 2021: 357-358.

¹⁰⁰ Regarding estoppel, see Mark ELLIOTT, "Unlawful Representations, Legitimate Expectations and Estoppel", *Judicial Review*, 2003, 8(2), PP. 71-80.

Legitimate expectations should be fulfilled as long the public interest can tolerate them in the administrative authority's criteria. Consequently, the administrative authority has the burden of justifying the decision, which frustrates a legitimate expectation. From a temporal perspective, to frustrate a legitimate expectation, the administrative authority should deal with the following questions: (1) is the fulfilment of the expectation compatible with the public goal pursued by the subsequent norm or decision which seeks to frustrate it? If yes, then the expectation ought to be fulfilled. If no, then the authority should consider (2) whether there is any form of transitional relief compatible with the public interest that the authority could award to the individual. Thus the expectation receives enforcement intending to reduce the hardship caused to the individual.

Answering these questions is, in the first place, a job for the administrative authority¹⁰¹. Because of this, courts should quash decisions which have not adequately considered the individuals' legitimate expectations and order the authority to address the questions because administrative bodies are in general better suited to assess whether the public interest can tolerate the fulfilment of an expectation. Also, under the proposed approach, this kind of judicial scrutiny of the Executive can help improve the administrative decision-making process¹⁰². The administrative body has to address these three questions when making its decision. However, it may be more challenging for the public body to identify all the expectation-bearers wronged by the decision and their particular circumstances. In this context, judicial proceedings can help because they put in front of the public body situations that went unnoticed or it did not consider in the decision-making process. Hence, judicial proceedings can assist authorities in seeing the case in a new light to ascertain the compatibility of certain expectations with a public goal or what transitional measures may be adopted.

Once the public body adequately answers the questions, the courts should refrain from further scrutiny to not breach their duty of comity towards the administrative body. Of course, the idea of a "proper" consideration may entail some interference in the exercise of discretion, yet to deny the possibility of review of this ground may purport to the denial of all forms of judicial control of the Executive¹⁰³. A good balance is made if the court refers the public body for a new decision to be made instead of assessing what is to be considered compatible with the public interest. The questions only need a reasonable answer, and this may even entail a negative answer for both of them¹⁰⁴.

If no transitional relief is possible, then (3) the authority should consider awarding enough monetary compensation for the expectation bearer to allow adapting to

¹⁰¹ Therefore, remedies may be awarded *ex ante*. See, Alexander BROWN, *A Theory of Legitimate Expectations for Public Administration*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 39.

¹⁰² ENDICOTT, 2021: 24-25

¹⁰³ ARANCIBIA, 2011: 81-82.

¹⁰⁴ For instance, in a case like *R v Home Secretary, ex p Hargreaves (CA)* [1997] WLR 906 both can be answered negatively.

the new policy. This solution entails a change in the law. Still, scholars have suggested it¹⁰⁵. Compensation is a good idea because the policies and representations made by the authority impact economic decisions. Therefore, the frustration of the expectations induced by those representations or policies may entail economic loss, derived from detrimental reliance.

However, courts have to strike a delicate balance in awarding compensation. It will result in encouraging undesirable behaviour if courts overcompensate investors. Hence, but not securing the future possible profits the investor would have gained had the regulation remained unaltered. Compensation entails, indeed, a very complex issue. On the one hand, not awarding compensation is abusive because the authority can change legal rules or policies without considering the effects of previous decisions in the individuals. On the other hand, overcompensating may prevent the state from introducing crucial changes. For instance, in a case like, *R v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd*, the existence of investments rendered useless is real damage caused by a policy shift¹⁰⁶.

The tension described in the introduction brings us to focus on a temporal dimension not explicitly considered by the other approaches. Certain aspects of a reasonability or proportionality approach can be identified in the expectation temporality test¹⁰⁷. However, although not totally different, it is free-standing. The legitimate expectation doctrine, as understood in this paper, is concerned with the over-time compatibility of an expectation with a public goal. This emphasis on the temporal side of things is not essential to reasonability and proportionality and justifies taking a different approach.

5. CONCLUSIONS

Legal scholarship has found the normative foundation of non-retroactivity and legitimate expectation in the Rule of Law requirement of securing reliance and individual planning. Courts have used both principles indistinctly while addressing legislative or administrative temporal inconstancy cases. However, I concluded that this overlapping needs to be revised because:

- 1) The foundation of individual planning does not fully explain the prohibiting sense and the “horror” often attributed to ex post facto decisions or legislation.
- 2) The so-called “apparent” retroactivity is a form of real retroactivity, and its extensive use can seriously undermine the Rule of Law.

¹⁰⁵ BROWN, 2017: 97-103; WADE and FORSYTH, 2014: 454-455; Iain STEELE, “Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance?”, *Law Quarterly Review*, 121(2), 2005, pp. 322–327.

¹⁰⁶ *R v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd* [1995] 1 CMLR 533.

¹⁰⁷ BROWN, 2017: 159.

3) The extensive use of the legitimate expectation doctrine can freeze public bodies' capability to introduce changes to achieve important policy goals.

For these reasons, to make sense of the case law on temporal inconstancy and to avoid unfairness, I propose three things:

1) Finality is a better normative foundation for the non-retroactivity principle than individual planning. Non-retroactivity enforces a more crucial aspect of the Rule of Law, which is having general rules and not deciding cases on a case-by-case basis. The extensive use of ex post facto decision-making powers can make rules or decisions which govern past events irrelevant because their effect upon past events is always subject to change. Furthermore, finality better explains the prohibiting sense that the non-retroactivity principle has: it secures the power of legislation or decisions to take definitive effect upon the events they govern.

2) Since retroactivity can take place in different degrees, it is helpful to distinguish between decisions having total retroactive effects from those just having partial retroactive effects. Partial retroactivity is concerned with decisions having an immediate effect which are temporally inconsistent with legal positions generated in the past by some other decision made by a public body. A public body requires special powers to make decisions having partial retroactive effects.

3) Beyond total and partial retroactivity (or when the law allows retroactivity), the legitimate expectation doctrine is essential to secure stability and the possibility of relying on the legal order. For that purpose, we can apply the expectation temporality test. Even without reliance, the authority had to justify the decision from a temporal perspective to frustrate a legitimate expectation lawfully. This involves the consideration of (1) whether the expectation is compatible with the public interest pursued by his subsequent decision. If not, the authority should consider (2) whether transitional measures can be adopted to protect the individual's expectations. Finally, suppose the public interest cannot tolerate the fulfilment of the expectation nor any other transitional measure. In that case, (3) monetary compensation should be awarded to those who made investments rendered useless by the inconsistent norm or decision.

6. BIBLIOGRAPHY

- Jaime ARANCIBIA, *Judicial Review of Commercial Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
Jonathan AUBURN, *Judicial Review: Principles and Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
Joanna BELL, "The Doctrine of Legitimate Expectations: Power-Constraining or Right-Confering Legal Standard?", *Public Law*, 2016, 3, pp. 437-455.
Alexander BROWN, *A Theory of Legitimate Expectations for Public Administration*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
Eoin CAROLAN, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
Ben COLLINS, "When Are Public Bodies Functus Officio Law?", *Judicial Review*, 2001, 6, pp. 61-66.
Paul CRAIG, *Administrative Law*, 8th edition, Sweet & Maxwell, London, 2016.
Timothy ENDICOTT, *Vagueness in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

- Timothy ENDICOTT, *Administrative Law*, 5th edition, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Timothy ENDICOTT, "The Purpose of a State", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 66(1), 2021, pp. 69-83.
- Mark ELLIOTT, "Legitimate Expectation: Reliance, Process, Substance", *Cambridge Law Journal*, 260, 2019, pp. 260-264.
- Mark ELLIOTT, "British Jobs for British Doctors: Legitimate Expectations and Interdepartmental Decision-making", *Cambridge Law Journal*, 2008, 67(3), pp. 453-456.
- Mark ELLIOTT, "Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power", *Judicial Review*, 2005, 10(4), pp. 281-288.
- Mark ELLIOTT, "Legitimate Expectations and Unlawful Representations", *Cambridge Law Journal*, 2004, 63(2), pp. 261-264.
- Mark ELLIOTT, "Unlawful Representations, Legitimate Expectations and Estoppel", *Judicial Review*, 2003, 8(2), pp. 71-80.
- Lon FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven and London, 1969.
- Gabriel GANZ, "Estoppel and Res Judicata in Administrative Law", *Public Law*, 1965, 1, pp. 237-255.
- Daniel GREENBERG, *Craies on Legislation: a Practitioners' Guide to the Nature, Process, Effect and Interpretation of Legislation*, 11th edition, Sweet & Maxwell, London, 2017.
- KR HANDLEY, *Spencer Bower and Handley: Res Judicata*, 4th edition, Lexis Nexis, London, 2009.
- F. E. LANCELOT and E. STRODE, *Everest and Strode's Law of Estoppel*, 3rd edition, Stevens & Sons, London, 1923.
- Clive LEWIS, "Retrospective and Prospective Rulings in Administrative Law", *Public Law*, 1988, 1, pp. 78-105.
- Richard MOULES, *Actions Against Public Officials: Legitimate Expectations, Misstatements and Misconduct*, Sweet & Maxwell, London, 2009.
- Ben JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Paul REYNOLDS, "Legitimate Expectations and the Protection of Trust in Public Officials", *Public Law*, 2011, pp. 330-352.
- José María RODRÍGUEZ, "Sobre la retroactividad de las normas a los cuarenta años de la Constitución Española", *Revista española de Derecho Administrativo*, 202, 2019, pp. 51-82.
- Søren SCHØNBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Maya SIGRON, *Legitimate Expectations Under Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2014.
- Jürgen SCHWARZE, *European Administrative Law*, Rev. edition, Sweet & Maxwell, London, 2006.
- Cass SUSTEIN and Adrian VERMEULE, *Law & Leviathan: Redeeming the Administrative State*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, 2020.
- Robert THOMAS, "Legitimate Expectations and the Separation of Powers", in Mathew Groves and Greg Weeks (eds.), *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 53-77.
- Iain STEELE, "Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance?", *Law Quarterly Review*, 121(2), 2005, pp. 300-328.
- William WADE and Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, 11th edition, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Jeremy WALDRON, "Retroactive Law: How Dodgy Was Duyhoven?", *Otago Law Review*, 10, 2004, pp. 631-654.
- Rebecca WILLIAMS, "The Multiple Doctrines of Legitimate Expectations", *Law Quarterly Review*, 132(4), 2016, pp. 639-663.

EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO COMO CRITERIO DIRECTIVO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: UN ESTUDIO DE METODOLOGÍA APLICATIVA*

SCIENTIFIC KNOWLEDGE AS A DIRECTIVE CRITERION OF ADMINISTRATIVE ACTION: A STUDY OF APPLICATION METHODOLOGY

Cristian Andrés Díaz Díez

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad EAFIT

cdiazdi@eafit.edu.co

ORCID: 0000-0001-9139-6941

RESUMEN: Los múltiples retos que enfrenta la sociedad contemporánea exigen de las Administraciones públicas actuaciones cada vez más eficientes y eficaces. El Derecho administrativo debe, por tanto, enriquecer su sistema conceptual incluyendo criterios directivos de la conducta administrativa que trasciendan de los criterios jurídicos tradicionales ligados al binomio legalidad-ilegalidad. En este contexto la interdisciplinariedad adquiere importancia, pues facilita el diálogo con ciencias externas al Derecho y permite incorporar en el sistema jurídico el saber cultivado en estas. El presente estudio se aproxima a dicho planteamiento y propone concebir el conocimiento científico

* Este texto fue concluido el 29 de abril de 2023, como parte del trabajo de investigación doctoral sobre la incidencia del *conocimiento científico* en la *metodología aplicativa del Derecho administrativo*, desarrollado en el marco del Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Autónoma de Madrid. Agradezco, de manera especial, a la Profesora Silvia Díez Sastre, por su valiosa dirección en la elaboración del trabajo, así como a los compañeros —profesores y doctorandos— del Seminario de Investigación en Derecho Administrativo adscrito al Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica de dicha Universidad. En igual sentido, agradezco a los asistentes al Seminario de Teoría y Método (STEM) realizado el 25 de noviembre de 2022 —donde tuve el privilegio de participar—, pues la interesante discusión académica que allí se generó me iluminó para seguir pensando en el efecto de la *interdisciplinariedad* en el Derecho administrativo. Por último, agradezco a los revisores anónimos, por la evaluación del artículo y por sus pertinentes comentarios, pues estos contribuyeron a mejorarlo.

como un concepto valioso en el marco de la metodología aplicativa del Derecho administrativo. En efecto, se explica que el conocimiento científico actúa como un criterio que sirve para valorar el grado de racionalidad epistémica que debería exigirse a la Administración en la creación, complementación y aplicación de su norma de conducta. Adicionalmente, se propone la idea de que la certidumbre científica es un concepto gradual, o sea, una propiedad que se presenta en mayor o menor medida; circunstancia que no debería perderse de vista al estimar la incidencia del conocimiento científico, como estándar de racionalidad, en la actuación administrativa.

PALABRAS CLAVE: Conocimiento científico; certidumbre científica; norma de conducta; Derecho administrativo; metodología aplicativa; criterio directivo; concepto gradual.

ABSTRACT: The multiple challenges that contemporary society faces demand from public Administrations more efficient conducts. Therefore, administrative law must enrich its conceptual system including directive criteria for administrative conduct that go beyond traditional juridical rules connected to the binomial legality-illegality. In this context, interdisciplinarity gains importance, because it makes easier dialogue with sciences external to law and allows to incorporate in the legal system the knowledge cultivated within them. The present study is in line with such approach and suggest conceiving scientific knowledge as a valuable concept in the context of the methodology for application of administrative law. Indeed, this paper explains that scientific knowledge works as a criterion that is useful to estimate the degree of epistemic rationality that should be required to Administration in the creation, complementation and application of its decision-making standard. In addition, the paper suggests the idea of that scientific certainty is a gradual concept, that is, a characteristic that occurs to a greater or lesser extent; circumstance that should not be ignored when estimating the incidence of scientific knowledge, as a standard of rationality, in administrative action.

KEYWORDS: Scientific knowledge; scientific certainty; decision-making standard; administrative law; application methodology; directive criterion; gradual concept.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. METODOLOGÍA APLICATIVA E INTERDISCIPLINARIEDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: 2.1. La metodología aplicativa como contexto discursivo de la racionalidad científica en la actuación administrativa. 2.2. Utilidad de los “binomios instrumentales” para estudiar la incidencia del conocimiento científico en la actuación administrativa. 2.3. Importancia de la interdisciplinarietà en la metodología aplicativa del Derecho administrativo.—3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO PARA LA METODOLOGÍA APLICATIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: 3.1. El conocimiento científico es un saber experto derivado de un método riguroso y sistemático. 3.2. El conocimiento científico es un saber conceptual o aplicado a desarrollos técnicos y tecnológicos. 3.3. La certidumbre científica es un concepto gradual en la metodología aplicativa del Derecho administrativo.—4. DISCUSIÓN SOBRE LA CONSIDERACIÓN DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO COMO CRITERIO DIRECTIVO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: 4.1. Razones que justifican el carácter directivo del conocimiento científico en la actuación administrativa: 4.1.1. El conocimiento científico es un criterio que dirige racionalmente la actuación administrativa y que, por tanto, garantiza los principios constitucionales de objetividad y buena administración. 4.1.2. El conocimiento científico contribuye al cumplimiento eficiente y eficaz de los fines de la actuación administrativa. 4.2. Cautelas frente al empleo del conocimiento

científico en la actuación administrativa. 4.3. El conocimiento científico externo puede asimilarse por los sistemas jurídico y democrático. La importancia de las normas de organización y procedimiento del Derecho administrativo.—5. CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y NORMA DE CONDUCTA ADMINISTRATIVA. 5.1. Conocimiento científico y fijación de los hechos relevantes. 5.2. Conocimiento científico y razonamiento efectuado para estructurar la consecuencia jurídica. 5.3. Conocimiento científico y aplicación de la norma de conducta administrativa.—6. CONCLUSIONES—7. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO¹

1.— El papel desempeñado por el conocimiento científico en el Derecho no es nuevo. En efecto, dentro de los estudios jurídicos de *metodología académica* (DÍEZ SASTRE, 2018: 32-33; GONZÁLEZ PÉREZ, 1957: 27; VERGARA BLANCO, 2015: 375; VOSSKUHLE, 2012: 147) se ha destacado el influjo de los *métodos científicos* y, en general, de las visiones sobre la *ciencia*, en la construcción *teórica* del Derecho (BERMAN, 1996: 143-153; CALSAMIGLIA, 1990: 16-17; DÍAZ, 1998: 158-171; FARIÑAS, 2000: 123-133; LARENZ, 1994: 25-91; MORESO, 1995: 363-385; PRIETO SANCHÍS, 1993: 19-46; SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 142). Por otra parte, se ha explicado el impacto de la información científica en el *proceso jurisdiccional*, en especial, en la práctica y valoración de las *pruebas* para la fijación de los *hechos relevantes* (BAYÓN MOHÍNO, 2010: 6-30; GASCÓN ABELLÁN, 2010: 11-43; HAACK, 2020b: 141; TARUFFO, 2005: 1285-1311). En el Derecho administrativo también se ha reconocido la importancia de la *interdisciplinariedad*, sobre todo recientemente (BARRAGUÉ CALVO y DOMÉNECH PASCUAL, 2021: 495-557; CERRILLO I MARTÍNEZ, 2015: 39-66; DÍEZ SASTRE, 2018:

¹ Con el fin de facilitar la lectura, se han numerado los párrafos. Para remitir a estos se han empleado las siguientes convenciones: [§] o [§§]. También se han utilizado las siguientes abreviaturas (indicadas a continuación, en orden alfabético): art.: artículo; CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000; CE: Constitución Española de 1978; LAPAD: “Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”; LCSP: “Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014”; LEA: “Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental”; LEBEP: “Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”; LGS: “Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad”; LOEAE: “Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”; LOMESP: “Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública”; LTCVMSV: “Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial”; PARCDM: “Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente”; y RGC: “Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo”.

95-96; SCHMIDT-ASSMANN, 2012: 80, 138; VELASCO CABALLERO, 2020: 41-46, 2023: 42; VOSSKUHLE, 2012: 147-149). El presente trabajo se enmarca en esta última perspectiva y, en especial, contribuye a la reflexión sobre el alcance del conocimiento científico en la *metodología aplicativa* del Derecho administrativo (DÍEZ SASTRE, 2018: 32; DÍEZ SASTRE y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2021: 482-483; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 12).

2.— Como se sabe, dicha *metodología* estudia las “reglas de racionalidad” a las que deben sujetarse, para decidir, tanto la Administración como el Juez —que efectúa su control de *juridicidad*— (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 12). Sin embargo, dado el límite de extensión de este artículo, no es posible abordar las implicaciones del conocimiento científico en sede *jurisdiccional*. Además, los estudios de *metodología aplicativa* del Derecho administrativo se han centrado mayoritariamente en el control jurisdiccional a la Administración y, en especial, en lo que esta *no puede hacer*, como consecuencia de las restricciones impuestas por el principio de legalidad (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 12-13). Por tales razones, se ha considerado más interesante enfocar este texto en el modo como el saber científico proveniente de disciplinas *externas* al Derecho *ayuda* a la *aplicación* de la “norma de conducta administrativa” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 13, 23) [§ 12]; esto es, en la forma como dirige aquello que la Administración *puede hacer* con los datos ofrecidos por las ciencias auxiliares. En tal sentido, no se estudiará, por ahora, el impacto del conocimiento científico en la “norma de control judicial” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 25, 142, 167) [§ 12]. Este tema se reserva para otra ocasión.

3.— Lo anterior no significa que el conocimiento científico, como *criterio directivo*, no proyecte su *alcance* también —en mayor o menor medida— sobre la aplicación de la “norma de control judicial” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 25, 142, 167) [§ 12]. En efecto, al verificar la *legalidad* de la conducta administrativa el órgano jurisdiccional puede también servirse del saber proveniente de las disciplinas externas al Derecho. Así sucede, por ejemplo, cuando fija los hechos relevantes del caso a partir de la información que le suministran los dictámenes periciales elaborados por expertos en diversas áreas del conocimiento (VÁZQUEZ ROJAS, 2014: 66). Pero, como se ha indicado, el interés de este artículo se concentra en la aplicación —y, más aún, en la complementación o construcción— de la “norma de conducta administrativa” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 13, 23); es decir, se ubica en un momento *previo* a la *eventual* controversia judicial que, sobre dicha actuación, se plantee. Este enfoque de análisis se justifica porque en ciertas circunstancias —cada vez mayores— el ordenamiento jurídico concede discrecionalidad a la Administración para construir o completar la norma aplicable con criterios “extrajurídicos”, los cuales solo se vinculan “indirectamente” a la “norma de control judicial” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 24-25, 168). En efecto, la Administración, en algunos supuestos, está habilitada para hacer valoraciones de oportunidad y conveniencia, sirviéndose del conocimiento científico, en ausencia de una programación normativa completa, de carácter *material*. En tales eventos el juez está obligado, *prima facie*, a respetar la parte de la norma de conducta administrativa construida o

complementada con información científica. Si esto es así, resulte pertinente profundizar en el análisis de la manera como la Administración debe trabajar con los datos científicos, ya que el procedimiento administrativo podría convertirse en un escenario más idóneo que el proceso jurisdiccional para discutir y controlar *materialmente* la calidad epistémica de dichos datos, por ejemplo, a través de la participación de los interesados en la conformación material del expediente (PASTOR MERCHANT, 2021: 167-168) o mediante la interposición de los recursos en sede administrativa (SCHMIDT-ASSMANN, 2021: 225-226, 251-252). Esto por cuanto el análisis que efectúa el juez *a posteriori* se desarrolla principalmente con sujeción a *criterios jurídicos* —art. 106.1 CE— (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 25, 166-167).

4.— La reflexión sobre la incidencia del *conocimiento científico* en la actuación administrativa es relevante en la actualidad porque dicha conducta se desarrolla en un contexto marcado por la *producción científica* y la *innovación tecnológica* aceleradas. El concepto de “sociedad del conocimiento” (BÖHME y STEHR, 1986: 7), acuñado desde finales del siglo XX por la sociología, ilustra la importancia que ha adquirido el saber en el mundo contemporáneo. Sin embargo, al mismo tiempo, desde distintas disciplinas se ha llamado la atención sobre la *fugacidad* del conocimiento y los efectos de la *incertidumbre* (ESTEVE PARDO, 2009: 14). Así lo reflejan categorías conceptuales como las de “sociedad del riesgo” (BECK, 2019: 284), “modernidad líquida” (BAUMAN, 2003: 29) y “posmodernidad” (LYOTARD, 2012: 9), entre otras expresiones similares que cuestionan la vigencia de los grandes *relatos* de la Modernidad, dentro de los cuales se sitúa la esperanza de alcanzar un conocimiento científico *estable* o *seguro*.

5.— Pero, aun admitiendo que el *conocimiento científico* es *provisional* (POPPER, 2008: 50), que está sujeto a cambios de “paradigma” (KUHN, 2013: 101-114) o que existen todavía muchos temas afectados por la *incertidumbre* (BECK, 2019: 301-302; ESTEVE PARDO, 2009: 14), lo cierto es que los avances de la ciencia —y, sobre todo, su aplicación *tecnológica* (QUINTANILLA, 2017a: 46)— han hecho que, cada vez más, la sociedad civil reclame de la Administración una actuación no solo *legal*, sino también *científica* (SCHMIDT-ASSMANN, 2012: 80, 138). En efecto, la conducta administrativa hoy se *justifica* socialmente no solo por su respeto al Derecho, sino, también, por su nivel de *solvencia epistémica* para responder de manera *eficaz* a los desafíos sociales (OSPINA GARZÓN, 2016: 48-50; SCHMIDT-ASSMANN, 2012: 137-138; VOSSKUHLE, 2012: 171): por ejemplo, no basta con que la intervención en el *medio ambiente* se efectúe por el órgano competente y siguiendo el procedimiento debido, sino que es necesario que aquella sea, además, *técnicamente* adecuada para resolver los problemas que afectan a este sector.

6.— Por tanto, como indica la *Escuela de la Reforma*, el Derecho administrativo debe trascender de su preocupación exclusiva por el binomio *legalidad-ilegalidad*, para *dirigir* también la conducta de la Administración hacia una actuación eficiente, eficaz y con calidad (SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 161). De acuerdo con los postulados de dicha Escuela, el *diálogo con otras ciencias* adquiere un carácter trascendental para cumplir este propósito (BARNÉS, 2011: 50; SCHMIDT-ASSMANN,

2012: 137-138; VOSSKUHLE, 2012: 149, 171). En efecto, este movimiento académico propende por una renovación conceptual y metodológica del Derecho administrativo que permita estructurarlo como una “ciencia de dirección o vertebración” de la sociedad, es decir, como una “ciencia orientada a la *práctica*” (SCHMIDT-ASSMANN, 2012: 83). Por ello afirma que la respuesta del Derecho administrativo a los desafíos prácticos tiende a gozar de mayor *calidad* o *excelencia* cuando toma en cuenta las aportaciones de las ciencias auxiliares o afines (BARNÉS, 2011: 59-63).

