

Las instituciones de control, el análisis conductual y el derecho a la buena regulación

Santiago A. Martín Nájera

Prólogo de Ricardo Rivero Ortega

Derecho, buen gobierno y transparencia



Colección

Derecho, buen gobierno y transparencia

Juli Ponce
Agustí Cerrillo
María Teresa Ossio
(dirs.)

LAS INSTITUCIONES DE CONTROL,
EL ANÁLISIS CONDUCTUAL Y EL DERECHO
A LA BUENA REGULACIÓN

SANTIAGO A. MARTÍN NÁJERA

LAS INSTITUCIONES DE CONTROL,
EL ANÁLISIS CONDUCTUAL
Y EL DERECHO A LA BUENA
REGULACIÓN

Prólogo de
Ricardo Rivero Ortega

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2021

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Santiago A. Martín Nájera

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-1381-295-3

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

*A mi familia, por su apoyo y el tiempo
que me han prestado para este proyecto*

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO	19
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO II. RACIONALIDAD HUMANA, CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS Y SISTEMA JURÍDICO	29
I. CUMPLIMIENTO Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS.....	29
II. LA RACIONALIDAD HUMANA Y SU INFLUENCIA EN LAS CAUSAS SUBYACENTES DEL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY	38
1. La relación entre la pena y la eficacia del Derecho penal.....	40
A. ¿El encarcelamiento reduce la reincidencia?.....	44
B. ¿La duración de la condena afecta a la reincidencia?	45
C. ¿La excarcelación anticipada afecta a la reincidencia?.....	45
2. Falsedad o falta de verificación de la ecuación «más prisión = me- nos delito». Teoría de la Indiferencia o de la alternancia de las san- ciones	46
3. La prevención intimidatoria como manifestación de la racional- dad asociada a los costes y beneficios	48
III. LAS SENTENCIAS COMO SISTEMAS PARA IMPULSAR POLÍTICAS PÚBLICAS.....	51
1. Naturaleza del Derecho penal	51
2. Las sentencias: características y contenido.....	52
3. Conclusiones. Relaciones entre los informes de fiscalización y las sentencias	56

	Pág.
IV. LA PLURALIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS COMO CASO PARADIGMÁTICO DE LA COMPLEJIDAD DE VERIFICAR LA EFECTIVA APLICACIÓN Y VOLUNTARIEDAD EN SU CUMPLIMIENTO	58
V. EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO POR SERES HUMANOS ¿RACIONALES?	63
CAPÍTULO III. EL ANÁLISIS CONDUCTUAL COMO MÉTODO PARA IMPULSAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	67
I. LA RACIONALIDAD HUMANA	67
1. La racionalidad limitada	70
2. Fuerza de voluntad limitada	70
3. Egoísmo limitado	70
II. EL PENSAMIENTO AUTOMÁTICO	72
1. <i>Rule of thumb</i> : regla general	74
2. Marcos	74
3. Anclaje	75
4. Disponibilidad	77
5. Representatividad	78
6. Optimismo y exceso de confianza	79
7. Pérdidas y ganancias	79
8. Sesgo del <i>statu quo</i>	80
9. Falta de atención	81
10. Resistir la tentación	81
III. EL PENSAMIENTO SOCIAL	83
1. El efecto foco	83
2. El experimento de la cárcel de Stanford: el efecto del anonimato en el comportamiento y la necesidad de transparencia	85
A. El poder de las normas para conformar la realidad	87
B. El efecto del anonimato	87
C. La disonancia cognitiva que racionaliza el mal	88
D. El poder del respaldo social	89
E. La construcción social de la realidad	90
F. La importancia de los Sistemas	90
3. El estudio de la conformidad de Asch	91
4. Experimento de las descargas Milgram	93
IV. OTROS ELEMENTOS EXTERNOS COMO CONDICIONANTES DE NUESTRO COMPORTAMIENTO: EL FACTOR TIEMPO	98
V. EL PENSAMIENTO BASADO EN MODELOS MENTALES	100
VI. CONCLUSIONES: LOS SERES HUMANOS Y SU COMPORTAMIENTO REQUIEREN DE DISEÑOS E INTERVENCIONES ADAPTABLES.	102
CAPÍTULO IV. CRÍTICAS A LA APLICACIÓN DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO. CASOS PRÁCTICOS	105
I. DIFICULTADES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO	105

	Pág.
1. Problemas prácticos en la aplicación de los <i>nudge</i>	106
A. Líneas borrosas.....	107
B. Validez empírica.....	107
C. Transparencia	109
D. Singularidad	109
2. Simplicidad y complejidad regulatoria.....	109
3. Economía conductual: los límites del <i>nudging</i>	110
4. El problemático papel de la racionalidad condicionada en el uso del <i>nudge</i>	110
5. La búsqueda de la felicidad	113
6. La importancia de quién son los intereses en el paternalismo libertario y en las actuaciones conductuales en general	115
7. ¿Hasta qué punto puede un Estado proteger a sus ciudadanos de sí mismos? Análisis del <i>nudge</i> desde el punto de vista de los derechos humanos	117
8. Los juicios son inevitables en los <i>nudge</i> . La dicotomía entre hechos y valores en la Economía y el Derecho conductuales.....	119
9. Los <i>nudge</i> y el principio de proporcionalidad	120
10. El uso de los <i>nudge</i> en la protección del medioambiente.....	122
11. La importancia del comportamiento en la legislación	123
12. Alternativas al Derecho y la Economía conductuales.....	128
13. Casos prácticos.....	131
A. Reino Unido	131
B. Unión Europea	138
a) Las ciencias conductuales y sus principales aportaciones a las políticas públicas.....	141
b) Panorama de la estructura institucional y capacidad de análisis conductual en los países europeos	144
C. Aplicar los hallazgos de las ciencias del comportamiento en el impulso de las políticas en la UE	146
a) ¿Cuándo se deben aplicar los conocimientos conductuales a la gestión política?.....	148
b) Aspectos a tener en cuenta cuando se apliquen conocimientos conductuales a la gestión política.....	149
D. Aplicación de los hallazgos conductuales a políticas específicas: ejemplos en áreas clave	156
a) Protección de los consumidores.....	157
b) Salud.....	157
c) Impuestos	157
d) Transporte	158
e) Resumen	159
E. Conclusiones de la UE acerca de los aspectos fundamentales de los estudios de comportamiento.....	159
a) ¿Ha identificado claramente el elemento conductual de la política?	159
b) ¿Ha participado en la elección de la metodología, posiblemente considerando el uso de dos o más métodos en el mismo estudio?	160

	Pág.
c) ¿Ha dado tiempo suficiente para que el estudio continúe secuencialmente, con cada etapa de desarrollo en la anterior?.....	160
d) ¿Ha considerado con qué población específica necesita contar para obtener resultados válidos, dado que una muestra representativa probablemente no sea factible?...	160
e) Si lleva a cabo un experimento ¿ha limitado el número de intervenciones a ser evaluadas a las estrictamente necesarias, teniendo en cuenta el equilibrio entre el número de intervenciones y el tamaño de la muestra por intervención?	160
f) ¿Ha discutido con los investigadores del comportamiento cómo minimizar la posibilidad de un resultado nulo o mitigar sus consecuencias?	161
g) ¿Ha preguntado si el uso de incentivos en su estudio es apropiado para garantizar un comportamiento realista?	162
h) En resumen	162
F. El análisis conductual en Estados Unidos: la OIRA	162
a) Orden ejecutiva 13563, de 18 de enero de 2011	163
b) Orden ejecutiva de 15 de septiembre de 2015. «Usar los descubrimientos de la ciencia del comportamiento para servir mejor al pueblo americano»	168
G. Modelos teóricos de aplicación del análisis conductual.....	170
a) Modelo de la Universidad de Toronto.....	170
b) <i>Mindspace</i> : influir en el comportamiento a través de las políticas públicas	173
II. ESTADO ACTUAL DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ANÁLISIS CONDUCTUAL EN EL DESARROLLO DE POLÍTICAS EN LOS PAÍSES EUROPEOS	177
III. ESTADO ACTUAL DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ANÁLISIS CONDUCTUAL EN ESPAÑA	181
1. Estructura institucional.....	181
2. La memoria normativa como oportunidad para el análisis conductual.....	182
IV. LA EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN ESPAÑA.....	190
V. DEBER DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y DERECHO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEBIDO	196
CAPÍTULO V. LOS INFORMES DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL EXTERNO COMO MEDIDORES DE LA EFICACIA EN LA APLICACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	201
I. INTRODUCCIÓN.....	201
II. LOS INFORMES DE LAS ICEX COMO SISTEMA DE ALERTA ANTE LOS INCUMPLIMIENTOS DEL ORDENAMIENTO.....	206
1. La naturaleza de la actividad fiscalizadora de las ICEX	207
2. Carácter probatorio en sede jurisdiccional	211
3. El interesado dentro del trámite de alegaciones	211