7.— En tal sentido, pese a que existen *perspectivas epistemológicas escépticas* (FEYERABEND, 1986: 289-304; FOUCAULT, 2011: 61-66; NIETZSCHE, 2014: 795-796, 878-888; SCHOPENHAUER, 2009: 52) y trabajos que advierten los riesgos que supone, para la democracia y el Estado de Derecho, depositar una confianza excesiva en el conocimiento de los *expertos* o *técnicos* (BOBBIO, 2013: 41; ESTEVE PARDO, 1999: 10, 2009: 17-19, 61-62; MARÍN CORTÉS, 2021: 254; MIR PUIGPELAT, 2004: 232-236; SANTAELLA QUINTERO, 2011: 100), es una realidad que la metodología aplicativa del Derecho administrativo se apoya —quizá cada vez más— en el saber que procede de otras disciplinas. Partiendo del reconocimiento de esta circunstancia, se argumentará que *el conocimiento científico es un criterio de racionalidad de la conducta administrativa que complementa los demás criterios directivos a los que debe sujetarse la Administración pública, entre ellos los de tipo político y jurídico*. En consecuencia, se precisará que la valoración del *potencial racionalizador* de la actuación administrativa, derivado del conocimiento científico, depende del grado de certeza que exista en cada caso [§§ 28 ss.]: no hay que esperar el mismo grado de *certidumbre científica* en la conducta administrativa en todos los eventos, pues la *certeza* es un ideal epistémico que se concreta en *mayor o menor medida*. Esto depende del estado de la investigación científica o de los acuerdos conceptuales que haya al interior de la comunidad de expertos sobre determinados resultados, es decir, del “paradigma” vigente (KUHN, 2013: 230-255). Además, se intentará mostrar que el Derecho administrativo contiene principios y reglas que permiten *asimilar* el conocimiento científico (DÍEZ SASTRE, 2018: 151; SCHMIDT-ASSMANN, 2021: 62-63) para que sea *incorporado* como criterio directivo de racionalidad por el ordenamiento jurídico y el sistema democrático. Esto quiere decir que la *legitimación científica* que se adquiere con una actuación *objetiva* (art. 103.1 CE y 41.1 CDFUE), basada en el conocimiento experto, no necesariamente se opone a la *legitimación jurídica y democrática* con que debe contar la Administración (BÖCKENFÖRDE, 2000: 75-76; SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 115-125; TRUTE, 2006: 315 ss.) [§§ 49 ss.].

8.— Para abordar esta línea argumentativa el texto se estructura en cuatro bloques temáticos: en el primero se delimita el análisis de la cuestión para circunscribirlo a la *metodología aplicativa* del Derecho administrativo, destacando, especialmente, la utilidad de los “binomios instrumentales” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 24-32) para el estudio que aquí se propone [§§ 9 ss.]. En el segundo bloque se intenta acotar conceptualmente el *conocimiento científico*, caracterizando, a su vez, la *certidumbre científica* como un “concepto gradual” (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a:

641; TRUTE, 2006: 315 ss.), es decir, como una categoría abstracta que se expresa en mayor o menor grado [§§ 20 ss.]. En el tercer bloque se sintetizan algunos argumentos y cautelas relevantes frente al empleo del conocimiento científico en la actuación administrativa [§§ 34 ss.]. Finalmente, en el cuarto bloque se describe la forma en que incide el conocimiento científico en dicha actuación, destacando cómo influye en la estimación del grado de racionalidad empírica proveniente de las *ciencias* y cómo permite a la Administración crear, complementar o aplicar su *norma de conducta* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 13, 23) [§§ 53 ss.].

2. METODOLOGÍA APLICATIVA E INTERDISCIPLINARIEDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

2.1. La metodología aplicativa como contexto discursivo de la racionalidad científica en la actuación administrativa

9.— Como se ha indicado, el presente texto se circunscribe a la *metodología aplicativa* del Derecho administrativo. En tal sentido, conviene recordar que este tipo de metodología alude al *discurso* sobre las “reglas de racionalidad” que dirigen la adopción de la decisión administrativa (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 11-12). Expresado de otro modo, tal metodología se ubica en el escenario del razonamiento *práctico* que ha de efectuar el órgano para decidir, aplicando la *norma de conducta* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 13, 23) [§ 12]. Por ello, este discurso tiene un nivel de *abstracción* inferior al de la *metodología académica* [§ 10], aunque también se sirve de los conceptos desarrollados por esta (DÍEZ SASTRE, 2015: 105-135, 2018: 32-33; GONZÁLEZ PÉREZ, 1957: 27; VERGARA BLANCO, 2015: 375; VOSSKUHLE, 2012: 147). La metodología aplicativa se ocupa de: i) la forma en que deben *fijarse* los hechos relevantes que se enmarcan en el supuesto fáctico de la norma aplicable, ii) el razonamiento por *subsunción* o por *ponderación*, iii) *la manera como criterios distintos a la legalidad deben introducirse en el razonamiento jurídico* —por ejemplo, elementos de oportunidad y conveniencia, de tipo político o *científico*, iv) el control jurisdiccional de la actuación administrativa, entre otros temas (DÍEZ SASTRE, 2018: 32; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 12). Conviene resaltar desde este momento el *tercero* de los aspectos mencionados.

10.— La diferencia entre la *metodología aplicativa* y la *metodología académica* reside, pues, en que mientras la primera aborda el razonamiento práctico que debe realizarse para *materializar* la norma, la segunda consiste en el discurso que tiene por objeto *explicar, ordenar* y, en algunos casos, *elaborar* las categorías que integran el Derecho, con una finalidad *sistematizadora* (DÍEZ SASTRE y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2021: 447). Por tanto, puede afirmarse que la metodología académica del Derecho administrativo deposita su interés en las reglas que deben observarse para la construcción sistemática de esta disciplina jurídica, en un nivel de abstracción que trasciende del que suele emplearse en la práctica. En consecuencia, hacen parte de su ámbito de estudio, *entre otras materias*, i) los procesos de creación y clasificación

de las diversas tipologías conceptuales —conceptos *clave*, conceptos *punte*, conceptos *tipo*, *iconos jurídicos*, entre otras formas abstractas—, ii) el diálogo teórico con otras disciplinas, así como sus aportaciones al Derecho, iii) el diseño de metodologías de investigación académica, iv) la reflexión sobre las posibilidades y condiciones de *sistematización* del Derecho administrativo y v) la formulación de propuestas de *lege ferenda* (DÍEZ SASTRE, 2018: 31-35; DÍEZ SASTRE y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2021: 447).

11.— Pues bien, el estudio que aquí se propone se ubica, principalmente, en el plano de la *metodología aplicativa* del Derecho administrativo, porque indaga por el alcance del conocimiento científico en el *razonamiento práctico* (MACCORMICK, 1994: 7) que debe llevar a cabo la Administración para *decidir*. Se parte así de la premisa de que en dicho razonamiento aquella puede tener en cuenta no solo argumentos de tipo *jurídico*, sino que, también —en unos casos más que en otros [§§ 53 ss.]—, está habilitada para considerar otra clase de razones, dentro de las cuales se ubican los argumentos de tipo científico (o *epistémico*), sin dejar de estar *dirigida* en este caso por el Derecho (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 136-137). En consecuencia, resulta pertinente que en los estudios de metodología aplicativa se analice la forma como el conocimiento experto puede ser *introducido* a la argumentación administrativa, como insumo para la decisión racional, armonizándose con las demás reglas que dirigen la conducta de la Administración. Pero, como se ha indicado [§ 9], la práctica jurídica también se beneficia de los conceptos desarrollados por la metodología académica. Como muestra de ello, en un epígrafe posterior se explicará que la *certidumbre científica* puede considerarse un “concepto gradual” (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 641; TRUTE, 2006: 315 ss.) o un *tipo* [§§ 28 ss.]. Es decir, se empleará una categoría abstracta —la de los “tipos” o “conceptos tipológicos” (DÍEZ SASTRE, 2018: 126)— construida en el ámbito de la metodología académica, para aplicarla al discurso sobre las condiciones de racionalidad de la decisión administrativa.

2.2. Utilidad de los “binomios instrumentales” para estudiar la incidencia del conocimiento científico en la actuación administrativa

12.— Para comprender mejor el impacto del conocimiento científico en la actuación administrativa es relevante la categoría de los “binomios instrumentales”, diseñada en el campo de la *metodología aplicativa* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 24-28). En efecto, según se ha indicado, existe, en primer lugar, diferencia entre la “norma de conducta” y la “norma de control” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 24-25). Se ha dicho, en tal sentido, que la *norma de conducta* es la disposición que debe aplicar la Administración, en unas ocasiones mediante un silogismo, y, en otras, luego de *complementarla* o incluso *crearla* tras ponderar diversos criterios —jurídicos y *de otra índole*—, cuando el ordenamiento le confiere discrecionalidad para ello. Se afirma, por otra parte, que la *norma de control* es la que debe tener en cuenta el juez para verificar si la actuación administrativa se ha ajustado o no al ordena-

miento jurídico, es decir, para efectuar el *control jurisdiccional*. Lo importante de esta distinción, según se señala, es que los criterios *extrajurídicos* —como, por ejemplo, el conocimiento científico proveniente de otras disciplinas—, cuando son empleados por la Administración, se vinculan *directamente* a su norma de conducta y solo de manera *indirecta* a la norma de control, pues, en principio, el juez debe realizar su juicio con base en razones *jurídicas* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 24-25).

13.— El segundo *binomio instrumental* distingue la “programación condicional” y la “programación finalista” —o “teleológica”— (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 26-27). Se plantea que la programación *condicional* es la norma que tiene la estructura lógica “si... entonces” (si se presenta un hecho, cabe una consecuencia jurídica), de manera que, por regla general, exige efectuar una *subsunción*. Se afirma que este tipo de programación puede ser más o menos reglada, ya que admite *discrecionalidad* en el *antecedente* y también en el *consecuente*. Se indica que la programación *finalista*, en cambio, consiste en la consagración de *finés* o *mandatos de optimización* que deben orientar la conducta administrativa, sin que la norma establezca las *condiciones* materiales *suficientes* o *acabadas* para su ejecución. En este evento, como se aprecia, hay mayor campo para la discrecionalidad administrativa y para el razonamiento mediante la *ponderación* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 26-27).

14.— El tercer *binomio* señala la diferencia entre la dirección normativa a través de “programas materiales” y mediante “normas de organización y de procedimiento” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 27-28). En tal sentido, se indica que la dirección de la conducta administrativa está contenida en *programas materiales* cuando el autor del enunciado normativo prevé, de modo *más* o *menos* completo, su *contenido*, bien a través de programas condicionales, o bien mediante programas finales. Por otro lado, se afirma que la *dirección* se realiza a través de normas de *organización* y *procedimiento* cuando la disposición se limita a indicar las estructuras organizativas y a exigir la realización de los procedimientos requeridos para aplicar la norma, pero deja en manos de la Administración la labor de construir o completar el contenido de aquella (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 27-28).

15.— Estos binomios se comportan como *tipos* (DÍEZ SASTRE, 2018: 125-126) que se complementan (PASTOR MERCHANT, 2021: 173). Es decir, su distinción conceptual no impide que en ocasiones se entrecrucen. Por ejemplo, en una norma que contiene una programación *finalista* puede haber también una dirección *organizativa*: como cuando se indica que una entidad pública *determinada* deberá garantizar el acceso de los usuarios al sistema sanitario en condiciones de *igualdad*. En el momento oportuno se observará la utilidad metodológica de estos *binomios* para explicar el alcance del conocimiento científico en la actuación administrativa [§§ 53 ss.]. En especial, se mostrará que la dirección normativa de poca *densidad* —es decir, los programas finales y las normas que solo regulan la organización y el procedimiento— *podrían* conceder mayor *entrada* al conocimiento científico, pues la ausencia de *programación jurídica acabada* brinda discrecionalidad para que la norma sea complementada, entre otros criterios, con datos provenientes de las ciencias auxiliares (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 110-113). Esto no se opone a que también

se emplee el conocimiento científico para la concreción de los *conceptos jurídicos indeterminados* (MARÍN HERNÁNDEZ, 2007: 177; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 151), que, de manera expresa o implícita, remiten al saber experto de otras disciplinas y que en ocasiones se ubican en normas de estructura *condicional*.

2.3. Importancia de la interdisciplinariedad en la metodología aplicativa del Derecho administrativo

16.— Desde hace algunos años se destaca el papel que desempeña la *interdisciplinariedad* en el estudio y aplicación del Derecho administrativo. Son varios los análisis realizados sobre las bondades de un enfoque metodológico que integre el conocimiento proveniente de otras disciplinas a la reflexión académica y práctica de esta área del Derecho. La contribución de la *Escuela de la Reforma* [§ 6], en tal sentido, ha sido relevante. En efecto, este movimiento expresa que el *diálogo* con las disciplinas *afines y aledañas* a la *ciencia* del Derecho administrativo resulta esencial para la construcción *sistemática* de esta. En esta perspectiva se resalta el aporte de disciplinas como la sociología, la psicología, la historia, las neurociencias, la geografía y la economía, entre otras (BARRAGUÉ CALVO y DOMÉNECH PASCUAL, 2021: 495-557; CERRILLO I MARTÍNEZ, 2015: 39-66; DÍEZ SASTRE, 2018: 95-96; SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 137, 143, 2012: 80, 138; VELASCO CABALLERO, 2020: 41-46, 2023: 42; VOSSKUHLE, 2012: 147-149).

17.— La integración de un enfoque interdisciplinario a la metodología aplicativa del Derecho administrativo ofrece la posibilidad de situar los enunciados jurídicos en una *realidad* más amplia, que ha sido estudiada por otras ciencias (SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 157). Por tanto, es una herramienta metodológica que facilita una reflexión más integral del tema que *se estudia* o del objeto sobre el cual *se razona en la práctica*. Bajo esta premisa, la principal contribución de la interdisciplinariedad a la metodología aplicativa del Derecho administrativo es que le permite construir reglas que —además de *dirigir* el razonamiento, que debe efectuar la Administración, mediante una *motivación jurídica*— tengan también en cuenta la *viabilidad epistémica* de la decisión, en el contexto de las demás áreas del conocimiento (BARNÉS, 2011: 50; VOSSKUHLE, 2012: 149). Una metodología aplicativa basada solo en reglas de *legalidad* corre el riesgo de brindar pautas o de avalar medidas que no sean *plausibles* en la realidad, de acuerdo con las ciencias que estudian el *objeto* sobre el cual la Administración debe decidir (OSPINA GARZÓN, 2016: 48-50, 70).

18.— En tal sentido, la apertura al conocimiento científico construido por otras disciplinas dota de mayor *objetividad* o *racionalidad* la interpretación y argumentación jurídicas. Por ejemplo, en la “evaluación ambiental” se deben considerar los efectos de los “planes, programas y proyectos” sobre “la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, la tierra, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, el clima, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural, y la interacción entre todos los factores mencionados”

[art. 5.1.a) LEA]. Esto permite afirmar que en dicho sector se deben tener en cuenta no solo razones de *legalidad* (o conocimientos *jurídicos*), sino que, además, se han de incluir en el análisis las consecuencias empíricas de una u otra decisión para las especies naturales y, en general, para el medio ambiente. Asimismo, la autorización de la venta de un medicamento (art. 95 LGS) debe considerar datos científicos que en principio *exceden* el campo epistémico del Derecho administrativo, como, por ejemplo, los resultados de las pruebas “físicoquímicas, biológicas o microbiológicas” [art. 6.5.j)1 PARCDM].

19.— Ahora bien, el conocimiento cultivado por otras ciencias debe emplearse en un escenario metodológico que garantice un *diálogo horizontal* entre el operador jurídico y los expertos de dichas disciplinas. No se trata de *sustituir*, simplemente, la norma jurídico-administrativa por el conocimiento científico *extrajurídico*. De lo que se trata es de permitir que el razonamiento jurídico se *nutra* de las razones que aportan otras disciplinas, sin renunciar a la *dirección* normativa del Derecho administrativo (SCHMIDT-ASSMANN, 2012: 80, 138). El conocimiento científico debe ser *procesado* (o “*metabolizado*”) por las fuentes jurídico-administrativas, para que sea *asimilado* por estas (DÍEZ SASTRE, 2018: 151; SCHMIDT-ASSMANN, 2021: 62-63) [§§ 49 ss.]. Dicho de otro modo, debe ser *traducido* por el conjunto de reglas y principios jurídicos, para que se pueda *incorporar* por el sistema de Derecho administrativo (BARNÉS, 2011: 9; DÍEZ SASTRE, 2018: 151, 189; SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 152). Bajo esta óptica, la *ponderación* (ARROYO JIMÉNEZ, 2009: 48) es una herramienta metodológica valiosa —sobre todo en escenarios de *discrecionalidad*—, para valorar el peso de los principios en conflicto, de acuerdo con la información empírica que debe considerarse en la adopción de la decisión administrativa (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 111). Es decir, los datos de la ciencia pueden enriquecer también el *material ponderable*. Así sucede en supuestos en que la protección de ciertos principios, a través de medidas avaladas por la *ciencia*, entra en conflicto con otros valores o intereses jurídicos: piénsese en el caso en que la recomendación científica de un comité epidemiológico sobre la necesidad de aplicar una vacuna, para garantizar la *salud colectiva*, encuentre resistencia en algunas personas que reivindican sus *libertades*; como sucedió en la pandemia del COVID-19 (CIERCO SEIRA, 2021: 322-333). Como se observa, el conocimiento interdisciplinario, en situaciones como esta, es fundamental para efectuar adecuadamente la ponderación de los principios enfrentados.

3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO PARA LA METODOLOGÍA APLICATIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

3.1. El conocimiento científico es un saber experto derivado de un método riguroso y sistemático

20.— Después de ubicar el estudio de la cuestión en el plano de la metodología aplicativa del Derecho administrativo y de justificar la pertinencia de la interdiscipli-

nariedad en este *discurso*, conviene construir un concepto de *conocimiento científico* que ofrezca rendimientos metodológicos para la actividad de aplicar la norma de conducta administrativa. Dicho de otra manera, aunque no existe una sola definición del conocimiento científico y ni siquiera acuerdo sobre su *factibilidad* (FOUCAULT, 2011: 18-31; NIETZSCHE, 2014: 887-888), en este artículo se toma partido por la tesis de que dicho conocimiento es posible. Sin embargo, se precisa que no se trata de un saber que se presente en la realidad de manera definitiva o absoluta. En otras palabras, no necesariamente hay que asumir una postura epistemológica *ingenua* para reconocer que el conocimiento científico de la *verdad* es un *ideal regulativo*, es decir, un fin directivo del discurso racional (HABERMAS, 2012: 119, 138-139; POPPER, 1983: 280).

21.— Es cierto que existe discusión frente a la *verdad*, como fin de la ciencia (CALSAMIGLIA, 1990: 16), destacándose corrientes que postulan una idea *universal* o *absoluta* de aquella (ARISTOTLE, 1993: 2-3, 71b; DESCARTES, 2016: 55), otras que defienden una concepción *provisional* de esta (HAACK, 2020b: 135-136; RORTY, 2001: 337-341) y otras que, incluso, descreen de la posibilidad de una verdad fundada en la *objetividad* científica (FOUCAULT, 2011: 18-39; NIETZSCHE, 2014: 795-796, 878-888). Pero, aún reconociendo esta compleja y profunda problemática, que merecería mayor análisis en otro escenario, en este texto se acoge la tesis según la cual es viable reconocer la posibilidad del conocimiento científico de los fenómenos y de las cosas, sin que esto implique afirmar que las conclusiones o teorías científicas tengan que ser verdaderas en términos *absolutos* —o *para siempre*—, pues deben estar abiertas a refutación y, en definitiva, al avance de la investigación científica (HAACK, 2020b: 135-136; POPPER, 2008: 50). La verdad en la ciencia es un valor en construcción permanente. Además, esta actividad se encuentra sujeta a su propia dinámica, pues las “revoluciones científicas” puedan originar cambios de “paradigma” y, por tanto, alterar el conocimiento que se concebía como seguro en el pasado (KUHN, 2013: 230-255).

22.— Teniendo en cuenta las anteriores cautelas, se puede entender el conocimiento científico como un *saber experto*, derivado de la aplicación de un *método* riguroso y sistemático (BUNGE, 2001: 11-12, 21-48; LAWLER, 2012: 180; LUHMANN, 1996: 9), que tiene por objeto la *explicación* o *comprensión* de la realidad (JELLINEK, 2000: 68; KAUFMANN, 1994: 13-14; LARENZ, 1994: 26-27), esto es, un saber que permite describir objetos o fenómenos, explicar sus causas, predecir efectos, sistematizar conceptos, construir reglas de *lex artis*, entre otras actividades epistémicas (BUNGE, 2001: 11, 21-48). Pero lo que sea el *método científico* dependerá, por supuesto, de la orientación gnoseológica que se acoja, pues, como se sabe, en la filosofía se ha presentado una profunda discusión sobre los *camino*s adecuados para hacer *ciencia* —por ejemplo, entre la perspectiva *inductivista* y la *falsacionista* (CHALMERS, 1994: 11-61; POPPER, 2008: 50-59) o entre la concepción *positivista* y la *hermenéutica* (KAUFFMAN, 1994: 13-14; LARENZ, 1994: 25-26, 57-59; MARDONES, 2012: 87)—. Incluso ha llegado a decirse que no debería predicarse la existencia de método científico alguno (FEYERABEND, 1986: 289-304). Sin em-

bargo, aun admitiendo que no hay consenso al respecto, puede afirmarse que el conocimiento científico supera la simple opinión o creencia —*doxa*— (PLATÓN, 1983: 311-337), porque se basa en un *método racional*, que lo justifica (RUSSELL, 1953: 12-13). Esto significa que no todo conocimiento es *científico* (RAGA ROSALENY, 2017: xix). El conocimiento *ordinario* o *vulgar* puede no corresponderse con este, sino con máximas basadas en la experiencia o en el sentido común (BUNGE, 2004: 3); aunque nada impide que lleguen a coincidir en un determinado momento —por ejemplo, como consecuencia del azar o de la ratificación científica de las creencias sociales—. En la misma línea, entre las diversas perspectivas epistemológicas, ha alcanzado un nivel significativo de aceptación la idea según la cual para que el conocimiento pueda considerarse *científico* debe permitir, a su vez, ser *refutado* o *falseado*, siendo este su principal criterio de *demarcación* con otro tipo de convicciones o dogmas (POPPER, 2008: 50, 59).

23.— El conocimiento científico que interesa a este trabajo es el *externo* al Derecho administrativo, es decir, el que proviene de otras disciplinas: de las llamadas ciencias *auxiliares* o *afines* (BARNÉS, 2011: 53-56; SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 147). En tal sentido, este texto no se ocupa de la “autocomprensión” del Derecho como *ciencia* (KANT, 2004: 15, 45; SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 141). Sobre esta materia se han presentado debates interesantes (BERMAN, 1996: 143-153; CALSAMIGLIA, 1990: 16-17; DÍAZ, 1998: 158-171; FARIÑAS, 2000: 123-133; LARENZ, 1994: 25-91; PRIETO SANCHÍS, 1993: 19-46), que no es pertinente —por razones metodológicas y de espacio— reproducir aquí. En particular, lo que sí interesa señalar es que más allá de la consideración *científica* o no del Derecho administrativo, lo cierto es que este *sistema* puede abrir *canales de comunicación* con el sistema de la *ciencia* (LUHMANN, 1996: 449, 2002: 146-147, 2019: 12; SCHMIDT-ASSMANN, 2012: 80, 138).

3.2. El conocimiento científico es un saber conceptual o aplicado a desarrollos técnicos y tecnológicos

24.— Una precisión adicional debe efectuarse sobre la diferencia entre el conocimiento *científico* —concebido en sentido *conceptual* o *puro*— y el *aplicado* de manera *técnica* o *tecnológica*. En efecto, dentro del lenguaje filosófico se ha señalado que los términos *ciencia*, *técnica* y *tecnología*, no son iguales, aunque puedan coincidir (QUINTANILLA, 2017a: 56-57), de ahí que sea importante mostrar brevemente aquello que los distingue. Como se indicó [§§ 20 ss.], el conocimiento científico es un saber experto obtenido tras aplicar un método riguroso y sistemático. La pretensión principal de la actividad científica es explicar o comprender fenómenos, siguiendo un camino racional, esto es, dando cuenta de sus causas, de sus relaciones, de sus consecuencias, entre otros aspectos (ARISTOTLE, 1993: 2-3, 71b; BERMAN, 1996: 163; JELLINEK, 2000: 68; KAUFMANN, 1994: 13-14; LARENZ, 1994: 26-27). El conocimiento científico, para serlo, no supone —como rasgo determinan-

te— su *realización práctica*, es decir, su *aplicación* (KANT, 2004: 15, 45). Más aún, la ejecución de una acción puede implicar o no conocimiento científico.