	Pág.
III. LAS RECOMENDACIONES DE LOS INFORMES DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL EXTERNO.....	213
1. Redacción y fundamentación de las recomendaciones en los informes de las ICEX.....	218
2. Comprobación sistemática del seguimiento de las recomendaciones y exposición pública de sus resultados	220
3. Conclusiones y expectativas	225
IV. RELACIONES ENTRE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL EXTERNO ESPAÑOLAS.....	227
1. Funciones del Tribunal de Cuentas.....	228
2. Relaciones del Tribunal de Cuentas y los OCEX.....	230
V. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL TRIBUNAL DE CUENTAS. RESPONSABILIDAD CONTABLE DERIVADA DE INFORMES DE FISCALIZACIÓN	233
1. Intervención del Ministerio Fiscal y resultados prácticos de la función jurisdiccional.....	234
2. Especialidades del Consejo de Cuentas de Castilla y León en sus relaciones con el Ministerio Fiscal.....	237
VI. TIPOS DE FISCALIZACIONES	238
1. Fiscalización financiera	241
2. Fiscalización operativa	244
3. Fiscalización de regularidad	249
4. Un acercamiento a la mejora en el cumplimiento del Derecho a través de la auditoría	250
VII. LAS ICEX Y LA EVALUACIÓN.....	253
1. ¿Los trabajos que realizan las ICEX son evaluación?	253
2. Definición y características de evaluación.....	256
3. Características de la fiscalización operativa.....	259
CAPÍTULO VI. EJEMPLOS DE ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS O DE LA CONSECUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS EN LOS INFORMES DE LAS ICEX	263
I. PRINCIPALES IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	266
II. LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	275
III. EL PERFIL DEL CONTRATANTE. ART. 63 LCSP	276
IV. EL REGISTRO DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. ART. 346 LCSP.....	278
V. LA PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO. ART. 347 LCSP	280
VI. INFORMES DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LA OFICINA INDEPENDIENTE DE SUPERVISIÓN Y COORDINACIÓN. ARTS. 328 Y 332 LCSP	282
VII. INFORMACIÓN A REMITIR A LAS INSTITUCIONES DE CONTROL EXTERNO. ART. 335 LCSP	283
VIII. LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD INCLUIDAS EN LA LEY DE TRANSPARENCIA.....	285

	<u>Pág.</u>
IX. PROGRAMACIÓN DE LA CONTRATACIÓN. ART. 28 LCSP.....	286
X. CONCLUSIONES DE LA SITUACIÓN DE LA INFORMACIÓN DE LA CONTRATACIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚ- BLICO	287
CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES	291
ÍNDICE DE GRÁFICOS	297
ÍNDICE DE CUADROS	299
BIBLIOGRAFÍA	301