25.— De lo anterior se deduce la diferencia entre conocimiento científico y saber técnico. *Técnica* es la actividad desarrollada aplicando un *saber hacer* (*know how*) para resolver un *problema práctico* (ORTEGA Y GASSET, 2015: 63; QUINTANILLA, 2012: 104). Esta puede consistir en la realización material de un conocimiento científico previamente adquirido: tal es el caso del médico que realiza la cirugía, poniendo en *práctica* su conocimiento científico del cuerpo humano; o el del ingeniero que calcula la estructura del edificio aplicando las leyes de la física y de las matemáticas. Pero también puede haber *técnica* sin conocimiento científico (QUINTANILLA, 2017a: 46): así sucede, por ejemplo, cuando se siguen métodos *artesanales* para actividades como el cultivo, la preparación de alimentos o la curación, sin que la persona que los ejecuta logre explicar epistémicamente las reglas que permiten su funcionamiento; es decir, sin que sepa indicar con solvencia qué fenómenos físicos y químicos se producen para que crezca la planta, se cocine el alimento o se restaure la salud, en la secuencia anterior.

26.— La *tecnología*, por su parte, es la *producción*, a mayor escala, de desarrollos técnicos, o, dicho de otro modo, la solución *sistemática y racional* de problemas prácticos, aplicando el conocimiento científico (QUINTANILLA, 2012: 104), como sucede con la *tecnociencia* (ESTEVE PARDO, 2009: 59-62; OLIVÉ, 2012: 144-145). Piénsese en las aplicaciones tecnológicas que se observan en las *vacunas* producidas para combatir ciertas enfermedades y en la elaboración de equipos *biomédicos*. Estos avances *tecnológicos* involucran un conocimiento *científico* de la medicina, la biología y la química, entre otras disciplinas. Por tanto, se puede predicar una relación entre la ciencia y la tecnología (QUINTANILLA, 2017b: 30).

27.— A partir de lo expuesto, se concluye que el conocimiento científico puede incidir en la actuación administrativa tanto a nivel *conceptual*, como en sus *desarrollos* técnicos y tecnológicos. Pero se aclara que no toda técnica empleada por la Administración involucra saber científico: por ejemplo, la actuación material de un empleado público de conducir un vehículo oficial. En otras ocasiones la Administración se sirve de *artefactos* técnicos o tecnológicos (ARENDDT, 2005: 29-34; 294; POSKETT, 2022: 198-281) que han sido, en parte, posibles, gracias a la investigación científica: ordenadores, vacunas, sofisticados sistemas de riego, aparatos de medición de partículas contaminantes, entre otros. Sin embargo, el interés central de este artículo versa sobre el influjo *conceptual* del conocimiento científico en la forma como la Administración debe aplicar el Derecho, o, dicho de otro modo, sobre la manera como el saber que proviene de las ciencias externas incide en el *razonamiento práctico* (MACCORMICK, 1994: 7) efectuado para decidir, en los sectores regulados por el Derecho administrativo.

3.3. La certidumbre científica es un concepto gradual en la metodología aplicativa del Derecho administrativo

28.— Luego de caracterizar conceptualmente el conocimiento científico [§§ 20 ss.], conviene, a su vez, señalar que el *grado* de *certidumbre* —o de seguridad epistémica— al que dicho saber da lugar no siempre es considerable, aunque en algún momento pueda ofrecer mayor *nivel de certeza* en comparación con otros discursos. Este concepto *flexible* de la *certidumbre científica* es acorde con la tesis según la cual en la actividad científica nunca pueden predicarse *certezas* entendidas como *absolutas*, porque la ciencia solo ofrece respuestas *provisionales* (BECK, 2019: 301-302; ESTEVE, 2009: 10-11, 2020: 37; POPPER, 1983: 13, 280, 2008: 50; SOLS, 2016: 487, 495). En esta línea de pensamiento —pero aceptando que la *verdad*, como se ha dicho, actúa como “idea reguladora” (POPPER, 1983: 280) [§ 20]—, puede afirmarse, por tanto, que, en el Derecho administrativo, la *certidumbre científica* se comporta como un *concepto gradual* (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 641; TRUTE, 2006: 315 ss.), es decir, como un concepto que admite una valoración *escalonada* en cada caso. No es, pues, una categoría de *todo o nada*, sino un *criterio de optimización* (ALEXY, 2017: 67-68; ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 639-640), o sea, algo que se presenta *en mayor o menor medida*. Dicho de otra manera, se puede considerar un concepto que tiene la *elasticidad* suficiente para explicar un fenómeno complejo, sin la pretensión *clasificatoria* de los *conceptos binarios* (DÍEZ SASTRE, 2018: 125-126; MORESO, 1995: 374-379).

29.— Esta idea también puede expresarse afirmando que la *certidumbre* y la *incertidumbre* científicas son “tipos extremos”, es decir, categorías que se ubican en polos opuestos y que se caracterizan *exagerando* sus rasgos para poder estimar luego el grado en que se materializan en cada supuesto de la realidad (DÍEZ SASTRE, 2018: 127). Así, por una parte, la *incertidumbre científica* se presenta ante circunstancias como la ignorancia, la existencia de un conocimiento ordinario o intuitivo sin base científica, o cuando hay un “conocimiento inseguro”, es decir, que es insuficiente o deja abiertas muchas dudas (SPIECKER GEN. DÖHMANN, 2015: 48). Por otra parte, puede hablarse de *certidumbre científica* cuando existe un grado considerable de seguridad sobre la verosimilitud objetiva del conocimiento científico, porque las conjeturas han resistido la falsación (POPPER, 1983: 13, 192; 2001: 2) o no se ha logrado sustituir el “paradigma” vigente de la ciencia (KUHN, 2013: 230-255). Sin embargo, los puntos de referencia de la *incerteza* y la *certeza* se van *moviendo* según el *avance* (o progreso) de la investigación científica. En efecto, lo que hoy ofrece *certidumbre* podría no ser considerado cierto en el futuro, como sucedió con la superación de la teoría geocéntrica por la heliocéntrica (KUHN, 2013: 115) o de la teoría mecánica moderna por las teorías contemporáneas de la relatividad y de la física cuántica (CHALMERS, 1994: 71-73; POSKETT, 2022: 286).

30.— Partiendo de lo anterior, puede decirse que existen supuestos en los cuales el grado de certidumbre científica es *alto* y en los que, por tanto, la incertidumbre

epistémica es baja. Por ejemplo, así sucede respecto de los patrones para determinar la medida o cantidad del *tiempo* o de las *cosas*: el *cálculo* de la duración de una precipitación, de la longitud de una carretera —que pretende construirse— o de la dosis de un medicamento, se puede realizar con un alto nivel de certeza, con apoyo en el conocimiento experto de disciplinas como la meteorología, las matemáticas, la física, la biología y la química farmacéutica, respectivamente. Por otra parte, pueden presentarse también casos en los que, habiendo todavía debate en el seno de la comunidad científica, existen, sin embargo, unos hallazgos admitidos, es decir, conclusiones parciales de la investigación de un *objeto*, por más de que esta se encuentre en curso. Por ejemplo, en materia sanitaria, la investigación médica ha demostrado que el agente transmisor de la *malaria* es un mosquito del género *Anopheles* (PIEDRAHITA et al., 2022: 1-2), aunque la investigación sobre esta enfermedad continúe desarrollándose y haya, por tanto, aún cierto nivel de *incerteza*. Pero hay también circunstancias en las que el grado de incertidumbre es muy alto, por más de que se trate de un tema que esté siendo objeto de interés para los científicos. Como es sabido, así sucedió durante la pandemia ocasionada por el COVID-19: la falta de respuestas *seguras* sobre la naturaleza del virus y sobre los mecanismos que podían implementarse para prevenirlo y tratarlo eficazmente fue una constante desde que inició la emergencia (ESTEVE PARDO, 2020: 36). Aun así, los niveles mínimos de certidumbre científica disponibles durante dicha crisis sanitaria viabilizaron la atención de las personas en las clínicas y la implementación de un *programa de vacunación* (CIERCO SEIRA, 2021: 310-311; MEDINA ALCOZ, 2022: 53).

31.— Lo anterior justifica que la *certidumbre científica* se conciba en el Derecho administrativo como un *concepto* que admite *grados* de valoración, es decir, como un *continuum* —porque se va aumentando o reduciendo a medida que se desarrolla la investigación científica— y no como una categoría *pétrea* ni *absoluta*. Esto no impide que el *estado del arte* ofrezca en alguna circunstancia el grado de certeza que suministra el *paradigma* científico (KUHN, 2013: 115). Es decir, el hecho de admitir que el conocimiento científico no es algo que se alcanza de una vez y para siempre —sino una categoría epistémica *provisional* y sujeta a la actividad investigativa—, no necesariamente debe conducir a negar el mayor grado de *verdad* logrado por la ciencia en cada caso (HAACK, 2020b: 135-136). Pero, a su vez, aquello implica aceptar que la *incertidumbre* hace parte del proceso *normal* de la investigación científica y que también influye en las decisiones de la Administración pública (SPIECKER GEN. DÖHMANN, 2015: 47-52). La utilidad de concebir la *certidumbre científica* como concepto gradual reside en que permite *describir* y *valorar* el hecho de que la Administración pública actúe sirviéndose de un nivel de seguridad epistémica que puede variar, cuando debe afrontar circunstancias que requieran fundamentación interdisciplinaria. Por tanto, la valoración del grado de certidumbre e incertidumbre científicas puede ser un buen criterio para estimar la racionalidad de la actuación administrativa más allá de su adecuación a prescripciones eminentemente jurídicas —como serían los requisitos de competencia y debido proceso, por mencionar algunos presupuestos formales de la actividad administrativa—.

32.— Se admite que la consideración de la *certidumbre científica* como *concepto gradual*, propuesta previamente, no está exenta de eventuales réplicas en la filosofía de la ciencia y en la metodología jurídica. Por ejemplo, en el primer ámbito, la clasificación sería posiblemente rechazada por quienes asumen actitudes escépticas en materia epistemológica (FOUCAULT, 2011: 61-66; NIETZSCHE, 2014: 795-796, 878-888; SCHOPENHAUER, 2009: 52): si el conocimiento científico no es posible, mucho menos será *graduar* su presunta certeza, podrían argumentar. También sería criticada por quienes consideran que la *certidumbre* originada en el conocimiento científico se presenta como un *todo* o sencillamente no existe (DESCARTES, 2016: 55). En la metodología jurídica la clasificación podría cuestionarse por quienes piensen que un *concepto abstracto*, como el de *certidumbre científica*, se resiste a ser valorado y aplicado en el Derecho de *forma cuantitativa* o *escindiéndolo*, como si se tratara de un compuesto químico o de un objeto físico. Ahora bien, su entendimiento como *concepto gradual* (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 641; TRUTE, 2006: 315 ss.) tiene el objetivo de explicar la forma como puede ser empleado en cada caso por parte de la Administración. Aun así, se precisa que en modo alguno pretende afirmarse que la *certidumbre científica* pueda clasificarse atendiendo a una suerte de cálculo matemático o de taxonomía física, pues no es un objeto cuantitativo. La concepción gradual de aquella solo busca facilitar su valoración *cualitativa*, como sucede, por ejemplo, con los *principios* en el ordenamiento jurídico (ALEXY, 2017: 67-68; ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 639-640). Esta estimación se debe realizar en cada caso por la Administración a partir del estado de la investigación científica, tomando en cuenta el acuerdo que haya entre la comunidad de expertos y la aceptabilidad empírica de los resultados obtenidos.

33.— Lo anterior permite, además, explicar por qué *el nivel de racionalidad científica exigida en la actuación administrativa no debe ser el mismo en todos los casos*. Como lo muestra la realidad, la solvencia científica de dicha actuación depende de múltiples factores: verbigracia, el grado de certeza científica en las disciplinas de que se trate; la ponderación que efectúe la Administración —entre el conocimiento científico disponible y otros intereses (políticos y jurídicos, por ejemplo)—; y la manera como aparezca la *dirección normativa* [§§ 12 ss.] en cada caso. Así, en circunstancias de incertidumbre científica el nivel de legitimación epistémica de la actuación administrativa tiende a ser menor y debe, por tanto, intentar compensarse con otros criterios de oportunidad y conveniencia distintos del saber científico (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 110-113).

4. DISCUSIÓN SOBRE LA CONSIDERACIÓN DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO COMO CRITERIO DIRECTIVO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

34.— El conocimiento científico, entendido en la forma señalada [§§ 20 ss.], puede incidir de manera *transversal* en la *actuación administrativa*. En otras palabras, el papel que desempeña el conocimiento científico como *criterio directivo —adicional*

al Derecho— se puede apreciar en las diversas manifestaciones de dicha conducta: tanto en la actuación *formal* como *informal*. En efecto, el ordenamiento jurídico puede exigir que algunos actos *formales* estén sujetos a la verificación empírica de ciertas circunstancias que exigen el conocimiento de otras disciplinas. Por ejemplo, la expedición del *acto administrativo* por el cual se reconoce la *situación de dependencia* en que se encuentra una persona requiere la valoración interdisciplinaria por los órganos competentes, para determinar el nivel de dicho *estado* (art. 27 y 28.2 LAPAD). Asimismo, la celebración del contrato de *obras* está condicionada, por regla general, a que en su etapa de planificación se haya realizado un “estudio geotécnico” en el terreno en el que se ejecutará (art. 233.3 LCSP). En algunos ámbitos —como el del *Derecho administrativo social*—, la *actividad material* también exige, en mayor o menor grado, la adecuación a la *lex artis* construida en el campo de las distintas ciencias —intervenciones quirúrgicas, educación especial a personas con discapacidad, etc.— (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 136, 179). Más aún, la *inactividad administrativa* puede considerarse, en ocasiones, *admisible* epistémicamente, porque así lo aconseja el conocimiento científico disponible: por ejemplo, el abstenerse de ejecutar un proyecto de infraestructura que implique deforestar un bosque, para proteger las especies arbóreas en peligro de extinción que allí se encuentran (ARROWSMITH, 2018: 238; MESTRE DELGADO, 2003: 121).

35.— Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se analizan algunas de las razones que justifican el empleo del conocimiento científico en la actuación administrativa [§§ 36 ss.]. Luego, se exponen, a su vez, algunas cautelas frente a la consideración del conocimiento científico como criterio *directivo* de la actividad administrativa [§§ 45 ss.]. Después, se argumentará que los riesgos implicados en la búsqueda de la legitimación científica en el ejercicio de dicha conducta se pueden mitigar o gestionar con las *herramientas directivas* que contiene el Derecho administrativo: por ejemplo, con sus normas de *organización* y *procedimiento* [§§ 49 ss.].

4.1. Razones que justifican el carácter directivo del conocimiento científico en la actuación administrativa

36.— Los argumentos a favor de la consideración del conocimiento científico como criterio al servicio de la actuación administrativa pueden abundar, según la perspectiva desde la cual se analice este tema. Sin embargo, se destacan dos razones que revisten especial interés para la metodología aplicativa del Derecho administrativo: i) la *dirección* racional del conocimiento científico sobre dicha conducta, como forma de garantizar los principios constitucionales de objetividad y buena administración y ii) su contribución al cumplimiento eficiente y eficaz de los fines de la actuación administrativa.

4.1.1. *El conocimiento científico es un criterio que dirige racionalmente la actuación administrativa y que, por tanto, garantiza los principios constitucionales de objetividad y buena administración*

37.— El conocimiento científico, entendido de la manera indicada [§§ 20 ss.], es un criterio para la dirección *racional* de la conducta, es decir, para orientarla por la exigencia del uso de argumentos verosímiles, objetivos y comprobables (DESCARTES, 2016: 39; PINKER, 2018: 29-30, 471). Esto no significa que la ciencia sea la única fuente de *racionalidad*. Este último es un concepto más amplio en el que influyen también otros factores —distintos a los científicos, en estricto sentido— que permiten un proceso de *reflexión* metódica aplicando las capacidades del intelecto (MOSTERÍN, 1973: 457). Este es, por ejemplo, el sentido que se observa en la alusión a la “razón práctica” (MACCORMICK, 1994: 7), que, como es sabido, tiene que ver con la validez de la conducta en un plano que involucra, entre otros elementos, argumentos éticos, políticos y jurídicos (HABERMAS, 1999: 240).

38.— La *racionalidad* del conocimiento científico se sustenta en su atributo de constituir un saber que *aspira* a la *verdad* [§§ 20-21], y que permite la demostración y la refutación de sus hipótesis y conclusiones (POPPER, 2008: 50-59). Se reitera que aquí la *verdad* se entiende como un *ideal regulativo* (o *telos*) de la actividad científica (HAACK, 2020a: 164, 2020b: 137; HABERMAS, 2012: 119; 138-139). Por supuesto, las racionalidades jurídica, política y moral también pueden considerarse basadas en la *verdad* de sus propios sistemas de valores, pero esta no necesariamente coincide con el saber que se deriva de la aplicación del *método científico*. Por ejemplo, el fenómeno de la muerte puede tener explicaciones distintas para la medicina y para una cosmovisión moral determinada —que será “verdadera” para quien la profese—. El “estado de naturaleza” actúa como un dogma político para el contractualismo —esto es, como una suerte de *verdad*, aunque apriorística— (PEDRAZA RAMOS, 2018: 97-98), pero eso no lo hace por ello un dato *científico*. Y también se observa que el Derecho hace prevalecer en ocasiones su verdad deóntica —es decir, sus prescripciones normativas— a pesar de la falta de evidencia científica: por ejemplo, cuando, hace regir una *presunción de derecho* (*iuris et de iure*), que no puede ser desvirtuada aunque haya evidencia científica en contrario (ESTEVE PARDO, 2009: 165) o cuando, aplicando el *principio de precaución*, dispone que una actividad está prohibida porque *podría* ocasionar daño a ciertos derechos —como el goce de la salud o de un medio ambiente adecuado—, a pesar de que en la *ciencia* no hay *certeza* de que, efectivamente, pueden producirse tales afectaciones (CIERCO SEIRA, 2004: 106-114; SIMOU, 2019: 161).

39.— No obstante la amplitud de esta cuestión y las múltiples disciplinas desde las cuales puede abordarse, este trabajo se concentra en la racionalidad que le aporta el *conocimiento científico* a la actuación administrativa. Se acoge la tesis de que, si bien puede haber distintas fuentes de racionalidad, *el conocimiento científico incrementa la objetividad, la verosimilitud y la calidad de las respuestas a los desafíos*

prácticos que debe enfrentar la Administración pública (OBRACAJ, 2015: 333-334; SCHMIDT-ASSMANN, 2012: 133-134). En otras palabras, se argumenta que la objetividad epistémica que procede de dicho conocimiento repercute favorablemente en la metodología aplicativa del Derecho administrativo, haciendo que sea más *racional* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 11). Por otra parte, se considera que *la racionalidad científica puede complementarse con las racionalidades política y jurídica*; es decir, puede armonizarse con el *principio democrático* y con el *Estado de Derecho*, sin desconocer las tensiones que se presentan entre estos conceptos, como se explicará más adelante [§§ 45 ss.].

40.— En efecto, *la Administración está gobernada por la exigencia de una actuación racional*, pues debe servir de manera *objetiva* al interés general (art. 103.1 CE y 41.1 CDFUE). La *racionalidad* epistémica es un mandato de optimización que hace parte de tal deber de actuación objetiva (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 13-14) y que, por tanto, además desarrolla el principio de *buena administración*, también conocido como *cuidado debido* o *diligencia (due care o due diligence)* (ARROYO JIMÉNEZ, 2021b: 279; PONCE SOLÉ, 2010a: 87). De este modo, la aplicación del conocimiento científico busca reducir la posibilidad de una actuación administrativa basada en el simple *arbitrio*, como pudiera ser el criterio *subjetivo* edificado sobre la base de preferencias individuales o de discutibles concepciones *pseudocientíficas* (SAGAN, 2017: 38). El uso de la razón científica como argumento incorporado a la aplicación del Derecho administrativo no implica desconocer que la Administración también ha de orientarse —en unas ocasiones, más que en otras— por fuentes de racionalidad adicionales, de carácter político, jurídico o de otra naturaleza. Por ejemplo, debe asegurar *la legitimidad democrática* del poder (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 641-642; VELASCO CABALLERO, 2020: 51), que implica un límite a la intervención de expertos no elegidos directa o indirectamente por el pueblo, en la adopción de decisiones de interés general. Pero la objetividad que debe guiar la conducta administrativa exige que esta se apoye en información *verídica* sobre la realidad (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 13-14, 29). Esta información se encuentra, con mayor probabilidad de acierto, en el ámbito de la ciencia.

41.— El conocimiento científico aporta *racionalidad* u *objetividad* al método de aplicación del Derecho administrativo porque permite que la Administración se sirva de información empírica admisible según los cánones de las distintas ciencias (OBRACAJ, 2015: 333-334). Esta información *racionaliza* el método, por lo menos, en un triple sentido: i) cualificando epistémicamente la interpretación de los *conceptos técnicos* (DESDENTADO DAROCA, 1997: 61-67; GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH, 2001: 95-100) contenidos en algunos enunciados normativos —“desarrollo sostenible” [art. 2.j) LEA], “ciclo de vida” (art. 148 LCSP), “enfermedad mental” (art. 2.2 LAPAD), etc.—; ii) coadyuvando a la construcción de la “regla de prevalencia condicionada” para la ponderación de los fines o intereses jurídicos en juego (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 134-138, 156); y iii) sirviendo de *insumo* para la *complementación* o *construcción* idónea de la norma

de conducta cuando concede discrecionalidad administrativa (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 23).

42.— En definitiva, el reconocimiento de las aportaciones metodológicas del conocimiento científico procedente de disciplinas *externas* al Derecho supone ampliar el concepto de *dirección* de la actuación administrativa (SCHMIDT-ASSMANN, 2012: 43, 83), pues resulta deseable y necesario que tal dirección no solo esté constituida por parámetros *jurídicos* sino también por datos empíricos válidos. Ello incrementa la capacidad de la Administración para enfrentar de manera óptima los retos contemporáneos (VOSSKUHLE, 2012: 150-151). La valoración favorable de la pertinencia del Derecho administrativo en la sociedad actual exige que los postulados de aquel se adecuen también a los datos científicos. De lo contrario, corre el riesgo de ser *sustituido* por otros criterios *deónticos* (OSPINA GARZÓN, 2016: 70) —como los que derivan de la *autorregulación* efectuada al interior de las comunidades científicas, con los riesgos que ello supone para el Estado de Derecho y el principio democrático (ESTEVE PARDO, 2013: 116-123)—. Hay que buscar, por tanto, que el conocimiento cultivado por la *ciencia* sea *captado* por el *Derecho administrativo*. Esto requiere un método que permita la *comunicación* entre ambos *sistemas* y que garantice que aquel continúe ejerciendo su función directiva. Este método debe posibilitar la acogida de los conceptos de las demás disciplinas, incorporando un *filtro* que, sin desnaturalizarlos, los haga asimilables por el ordenamiento jurídico y el sistema democrático (SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 152).

4.1.2. *El conocimiento científico contribuye al cumplimiento eficiente y eficaz de los fines de la actuación administrativa*

43.— Como ha indicado la *Escuela de la Reforma* [§ 6], para que el Derecho administrativo pueda considerarse una verdadera “ciencia de dirección” debe gestionar de manera *eficiente* y *eficaz* las situaciones que se presenten en la sociedad (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 27, 2006: 160, 2012: 44). Pues bien, entendiendo la *eficacia*, en este contexto, como el cumplimiento de los fines que el Derecho le encomienda a la Administración (BARNÉS, 2011: 59-63), el conocimiento científico actúa como un instrumento al servicio de dicho principio. En efecto, la información constituida por el saber experto facilita el logro de estos fines, porque incrementa la posibilidad de que la Administración conozca las causas de algunos fenómenos, así como sus posibles efectos y sepa elegir la mejor solución: por ejemplo, por qué se afecta la *calidad del aire*, qué puede ocurrir si esta situación persiste o si se interviene, y cuáles son las medidas más conducentes desde el punto de vista científico para mitigarla (PÉREZ CÁRDENAS, 2017: 5-6; QUEROL, 2008: 447-454). Es válido afirmar, por tanto, que el conocimiento científico puede allanar el camino para la garantía de los fines que debe tutelar la Administración. En el supuesto mencionado anteriormente, la información empírica de las ciencias naturales facilita la protección *eficaz* del medio ambiente. De la misma manera, la garantía del derecho a la salud por

parte de la Administración exige que las medidas adoptadas en el ámbito sanitario sean acordes con las reglas de las ciencias que estudian dicho campo.

44.— El conocimiento experto también contribuye a *optimizar* los medios de que dispone la Administración para actuar. En tal sentido, fortalece la *eficiencia* (OSPINA GARZÓN, 2016: 47-60). Por ejemplo, si la investigación científica ha mostrado que una determinada estrategia es la más segura y adecuada, el saberlo facilita que la Administración no malgaste tiempo valioso aplicando otras medidas. Piénsese en una hipótesis en la que existe un riesgo de desastre para los habitantes de un lugar y la Administración cuenta con un dictamen geológico inobjetable que le indica que la inestabilidad del terreno hace inexorable el colapso de las viviendas y torna inseguro continuar habitando esa zona. En este evento, en lugar de invertir en la construcción de un muro de contención —y en la celebración del *contrato de obras* correspondiente—, es más *eficiente* motivar a los habitantes a trasladarse a otro lugar, otorgándoles, si es del caso, un canon de arrendamiento temporal mientras se resuelve definitivamente su situación. Dicho de otro modo, el conocimiento científico permite que la Administración actúe de manera más eficiente, porque le permite optimizar tiempo y, eventualmente, también recursos económicos, en la adopción de sus decisiones (PONCE SOLÉ, 2014: 33, 37).

4.2. Cautelas frente al empleo del conocimiento científico en la actuación administrativa

45.— Son también diversas las razones que suelen esgrimirse para observar con recelo el empleo del conocimiento científico en la actuación administrativa: serios argumentos fundados en el *escepticismo epistémico* (ESTEVE PARDO, 2009: 9-20, 54); cuestionamientos basados en la *mercantilización* a la que se ha sometido el conocimiento científico en el sistema capitalista (ESTEVE PARDO, 2009: 34; OLIVÉ, 2012: 145); razones *políticas* (BOBBIO, 2013: 41) e incluso *cosmovisiones* —como la de quienes *niegan* la ciencia por motivos ideológicos (como sucede con algunos “antivacunas”)— (FERNÁNDEZ NIÑO y BAQUERO L., 2019: 103). En tal sentido, es difícil sintetizar las cautelas a la consideración del conocimiento científico como criterio directivo —complementario de las prescripciones *normativas*— en la metodología del Derecho administrativo. Sin embargo, se destacan aquí tres riesgos, por su impacto sobre postulados fundantes de este sistema del ordenamiento jurídico: i) la afectación al *principio democrático*, ii) la erosión del *Estado de Derecho* y iii) la apreciación inadecuada del nivel de certeza de la información científica.

46.— La afectación al *principio democrático* puede producirse si, al emplear el conocimiento científico, se rompe la “cadena de legitimación” (*legitimationskette*) (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 643-644; BÖCKENFÖRDE, 2000: 55, 58; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2021: 788, 848-849; SCHMIDT-ASSMANN, 2021: 49, 292-293, 297) que permite reconducir al pueblo el ejercicio del poder. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando las decisiones de interés *público* se adoptan por *sujetos*

privados expertos que carecen de representatividad popular —como algunos centros de investigación, laboratorios u organizaciones empresariales— *sin intervención de los órganos estatales legitimados* (ESTEVE PARDO, 2009: 19, 59-62, 2015: 41; MARÍN CORTÉS, 2021: 264-265; SANTAELLA QUINTERO, 2011: 95-96, 100). Pero, esta situación es *accidental* (no *necesaria*). También la información científica puede ser una herramienta auxiliar para quienes gozan de legitimidad democrática. Aunque el conocimiento científico no siempre está a disposición de la Administración —sino que, cada vez más, está en manos de los particulares (ESTEVE PARDO, 2013: 81)—, pueden diseñarse estrategias que permitan *garantizar* el control público de la decisión, aunque el razonamiento jurídico-administrativo se beneficie de la información científica que proviene del sector privado; por ejemplo, técnicas de cooperación en virtud de las cuales los particulares *asesoren*, pero no *decidan* (BÖCKENFÖRDE, 2000: 61-62) o mecanismos que garanticen la participación *epistémica* de los interesados en el procedimiento administrativo (AIBAR, 2012: 304, 307-308; CUEVAS, 2008: 70-71; LINARES, 2017: 116-118). Por tanto, el empleo de la racionalidad científica no ha de considerarse fatalmente como la sustitución de la *democracia* por la *tecnocracia*.

47.— Por otra parte, es cierto que el uso del conocimiento científico puede *erosionar* el *Estado de Derecho* si reemplaza o no respeta el *principio de juridicidad* como criterio directivo. Esto podría suceder, por ejemplo, en aquellos eventos en los cuales la Administración no aplica —debiendo hacerlo— mandatos jurídicos, para regirse, en su lugar, por las reglas o recomendaciones de la ciencia. Supóngase, por ejemplo, que aquella prescinde del procedimiento administrativo *establecido*, argumentando que el conocimiento científico en *inteligencia artificial* (IA) (TILLERÍA AQUEVEQUE, 2022: 61-62) permitiría anticipar la decisión correcta de modo más ágil. También puede afectarse la cláusula del Estado de Derecho cuando, como consecuencia de una apreciación inadecuada de los datos empíricos, se menoscaba el *principio de proporcionalidad*. Pero, así como se advierte este riesgo, también debe admitirse que el conocimiento científico puede servir para *viabilizar* los programas normativos o *potenciar* la garantía de los derechos fundamentales [§ 65]. Además, en el próximo epígrafe se hará referencia a algunas medidas que pueden implementarse, para compatibilizar la racionalidad científica con la racionalidad del Estado de Derecho [§§ 49 ss.].

48.— Asimismo, el empleo del conocimiento científico genera el riesgo de valorar de manera equivocada el nivel de certeza de los datos empíricos, haciendo que la conducta no tenga la pretendida *objetividad* que buscó imprimírsele con el recurso al saber experto. Pero este es un riesgo inevitable al emplear la información empírica, dado el carácter provisional de todo conocimiento [§ 28]. Este riesgo también tiene que ver con los *errores* que pueden afectar, en general, la acción humana (VELASCO CABALLERO, 2023: 75). Para *mitigarlo*, se pueden incrementar los escenarios de control intersubjetivo de la racionalidad científica al interior del procedimiento administrativo, fomentando la participación, la contradicción y la transparencia (BARNÉS, 2010: 50, 72-73). La metodología aplicativa del Derecho administrativo

puede realizar una importante contribución, diseñando *tipos metodológicos* para trabajar con el conocimiento científico, que consideren sus distintos niveles de *certeza* y operen como reglas de valoración racional de la información empírica [§§ 28 ss.].

4.3. El conocimiento científico externo puede asimilarse por los sistemas jurídico y democrático. La importancia de las normas de organización y procedimiento del Derecho administrativo

49.— Sin restar valor a los riesgos advertidos anteriormente, lo cierto es que el Derecho administrativo contiene instrumentos normativos que permiten *incorporar* el empleo del conocimiento científico por parte de la Administración (DÍEZ SASTRE, 2018: 151; SCHMIDT-ASSMANN, 2021: 62-63). Con dicha idea lo que quiere plantearse es que dentro del *sistema* del Derecho administrativo se encuentran mecanismos que permiten *filtrar* los datos empíricos que aportan las “ciencias afines” (SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 141), para que se adecuen a los postulados del ordenamiento, específicamente al *principio de juridicidad* y al *principio democrático*. Dicho de otro modo, la legitimidad *racional* —o “legitimidad tecnocrática”, como también se le ha denominado (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 642)— es *armonizable* con la legitimidad *jurídica* (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 642; VELASCO CABALLERO, 2020: 51) y *democrática* (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 641-642; VELASCO CABALLERO, 2020: 51). Esto por cuanto los tipos de *legitimidad* también son *conceptos graduales*, es decir que se aplica en niveles diversos, complementarios entre sí (BÖCKENFÖRDE, 2000: 75-76; SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 115-125; TRUTE, 2006: 315 ss.).

50.— Por tanto, si bien se puede afirmar que, por más conocimiento científico que tenga a su disposición, la Administración siempre debe actuar con *sometimiento* al Derecho (art. 103.1 CE), esto, en realidad, dice poco sobre el tema objeto de análisis. Ello en la medida en que un rasgo del Derecho administrativo contemporáneo es la reducción de la programación material *completa* de la conducta administrativa, para dirigirla a través de otras técnicas; por ejemplo, mediante normas que contemplan solo programas finalistas o preceptos organizativos y procedimentales (VELASCO CABALLERO, 2020: 181). Esto se debe, entre otros posibles factores, a la imposibilidad o dificultad de prever en el supuesto de hecho normativo las complejas y variadas situaciones que pueden presentarse en la sociedad actual. En tal sentido, respecto de algunas materias —como las que tienen que ver con las tareas del Estado *social*— el legislador ha considerado más eficiente conceder discrecionalidad a la Administración para que complete los programas normativos *inacabados* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 9).

51.— En consecuencia, la afirmación hecha anteriormente debe complementarse indicando que, aunque la Administración debe someterse al ordenamiento jurídico, este le confiere en ocasiones *discrecionalidad* para *crear* o *completar* su norma de

conducta, con criterios *externos*, es decir, con razones *metajurídicas*. Dentro de estos elementos —que se ubican más allá del Derecho— se encuentran, pues, los *argumentos científicos* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 30-31). Pero, justamente, por ser el sistema de Derecho administrativo el que habilita a la Administración para incorporar dichas razones a su método de aplicación de las normas, esto significa que el conocimiento científico no debe verse —o al menos no necesariamente— como un elemento *extraño* u *opuesto* a la racionalidad jurídica. Cuando el Derecho administrativo faculta a la Administración para completar el supuesto de hecho de las normas con base en datos científicos continúa *dirigiendo* la conducta administrativa con sus programas finales —esto es, con sus *mandatos de optimización*— y con sus normas de organización y procedimiento (BARNÉS, 2015: 310-311; PONCE SOLÉ, 2010b: 92-94; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 67-69; VELASCO CABALLERO, 2020: 104-105).

52.— Las reglas *organizativas* y *procedimentales* desempeñan, en efecto, un papel relevante en la *dirección* del empleo del conocimiento científico por parte de la Administración (DÍEZ SASTRE, 2018: 151; SCHMIDT-ASSMANN, 2021: 62-63). De las primeras se deriva la exigencia de que el órgano actuante sea aquel que cuenta con la competencia otorgada por el ordenamiento jurídico. De las segundas se desprenden los mandatos rituales que gobiernan el trámite que habrá de llevar a cabo para *razonar* con las ciencias auxiliares —por ejemplo, cómo debe gestionar la información científica que hay en el *expediente*, garantizando el debido proceso (PASTOR MERCHANT, 2021: 168-175)—. En este orden de ideas, las normas de organización y procedimiento tienen un importante potencial para mantener vinculada a la Administración al Derecho y para que esta pueda conservar su legitimación democrática, aun cuando se sirva del conocimiento científico. Pero, por supuesto, la fuerza directiva de este tipo de normas también depende de la conducta desplegada por la Administración: las normas procedimentales, por lo menos, parecen no tener el mismo alcance directivo sobre la actuación administrativa *informal* que frente a la *formal* (VELASCO RICO, 2022: 47; 62). Pero incluso la conducta *informal* de la Administración debe respetar *algunos* preceptos directivos de tipo organizativo y procedimental —competencia del órgano y debido proceso, como mínimo—.

5. CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y NORMA DE CONDUCTA ADMINISTRATIVA

53.— Luego de analizar las razones que justifican incorporar el conocimiento científico en el razonamiento jurídico-administrativo [§§ 36 ss.] y de mostrar de qué forma esto puede compatibilizarse con el Estado de Derecho y la democracia [§§ 49 ss.], ha llegado, por último, el momento de señalar cómo incide dicho saber en la metodología aplicativa del Derecho administrativo y, más concretamente, en el ámbito de configuración o aplicación de la “norma de conducta administrativa” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 13, 23). Al respecto puede afirmarse que son tres, fundamentalmente, los escenarios en los que el conocimiento científico

despliega sus *efectos metodológicos* en la actuación administrativa: i) en la fijación de los hechos relevantes, ii) en el razonamiento que debe efectuarse para *interpretar* la disposición contentiva de la *norma de conducta* y iii) en la *aplicación* o *concreción real* de dicha norma.

5.1. Conocimiento científico y fijación de los hechos relevantes

54.— Como se ha señalado suficientemente por la doctrina, la *fijación* de los hechos relevantes consiste en la identificación *empírica* de los hechos que pueden *ingresar* en un supuesto fáctico normativo (MEDINA ALCOZ, 2016: 103-158; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 35-42). En efecto, para aplicar la norma jurídica se debe *constatar* que se presente, en la *realidad*, el hecho al cual se refiere aquella. Entre el conjunto de *hechos brutos* debe acreditarse el hecho *neto* o *relevante* que se adecua al supuesto fáctico (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 36). Esta labor permite concluir que se trata de una actividad *epistémica*, es decir, de una etapa de la metodología aplicativa en la que el *conocimiento sobre la realidad* ejerce un papel fundamental (BAYÓN MOHÍNO, 2010: 6-30; GASCÓN ABELLÁN, 2010: 11-43; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 41-42). Ahora bien, como se sabe, esta actividad adquiere contornos epistémicos distintos, según la forma como esté configurada la *dirección normativa* y según el *estándar de certeza* que deba tenerse en cuenta para probar la existencia de los hechos.

55.— El tipo de *dirección normativa* [§§ 12 ss.] determina la fijación administrativa de los hechos porque *delimita* el campo de información empírica que debe apreciarse para definir los datos fácticos relevantes. Si, por ejemplo, el enunciado normativo contiene una *programación condicional* relativamente *completa* —del tipo “si X, entonces Y” —, la Administración debe *verificar* si en la *vida real* —como suele decirse— se ha concretado el relato fáctico (X) previsto en el supuesto de hecho. Esto es así aun admitiendo que, por más pretensión de *completitud* que tenga su autor, siempre queda algún margen de vaguedad lingüística en el enunciado normativo (GUASTINI, 2017: 68-71). Este tipo de programación es, entre otros ejemplos, el propio de normas jurídico-administrativas que establecen beneficios o gravámenes para las personas que incurran en comportamientos *tipificados*: el que no respete una señal de tránsito, quien reúna la edad de jubilación, quien haya obtenido una cantidad de ingresos en una vigencia fiscal y disposiciones similares. Pero, en ciertas ocasiones —muy usuales en el *Estado social*— el supuesto de hecho de la norma *no está predeterminado* o se encuentra configurado de manera significativamente *incompleta*, correspondiéndole a la Administración *crearlo* o *completarlo*, respectivamente, de manera discrecional (VELASCO CABALLERO, 2020: 181). Esto es común en las normas que consagran *mandatos de optimización* [§ 13].

56.— Pues bien, aunque el conocimiento científico puede emplearse —con un mayor o menor *nivel* de certidumbre [§§ 28 ss.]— en los diversos tipos de *dirección normativa*, el campo de la información empírica que la Administración puede apre-

ciar para fijar los hechos tiende a ser más amplio cuando goza de *discrecionalidad*, o sea, cuando el supuesto fáctico no está definido o es incompleto (BACIGALUPO, 1997: 191). En este evento el conocimiento científico tiene más rendimientos metodológicos que cuando la Administración debe limitarse a aplicar la potestad reglada circunscrita a sus contornos jurídicos. Dicho de otra manera, mientras más *acabada* se encuentre la programación normativa del supuesto fáctico la actividad epistémica de *constatación* de los hechos en la realidad se realizará en un espectro de análisis más *delimitado* —porque el legislador ha *definido* el supuesto de hecho relevante— y tiende a ser menos necesario el conocimiento científico: piénsese en la norma que establece que se deberá conceder un *permiso* a la empleada pública que ha dado a luz [art. 49.a) LEBEP]. Si bien la actividad de fijación de los hechos sigue requiriendo en este caso una constatación empírica, no hay que desarrollar una investigación científica para acreditar que ha ocurrido el nacimiento. En cambio, mientras mayor discrecionalidad administrativa exista para *crear* o *completar* el supuesto fáctico, en ámbitos que revisten interés científico, la fijación de los hechos relevantes se deberá efectuar en un campo de investigación *más amplio* —menos delimitado por el Derecho—, porque es posible que en este evento no baste con la actividad de *verificar* hechos, sino que sea necesario *contrastar* variables y abordar *mayores* discusiones científicas. Esto es lo que sucede cuando se debe acreditar si existe una circunstancia que puede calificarse como “crisis sanitaria” a efectos de declarar el “estado de alarma” [art. 4.b) LOEAS]. El margen de *incompletitud* que queda en el supuesto fáctico —que también se presenta cuando, como en el ejemplo anterior, la norma emplea *conceptos jurídicos indeterminados* (MARÍN HERNÁNDEZ, 2007: 177; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 182)— le brinda a la Administración la posibilidad de crear o completar el supuesto con un razonamiento en el que la información científica tiene, potencialmente, un mayor alcance. De lo que se ha señalado se deduce, por tanto, la idea de que el conocimiento científico es un instrumento valioso para determinar si, *objetivamente* —es decir, en la *realidad empírica*—, se han presentado los hechos a los que alude el supuesto fáctico normativo de manera más o menos completa.

57.— Ahora bien, como se ha explicado [§§ 28 ss.], los *estándares de certeza* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 29) del conocimiento científico *varían*. En otras palabras, el grado de seguridad que aquel ofrece no es igual en todos los casos. La certeza científica depende del nivel de convicción que haya alcanzado la investigación sobre un determinado *objeto* y del acuerdo vigente en la comunidad científica. Para explicarlo con algunos ejemplos, la “muerte” del “contratista individual” —como causa de *resolución* del *contrato del sector público*— se puede acreditar con un grado de certidumbre *alta* [art. 211.1.a) LCSP], porque en la comunidad científica se acepta mayoritariamente el criterio de que el deceso se produce cuando hay un “cese irreversible de la función de todo el cerebro, incluyendo el tallo cerebral” (GARCÍA REGALADO y ESCOTO LÓPEZ, 2022: 869). Este nivel alto de certidumbre también puede presentarse en la valoración de la situación de dependencia de una persona que ha padecido un accidente cerebrovascular que le imposibilita realizar por sí misma sus actividades cotidianas (art. 27 y 28.2 LAPAD), debido a la *discapacidad* que puede desencadenar este suceso (PINEDA SANABRIA y TOLO-

SA CUBILLOS, 2022: 20). En cambio, la ocurrencia de “indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población”, a efectos de que las autoridades sanitarias competentes adopten “medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control” (art. 2 LOMESP), es un supuesto fáctico en el que a veces se presentan grandes dosis de *incertidumbre científica*. Es posible que en una situación como esta los epidemiólogos no se pongan de acuerdo acerca de la existencia de dicho *peligro*, pero aun así la Administración debe determinar si hay indicios fácticos *racionales* para implementar las medidas de protección adecuadas. Por su parte, el hecho consistente en conducir con una determinada tasa de alcohol en la sangre, como presupuesto para aplicar la medida de inmovilización del vehículo por parte del agente de tránsito (art. 20 ss. RGC), es un dato científico que podría verificarse en algunos casos con una certeza *media*, pues, aunque hay técnicas metodológicas para calcular el nivel de alcohol en el organismo, a veces es difícil efectuar estimaciones precisas (VALENCIA MARTÍN, GONZÁLEZ y GALÁN, 2014: 433-446). Estos ejemplos permiten concluir que la norma jurídico-administrativa pueden exigir grados de certeza científica *mayores* o *menores* en la fijación de los hechos relevantes, según el caso. De cualquier modo, por regla general, la *probabilidad prevalente* o *preponderante* es el estándar de certeza que rige en el Estado de Derecho. Este exige que haya un nivel de certeza —dicho en sentido gráfico— superior al 50%. Pero el ordenamiento jurídico puede demandar estándares diferentes, aunque conduzcan a resultados *contra-epistémicos*, para proteger algunos derechos o cumplir ciertos fines (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 29, 39).

58.— Esto no significa que siempre la Administración deba efectuar una verificación *científica* para fijar los hechos relevantes. En algunos casos esta constatación ya ha sido realizada en otro escenario y su resultado es aportado al órgano administrativo que debe decidir, a través de diversos medios de convicción que acreditan —en forma *indirecta* (GASCÓN ABELLÁN, 2010: 92-93)— la fijación científica del hecho en la realidad. Por ejemplo, en el supuesto de la muerte, indicado anteriormente [§ 57], dicho dato científico puede constar en un certificado médico de defunción que se tenga en cuenta para aplicar la consecuencia jurídica. Pero aun cuando en este evento la certidumbre epistémica se encuentre *representada* o *mediada* por el certificado, continúa siendo alta, en virtud del consenso científico que soporta la información plasmada en él. Adicionalmente, hay supuestos en los cuales la Administración debe actuar *materialmente* o decidir sobre la base de un *saber común*, es decir, de un conocimiento *no científico* (BUNGE, 2004: 3) [§ 22], para salvaguardar determinados fines o intereses. Esto es así, por ejemplo, en eventos que exigen una conducta inmediata: la intervención de un agente de Policía al percibir la agresión violenta a un ciudadano, la necesidad urgente de apagar un incendio observado, la evidencia de la conducción de un vehículo sin licencia —para aplicar la sanción administrativa correspondiente—, entre otros eventos similares. En casos como estos la Administración no está obligada a hacer una *investigación científica* de los hechos. Más aún, esto podría ser contraproducente para la garantía de los intereses jurídicos implicados. Por tanto, puede concluirse que *si bien el conocimiento científico es un criterio directivo que aporta un nivel de racionalidad considerable a la actuación administrativa, los*

hechos que la motivan no siempre tienen que apoyarse en un conocimiento de esta clase. Esto dependerá de factores como el grado de especialidad epistémica requerida para fijar el hecho relevante y de la existencia de mandatos jurídicos que exijan realizar verificaciones fácticas de tipo científico.

5.2. Conocimiento científico y razonamiento efectuado para estructurar la consecuencia jurídica

59.— El *razonamiento* que debe efectuar la Administración para desentrañar la consecuencia jurídica que se deduce de la norma de conducta también puede estar influido por el conocimiento científico, de manera *variable*. Si la disposición normativa predetermina la conducta administrativa —es decir, si contiene una *estructura condicional* [§ 13]— y si, adicionalmente, la consecuencia jurídica que prevé no exige tener en cuenta o aplicar un saber experto *externo* al Derecho, en este caso el influjo del conocimiento científico es inexistente o muy tenue. Esto ocurre, verbigracia, en el precepto que señala que la Administración aplicará una multa, de una cuantía determinada, a quien conduzca sin permiso o licencia [art. 77.k) y 80.1 LTCVMSV]. En cambio, si la disposición normativa de estructura *condicional* señala que ante un supuesto fáctico —en el que se debe subsumir el hecho relevante— la Administración debe *configurar* la *consecuencia jurídica* que, necesariamente, exige considerar la información que proporcionan otras disciplinas, el influjo del conocimiento científico puede llegar a ser más o menos *protagónico*. Esto último dependerá de factores como la cantidad de datos empíricos exigidos para estructurar dicha consecuencia y de su grado de sofisticación o rigor epistémico, entre otros elementos. Por ejemplo, una vez definida la *necesidad* que se requiere satisfacer (art. 1.1 y 28 LCSP), las entidades del sector público están habilitadas para contratar, pero el ordenamiento, por lo general, no les exige adquirir un *determinado* bien o servicio, sino que les confiere *discrecionalidad* para confeccionar el objeto a partir de la valoración de diversos elementos de oportunidad y conveniencia, entre los cuales también puede ubicarse la viabilidad científica de la actividad a ejecutar. Lo anterior, sin duda, está condicionado al tema y a la complejidad del negocio jurídico (ARROWSMITH, 2018: 245; BENAVIDES, 2004: 165-178).

60.— De lo expuesto se infiere que la potestad de configurar discrecionalmente la consecuencia jurídica incrementa la posibilidad de que el conocimiento científico, como elemento del razonamiento administrativo, adquiera mayor protagonismo. El ejercicio de la *discrecionalidad administrativa* en la consecuencia jurídica puede consistir *i)* en la concreción de los *conceptos jurídicos indeterminados* contenidos en la consecuencia jurídica prescrita, *ii)* en la *creación* de la consecuencia jurídica a partir de los elementos mínimos indicados en la disposición o *iii)* en la elección de alguna de las consecuencias alternativas previstas (BULLINGER, 1997: 11-12; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 25, 151). En cualquiera de estos casos el influjo del conocimiento científico puede ser considerable como *criterio* que debe tener en cuenta la Administración para *llenar de contenido* el concepto jurídico indetermi-

nado, *crear* o *elegir* la consecuencia jurídica que sea más satisfactoria en términos epistemológicos. En algunos eventos el ejercicio de la discrecionalidad administrativa permite servirse de otro tipo de *criterios* de *oportunidad* y *conveniencia*, en principio ajenos a la ciencia, como son los argumentos políticos (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 110-113). Sin embargo, hay supuestos en los que el conocimiento científico en la estructuración de la consecuencia jurídica puede ser el dato determinante. Por ejemplo, se esperaría que en una contingencia ambiental por la afectación a la calidad del aire (PÉREZ CÁRDENAS, 2017: 5-6; QUEROL, 2008: 447-454) la consecuencia jurídica adoptada por la Administración se fundamente en un *nivel alto* de certidumbre científica, en la medida de lo posible [§§ 28 ss.].