ABREVIATURAS

AED	Análisis Económico del Derecho.
AEVAL	Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios.
ANECA	Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación.
ACSUCyL	Agencia para la Calidad del Sistema Universitario de Castilla y León.
ASOCEX	Asociación de Órganos de Control Externo Autonómicos.
Art.	Artículo.
BI	<i>Behavioral Insights</i> .
BIAP2016	<i>Behavioural insights applied to policy: European Report 2016</i> .
BIT	<i>Behavioral Insights Team</i> .
BOCyL	<i>Boletín Oficial de Castilla y León</i> .
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i> .
CCAA	Comunidad/es Autónoma/s.
CCOO	Comisiones Obreras.
CG	Cuenta General.
CE	Constitución española.
CECALE	Confederación de Organizaciones Empresariales de Castilla y León.
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales.
COM	Comunicación.
CORA	Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas.
CP	Código Penal.
CRUE	Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas.
DEC	Derecho y Economía Conductual.
DG SANCO	Dirección General de Salud y Consumidores.
DGFC	Dirección General de Fondos Comunitarios Europeos.
DGP	Dirección General del Presupuesto.
DGPOLDE	Dirección General de Planificación y Evaluación de Políticas para el Desarrollo.
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público.
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
ECyL	Servicio Público de Empleo de Castilla y León.
EDU	Educación.
EEES	Espacio Europeo de Educación Superior.
EEUU	Estados Unidos de América.
ENT	Entidades.

EELL	Entidades Locales.
EFS	Entidad/es Fiscalizadora/s Superior/es.
EHA	Economía y Hacienda.
EPA	Encuesta de Población Activa.
FHN	Funcionarios con Habilitación Nacional.
FJ	Fundamento Jurídico.
FOD	Formación de Oferta para Desempleados.
GAES	Gerencias de Atención Especializada.
GPF-OCEX	Guía Práctica de Fiscalización-Órganos de Control Externo.
ICEX	Instituciones de Control Externo.
IE	Universidad Internacional.
IEF	Instituto de Estudios Fiscales.
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado.
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
INTOSAI	<i>International Organization of Supreme Audit Institution.</i>
IRODaT	Registro internacional de donación y trasplante de órganos.
IEG	<i>Independent evaluation group.</i>
ISBN	<i>International Standard Book Number.</i>
ISSAI	<i>International Standards of Supreme Audit Institutions.</i>
ISSAI-ES	<i>International Standards of Supreme Audit Institutions Españolas.</i>
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido.
JRC	<i>Joint Research Centre.</i>
KT	Kahneman y Tversky.
LCEURr	Legislación Comunidad Europea / Comunidades.
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.
LFTCu	Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.
LOTCu	Ley 2/1982, de 12 de mayo, Orgánica del Tribunal de Cuentas.
LPA	Ley de 17 de julio de 1958 sobre Procedimiento Administrativo.
LPACSP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LRJAP y PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LUCyL	Ley 3/2003, de 28 de marzo, de Universidades de Castilla y León.
M&E	Monitorización y Evaluación.
MEH	Ministerio de Economía y Hacienda.
NIA	Normas Internacionales de Auditoría.
NSTC	National Science and Technology Council.
OCDE/OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
OCEX	Órganos de Control Externo.
OFI	Orientación, Formación e Inserción Profesional.
OIRA	<i>Office of Information and Regulatory Affairs.</i>
OMB	<i>Office of Management and Budget.</i>
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PCAP	Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
PIB	Producto Interior Bruto.
PP	Partido Popular.
PPT	Pliegos de Prescripciones Técnicas.
PRECIS	Acrónimo de apoyo político, recursos, conocimiento, cobertura, integración y estructura en inglés - <i>Politics, Resources, Expertise, Coverage, Integration, Structure.</i>
PSOE	Partido Socialista Obrero Español.

PVL	Precio de Venta Libre.
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas.
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto Ley.
RDPLCSP	Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
RGLCAP	Reglamento General Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
ROF	Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Cuentas de Castilla y León (<i>BOCyL</i> núm. 36, de 21 de febrero de 2014).
RUCT	Registro de Universidades, Centros y Títulos.
SAI	<i>Superior Audit Institutions.</i>
SAT	Servicio de Asistencia Técnica a municipios.
SBST	<i>Social and Behavioral Sciences Team.</i>
SGMAP	<i>Secretariat-General for Government Modernization.</i>
SIIU	Sistema Integrado de Información Universitaria.
STC/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional.
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo.
SUE	Sistema Universitario Español.
TAS	Trabajo y Asuntos Sociales.
TCu	Tribunal de Cuentas.
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
TRLRHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
UBU	Universidad de Burgos.
UGT	Unión General de Trabajadores.
UE	Unión Europea.
UK	<i>United Kingdom.</i>
ULE	Universidad de León.
USA	<i>United States of America.</i>
USAL	Universidad de Salamanca.
UOPP	Universidades Públicas.
UVA	Universidad de Valladolid.