61.— Así pues, podría decirse que *el conocimiento científico requerido por la Administración para justificar racionalmente su decisión puede ser mayor cuando el ordenamiento jurídico le confiere discrecionalidad para elegir o construir la consecuencia jurídica y además la orienta a adoptar la decisión más conveniente en términos epistémicos*. Dicho de otra manera, en casos como este adquiere más importancia el conocimiento científico como criterio directivo de la actuación administrativa. En efecto, como se ha indicado, cuando el enunciado normativo no establece en forma completa o en algunos casos ni siquiera prevé la consecuencia jurídica, la Administración es quien debe construirla o complementarla. Ahora, si, a pesar de que el autor de la disposición normativa no definió o dejó incompleta la consecuencia jurídica, sí *indicó* de manera *expresa* o *tácita* que el órgano aplicador debía tener en cuenta el conocimiento científico, la Administración debe otorgarle entonces mayor peso a la información científica como insumo para completar y concretar la norma aplicable, prefiriéndola a otro tipo de elementos de oportunidad y conveniencia. Por ejemplo, el art. 26.1 de la LGS establece que si existe o se sospecha que exista “riesgo inminente y extraordinario para la salud” las autoridades sanitarias deben adoptar “las medidas preventivas que estimen pertinentes”. Aunque el precepto establece, a título enunciativo, algunas de esas posibles medidas —como “la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales”—, concluye señalando que la Administración podrá decretar “cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”. Como se observa, en este caso el conocimiento científico constituye un criterio para configurar la consecuencia jurídica, pues permite determinar, en el ámbito de la metodología aplicativa, si la medida se *justifica* sanitariamente y es idónea para garantizar los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

62.— El conocimiento científico, como criterio de *racionalidad* en la argumentación jurídico-administrativa, desempeña, sobre todo, un importante auxilio en el razonamiento discrecional por *ponderación*, pues brinda un estándar de *objetividad* más alto que el que ofrecen otros criterios de oportunidad y conveniencia que podrían mostrarse más *especulativos*, para decidir en aquellos supuestos en los que se enfrentan diversos mandatos de optimización: por ejemplo, la *seguridad vial* y el *medio ambiente*, en un supuesto en el cual se está pensando en construir una carretera (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 26; 136-137). Esto no quiere decir

que los criterios no científicos, como sería el *político* o el *ético*, deban descartarse de plano cuando se enfrentan con los científicos. El conocimiento enriquece el *material ponderable* (PASTOR MERCHANT, 2021: 175), así como los demás mandatos de optimización, cuando la Administración debe construir o completar la consecuencia jurídica, según se explicó. Pero, hay materias que, por su intenso contenido técnico, otorgan *a priori*, de manera implícita o explícita, una mayor relevancia al conocimiento científico sobre otros criterios. En la “discrecionalidad planificadora” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 149) —en la que la ponderación de intereses suele ser el modo de razonamiento más empleado— el conocimiento científico puede servir para configurar la norma de conducta administrativa de manera más objetiva o técnicamente admisible.

5.3. Conocimiento científico y aplicación de la norma de conducta administrativa

63.— En los epígrafes anteriores se abordó la manera como el conocimiento científico incide en la fijación de los hechos relevantes [§§ 54 ss.] y en el razonamiento que debe efectuar la Administración para estructurar la *consecuencia jurídica*, esto es, para *decidir* qué conducta debe asumir en cada caso —si debe actuar o no actuar o cuál debe ser el objeto de la decisión o del acuerdo, según el supuesto— [§§ 59 ss.]. Finalmente, conviene señalar que el *saber extrajurídico* —o sea, el conocimiento cultivado en disciplinas distintas al Derecho— no solo es relevante en el *escenario formal* de configuración de la decisión o del acuerdo de voluntades. *La importancia metodológica de dicho conocimiento también se expresa en el apoyo empírico que brinda a la aplicación de la norma de conducta administrativa, es decir, a la ejecución del comportamiento prescrito, en el plano de la realidad.*

64.— En el momento de la aplicación de la consecuencia jurídica, la información científica puede ser un criterio que sirva para valorar la *calidad* de la actividad administrativa (PONCE SOLÉ, 2010b: 96-97). Más aún, podría decirse que hay eventos en los que el conocimiento científico es el principal criterio directivo de dicha actuación, en el marco de las normas que lo incorporan y le conceden ese atributo. Esto es, especialmente, así en el sector del *Derecho administrativo social*, en el que las reglas de la *lex artis* permiten valorar la *admisibilidad* y *solvencia* de las conductas materiales desarrolladas por la Administración (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 111): realización de intervenciones quirúrgicas, prestación de servicios públicos domiciliarios, atención a las personas en situación de dependencia, entre otras funciones.

65.— En la ejecución de estas actividades los conocimientos que suministran disciplinas como la medicina, las ingenierías, la psicología, el trabajo social y la enfermería, son esenciales para que la actuación material se realice adecuadamente, no solo en términos jurídicos, sino también —y, sobre todo— *empíricos*. En todo caso, la aceptabilidad científica de la conducta material también se conecta con el Derecho, en la lógica de una relación de *medio a fin*: en la medida en que la cirugía

sea practicada cumpliendo con los estándares científicos admitidos en la medicina hay mayor posibilidad de garantizar los mandatos de optimización a la vida y a la salud. Es decir, la adecuación de la actuación administrativa *material* a los resultados de la ciencia incrementa la posibilidad de su eficacia para garantizar los derechos fundamentales. Más aún, la observancia de los criterios deontológicos que rigen las actividades profesionales efectuadas por la Administración se tiene, usualmente, en cuenta para valorar si el órgano administrativo es o no responsable por la realización inadecuada de una actividad; por ejemplo, para valorar si ha incurrido o no en *culpa* por errores en el almacenamiento, manipulación y aplicación de una vacuna (MEDINA ALCOZ, 2022: 61).

66.— En suma, el conocimiento científico es un criterio de racionalidad de la conducta administrativa que se ubica, en primera instancia, en el escenario del *razonamiento práctico* que debe efectuarse *ex ante* para aplicar la norma de conducta, y en segunda instancia, en el ámbito de la realización técnica adecuada de la actividad que exige dicha norma. Por supuesto, no en todo tipo de *praxis* administrativa —es decir, no siempre que la Administración actúa— es igual de protagónico el conocimiento científico como criterio *deontológico*. Algunas actividades de la Administración pueden implicar saber común o técnico, pero no un conocimiento científico [§ 22]: por ejemplo, la conducción de vehículos, el otorgamiento de orientación básica a la ciudadanía para la realización de ciertos trámites, el control del tránsito, entre otras. Puede afirmarse, por tanto, que no siempre la aplicación de la norma de conducta involucra conocimiento científico. Sin embargo, hay eventos en que la *materialización* de lo que la norma de conducta dispone exige desplegar una actuación acorde con el conocimiento científico cultivado en disciplinas externas al Derecho: por ejemplo, los servicios prestados a las personas en situación de dependencia que integran el Plan Individual de Atención (PIA) deben garantizar “medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental” [art. 3.g) LAPAD]. Esto implica que no solo en el diseño del PIA, sino también en su ejecución, deben observarse criterios interdisciplinarios de tipo terapéutico que permiten concretar dichos fines.

6. CONCLUSIONES

67.— A partir de lo expuesto, se concluye que el conocimiento científico puede considerarse un criterio *directivo* de la actuación administrativa, dado que en algunas ocasiones esta conducta debe desempeñarse teniendo en cuenta la información que procede de las ciencias afines o auxiliares al Derecho (BARNÉS, 2011: 53-56; SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 147). A su vez, dicho conocimiento incrementa la posibilidad de garantizar los principios de objetividad y buena administración (art. 103.1 CE y 41.1 CDFUE), porque contribuye a una conducta más racional por parte de quienes están llamados a aplicar —y en ocasiones también a crear o a complementar— la “norma de conducta administrativa” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 13, 23). De igual modo, puede contribuir al logro eficiente y eficaz de los fines que orientan la actuación administrativa (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 27, 2006:

160, 2012: 44). Esta perspectiva se articula con el proyecto de renovación conceptual y metodológico del Derecho administrativo, porque permite trascender de una concepción de la dirección normativa basada exclusivamente en el binomio legalidad-ilegalidad, para reconocer el importante papel que desempeña la *interdisciplinariedad* en el logro de una actuación administrativa no solo *jurídica*, sino también aceptable en términos *epistémicos* (BARRAGUÉ CALVO y DOMÉNECH PASCUAL, 2021: 495-557; CERRILLO I MARTÍNEZ, 2015: 39-66; DÍEZ SASTRE, 2018: 95-96; SCHMIDT-ASSMANN, 2012: 80, 138; VELASCO CABALLERO, 2020: 41-46, 2023: 42; VOSSKUHLE, 2012: 147-149) [§§ 16 ss.].

68.— Asimismo, se concluye que la legitimación científica de la actuación administrativa se puede armonizar con la legitimación *jurídica y democrática* (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 641-642; VELASCO CABALLERO, 2020: 51). Por tanto, no hay que considerar que el empleo de datos empíricos por parte de la Administración necesariamente conduce a una desconexión con el pueblo o a afectar el principio de legalidad. Si bien es prudente tener en cuenta ciertas *cautelas* [§§ 45 ss.], lo cierto es que el Derecho administrativo contiene herramientas que permiten incorporar o asimilar el saber procedente de las ciencias *externas*. Para esta finalidad resultan esenciales los programas normativos teleológicos y —principalmente— las reglas que contienen una dirección organizativa y procedimental, ante la tendencia consistente en la desprogramación material, que caracteriza al Derecho administrativo contemporáneo (VELASCO CABALLERO, 2020: 181). Estas disposiciones pueden cumplir la función de compatibilizar el conocimiento científico con la democracia y el Estado de Derecho [§§ 49 ss.].

69.— Igualmente, de lo señalado se colige que, aunque no existe consenso sobre la definición del *conocimiento científico*, es pertinente entender dicha categoría, en la metodología aplicativa del Derecho administrativo, como un saber experto obtenido mediante la aplicación de un método riguroso y sistemático, que se halla siempre en construcción permanente y que, por tanto, solo puede predicarse en cada caso de manera *provisional* (POPPER, 2008: 50, 330). Lo anterior, como se indicó [§ 58], no implica confundir el conocimiento científico con otras clases de conocimiento de la realidad (BUNGE, 2004: 3) —a las que también acude la Administración pública—, como el saber común que no está mediado por la aplicación de métodos rigurosos, sistemáticos o que no permiten la refutación de sus conjeturas. En consonancia con lo anterior, la *certidumbre* o *seguridad epistémica* que brinda el conocimiento científico no debe verse como un concepto absoluto, sino como una propiedad *gradual* (ARROYO JIMÉNEZ, 2021a: 641; TRUTE, 2006: 315 ss.), cuya materialización se encuentra condicionada por el estado del arte de la investigación o por los acuerdos que se presenten en el contexto del paradigma vigente en la ciencia (KUHN, 2013: 230-255) [§§ 28 ss.].

70.— Finalmente, se argumentó que la incidencia del conocimiento científico en la actuación administrativa se puede presentar en tres etapas: i) en la fijación de los hechos relevantes, ii) en el razonamiento desarrollado para *interpretar* la disposición contentiva de la *norma de conducta* y iii) en la *aplicación* o *concreción real* de dicha

norma. Al respecto, se señaló que la necesidad de acudir a la información cultivada en ciencias auxiliares al Derecho administrativo en dichos momentos no siempre es igual, pues depende de la especialidad epistémica de la materia, de la existencia de normas que obliguen a tomar en consideración datos científicos y de la discrecionalidad con que cuente la Administración para crear o completar la norma de conducta con la información proveniente de la ciencia (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 27-28), entre otros factores [§§ 53 ss.].

7. BIBLIOGRAFÍA

- Eduard AIBAR, “La participación del público en las decisiones científico-tecnológicas”, en Eduard AIBAR y Miguel Ángel QUINTANILLA (eds.), *Ciencia, tecnología y sociedad*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 303-323.
- Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
- Hannah ARENDT, *La condición humana*, Paidós, Bogotá, 2005.
- ARISTOTLE, *Posterior Analytics*, 2.a ed., trad. por Jonathan Barnes, Oxford, New York, 1993.
- Sue ARROWSMITH, “Políticas horizontales en la contratación pública: Una taxonomía”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2018, pp. 223-261.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, en Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (eds.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 19-49.
- “Las bases constitucionales del Derecho administrativo”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I. Introducción. Fundamentos, Marcial Pons, Madrid, 2021a, pp. 561-664.
- “Procedimientos administrativos para la gestión de la emergencia”, en Francisco VELASCO CABALLERO y Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ (eds.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021). Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, Universidad Autónoma de Madrid - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021b, pp. 275-292.
- Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Javier BARNÉS, “La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y procedimiento”, en María Marcè DARNACULLETA I GARDELLA, José ESTEVE PARDO e Indra SPIECKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 281-311.
- “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en Ricardo GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 49-79.
- *Transformaciones (científicas) del Derecho administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011.
- Borja BARRAGUÉ CALVO y Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “El análisis interdisciplinar del Derecho público”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I. Introducción. Fundamentos, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 495-557.
- Zygmunt BAUMAN, *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003.
- Juan Carlos BAYÓN MOHÍNO, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. 2, núm. 4, 2010, pp. 6-30.
- Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 2019.

- José Luis BENAVIDES, *El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado*, 2.a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- Harold J. BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Norberto BOBBIO, *El futuro de la democracia*, 3.a ed., Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 2013.
- Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Gernot BÖHME y Nico STEHR, “The growing impact of scientific knowledge on social relations”, en Gernot BÖHME y Nico STEHR (eds.), *The knowledge society. The growing impact of scientific knowledge on social relations*, vol. X, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1986, pp. 7-29.
- Martín BULLINGER, “Prólogo”, en Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 9-12.
- Mario BUNGE, *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*, 3.a ed., Siglo Veintiuno Editores, México, 2004.
- *La ciencia. Su método y su filosofía*, 4.a ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2001.
- Alberto CALSAMIGLIA, *Introducción a la ciencia jurídica*, 3.a ed., Ariel, Barcelona, 1990.
- Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Sobre la interdisciplinariedad en el derecho administrativo. Las utilidades de la ciencia política y de la administración para el Derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 168, 2015, pp. 39-66.
- Alan F. CHALMERS, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, 16.a ed., Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1994.
- César CIERCO SEIRA, “El principio de precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004, pp. 73-126.
- “La vacunación contra la COVID-19 y sus principales debates jurídicos”, en Francisco VELASCO CABALLERO y Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ (eds.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021). Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones*, vol. I. Reacciones y transformaciones en el Derecho Público, Universidad Autónoma de Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 309-336.
- Ana CUEVAS, “Conocimiento científico, ciudadanía y democracia”, *Revista Iberoamericana de Ciencia Tecnología y Sociedad*, vol. 4, núm. 10, 2008, pp. 67-83.
- René DESCARTES, *Discurso del método*, ed. por Manuel García Morente, Austral, Barcelona, 2016.
- Eva DESIDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997.
- Eliás DÍAZ, *Curso de filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- Silvia DÍEZ SASTRE, “La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015, pp. 105-135.
- *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: Definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Silvia DÍEZ SASTRE y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Metodología del Derecho administrativo”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÈNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I. Introducción. Fundamentos, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 443-494.
- José ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999.
- *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- “Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho público”, en María Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, José ESTEVE PARDO e Indra SPIECKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 33-46.

- “La apelación a la ciencia en la crisis del COVID-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 2, 2020, pp. 35-50.
- María José FARINÁS, “El conocimiento científico del Derecho”, en Gregorio PECES-BARBA, Eusebio FERNÁNDEZ y Rafael DE ASÍS (eds.), *Curso de teoría del Derecho*, 2.a ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 123-145.
- Julián Alfredo FERNÁNDEZ NIÑO y Hernando BAQUERO L., “El movimiento anti-vacunas y la anti-ciencia como amenaza para la Salud Pública”, *Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud*, vol. 51, núm. 2, 2019, pp. 103-106.
- Paul FEYERABEND, *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Michel FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2011.
- Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- Jacob GARCÍA REGALADO y José Juan ESCOTO LÓPEZ, “Criterios clínicos de muerte encefálica”, *Medicina Interna de México*, vol. 38, núm. 4, 2022, pp. 868-876.
- Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3.a ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “El método en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 22, 1957, pp. 11-98.
- Riccardo GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
- Susan HAACK, “¿Diferencias irreconciliables?: El problemático matrimonio entre la ciencia y el derecho”, en Susan HAACK, *Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas*, Marcial Pons, Madrid, 2020a, pp. 157-182.
- “Epistemología juridificada: O la verdad, la justicia y la forma estadounidense”, en Susan HAACK, *Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas*, Marcial Pons, Madrid, 2020b, pp. 135-156.
- Jürgen HABERMAS, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999.
- “El giro pragmático de Richard Rorty”, en Richard RORTY y Jürgen HABERMAS, *Sobre la verdad: ¿validez universal o justificación?*, Amorrortu, Buenos Aires, 2012, pp. 81-141.
- Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- Immanuel KANT, *Principios metafísicos del Derecho*, Ediciones Espuela de Plata, Sevilla, 2004.
- Arthur KAUFMANN, “En torno al conocimiento científico del Derecho”, *Persona y Derecho*, vol. 31, 1994, pp. 9-28.
- Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, 4.a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2013.
- Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- Diego LAWLER, “Ciencia, tecnología y desarrollo sostenible”, en Eduard AIBAR y Miguel Ángel QUINTANILLA (eds.), *Ciencia, tecnología y sociedad*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 163-197.
- Sebastián LINARES, *Democracia participativa epistémica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Niklas LUHMANN, *La ciencia de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, Anthropos, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, México, 1996.
- *El Derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002.
- *Contingencia y derecho. La teoría del derecho en un contexto interdisciplinario*, Trotta, Madrid, 2019.
- Jean-François LYOTARD, *La condición postmoderna*, 11.a ed., Cátedra, Madrid, 2012.
- Neil MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, New York, 1994.
- José María MARDONES, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica*, Anthropos, Barcelona, 2012.
- Fabián MARÍN CORTÉS, *Principio de legalidad: Cambio de paradigma*, Librería Jurídica Sánchez, Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—, Medellín, 2021.
- Hugo Alberto MARÍN HERNÁNDEZ, *Discrecionalidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

- Luis MEDINA ALCOZ, “Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 177, 2016, pp. 103-158.
- “Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: Régimen general con referencia especial al caso del COVID-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 6, 2022, pp. 51-91.
- Juan Francisco MESTRE DELGADO, “Nuevas tecnologías y Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, 2003, pp. 117-136.
- Oriol MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2004.
- José Juan MORESO, “La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1995, pp. 363-385.
- Jesús MOSTERÍN, “El concepto de racionalidad”, *Teorema: Revista Internacional de Filosofía*, vol. 3, núm. 4, 1973, pp. 455-479.
- Friedrich NIETZSCHE, “La gaya ciencia”, en Friedrich NIETZSCHE, *Obras completas*, vol. III, Obras de madurez I, ed. por Diego Sánchez Meca, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 703-905.
- Jan OBRACAJ, “La despolitización de la legitimación. Democracia entre sustitución y deliberación”, en Maria Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, José ESTEVE PARDO e Indra SPIECKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 331-353.
- León OLIVÉ, “Tecnología y cultura”, en Eduard AIBAR y Miguel Ángel QUINTANILLA (eds.), *Ciencia, tecnología y sociedad*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 137-162.
- José ORTEGA Y GASSET, “Meditación de la técnica”, en José ORTEGA Y GASSET, *Meditación de la técnica. Ensimismamiento y alteración*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2015, pp. 53-137.
- Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, “La eficacia en el derecho administrativo colombiano: De advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann”, en Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Javier BARNÉS y Mónica Liliana IBAGÓN IBAGÓN (eds.), *Perspectivas de una reforma. Estudios de Derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 35-74.
- Fernando PASTOR MERCHANTANTE, “¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 4, 2021, pp. 153-180.
- Alejandro Karim PEDRAZA RAMOS, “Contractualismo contemporáneo. El equilibrio reflexivo como mecanismo en los consensos de justicia”, *En-claves del pensamiento*, vol. 12, núm. 23, 2018, pp. 93-113.
- Jorge Enrique PÉREZ CÁRDENAS, “La calidad del aire en Colombia: Un problema de salud pública, un problema de todos”, *Biosalud*, vol. 16, núm. 2, 2017, pp. 5-6.
- Stefani PIEDRAHITA, Natalí ÁLVAREZ, Nelson NARANJO DÍAZ, Sara BICKERSMITH, Jan E. CONN y Margarita M. CORREA, “Anopheles blood meal sources and entomological indicators related to Plasmodium transmission in malaria endemic areas of Colombia”, *Acta Tropica*, vol. 233, 2022, pp. 1-9.
- Juan Pablo PINEDA SANABRIA y Jorge Mauricio TOLOSA CUBILLOS, “Accidente cerebrovascular isquémico de la arteria cerebral media”, *Revista Repertorio de Medicina y Cirugía*, vol. 31, núm. 1, 2022, pp. 20-32.
- Steven PINKER, *En defensa de la ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*, Paidós, Barcelona, 2018.
- PLATÓN, “Menón”, en PLATÓN, *Diálogos II, Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo*, Gredos, Madrid, 1983, pp. 283-337.
- Juli PONCE SOLÉ, “El control judicial del procedimiento administrativo y la garantía del derecho a una buena administración”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, 2010a, pp. 77-94.
- “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, en Juli PONCE SOLÉ (ed.), *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento y control judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2010b, pp. 79-190.

- “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva época*, vol. 11, 2014, pp. 23-42.
- Karl R. POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, Paidós, Barcelona, 1983.
- “El conocimiento de la ignorancia”, *Polis. Revista Latinoamericana*, núm. 1, 2001, pp. 1-5.
- *La lógica de la investigación científica*, 2.a ed., Tecnos, Madrid, 2008.
- James POSKETT, *Horizontes. Una historia global de la ciencia*, Crítica, Barcelona, 2022.
- Luis PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.
- Xavier QUEROL, “Calidad del aire, partículas en suspensión y metales”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 82, núm. 5, 2008, pp. 447-454.
- Miguel Ángel QUINTANILLA, “Tecnología, cultura e innovación”, en Eduard AIBAR y Miguel Ángel QUINTANILLA (eds.), *Ciencia, tecnología y sociedad* Trotta, Madrid, 2012, pp. 103-135.
- “Caracterización de la técnica”, en Miguel Ángel QUINTANILLA, *Tecnología: Un enfoque filosófico y otros ensayos de filosofía de la tecnología*, 2.a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2017a, pp. 46-62.
- “Problemas filosóficos de la tecnología”, en Miguel Ángel QUINTANILLA, *Tecnología: Un enfoque filosófico y otros ensayos de filosofía de la tecnología*, 2.a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2017b, pp. 25-45.
- Vicente RAGA ROSALENY, *Problemas de la teoría del conocimiento. Una introducción a la epistemología contemporánea*, Universidad de Antioquia, Medellín, 2017.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- “Sistema de fuentes del Derecho administrativo”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I. Introducción. Fundamentos, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 777-860.
- Richard RORTY, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, 4.a ed., Cátedra, Madrid, 2001.
- Bertrand RUSSELL, *El impacto de la ciencia en la sociedad*, 2.a ed., Aguilar, Madrid, 1953.
- Carl SAGAN, *El mundo y sus demonios. La ciencia como una luz en la oscuridad*, 20.a ed., Planeta, Bogotá, 2017.
- Héctor SANTAELLA QUINTERO, “Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 5, 2011, pp. 87-105.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- “El método de la ciencia del Derecho administrativo”, en Javier BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pp. 133-175.
- “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en Javier BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, 2.a ed., Global Law Press-Editorial Derecho Global, Instituto Nacional de Administración Pública, Sevilla, 2012, pp. 21-140.
- *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2021.
- Arthur SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, vol. I, 2.a ed., trad. por Pilar López de Santa María, Trotta, Madrid, 2009.
- Sofía SIMOU, *Gobiernos locales y cambio climático: Políticas públicas e instrumentos jurídicos* (Tesis Doctoral), Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019.
- Fernando SOLS, “Certeza razonable en ciencia y filosofía”, *Scientia et Fides*, vol. 4, núm. 2, 2016, pp. 483-499.
- Indra SPIECKER GEN. DÖHMANN, “Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorregulación”, en María Marcè DARNACULLETA I GARDELLA, José ES-

- TEVE PARDO e Indra SPIECKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 47-64.
- Michele TARUFFO, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 1, núm., 114, 2005, pp. 1285-1311.
- Leopoldo TILLERÍA AQUEVEQUE, “Transhumanismo e inteligencia artificial: El problema de un límite ontológico”, *Griot: Revista de Filosofía*, vol. 22, núm. 1, 2022, pp. 59-67.
- Hans-Heinrich TRUTE, “Die demokratische Legitimation der Verwaltung”, en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-AßMANN y Andreas VOßKUHLE (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, C.H. Beck, München, 2006, pp. 315 ss.
- José L. VALENCIA MARTÍN, María José GONZÁLEZ e Iñaki GALÁN, “Aspectos metodológicos en la medición del consumo de alcohol: La importancia de los patrones de consumo”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 88, núm. 4, 2014, pp. 433-446.
- Carmen VÁZQUEZ ROJAS, “Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 24, núm. 1, 2014, pp. 65-73.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- “Psicología para el Derecho administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 7, 2023, pp. 41-82.
- Clara Isabel VELASCO RICO, “La actividad informal de la administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 5, 2022, pp. 37-71.
- Alejandro VERGARA BLANCO, “Derecho administrativo y método jurídico. El rol de la doctrina”, *Revista de Derecho Administrativo*, vol. 15, 2015, pp. 361-377.
- Andreas VOSSKUHLE, “Sobre el método del Derecho administrativo”, en Javier BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, 2.a ed., Global Law Press-Editorial Derecho Global, Instituto Nacional de Administración Pública, Sevilla, 2012, pp. 141-188.

CRIATURAS EMPÍRICAS EN UN MUNDO NORMATIVO: LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO*

EMPIRICAL CREATURES IN A NORMATIVE WORLD: AI AND LAW

Leonor Moral Soriano

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

I believe in law. That is, I believe that there is a distinct sphere of human experience which we can construct as a specific domain of understanding an activity, to which the name "law" is appropriate and hallowed by usage.

Neil MacCormick¹

RESUMEN: El interés de la ciencia jurídica por la irrupción de tecnologías de inteligencia artificial parece centrarse en las ilimitadas capacidades e innumerables aplicaciones que tales tecnologías tienen en el derecho. Esta contribución quiere revelar los límites de la IA en el derecho y sostener que la

* Fecha de finalización del trabajo: abril 2023. Esta publicación se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación *Citizens Based Artificial Intelligence Governance (GOIA)* TED2021-12940B-C22 convocatoria de 2021 de proyectos orientados a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, Unión Europea Next-GenerationEU/PRTR. Un borrador de esta publicación fue presentado en el Congreso internacional organizado por el Profesor Andrés Boix Palop "Legal Accountability of AI" (Universidad de Valencia) en octubre de 2022 y se enriqueció gracias al debate suscitado entre sus participantes a quienes agradezco todos los comentarios.

Abreviaturas utilizadas en el texto: IA: inteligencia artificial; sistemas ADM: sistemas de decisiones automatizadas; TAJ: Teoría de la argumentación jurídica; LRJSP: Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público; RGPSOS: Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de las Seguridad Social.

¹ Neil MACCORMICK, *My Philosophy of Law*, en Luc J. WINTGENS (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Springer, 1999, pp. 121-146.

IA es una criatura empírica que en tal medida desentona en un mundo normativo (el del derecho). Para ello, me centraré en un aspecto nuclear del derecho: la argumentación jurídica. En concreto analizaré el uso de sistemas de toma de decisiones automatizadas en la motivación de actos administrativos. El objeto de estudio debe ser abordado desde el derecho administrativo como sistema normativo y desde la teoría de la argumentación jurídica como marco conceptual para la aplicación del derecho. El objetivo de este marco teórico no es asimilar la IA a normas jurídicas o encontrar su acomodo en el sistema normativo, sino reivindicar que el contenido normativo (práctico, de deber ser) del razonamiento jurídico determinará el uso que hagamos de la IA.

PALABRAS CLAVE: sistemas de decisiones automatizadas, motivación de actos administrativos, teoría de la argumentación jurídica, contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

ABSTRACT: The interest of legal science in artificial intelligence technologies seems to focus on the unlimited capacities and innumerable applications that they have in law. This contribution wants to reveal the limits of AI in law and argues that AI is an empirical creature that does not fit in a normative world (the world of law). For this, I will focus on a nuclear feature of law: legal argumentation. Specifically, I will analyze the use of automated decision-making systems in the justification of administrative acts. This object must be studied from the perspective of administrative law as a normative system, and from the theory of legal argumentation as a conceptual framework for the application of law. The aim of this theoretical framework is not to assimilate AI to legal norms, neither to find its accommodation in the normative system; it rather claims that the normative content (in practical terms) of legal reasoning will determine the use we make of AI.

KEYWORDS: automated decision making systems, motivation of administrative acts, legal argumentation theory, context of discovery and context of justification.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. Marco conceptual (1): El Derecho administrativo como sistema normativo. 1.2. Marco conceptual (2): la motivación del acto administrativo como actividad de argumentación jurídica.— 2. DEL JUEZ ROBOT, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ROBOT Y OTROS INGENIOS. EL CONTEXTO DEL DESCUBRIMIENTO Y EL CONTEXTO DE LA JUSTIFICACIÓN.— 3: LA ADMINISTRACIÓN Y EL JUEZ ASISTIDOS POR IA. JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA.— 4: SISTEMAS DE ADM EN LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA.— 5: CONCLUSIÓN.— 6: BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El interés de la ciencia jurídica por la irrupción de tecnologías de inteligencia artificial parece centrarse en las ilimitadas capacidades e innumerables aplicaciones que aquella tienen en el derecho. Como el martillo al que todo se le vuelven clavos, así la IA aterrizaría en la ciencia jurídica para resolver los problemas jurídicos más acuciantes y mediáticos. A juicio de los más alarmistas, la IA estaría llamada a preservar la propiedad lógica de la universalidad de las normas jurídicas frente a la acción despiadada de jueces irremisiblemente sesgados. Es más, la IA nos promete nada menos que alcanzar decisiones jurídicas adaptadas a cada individuo (BEN-SHAHAR y PORAT

2021)², algo que, supuestamente, nada tendría que ver con la valoración que recurrentemente viene haciendo el operador jurídico de los elementos relevantes de cada caso a la hora de aplicar el derecho. Ironías aparte, estamos a las puertas del triunfo del relativismo y del realismo jurídico, y desconozco si somos conscientes de ello.

Este artículo quiere ser un contrapunto a esa visión porque quiere revelar los límites de la IA en el derecho y sostener que la IA es una criatura empírica que no es propia de un mundo normativo (el del derecho). Solo concibiendo así la relación entre IA y derecho podremos desarrollar una inteligencia jurídica liderada por juristas (GOLZ y GILMORE 2018) y enfocada en los problemas que los operadores jurídicos resuelven. Con este propósito, me centraré en un aspecto nuclear del derecho: la argumentación jurídica. En concreto analizaré el uso de sistemas de toma de decisiones automatizada (ADM) en la motivación de actos administrativos. El objeto de estudio debe ser abordado desde el derecho administrativo como sistema normativo y desde la teoría de la argumentación jurídica como marco conceptual para la aplicación del derecho. Es en este amplio contexto donde quiero afrontar la reflexión acerca de la IA concentrándome en cuestiones relativas a la teoría del derecho (cuáles sean las limitaciones del sistema jurídico) y teoría de la argumentación jurídica (cómo se aplica a cada caso). El objetivo de este marco teórico no es asimilar la IA a normas jurídicas o encontrar su acomodo en el sistema normativo, sino reivindicar que el contenido normativo (práctico, de deber ser) del razonamiento jurídico determinará el uso que hagamos de la IA.

1.1. Marco conceptual (1): El Derecho administrativo como sistema normativo

Es innegable que la utilización de sistemas ADM en las decisiones administrativas plantea serios interrogantes en relación con el tratamiento de los datos (tipos de datos) y la transparencia, lo que implica abordar estas cuestiones desde la (rica) perspectiva del acceso a la información pública. La transparencia es un pilar del Estado de Derecho y está vinculado a un requisito esencial del mismo: el control de la actividad, porque solo si conocemos las razones a las que apela un operador jurídico, podremos controlarlas y posiblemente rebatirlas. La obligación de motivar un acto o de justificar una decisión es consustancial al control de la actividad pública, al derecho a la tutela judicial efectiva, y al sometimiento de nuestros poderes públicos a la ley y al derecho. Motivar una decisión jurídica indicando cuáles son los argumentos que la respaldan es una exigencia (también para los sistemas ADM) que se sitúa así en el corazón de nuestro Estado de Derecho.

Esta exigencia de motivación es consustancial al sistema normativo que conforma el derecho administrativo (SCHMIDT-ASSMANN 2003). Jennifer RASO (2021)

² Por ejemplo, el límite de velocidad por una carretera comarcal es de 90Km/h. Ahora bien, deberíamos adaptar la norma a las situaciones del individuo, porque no es igual la capacidad de reacción de una muchacha de 24 años que la de un señor de 67.

ha propuesto en su contribución al libro colectivo *Artificial Intelligence and the Law in Canada*, utilizar el derecho administrativo como sistema de normas y principios de referencia a la hora de estudiar las decisiones administrativas basadas en ADM³. En una línea similar, para PONCE SOLÉ (2019) los retos del uso de la inteligencia artificial deben abordarse desde los principios de la buena administración, y CERRILLO i MARTÍNEZ (2019) nos recuerda cuáles son los principios de funcionamiento de la administración pública que deben guiar la utilización de la IA. Las reglas y principios a los que me refiero aquí abarcan el procedimiento administrativo como garantía⁴ que, no lo olvidemos, es un cauce ordenado de actuaciones que tiene como finalidad asegurar que la decisión sea procedente, conforme a derecho, y la más apropiada; y ello con más razón cuando se trata de una decisión discrecional. Por lo demás, este sistema de reglas y principios ha de incluir el sometimiento al principio de atribución de competencias, así como las exigencias de notificación del acto administrativo, acceso al expediente, audiencia al interesado y, como se ha indicado, motivación del acto administrativo.

1.2. Marco conceptual (2): la motivación del acto administrativo como actividad de argumentación jurídica

Es precisamente la exigencia de motivación de los actos administrativos la que nos obliga a analizar el papel de la IA también desde el punto de vista de la Teoría de la argumentación jurídica (TAJ en adelante); es decir, desde la perspectiva de la justificación de las decisiones jurídicas. El alcance que tiene este enfoque es mayor de lo que pudiera intuirse, porque la TAJ como teoría del razonamiento jurídico involucra necesariamente una reflexión sobre qué es el derecho. En fin, una teoría del razonamiento jurídico consiste en establecer el contenido del derecho en un caso determinado para alcanzar la decisión debida.

Puede ser que el término “motivación del acto administrativo” nos confunda sobre la naturaleza de la actividad que se lleva a cabo: la justificación de la decisión jurídica. Quizás el desconcierto haya cundido porque hablamos de motivación del acto administrativo cuando, en rigor, *una razón* no es lo mismo que *un motivo*.

La distinción entre *razones (para la acción)* y *motivos* ha sido aceptada por todos los filósofos que estudian el tema (como nos indica María ÁLVAREZ, 2016): Joseph RAZ 1975, Derek PARFIT 1997, y Jonathan DANCY 2000 son los autores más destacados en este campo. Una *razón normativa* es una razón para actuar, mientras

³ Aunque se refiere al Derecho Administrativo canadiense, las diferencias entre sistemas de Derecho anglo-americano y de Derecho romano-germánicos no deben ser exageradas (MORAL SORIANO 2008). A un lado y otro del Océano compartimos principios que conforman nuestro Derecho Público, y entre ellos, singularmente para nuestros fines, la motivación del acto administrativo.

⁴ En este sentido, véase VALERO TORRIJOS (2020) para quien el procedimiento administrativo ofrece instrumentos valiosos para abordar el papel de la IA en el ejercicio de funciones administrativas, como el informar previamente de que se utilizará la IA en las decisiones, o la conducción de una evaluación de riesgos.

que un *motivo* es una razón por la que alguien hace algo. De hecho, etimológicamente, *los motivos* hacen referencia a lo que nos *mueve* a hacer algo, y en este sentido, están íntimamente relacionados con una dimensión puramente psicológica. El ejemplo que entre nosotros propone GARCÍA FIGUEROA (2014) y que recoge también ÁLVAREZ (2016) lo aclara perfectamente: cuando Otelo mata a Desdémona convencido de que ella le ha sido infiel, “cabe decir que Otelo mató a Desdémona *motivado* (es decir, movido) por los celos, pero resultaría extraño decir que el moro de Venecia quitó la vida a Desdémona *justificado* por los celos” (GARCÍA FIGUEROA 2014: 142).

Desenmascarada la ambigüedad razones/motivos, motivar el acto administrativo es *justificarlo, argumentarlo, fundamentarlo* en razones para la acción pertenecientes a un sistema normativo, el del derecho administrativo en el caso que nos ocupa. Exigir que los actos administrativos estén motivados (i.e., justificados, argumentados, fundamentados) es inherente a toda actividad jurisdiccional y lo es típicamente de las decisiones jurídicas. Los órganos administrativos al igual que los jueces son operadores de un sistema normativo, el jurídico, y deben fundamentar sus decisiones dentro de este sistema normativo, aportando no solo los hechos relevantes sino las razones apropiadas (leyes, reglamentos, precedentes, principios jurídicos, valores, etc.). ¿Cuál es el papel entonces de la IA y en concreto de los sistemas de ADM en este universo normativo?

2. DEL JUEZ ROBOT, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ROBOT OTROS INGENIOS. EL CONTEXTO DEL DESCUBRIMIENTO Y EL CONTEXTO DE LA JUSTIFICACIÓN

Los sistemas de ADM son tecnologías de IA diseñadas para asistir o incluso sustituir los juicios que hacemos los humanos. Aplicada a la esfera del derecho, esta tecnología es utilizada por operadores jurídicos y singularmente por jueces y administraciones públicas en su actividad jurídica. En estas circunstancias podría ser posible, y a veces inquietante, la figura de un juez robot, un futurible por el que se expresan nuestros temores (o esperanzas⁵) sobre la irrupción de esta compleja tecnología en el razonamiento jurídico. Mayor impacto, aunque solo sea por el número de ciudadanos afectados, tiene el uso de ADM en la actuación administrativa. En efecto, herramientas basadas en reglas, regresiones, analítica predictiva, *machine learning* o *deep learning*, son algunas de las tecnologías que pueden conformar los sistemas de ADM y que la administración pública ya está utilizando (por la vía de asistencia o de reemplazo) para decidir, es decir, para adoptar actos jurídicos.

Analicemos primero su uso como reemplazo del juicio humano. ¿Hay jueces robots? Para responder a este interrogante, cabe acudir a una distinción clásica, propia

⁵ Mamede Said Maia FILHO, and Tainá Aguiar JUNQUILLO, “Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 19(3):218-237 diciembre 2018, DOI:10.18759/rdgf.v19i3.1587

del acervo de la filosofía de las ciencias y que, bajo esta formulación, se la debemos a Hans Reichenbach, destacado miembro del Círculo de Viena. Reichenbach abogó por diferenciar dos contextos del conocimiento científico: el contexto del descubrimiento y el contexto de la justificación. Para el filósofo alemán hay una distinción entre el *proceso* para llegar a un descubrimiento y articularlo (*de facto*) y el contexto de la defensa de la corrección del *resultado*, de su validación (*de jure*). El ejemplo clásico para explicar la distinción es el del químico Kekulé: su idea de cómo representar la estructura molecular del benceno mediante un anillo hexagonal se le ocurrió cuando dormitaba frente a su chimenea y veía las llamas bailando en forma de serpientes. Este dato es relevante para explicar cómo se llegó a la hipótesis (contexto del descubrimiento), pero no lo es para evaluar los hechos y razones necesarias en el contexto de la justificación de la teoría.

Sólo la validación, el contexto de justificación, puede someterse a la lógica de la investigación, es decir, al juicio de corrección, y de ahí que, como subraya Popper, la cuestión de cómo un individuo haya tenido una idea, ya sea un tema musical o una teoría científica, será relevante para la psicología, pero es irrelevante para el análisis lógico del pensamiento científico (POPPER 2002 [1934/1954]: 7-8).

La distinción de ambos contextos (descubrimiento y justificación) se ha trasladado desde el ámbito de las ciencias naturales al de las ciencias sociales, y en particular al derecho, cuyo objeto es la *justificación* de unas singulares proposiciones normativas (de deber ser): las decisiones jurídicas.

En el contexto del descubrimiento de una decisión jurídica (ya sea una decisión judicial o un acto administrativo) se refieren las causas que han *movido* al operador a adoptar una decisión. Éstas pueden ser de índole psicológica, social, cultural, incluso digestiva. En 1747 Julien Offray de la Mettrie escribió *L'homme machine*. Su propósito era mostrar al ser humano como un artefacto mecánico *movido* por causas fisiológicas y psicológicas⁶. En su relato, el señor Steiger, juez en Wittighofen, íntegro e indulgente, no escapaba de los efectos que la dieta operaba sobre su labor jurisdiccional, de manera que hacía al inocente culpable si tenía que tomar la decisión tras la cena. Esta “teoría de la digestión”, como festivamente se la ha denominado, nos sugiere que la decisión judicial depende de qué manjares haya comido el juez o cuán pesada haya sido su última ingesta; pero también de cuál sea su lugar de nacimiento o su ideología, dónde haya estudiado, o qué idiomas hable. A fin de conocer el impacto que tienen los datos biográficos en las decisiones judiciales, CHEN (2019) ha analizado millones de decisiones judiciales estadounidenses para establecer correlaciones entre el sentido de la decisión judicial y factores como la fecha de nacimiento de los demandados, el nombre de las partes y del juez, el timbre de la voz (atractiva, masculina, ininteligible), el sexo, etc.⁷

⁶ El ejemplo se lo debo a GARCÍA FIGUEROA (2014: 142).

⁷ Este tipo de investigación empírica está errada desde el inicio. Por ejemplo, supongamos que en un estudio nuestro objeto son las personas que tengan un número de DNI par y de ellas extraemos las siguientes conclusiones: hay más hombres con un DNI par que mujeres (o viceversa), son más los que

Con ejercicios como éste intentamos, hoy con la ayuda de la IA, refutar la idea de que el razonamiento jurídico, y especialmente el judicial, sea objetivo. Esta es la línea seguida por realistas jurídicos como Jerome FRANK (1930). El realista estadounidense argumenta que las decisiones judiciales están infestadas de sesgos, que la biografía del juez es esencial para explicar sus decisiones y que la sentencia escrita es un ejercicio de racionalización *a posteriori* de los factores subjetivos que *mueven* al juez. En fin, estos factores subjetivos y personales juegan un papel en las decisiones judiciales ya que son parte inescindible de la descripción completa que debe hacer el juez para tomar su decisión. Asimismo, algunos filósofos que rechazan la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación, como Thomas Khun, sostienen que las predisposiciones axiológicas (ciertos prejuicios valorativos) no pueden eliminarse de las decisiones.

Desde luego, puede que estemos interesados en conocer los *motivos* por los que el operador jurídico decide determinadas cuestiones de derecho, de la misma manera que nos interesa conocer las causas por las que un puente se ha caído (el ejemplo es de Golding); desde esta perspectiva, estaríamos apelando a las razones que *explican* la acción, y entre ellas encontraremos razones biográficas, sociales y culturales (GOLDING 1986: 136). Pero puede que también nos interese conocer las *razones prácticas*, es decir, las razones que justifican/argumentan/fundamentan una determinada decisión en cuestiones de derecho. La exigencia de conocer las razones que fundamentan la decisión jurídica es consustancial al Estado de derecho, porque sólo observando tal exigencia podremos en su caso rebatirla (en vía administrativa o en vía jurisdiccional, o incluso ante el Tribunal Constitucional), y nos podremos defender frente al ejercicio de los poderes del Estado. Éste es el contexto de la justificación: el relativo a las razones jurídicas, donde se prescinde de las circunstancias del hallazgo y del proceso mental que ha llevado tal decisión.

Desde luego, el juez robot *movido* por sistemas de ADM es muy diferente al hombre máquina de la Mettrie *movido* por una fisiología simplista. Quizás algunos vean en el juez robot a un agente desprovisto de sesgo alguno y ajeno a cualquier condicionante de índole subjetivo, un operador capaz de adoptar decisiones que, por ser automatizadas, serán más justas. Bajo esa hipótesis, se acabará con sentencias dispares sobre casos idénticos, garantizando que la igualdad formal sea, efectivamente, la primera premisa de la justicia. Se superarán asimismo las limitaciones de tiempo y conocimiento del juez humano, porque la máquina podrá en segundos procesar miles de datos y encontrar correlaciones que, de otra forma, pasarían desapercibidas. El juez robot sería, en fin, la feliz superación del juez Steiger. Con todo, en ambos casos la actuación práctico-jurídica se sitúa en el contexto del descubrimiento.

Para explicarlo hay que acudir a otra dicotomía ya clásica en la filosofía: la utilizada para clasificar las *direcciones de ajuste*. El precursor de esta noción es Tomás

están empleados que desempleados, hay más jóvenes que adultos, etc. Inferir que tener un número par de DNI es la causa de que se tenga más probabilidad de ser hombre, empleado, joven es simplemente absurdo.

de Aquino, quien afirmó que la verdad es la correspondencia entre la cosa (*res*) y la mente (*intellectus*)⁸. La idea sería retomada por Jonh Langshaw Austin y desarrollada John SEARLE (1983: 7 y 1999: 101) para quien la mente (la palabra) nos relaciona intencionalmente con el mundo. SEARLE distingue entre (i) ajustar nuestra mente al mundo (dirección de ajuste de la mente al mundo), y (ii) ajustar el mundo a nuestra mente (la dirección de ajuste del mundo a la mente).⁹

La dirección de ajuste de la mente (o la palabra) al mundo está presente en la tecnociencia y especialmente en la informática: transitando por ella se describe la realidad. Nos dice qué es *normal*; se nos explica cómo funciona el algoritmo, o qué correlaciones existen entre los datos analizados. Sin embargo, la dirección de ajuste del mundo a la mente (o la palabra) es la propia de los sistemas normativos como el derecho: se nos dice lo que debería ser. Se nos dice *cómo debe ser* el mundo, no *cómo es*; se nos da cuenta de lo *normativo* y no debemos confundir *normalidad* con *normatividad*¹⁰, o *Sein* con *Sollen* (KELSEN 1991 [1960]).

⁸ Tomás de Aquino escribió:

“La verdad consiste en la ecuación de [cosa y mente], como se dijo anteriormente. Ahora la mente, que es la causa de la cosa, se refiere a ella como su regla y medida; mientras que lo contrario es el caso de la cuenta que recibe su conocimiento de las cosas.

Por tanto, cuando las cosas son la medida y el estado de la mente, la verdad consiste en la ecuación de la mente a la cosa, como sucede en nosotros mismos. Para según que una cosa es, o no es, nuestros pensamientos o nuestras palabras al respecto son verdaderas o falsas.

Pero cuando la mente es la regla o medida de las cosas, la verdad consiste en la ecuación de la cosa a la mente; al igual que el trabajo de un artista se dice que es cierto, cuando se está de acuerdo con su arte. Ahora bien, como las obras de arte están relacionadas con el arte, por lo que son obras de justicia relacionados con la Ley con la que se otorguen. Por lo tanto, la justicia de Dios, que establece las cosas en el orden conforme a la regla de su sabiduría, que es la Ley de su justicia, se llama convenientemente verdad. Por lo tanto, también en los asuntos humanos hablamos de la verdad de la justicia”. Cfr. Tomás DE AQUINO, *Summa Theologica*, Parte I, pregunta 21, el art. 2.