PRÓLOGO

¿Cuál es el secreto de las cosas bien hechas? Atención y esfuerzo, actitud y voluntad de servir, de ofrecer soluciones a las necesidades y responder a las expectativas de quienes confían en nosotros. Estas motivaciones, supongo, animaban a Santiago Martín Nájera cada día de labor hacia un fin intelectual admirable: estudiar la utilidad del enfoque conductual para el logro del cumplimiento de los informes de las instituciones de control externo.

El factor humano resulta fundamental en la explicación de los resultados de políticas públicas. La crisis Covid-19 lo ha demostrado de un modo inédito, dramático por momentos, incluso experimental. ¿Cómo lograr que nos acostumbremos a llevar mascarillas, a guardar distancias de seguridad, a respetar toda una serie de precauciones impensables hace algo más de un año, imprescindibles para evitar riesgos sanitarios y al fin muertes?

Algún estudio señala que las sociedades donde el grado de respeto de las normas es mayor, habrían superado con mejores datos las sucesivas olas de la pandemia. Otras variables influyen por supuesto, incluyéndose el grado de dureza de las medidas de confinamiento, la fortaleza del sistema sanitario o la mayor o menor apertura de movilidad; también la comunicación pública del problema. Ahora bien, la conducta de la gente siempre importa; dependemos de nosotros mismos.

La eficacia del Derecho puede confiar hasta cierto punto en la racionalidad humana, pero los hallazgos más recientes de la psicología cognitiva evidencian nuestras tendencias al despiste y la confusión, sobre todo cuando se trata de asimilar ideas complejas. Todo aquello que sea nuevo, diferente, no muy simple o fácil de entender propicia el error, a veces con graves consecuencias.

El análisis conductual posibilita la detección de esas situaciones y abre alternativas para su solución, conforme a la metodología Nudge, cuyas proyecciones con fines concretos es la aportación principal de este libro. Si hasta ahora las unidades creadas en Estados Unidos o Inglaterra se orientaban hacia los hábitos alimenticios o el pago de impuestos, vemos, gracias al doctor Martín-Nájera, utilidades cabales para el cumplimiento general de las normas.

El papel de los órganos de control y fiscalización en nuestro Ordenamiento es crucial, más en un tiempo en el que la eficiencia se convierte en clave de sostenibilidad. ¿Cómo seguir financiando la sanidad, la educación, los servicios sociales con nuestras cifras de endeudamiento? La misión de estas instituciones es evitar las desviaciones que una gestión cortoplacista, condicionada por intereses y comprensiones parciales pudiera propiciar, corregir excesos y arbitrariedades.

Además, las recomendaciones e Informes de los OCEX son verdaderas memorias de evaluación de políticas públicas. Los autoanálisis solo son útiles hasta cierto punto. Una institución puede valorar su proceder, pero siempre habrá puntos ciegos en tal propiocepción. El enfoque desde fuera es mucho más objetivo, neutro si se desactivan presiones políticas o prejuicios de otra naturaleza, si se observa la verdadera imparcialidad.

Toda esta metodología ha de producir consecuencias específicas. La selección de ejemplos del último capítulo del libro evidencia el método inductivo-deductivo que se ha seguido en la investigación. Sin duda estamos ante la principal ventaja de este estudio, realizado por un experto que conoce bien la realidad y sus dificultades. Su coherencia nos propone aprender de la experiencia, la mejor práctica, una idea exitosa si se tienen en cuenta los casos más instructivos por su relevancia, recurrencia o singularidad.

Los arquetipos de funcionarios públicos —y el doctor Santiago Martín Nájera lo es— no son tan infrecuentes en nuestro país, aunque a veces la sociedad se fije solo en su antítesis de desidia y corrupción. El sesgo de negatividad impide resaltar lo que demuestra esta obra: todavía hay hombres y mujeres en España muy enfocados en hacer bien su trabajo, en perfeccionar los resultados de los organismos en los que sirven, en lograr con intensa dedicación un país mejor, una España democrática y próspera, la mejor versión de nosotros mismos.