⁹ Searle acude al ejemplo planteado por Elizabeth ANSCOMBE (1958). Supongamos que un hombre va al supermercado con la lista de la compra que le hizo su esposa en la que están escritas las palabras “cerveza, mantequilla, y *bacon* “. Supongamos que mientras va con su carrito de compra seleccionando estos artículos, lo sigue un detective que anota todo lo que coge. Cuando salgan de la tienda, tanto el comprador como el detective tendrán listas idénticas. Pero la función de las dos listas será bastante diferente. En el caso de la lista del comprador, el propósito de la lista es, por así decirlo, lograr que el mundo coincida con las palabras de la lista; se supone que el comprador debe hacer que sus acciones encajen en la lista. En el caso del detective, el propósito de la lista es hacer que las palabras coincidan con el mundo; se supone que el detective debe hacer que la lista se ajuste a las acciones del comprador. Las diferencias entre ambas direcciones de ajuste, continua Searle, se pueden demostrar aún más al observar el papel de un “error” en los dos casos. Si el detective llega a casa y de repente se da cuenta de que el hombre compró chuletas de cerdo en lugar de *bacon*, simplemente puede borrar la palabra “*bacon*” y escribir “chuletas de cerdo”. Pero si el comprador llega a casa y su esposa le indica que compró chuletas de cerdo cuando debería haber comprado *bacon*, no podrá corregir el error borrando “*bacon*” de la lista y escribiendo “chuletas de cerdo” (SEARLE 1979, 347; 1999, 101). La dirección de ajuste del marido es la del mundo a la lista (a la palabra, a la mente) porque no describe la realidad sino que la cambia ajustándose a la lista; por otro lado, la del detective es la dirección de ajuste de la lista al mundo.

¹⁰ Encontrar patrones nos descubre que es normal, y no propiamente normativo. Sobre la dicotomía normal / normativo (normalidad / normatividad) ver GARCÍA-PELAYO (1968: 68).

Estas dos direcciones de ajuste se hallan separadas en un plano conceptual (GARCÍA FIGUEROA 2017: 113). Sin embargo, esto no significa que no haya lugar para la IA en el derecho. Muy al contrario, el papel de la IA en el derecho en general, y su papel en las decisiones administrativas en particular, debe ser analizado teniendo en cuenta que se trata de herramientas descriptivas empleadas en un ámbito prescriptivo. Son criaturas de otro mundo que también sirven al normativo.

En otras palabras, es importante comprender que los patrones de conducta, las previsiones, los resultados de un proceso de ADM obtenidos mediante tecnologías como el aprendizaje profundo, nos procuran premisas descriptivas y ello supone un límite importante al papel que desempeñan los sistemas de ADM en la argumentación jurídica. La Ley de Hume¹¹ establece un serio límite de la IA en el derecho: es imposible derivar enunciados prescriptivos exclusivamente de premisas descriptivas; por tanto, es imposible derivar una decisión jurídica (juicio de deber) solamente de una razón o premisa descriptiva. Esto significa que los sistemas de ADM son conceptualmente incapaces de justificar / argumentar / fundamentar decisiones jurídicas (actos administrativos o decisiones judiciales) por sí solos¹².

HUERGO LORA (2020: 35) parece intuir esta división cuando sostiene que en el mundo de los algoritmos predictivos y de las predicciones basadas en datos las decisiones serán sustituidas por correlaciones descubiertas tras analizar grandes cantidades de datos, además nos indica que “son desplazados los criterios “racionales”, derivados de principios o argumentos, porque las predicciones algorítmicas sustituyen la causalidad por la correlación”. En definitiva, el peligro no es la automatización de la actividad decisoria (que tiene sus ventajas en términos de eficiencia y desventajas en términos de sesgo de automatización, entre otros); el riesgo radica más bien, en que el realismo jurídico campe a sus anchas a rebufo del uso de la IA en el derecho. Si lo relevante son las correlaciones que descubren las máquinas, los patrones imperceptibles para los humanos y las inferencias a partir del análisis de millones de datos, entonces el razonamiento jurídico será irracional, y tal irracionalidad se extenderá sobre todo el fenómeno jurídico (GARCÍA FIGUEROA 2014: 145) hasta convertir al derecho en “papel mojado”.

¹¹ Uno de los mejores estudios relativos a la ley de Hume lo ha elaborado Bruno CELANO (1994). Por otro lado, Daniel GONZÁLEZ LAGIER examina la aplicación de la ley de Hume en la neurociencia, llegando a la conclusión de que la neurociencia no fundamenta por sí sola nuestra moral: o bien las pautas de conducta (premisas descriptivas) tienen valor adaptativo (de supervivencia) pero no carácter moral, o bien se recomiendan como medidas prudenciales para mantener la supervivencia humana ya que se asume que la supervivencia de la especie es un fin moralmente valioso, “en cuyo caso la normatividad no viene de los hechos, sino de esta asunción valorativa” (GONZÁLEZ LAGIER 2023: 310).

¹² Además, cuando el sistema de ADM está basado en sistemas de predicciones de resultados, presentan datos en términos de probabilidad de una manera que parece ser más neutral, más objetiva e incluso más precisa de lo que realmente es (TASHEA 2017). Por ejemplo, un funcionario de prisiones puede recibir un informe automatizado que indica que el acusado tiene un 80,2% de posibilidades de reincidir según el modelo de análisis jurídico (SURDEN 2019: 1336). Sin embargo, según el modelo, 2 de cada 10 acusados no reincidirán. Por lo tanto, no es apropiado diferir una decisión legal sobre premisas descriptivas y engañosamente precisas (SURDEN 2019: 1337) sin tener en cuenta los límites del modelo en términos de sesgo, discriminación y falta de transparencia.

3. LA ADMINISTRACIÓN Y EL JUEZ ASISTIDOS POR IA. JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA

Incluso al lego en derecho, la idea de un juez robot o una administración pública robotizada le suele resultar inquietante. Significativamente, las reservas morales y objeciones que tal hipótesis plantea parecen disiparse cuando aducimos que el papel de la IA y de los sistemas de ADM, en particular, es la de asistir al operador jurídico, porque será el juez o el titular de un órgano administrativo quien decidirá, en última instancia auxiliándose en su caso de herramientas de IA.

En efecto, en el procedimiento de toma de decisiones, las administraciones públicas pueden utilizar sistemas de ADM basados en distintas tecnologías, seleccionando una u otra según la fase del procedimiento¹³. En este sentido HOFMAN (2021: 4) indica que si bien los sistemas de ADM apenas se han utilizado de principio a fin en todas las fases de un procedimiento administrativo, hoy en día es más frecuente encontrarlos en las etapas iniciales de la actuación administrativa: en la planificación de la actuación y en la instrucción del expediente (como se tendrá ocasión de ver en el caso de las actas de inspección automatizadas de la Seguridad Social).

Ulrik ROEHL (2022) ha identificado hasta seis tipos de uso de los sistemas de ADM en la actuación administrativa dependiendo del nivel de autonomía atribuido a la IA, es decir, del uso que el operador jurídico haga de la tecnología¹⁴. Esta clasificación funcional (no normativa) realmente identifica distintos niveles de interacción entre el humano y el sistema de ADM utilizado, entre el operador jurídico y el algoritmo:

Tipo A: automatización mínima. El operador jurídico decide sobre todos los aspectos de expediente administrativo y recibe la asistencia de tecnologías como un procesador de texto. Utilizará una *check-list*, instrucciones y otro tipo de estándares decisorios que no están volcados en algoritmos.

Tipo B: recuperación y tratamiento de datos. La decisión es compartida entre el operador jurídico y la tecnología. Ésta recaba, graba y presenta los datos relevantes para resolver el expediente. Por ejemplo, la concesión de becas al estudio requiere de

¹³ En un procedimiento administrativo el operador jurídico puede utilizar una combinación de sistemas de ADM. Si paulatinamente más fases del procedimiento se vieran sujetas a ADM, entonces nos encontraremos ante una cyberdelegación, es decir, una forma de delegación del ejercicio de la potestad administrativa a favor del sistema automatizado. La cyberdelegación ha sido estudiada por COGLIANESE y LEHR (2017) y CUÉLLAR (2016) entre otros. CUÉLLAR advierte de que la dependencia de los programas informáticos, especialmente aquellos que se adaptan de forma autónoma (cajas negras), puede complicar aún más la deliberación pública sobre las decisiones administrativas, porque serán pocos los observadores, si los hubiera, capaces de comprender plenamente cómo se llegó a una decisión determinada.

¹⁴ Véase ROEHL 2022 para una visión comprehensiva de las clasificaciones y tipologías de la automatización elaboradas por la doctrina.

una tecnología que examine las solicitudes y extraiga los datos relevantes de las bases de datos de la administración pública.

Tipo C: pasos procedimentales a seguir. Igualmente se produce una decisión compartida entre el operador y la tecnología. En este caso, la tecnología además de recuperar y seleccionar los datos relevantes, sugiere los siguientes pasos en el procedimiento. Por ejemplo, la tecnología utilizada en Estados Unidos para resolver las ayudas a los niños con discapacidad pertenece a esta categoría ya que el sistema discrimina las solicitudes: las clasifica de modo que para los casos más sencillos se hace una recomendación automática de decisión, mientras que, se sugiere para los casos más complejos la evaluación por el operador jurídico.

Tipo D: decisiones asistidas. La decisión es compartida entre el operador jurídico y la tecnología. Ésta recaba, graba y presenta algunos o todos los datos relevantes de un expediente y además sugiere un número limitado de soluciones o incluso una decisión específica. El ejemplo anterior sirve aquí también en tanto que la máquina propone o recomienda las decisiones posibles que puede adoptar el operador jurídico.

Tipo E: decisiones automatizadas. La tecnología, no el operador jurídico, es el autor principal de la decisión. Todos los aspectos se confían a la tecnología que opera automáticamente a partir de estadísticas y correlaciones, utilizando tecnología de *machine learning* supervisado en la que los humanos evalúan los resultados antes de ser volcados en el proceso de toma de decisión; pero sin la asistencia del funcionario en el proceso de toma de decisión. Siguiendo el ejemplo de la concesión de becas, tras la recuperación y cruce de datos, el algoritmo decide la cuantía de la beca sin intervención del operador jurídico basándose en correlaciones pretéritas que han sido supervisadas. Otro ejemplo lo ofrece la tecnología que identifica y notifica a los ciudadanos la deuda contraída por haber recibido beneficios sociales indebidos. En tal caso, si el ciudadano no impugna la notificación en un determinado plazo, la tecnología comienza el procedimiento para hacer efectivo el cobro de la deuda. Algunos aspectos de estas decisiones automatizadas podrían incluso inscribirse en el siguiente tipo de tecnología.

Tipo F: Decisiones autónomas. De nuevo aquí el autor principal de la decisión es la tecnología. Todos los aspectos de la decisión administrativa se confían a la tecnología basadas en sistemas dinámicos de *deep learning* (de caja negra), en los que el operador jurídico no interviene en el proceso de toma de la decisión.

Cualquier decisión administrativa asistida por ADM es una decisión adoptada por un operador jurídico (ROEHL 2022: 49), incluso en el ámbito de las decisiones de los tipos E y F¹⁵. Y no podría ser de otro modo. Los sistemas de ADM son utiliza-

¹⁵ Isaac MARTÍN DELGADO se refiere a la imputación (ficción normativa) de la autoría de una actuación realizada por una persona (el funcionario) o una máquina (el sistema de ADM) al órgano de la administración pública (MARTÍN DELGADO 2009: 361). Esta reflexión hecha en el referencia a la actuación administrativa automatizada del art. 41 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, es válida para cualquier caso en la que la tecnología se utilice como reemplazo de la persona. A ello hay que añadir la Propuesta de Reglamento europeo de Inteligencia Artificial que recoge en su

dos en el contexto de argumentación jurídica donde lo relevante, recuérdese, es fundamentar normativamente una decisión, aportar las razones para la acción. Insisto: ¿cuál es entonces el papel de la IA, esta criatura empírica, en el mundo normativo de la argumentación jurídica?¹⁶

Afrontar la argumentación jurídica como una actividad (práctico-discursiva) de exposición de razones que justifican una decisión, supone alejarse del contexto de descubrimiento y adentrarse en el contexto de justificación. Pues bien, estos dominios están constituidos por distintas premisas (tanto jurídicas como extra-jurídicas) que se integran en la estructura de un razonamiento lógico deductivo. De esta manera, la justificación jurídica presenta dos niveles: la *justificación interna* y la *justificación externa*. Esta distinción en la TAJ se la debemos al filósofo polaco Jerzy WRÓBLEWSKI (1979), quien inspira el trabajo de Neil MACCORMICK (1978), si bien el filósofo escocés se refiere a ella como justificación de primer orden o deductiva, y justificación de segundo orden. Robert ALEXY también distingue ambos niveles de justificación jurídica: “[E]n la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la fundamentación externa es la corrección de estas premisas” (1989: 214)¹⁷.

La justificación interna se expresa en términos lógicos-deductivos; su estructura es la del modelo de subsunción de hechos concretos en un supuesto de hecho genérico que contiene una norma jurídica (prótasis) y al que se le imputan ciertas consecuencias (apódosis). Es el silogismo jurídico¹⁸:

$$\begin{array}{l} (x) Fx \rightarrow Gx \\ \hline Fa \\ \hline Ga \end{array}$$

articulado el principio de vigilancia humana (o supervisión humana, como se refiere el art. XXV de la Carta de Derechos Digitales adoptada por el Gobierno de España) en el caso de sistemas de IA de alto riesgo, como los sistemas utilizados para el disfrute de ciertos servicios públicos (art 14 y Anexo III).

¹⁶ ALEXY nos recuerda que la justificación (una teoría del discurso práctico general) puede ser empírica, analítica o normativa (1989: 177). Es empírica cuando se describen y explican la correlación entre circunstancias y actuaciones, o el empleo de argumentos, por ejemplo. Es analítica cuando trata la estructura lógica de los argumentos. Y es normativa cuando se establecen las razones para la acción.

¹⁷ Como nos recuerda Cristina REDONDO, la distinción entre justificación interna y externa es ambigua (1999: 149), aunque generalmente nos referimos a que la decisión jurídica concreta está basada en una justificación interna, mientras que las premisas que hemos utilizado están fundadas en una justificación externa. Justificación interna equivale a justificación lógico-deductiva, mientras que la externa no responde a la lógica deóntica. También puede sostenerse que la justificación interna está basada en normas y principios del sistema jurídico, es por lo tanto una justificación jurídica, mientras que la justificación externa está basada en razones extra-jurídicas como directivas morales o políticas.

¹⁸ Esta la formulación del silogismo *modus ponens* en lógica cuantificacional y de predicados se lee del siguiente modo. La premisa mayor [(x)Fx—>G(x)]: para todo x, si F (se predica) de x, entonces G (se predica) de x (e.g., para todas las personas, si de una persona se predica que ha matado, entonces de esa persona se predica que es un homicida castigado con tal pena). Premisa menor (Fa), F (se predica) de a (e.g., el individuo a ha matado); conclusión (Ga): G (se predica) de a (i.e., a es un homicida castigado con tal pena).

Este esquema es insuficiente en los casos difíciles que se presentan, entre otros, cuando:

(1) La norma contenga propiedades alternativas como nuestro art. 28 de la LRJ-SP “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa [quienes] resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

(2) La aplicación requiera el complemento de otras normas aclarativas, limitativas, o extensivas. Por ejemplo, los reglamentos ejecutivos tienen esa función. Pensemos en el art. 61 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que el Gobierno desarrollará mediante real decreto la determinación de los niveles únicos de emisión radioeléctrica tolerable y que no supongan un peligro para la salud pública. En efecto, lo hace mediante Real Decreto 138/1989, que se remite a los límites tolerables y métodos de medida reconocidos en por UNE, el organismo de normalización español.

(3) Sean posibles diversas consecuencias jurídicas.

(4) En la formulación de la norma se usen expresiones que admiten diversas interpretaciones, como los conceptos jurídicos indeterminados. En estos casos, se utilizan tantas premisas como sean necesarias para garantizar la robustez del razonamiento lógico-deductivo y evitar los saltos en el razonamiento. El resultado son cadenas lógicas más o menos complejas.

Del mismo modo que no podemos confiar la actividad jurídica al contexto de descubrimiento (somos algo más que un aparato digestivo, muy a pesar de cierto realismo jurídico), tampoco podemos echarnos a los brazos del formalismo que sostiene que la argumentación jurídica puede reducirse a un silogismo jurídico. Y esto es así porque una visión formalista del razonamiento jurídico (reducido a la deducción lógica), forma parte de un marco teórico más amplio cuyos elementos básicos están superados en el paradigma jurídico (occidental) actual: el rol neutral y legalista del operador jurídico, la visión omnicomprendensiva y legalista del derecho, y la visión formal, pasiva y lógica de la aplicación del derecho. Como no podemos establecer un modelo de aplicación del derecho independiente de la concepción que tengamos del derecho (GARCÍA FIGUEROA 2014: 161), el formalismo en la aplicación del derecho responde también a una concepción del derecho que hoy apenas se comparte¹⁹.

¹⁹ Sus elementos esenciales son identificados por ATIYAH y SUMMERS (1987: 251) en las siguientes creencias:

1. Creencia en el sistema jurídico como algo esencialmente completo y omnicomprendensivo.
2. Creencia en la separación de poderes y en la distinción creación/aplicación del Derecho como algo inherente a todo Derecho.
3. Creencia en que el legislador debe armonizar el nuevo Derecho con el preexistente.
4. Creencia en el Derecho en los libros (frente al Derecho en acción).
5. Creencia en que la abstracción y generalidad son virtudes del Derecho.
6. Creencia en una lógica interna del Derecho.
7. Creencia en la teoría de la subsunción/silogismo en la aplicación del Derecho.
8. Creencia en la certeza y predictibilidad como ideales jurídicos.

A título de ejemplo, un excesivo formalismo está detrás de la decisión adoptada por la Xunta de Galicia en relación con la concesión de ayudas a mujeres emprendedoras desempleadas²⁰. Se denegó a la solicitante una ayuda por montante de 5.000€ para poner en marcha una pequeña empresa porque había contraído una deuda de 5,88€ con la Agencia Tributaria, y la norma establece que no pueden ser elegibles los solicitantes deudores a la Agencia Tributaria. Cuando se impugnó la decisión en vía contencioso-administrativa el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (STSJ 3884/2019) falló a favor de la demandante, y formuló un razonamiento jurídico que entrelaza varias razones:

— La relevancia de las políticas públicas del caso, a saber, la aplicación rigurosa de las normas tributarias, por un lado, y la promoción del empleo y la igualdad por otro.

— El origen de la deuda (insignificante): un recargo del 5% sobre una deuda principal que se pagó previamente.

— El hecho de que el recargo no es autoliquidable, es decir, no se puede pagar hasta que se liquide la deuda principal.

— La inexistencia de deuda cuando la Administración Pública notificó la denegación de la ayuda (la solicitante la liquidó antes de la notificación del acto desestimatorio).

Con estos argumentos jurídicos, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia supera el rígido enfoque formalista en la aplicación de las normas jurídicas mostrado por el órgano administrativo, sobre todo cuando la argumentación se reduce al silogismo jurídico.

Entre otros muchos, tanto Neil MacCormick (nada sospechoso de irreflexivo antipositivismo) como Robert Alexy se han encargado de identificar los límites del razonamiento deductivo en el sentido de que no logra justificar las premisas utilizadas en la justificación interna. Es entonces cuando debemos acudir a la justificación externa. Robert ALEXY (1989: 222) enumera así las premisas que podemos utilizar en la justificación jurídica interna: (1) reglas de derecho positivo; (2) enunciados empíricos; y (3) premisas que no son enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. Para justificar las reglas de derecho positivo se acude a la conformidad con los criterios de validez del ordenamiento; para justificar premisas empíricas se utilizan medios de prueba y distintas formas de proceder que van desde la presunción a las reglas de carga de la prueba en el proceso; finalmente, para justificar premisas que no son ni reglas de derecho positivo ni enunciados empíricos se acude a la argumentación jurídica.

²⁰ Este interesante caso fue reportado por NOGUEIRA LÓPEZ (2020).

4. SISTEMAS DE ADM EN LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

Por tanto, esta clasificación de premisas relevantes en el nivel interno de la justificación incluye el derecho (el sistema de reglas de derecho positivo), los hechos (enunciados empíricos), y lo que no es ni lo uno ni lo otro. Por lo que interesa a este estudio, a esta última categoría pertenecen los principios éticos de la IA responsable (*trustworthy AI*) que señala la Comisión Europea: respeto de la autonomía humana, previsión del daño, equidad, y explicabilidad. Se trata de mandatos normativos que no se pueden aplicar como las reglas de derecho y desde luego, son ajenos al mundo empírico de los hechos.

Por lo que se refiere a las reglas jurídicas o reglas de derecho positivo (utilizando la terminología de ALEXY 1989), algunos autores han defendido que los sistemas de ADM son legislación y por lo tanto su código se puede entender como reglas de derecho. BOIX PALOP (2020) es un muy cualificado defensor de esta tesis al sostener que los algoritmos utilizados por la administración pública en el proceso de toma de decisiones son regulaciones jurídicas, puesto que cumplen las funciones propias de una norma jurídica. También en el derecho italiano, el Consejo de Estado (similar a nuestra Sala Tercera del Tribunal Supremo) en sentencia de 8 de abril de 2019 ha establecido que el algoritmo es una regla jurídica general sujeta a los mismos principios de transparencia y accesibilidad que se aplican a las normas²¹.

Esta conclusión es muy tentadora cuando el sistema de ADM utiliza tecnología de árbol de decisión que sigue la estructura “si —> entonces”. Por ejemplo, al igual que los algoritmos, los procedimientos administrativos “se componen de pasos dotados de un contenido determinado, que han de seguirse para llegar a una solución” (HUERGO LORA 2020: 27)²². Ahondando en esta línea, James MOHUN y Alex ROBERTS han propuesto (desde la plataforma que proporciona la OCDE) la no-

²¹ El asunto surge en un procedimiento de provisión de puestos de trabajo de personal docente, cuando los recurrentes detectan que la decisión adoptada no respondía ni al nivel educativo ni a la zona geográfica solicitada. La asignación de los puestos había sido determinada por un algoritmo cuyo funcionamiento no se hizo público. Además, las resoluciones administrativas carecían de motivación. El Consejo de Estado italiano considera, como se ha indicado, que el algoritmo es una regla jurídica general, y que como tal:

a) La regla, aun declinada de forma matemática, posee pleno valor jurídico y administrativo. En ese sentido, está sometida a los principios generales de la actividad administrativa, como aquellos de publicidad, transparencia, razonabilidad y proporcionalidad.

b) No cabe dejar espacio a la discrecionalidad en la aplicación del algoritmo.

c) La Administración ha de velar por los intereses en juego, realizando pruebas, actualizaciones y sistemas de perfeccionamiento del algoritmo, en especial en el caso de aprendizaje progresivo y de *deep learning*.

d) Desde el punto de vista del control judicial, el algoritmo o software se entiende a todos los efectos como un acto administrativo informático y el órgano jurisdiccional ha de evaluar la corrección del proceso automatizado en todas sus vertientes.

²² Un algoritmo es un conjunto de instrucciones que se ejecutan paso a paso para resolver un problema. En la denominada programación heurística, los descubrimientos (científicos) se abordan como

ción de “*Rules as Code*” (2020), con el fin de que las normas jurídicas tengan dos versiones: una versión en lenguaje natural, y otra versión oficial en lenguaje matemático de forma que sea consumible por la máquina. Se logra así, sostienen sus promotores, que las normas jurídicas (escritas en lenguaje natural) sean entendidas y aplicadas por los sistemas informáticos de manera coherente, y que se eliminen las discordancias entre una determinada línea de acción y su ejecución (por una máquina, se entiende).

Por lo tanto, aparentemente podemos asimilar los sistemas de ADM a reglas jurídicas. Sin embargo, esta es precisamente la tesis que he intentado desenmascarar aquí acudiendo a la diferencia entre *Sein* y *Sollen*, entre premisas descriptivas y premisas prescriptivas: no podemos confundir lo empírico con lo normativo.

Para ilustrarlo de nuevo, podemos acudir al conocido asunto BOSCO: un algoritmo diseñado para comprobar si los solicitantes tienen derecho al bono social en materia de energía²³, y para calcular el monto del descuento a aplicar. No parece una herramienta de IA muy sofisticada²⁴, ni su programación parece que pudiera apartarse de la norma jurídica que establece claramente los requisitos y las cuantías de las ayudas. Sin embargo, la organización CIVIO detectó casos en los que los solicitantes, cumpliendo los requisitos legales exigidos para disfrutar del bono social, no eran elegibles para BOSCO²⁵. Estaba claro que el algoritmo de BOSCO arrojaba resultados incompatibles con las normas jurídicas, cosa que pudiera ser debida a que estuviera mal diseñado, o incluso a que no pudiéramos introducir datos relevantes desde el punto de vista jurídico en la secuencia de comandos (HUERGO LORA 2020: 28). En estos casos, el resultado será inválido jurídicamente, y podremos impugnar la decisión porque no se ajusta a derecho. En definitiva, es la conformidad con la norma jurídica lo que justifica el uso de los algoritmos de árbol de decisión o incluso de sistemas expertos en la justificación de una decisión jurídica, por lo que nos podemos aventurar a pensar que es la norma jurídica, y no el algoritmo, la que justifica la decisión.

Desde el punto de vista de la TAJ, los sistemas de ADM serían considerados como enunciados empíricos. Después de todo, también estas premisas necesitan justificación (en el nivel externo). Para ello podemos acudir tanto a reglas de derecho como a enunciados que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho (principios

una actividad de solución de problemas: se programan una serie de operaciones que nos conducen desde el punto inicial al objetivo a alcanzar, se identifican los operadores, y los límites de las rutas de decisión.

²³ Los requisitos están relacionados con las vías de entrada al bono social: rentas bajas, familia numerosa, y beneficiarios con pensión mínima de incapacidad o de jubilación y que no cuenten con otros ingresos.

²⁴ De acuerdo con la taxonomía de los sistemas de ADM de Roehl, BOSCO pude ser considerada como un tecnología del tipo B (recuperación y tratamiento de datos) y D (decisión asistida).

²⁵ Uno de los problemas que detectó CIVIO fue la respuesta errónea a las viudas que solicitaban el bono social, porque no podían entrar por la vía de la pensión (aunque son pensionistas), y por lo tanto tenían que entrar por la vía del nivel de renta (si bien reciben una pensión, *no una renta*). CIVIO hizo la prueba y las solicitantes recibían dos respuestas: “no reúne los requisitos” (lógico, porque no tienen una pensión mínima de incapacidad o de jubilación) e “imposibilidad de comprobar los niveles de renta (lógico, porque reciben una pensión de viudedad).

éticos, por ejemplo), pero en todo caso, si no queremos confundirlo todo, hay que distinguir los métodos de fundamentación utilizados (ALEXY 1989: 223).

Del peligro de esta confusión da buena muestra el uso de sistemas de ADM basados en *machine learning*, y sobre todo en el aprendizaje profundo. En estos casos, la máquina hace conexiones entre la ingente cantidad de datos que la alimentan, y los procesa en capas intermedias ocultas, hasta llegar a la capa de salida: la decisión, entendida como un enunciado empírico (no prescriptivo). Pues bien, cabe recelar de la aplicación de esta tecnología en el ámbito jurídico, y muy particularmente en el ámbito de la justificación de las decisiones jurídicas, porque adolece de falta de transparencia. No sabemos cómo funciona, por lo que desconocemos qué lleva a un sistema de ADM a alcanzar una decisión concreta. Monika ZALNIERIUTE *et al.* (2021) sostienen que esta opacidad es consecuencia de las limitaciones humanas para entender y explicar cómo opera la IA basada en datos, especialmente los sistemas de caja negra²⁶. A esta falta de transparencia (GUTIÉRREZ DAVID la denomina “opacidad inherente”, 2021: 177) hay que añadir el desconocimiento de su utilización, o incluso su utilización en etapas previas a la iniciación de un expediente administrativo, con lo que su control por el interesado será más difícil, acarreando una evidente merma de garantías en el procedimiento administrativo.

Un ejemplo de uso de esta tecnología opaca por parte de la administración pública española lo ofrece el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, por el se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de las Seguridad Social (RGPSOS en adelante). Esta modificación incluye la inspección automatizada (arts. 43 y ss.) como resultado de la incorporación de un sistema de ADM. Evidentemente, ello facilita el análisis y cruce de datos provenientes de distintas administraciones públicas como la Agencia Tributaria, el Servicio Público de Empleo, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, entre otros; y como resultado, el sistema arroja probabilidades de incumplimientos legales a partir de las cuales se puede evacuar la correspondiente acta de infracción automatizada o incluso iniciar un expediente sancionador²⁷.

²⁶ Los autores identifican tres formas de opacidad: la primera es intencional y acontece cuando los sistemas de IA son tratados como bienes protegidos por derechos de autor, patentes o secretos comerciales, o bien cuando se utilizan datos sujetos a normas de privacidad o de protección de datos; la segunda forma de opacidad es el analfabetismo tecnológico ya que la mayoría de nosotros no seríamos capaces de extraer información útil del código base de la programación de sistemas de ADM; y la tercera forma de opacidad es la que generan las cajas negras (Monika ZALNIERIUTE *et al.* (2021). CERRILLO i MARTÍNEZ apunta a una opacidad algorítmica deliberadamente provocada por las administraciones públicas: ocultar el conocimiento de los algoritmos a los destinatarios de las decisiones asistidas por sistemas de ADM para eludir la aplicación del mismo (CERRILLO i MARTÍNEZ 2019: 19).

²⁷ Un precedente del uso de sistemas de ADM en el ámbito de la lucha contra el fraude lo ofrece el Derecho holandés en el caso SyRI (*Systeem Risicoindicatie*); se trata de una herramienta de ADM que detecta fraudes en la percepción de subsidios y beneficios sociales. La sentencia de 5 de febrero de 2020 del Tribunal de Distrito de la Haya concluyó que las autoridades holandesas habían vulnerado el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos (derecho al respeto de la vida privada y familiar). El órgano jurisdic-

Las actas de infracción automatizadas deben reflejar los hechos comprobados, con expresión de aquellos que sean relevantes a los efectos de la tipificación de la infracción, de la determinación de los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta y de la indicación expresa de que se trata de una actuación administrativa automatizada incoada en su momento mediante expediente administrativo (art. 45 RGPSOS)²⁸. Como este uso de las actas de infracción automatizadas ya opera en ámbitos como las infracciones de tráfico, quizás pase desapercibida la extraordinaria innovación que supone (GOERLICH PESET 2021): el sistema de ADM elige objetivos y detecta el fraude a partir de perfiles que elabora la máquina. Más aún, en la motivación del acto automatizado la norma no contempla la obligación de indicar que en la actividad administrativa se haya utilizado un sistema de ADM ni, menos aún la obligación de consignar el algoritmo utilizado²⁹. Nos encontramos así ante una actividad administrativa opaca porque, en primer término, está lejos del alcance de entendimiento humano [a esta opacidad derivada de la tecnología se refiere Monika ZALNIERIUTE *et al.* (2021)] y, en segundo lugar, porque la falta de transparencia (opacidad inherente según GUTIÉRREZ DAVID 2021: 177) hace imposible el control por parte del interesado (aunque hay que reconocer que el juez no está mucho más preparado).

La falta de transparencia de los sistemas de ADM vulnera la obligación de motivar una decisión jurídica, una obligación que en el Estado de Derecho permite a los administrados conocer las razones que justifican la decisión y poder así recurrirla. Quizás por ello GUTIÉRREZ DAVID aplica el concepto de *caja negra* a la actividad administrativa asistida por sistemas de ADM “no sólo a los algoritmos de *machine learning* o *deep learning*, sino a cualquier modelo total o parcialmente automatizado de toma de decisiones, al margen del tipo de algoritmo implementado, cuando no es posible verificar la corrección y la adecuación a derecho de las decisiones adoptadas por el modelo” (GUTIÉRREZ DAVID 2021: 166).

cional holandés consideró que esta actuación administrativa contravenía el art. 8.2 del Convenio, una vez realizada la correspondiente ponderación entre los derechos e intereses concurrentes, por cuanto el algoritmo no era transparente ni verificable.

²⁸ Parece que el RGPSOS no ha atribuido presunción de certeza a las actas automatizadas, cosa que expresamente reconoce en el caso las actas de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 15 RGPSOS); sin embargo, GOERLICH PESET (2021) advierte que esta eficacia probatoria privilegiada puede “entrar por la puerta de atrás” cuando, a tenor de las alegaciones que haga el interesado, tenga lugar la intervención de un funcionario que evacuará informe (art. 47 RGPSOS).

²⁹ El Derecho administrativo francés sí ha vinculado la motivación del acto administrativo con la mención explícita a la finalidad perseguida por el tratamiento algorítmico (art. L311-3-1 del Código de relaciones entre el público y la Administración). Esta mención explícita se concreta en el desarrollo reglamentario (art. R311-3-1-1): “derecho a obtener la comunicación de las reglas que definen el comportamiento y sus principales características de aplicación, así como las modalidades de ejercicio de este derecho a la comunicación y de revisión, si corresponde, ante la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos”. En todo caso, la información deberá incluir de forma inteligible “(1) el grado y el modo de contribución del tratamiento algorítmico a la toma de decisión; (2) los datos tratados y sus fuentes; (3) los parámetros de tratamiento, y si procede, su ponderación, aplicados a la situación de interesado; y (4) las operaciones efectuadas por el tratamiento”.

A fin de resolver el problema de transparencia de cajas negras administrativas, las soluciones planteadas van desde el acceso completo al código base, el acceso parcial, y la más novedosa, y aún en desarrollo, la IA explicable (XAI). PONCE SOLÉ (2019) aboga por considerar los algoritmos y códigos como información pública; VALERO TORRIJOS (2016) defiende el derecho de los ciudadanos a obtener información para conocer programas, órgano de control y supervisión, datos empleados, y antecedentes³⁰. GUTIÉRREZ DAVID (2021) considera además que es la legislación de transparencia la que debe garantizar la interpretabilidad, explicabilidad y justificación de las decisiones basadas en sistemas ADM.

Por su lado, Michèle FINCK (2019: 14) sostiene que el acceso total a los datos y al modelo de IA utilizado tiene que superar dos importantes escollos: primero, sólo una minoría de ciudadanos podría entender los datos y los comandos del algoritmo; segundo, la propiedad intelectual y la protección de datos podría revelarse como impedimento a la hora de acceder al sistema de ADM utilizado. Por ello, es la explicabilidad la vía actualmente elegida por la ingeniería informática para resolver el problema de transparencia, si bien estamos en los albores de esta tecnología. En proyectos como DARPA XAI³¹ las máquinas entienden el contexto y el entorno en el que operan y, con el tiempo, construyen modelos explicativos que les permiten caracterizar los fenómenos del mundo real. Estos pueden estar basados en factores técnicos, en explicaciones contrafácticas (WACHTER *et al.* 2018) o bien en sistemas de *compliance* (HILDEBRANDT 2011). Por ejemplo, en medicina, LIME, Salency Maps, o Grad-CAM son algunos de los sistemas de XAI para la detección del cáncer, que explican el diagnóstico al que llega la máquina destacando en la imagen aquellas zonas que han sido determinantes para que la máquina alcance a la *decisión*.

La explicabilidad nos devuelve al mundo empírico: explicamos cómo funciona la ley de la gravedad de la misma manera que explicamos cómo funciona un sistema de IA y cómo se ha llegado a un resultado concreto. Sin embargo, de nuevo, no debemos confundir el mundo del *cómo funciona* un invento (empírico, conformado por premisas descriptivas) con el mundo de *porqué* adoptamos una decisión (normativo, y conformado por premisas prescriptivas). En otras palabras, para explicar necesitamos premisas descriptivas, mientras que para justificar / fundamentar / argumentar necesitamos, además, premisas prescriptivas³². Tener clara esta distinción evita la reducción del discurso jurídico a un discurso empírico (ALEXY 1989: 225).

³⁰ En la doctrina tributaria véase Begoña PÉREZ BERNABEU (2021) “El principio de explicabilidad algorítmica en la normativa tributaria española: hacia un derecho a la explicación individual”, en *Revista española de derecho financiero*, núm. 192.

³¹ <https://www.darpa.mil/program/explainable-artificial-intelligence>

³² Explicar no es igual que justificar, de la misma manera que *sein* y *sollen* pertenecen planos conceptuales distintos. Esta distinción no aparece en el trabajo de DOSHI-VELEZ *et al.* para quienes la actividad de un operador jurídico (un juez o un oficial de la administración pública) consiste en ofrecer una explicación a su decisión. Citan los autores el parágrafo 39 de la *Verwaltungsverfahrensgesetz* relativo a la *Begründung* de los actos administrativos (de la misma manera que nuestro art. 25 LPAC habla de la motivación) confundiendo, de nuevo, la explicación de un resultado con la justificación de una decisión jurídica.

Volviendo al ámbito de la toma de decisiones automatizadas o semi-automatizadas por la administración pública, el operador jurídico, que razona en términos práctico-jurídicos, debe tener clara la distinción entre la explicabilidad y justificación jurídica. Se debe *explicar* la tecnología del sistema ADM utilizado para conocer cómo se atribuye más peso o relevancia al perfil elaborado a partir de casos precedentes, o la relevancia atribuida a determinados aspectos del caso concreto, o el peso de un derecho fundamental en conflicto con otros derechos que acuden al caso. Todo esto se puede explicar, y es el cometido de la XAI. Ahora bien, hay que *justificar* por qué se utilizan sistemas de ADM en un concreto acto administrativo, por qué se atribuye relevancia a determinados elementos del caso mientras se excluyen otros, o por qué el peso de los derechos fundamentales es diferente según las particularidades del caso.

La exigencia de justificación jurídica (externa) de los sistemas de ADM en cuanto proveedores de enunciados empíricos, nos conduce a dos exigencias de la argumentación. La primera tiene que ver con el enfoque preventivo (más que reactivo) hacia la IA en general y los sistemas de ADM en particular: la evaluación de impacto previa a la que deben ser sometidos los desarrollos tecnológicos (COTINO HUESO 2022a). Sólo así se podrá analizar y describir las operaciones del desarrollo (explicación) y también considerar su necesidad, la proporcionalidad y la evaluación de riesgos. La segunda exigencia es la relativa a la necesaria la intervención humana, supervisión de los resultados, y la reevaluación de su funcionamiento (COTINO HUESO 2022b: 77).

5. CONCLUSIÓN

Entendamos a los algoritmos como lo que son, criaturas empíricas, y su papel en la argumentación jurídica como la que corresponde a los enunciados empíricos.

En esta contribución he querido llamar la atención sobre un hecho que suele pasar desapercibido cuando nos planteamos el acomodo los sistemas de ADM en la actividad administrativa: estamos tratando un problema de utilización de enunciados empíricos en la argumentación jurídica³³. El tema no es nuevo en absoluto, pero en este estudio se ha abordado desde la perspectiva de la TAJ fundada por Robert Alexy con *Theorie der juristischen Argumentation*, y por Neil MacCormick con *Legal Reasoning and Legal Theory*. La argumentación jurídica es una garantía de la racionalidad del razonamiento jurídico donde se entrelazan la razón teórica que diferencia lo verdadero y lo falso, y la razón práctica que trata con lo que debo hacer como individuo (moralmente) o lo que debemos hacer como comunidad (políticamente) (GARCÍA FIGUEROA 2014: 87), pero también con lo que debemos hacer en el plano altamente institucional del derecho.

³³ En la Teoría del derecho, las cuestiones sobre el impacto de la IA en el razonamiento jurídico evocan el debate sobre el papel de la lógica en el Derecho. Para una aproximación a este vasto ámbito teórico véase GARCÍA FIGUEROA (2019) y RODRÍGUEZ PUERTO (2021).

Si aceptamos que el derecho es argumentación, y que la actividad argumentativa es una actividad discursiva, entonces esta actividad requiere inexorablemente de seres humanos aportando razones que fundamenten una decisión normativa. Por eso, los sistemas de ADM serán siempre instrumentos que, con limitaciones, pueden ponerse al servicio del operador jurídico para justificar su decisión (el acto administrativo) y por lo tanto para someterlos al control de racionalidad como cualquier otro argumento utilizado en el discurso jurídico. Si los sistemas de ADM se sustraen de la actividad argumentativa, si pensamos que la incorporación de tecnologías de cajas negras sustituye el razonamiento jurídico, entonces habremos abrazado alguna variante del realismo jurídico, enalteciendo el contexto de descubrimiento y repudiando el paradigma de la racionalidad argumentativa.

La IA y en concreto los sistemas de ADM no son el bálsamo de Fierabrás cervantino, no sirven como solución para todo y menos aún podrían trasladarnos a una situación discursiva ideal. Los sistemas de ADM no vienen a subsanar los límites de la argumentación jurídica, esa actividad discursiva conducida por seres humanos y sujeta a limitaciones de tiempo y conocimiento. Más bien, nos permite reflexionar sobre la esencia de la argumentación jurídica, y sobre las limitaciones que la propia naturaleza del derecho impone a la IA.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Robert ALEXI (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*, Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- María ÁLVAREZ (2016). "Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition), Edward N. ZALTA (ed.), URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/reasons-just-vs-expl/>
- Elizabeth ANSCOMBE (1958). "On Brute Facts", en *Analysis* 18, núm. 3, pp. 69-72.
- Patrick ATIYA and Robert SUMMERS (1987). *Form and Substance in Anglo-American Law*, Clarendon, Oxford.
- Andrés BOIX PALOP (2020). "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", en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales Vol. 1, 2020 pp. 223-270.
- Omar BEN-SHAHAR, y Ariel PORAT (2021). *Personalized Law: Different Rules for Different People*, Oxford University Press, Oxford.
- Bruno CELANO (1994). *Dialettica della giustificazione pratica: saggio sulla Legge di Humne*, Giappichelli, Torino.
- Agustí CERRILLO i MARTÍNEZ (2019). "El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo. ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?", en *Revista General de Derecho*, núm. 50, pp. 1-29.
- Daniel CHEN (2019). "Judicial analytics and the great transformation of American Law", en *Artificial Intelligence and Law*, núm. 27, pp. 15-42.
- Cary COGLIANESE y David LEHR (2017). "Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era", en *The Georgetown Law Journal*, núm.105, pp. 1147-1223.
- Lorenzo COTINO HUESO (2022a). "Nuevo paradigma en las garantías de los derechos fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la inteligencia artificial", en Lorenzo COTINO HUESO (dir.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Aranzadi, Pamplona.

- Lorenzo COTINO HUESO (2022b). “Sistemas de inteligencia artificial con reconocimiento facial y datos biométricos. Mejor regular bien que prohibir mal”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, pp. 68-79.
- Mariano Florentino CUÉLLAR (2016). *Cyberdelegation and the Administrative State*, en *Stanford Public Law Working Paper No. 2754385*, <http://ssrn.com/abstract=2754385>
- Jonathan DANCY (2000). *Practical Reality*, Clarendon Press, Oxford.
- Finale DOSHI-VELEZ, et al. (en prensa). *Accountability of AI under the Law: The Role of Explanation*, Berkman Klein Center for Internet & Society at Harvard Law School. (última lectura 2023, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064761#)
- Mamede Said Maia FILHO, and Tainá Aguiar JUNQUILLO, (2018). “Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 19(3), pp. 218-237. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i3>
- Michèle FINCK (2019). *Automated Decision-Making and Administrative Law*, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, No. 19-10.
- Jerome FRANK (1930). *Law and the Modern Mind*, Coward-McCann, New York.
- Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2014) *Teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas*, en Marina GASCÓN ABELLÁN y Alfonso GARCÍA FIGUEROA (eds.), *Argumentación Jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2019). “Luís Recaséns Siches. El Jusfilósofo demediado (1903-1977)”, en A. L. López Villaverde (ed.), *80 años del exilio de los juristas españoles acogidos en México*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2017). *Praxis. Una introducción a la moral, la política y el Derecho*, Atelier, Barcelona.
- Manuel GARCÍA-PELAYO y ALONSO (1968). *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, en *Revista de Occidente*, Madrid.
- José María GORERLICH PESET (2021). “Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador”, en *Labos*, núm. 2, pp. 22-42. doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6215>
- Martin P. GOLDING (1986). “A Note on Discovery and Justification in Science and Law”, en *Nomos*, Vol. 28, JUSTIFICATION, pp. 124-140, URL: <https://www.jstor.org/stable/24219262>
- Naschton GOLTZ y Joel GILMORE (2018). “The Work of Law in the Age of Artificial Intelligence, or How is the Academy Dealing with the “Fourth Revolution?””, en *Robotics, Artificial Intelligence & Law*, núm. 1, pp. 27-32.
- Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2023). “Neuroética, moral y el paso del “ser” al “deber ser””, en Guillermo LARIGET (dir.), *La metaética puesta a punto*, Ediciones UNL, Santa Fe, pp. 298 y ss.
- María Estrella GUTIÉRREZ DAVID (2021). “Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de cajas negras decisionales”, en *Derecom*, núm. 30, pp. 143-228, <http://www.derecom.com/derecom/>
- Mireille HILDEBRANDT (2011). “Legal Protection by Design: Objections and Refutations”, en *Legisprudence*, num. 5, pp. 223-248.
- Herwig HOFMAN (2021). “An Introduction to Automated Decision-Making and Cyber-Delegation in the Scope of EU Public Law”, *University of Luxemburg Law Working Paper Series*, núm. 8.
- Alejandro HUERGO LORA (2020). “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, en Alejandro HUERGO LORA (dir.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Pamplona, pp. 23-87.
- Hans KELSEN (1991) [1960]. *Teoría pura del derecho*, Roberto VERNENGO (trad.), Porrúa, México.
- Neil MACCORMICK (1999). *My Philosophy of Law*, en Luc. J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Springer, 1999, pp. 121-146.
- Neil MACCORMICK (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Law Series, Oxford.
- Isaac MARTÍN DELGADO (2009). “Naturaleza, concepto y regimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 353-386.
- James MOHUM y Alex ROBERTS (2020). *Cracking the code: Rulemaking for humans and machines*, *OECD Working Papers on Public Governance*, n. 42. <https://dx.doi.org/10.1787/3afe6ba5-en>

- Leonor MORAL SORIANO (2008). “Precedents: Reasoning by Rules and Reasoning by Principles”, en *Northern Ireland Legal Quarterly*, núm. 59, pp. 33-42.
- Alaba NOGUEIRA LÓPEZ (2020). “Derechos en la ciudad, vulnerabilidad y derecho a la vivienda”, comunicación en el Congreso de la AEPDA, 2020 (Primera sesión): <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2518-XV-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>
- Derek PARFIT (1997). “Reasons and Motivation”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, (Supplementary Volume), núm. 71, pp. 99-129.
- Begoña PÉREZ BERNABEU (2021). “El principio de explicabilidad algorítmica en la normativa tributaria española: hacia un derecho a la explicación individual”, en *Revista española de derecho financiero*, núm. 192, pp. 143-178.
- Juli PONCE SOLÉ (2019). “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y Reserva de Humanidad: Algoritmos y Procedimiento Administrativo Debido Tecnológico”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- Karl POPPER (2002) [1934/1959]. *The Logic of Scientific Discovery*, London and New York: Routledge; original published in German in 1934; first English translation in 1959.
- Jennifer RASO (2021). *AI and Administrative Law*, en Florian MARTIN-BARITEAU y Teresa SCASSA, (eds.) *Artificial Intelligence and the Law in Canada*, LexisNexis, Toronto.
- Joseph RAZ (1975). *Practical Reasoning and Norms*, London: Hutchinson & Co., reprinted, Oxford University Press, 1990 and 1999.
- Cristina REDONDO (1999). *Reasons for action and the law*, Dordrecht, Springer.
- Hans REICHENBACH (1938). *Experience and Prediction. An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*, The University of Chicago Press, Chicago.
- Manuel Jesús RODRÍGUEZ PUERTO (2021). “¿Puede la inteligencia artificial interpretar normas jurídicas? Un problema de razón práctica”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 44, pp. 74-96.
- Ulrik ROEHL (2022). *Understanding Automated Decision-Making in the Public Sector: A Classification of Automated, Administrative Decision-Making*, en JUELL-SKIELSE, G., LINDGREN, I., y ÅKESON, M. (eds.), *Service Automation in the Public Sector. Progress in IS*. Springer, Cham, pp. 35-63. https://doi.org/10.1007/978-3-030-92644-1_3
- Eberhard SCHMIDT-ASSMAN (2003). *La teoría general del Derecho administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Mariano BACIGALUPO et al. (trads.), Marcial Pons, Barcelona.
- John SEARLE (1983). *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge University Press, Cambridge.
- John SEARLE (1979). *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Harry SURDEN (2019). “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, en *Georgia State University Law Review*, núm. 35, pp. 1306-1337.
- Jason TASHEA (2017). “Courts are Using AI to Sentence Criminals. That must stop now”, en <https://www.wired.com/2017/04/courts-using-ai-sentence-criminals-must-stop-now/>
- Julián VALERO TORRIJOS (2020). “The Legal Guarantees of Artificial Intelligence in Administrative Activity: Reflections and Contributions from the Viewpoint of Spanish Administrative Law and Good Administration Requirements”, en *European Review of Digital Administration & Law*, Vol, 1, núm. 1-2, pp. 55-61.
- Julián VALERO TORRIJOS (2016). “La tramitación del procedimiento administrativo por medios electrónicos”, en Marcos ALMEIDA CERRADA y Luís MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela.
- Sandra WACHTER, et al. (2018). “Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR”, en *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018 (<https://arxiv.org/abs/1711.00399>)
- Jerzy WRÓBLEWSKI (1979). “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, en *Rechtstheorie*, núm. 5, pp. 33-46.

Monika ZALNIERIUTE, *et al.* (2021). *Automating Government Decision-Making: Implications for the Rule of Law*, en S. de Souza, M. Spohr (eds.), *Technology, Innovation and Access to Justice: Dialogues on the Future of Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, pp. 91-111.

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

 Marcial
Pons