En Palencia, el 21 de marzo de 2020

Ricardo RIVERO ORTEGA
Universidad de Salamanca

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El Derecho, como conjunto de normas jurídicas, pretende regular determinados aspectos del comportamiento humano, de las relaciones humanas. El análisis de ese comportamiento y de cómo se generan en los seres humanos las decisiones de seguir, o no, las normas no son, pues, ajenas al mundo jurídico, al mundo del Derecho.

Pero en las sociedades actuales, los asuntos sobre los que gira la agenda política son mucho más complejos y multidireccionales que en el pasado. Es cierto que aún persisten asuntos fundamentales en la construcción clásica del Estado, como la criminalidad o la defensa de las fronteras, pero desde hace tiempo conforman la agenda política grandes conceptos en los que el comportamiento humano es fundamental, como la protección del medioambiente o incluso el desafío demográfico (anteriormente conocido como despoblación).

La gestión, el impulso de estos grandes conceptos por parte del sector público y sus políticas incluyen una pluralidad de normas, no siempre de prohibición, a veces de fomento y otras, sencillamente, recomendaciones o declaraciones de voluntad. La aproximación a esas políticas, como veremos, viene siendo cada más alejada de los grandes planteamientos de carácter inductivo, es decir, guiados por una determinada ideología que preconice el comportamiento humano en un sentido, sino que, por parte de una serie de países y de organizaciones, se está avanzando en modelos que priorizan la evaluación de cómo es el comportamiento humano en realidad y actuar en consecuencia para la consecución de los objetivos que, estos sí, se han definido de forma política.

Define esta nueva cultura política el mandato de que toda acción del gobierno debe ser objeto de una evaluación o escrutinio posterior. No me estoy refiriendo a un escrutinio judicial, el cual sigue existiendo y forma parte de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico, sino al trabajo de instituciones que comprueban la efectividad de esas políticas y promueven la realización de actuaciones para su mejora. En función de la estructura institucional de

cada país existen diferentes soluciones. En la UE se está promoviendo la utilización de esta sistemática más que propiamente una estructura determinada, que varía en función de cada uno de los países¹. En el caso español, y sin perjuicio de la necesaria existencia de medios y estructuras de evaluación previa de las políticas en la administración, se defiende que las Instituciones de Control Externo (ICEX) son, en la actualidad, las que cuentan con una posición dentro de la estructura institucional del Estado que les permitiría aplicar esta sistemática. Sin perjuicio de entrar más adelante en el detalle de estas instituciones, condense ahora las razones que sustentan esta afirmación. Por una parte, tienen un mandato claro y directo, en muchas ocasiones en normas de carácter básico de cada nivel competencial, para la realización de un control externo de la actividad del sector público, que incluye la realización de las fiscalizaciones operativas. No necesitan para ello un cambio en su mandato. Por otra parte, cubren todo el territorio del Estado. Además, las diferentes instituciones tienen unos mecanismos de relación y cooperación que pueden ser aplicados a este caso. Y finalmente, como instituciones incardinadas dentro del Poder Legislativo, plantean ante él las conclusiones de sus trabajos y pueden impulsar las correspondientes recomendaciones.

Un aspecto clave en la evaluación de las políticas públicas es la utilización del análisis conductual, del análisis del porqué del comportamiento humano, así como el uso de una sistemática basada en la evidencia para comprobar la eficacia de las políticas públicas aplicadas. Y, como ya se ha comentado, en el actual marco institucional de los sistemas de control en España, únicamente las instituciones de control externo tienen el mandato y el ámbito para aplicar de forma generalizada la sistemática planteada.

Las instituciones de control tienen como finalidad el emitir informes en los que opinen o concluyan acerca si normas o las políticas públicas han cumplido con los objetivos marcados; si están debidamente contabilizadas; o si han cumplido la legalidad. Sus análisis pueden hacer uso de los hallazgos conductuales, lo que permitirá emitir recomendaciones fundadas en la sistemática del análisis conductual, dirigidas a las administraciones públicas, con el objeto de mejorar la gestión de las políticas públicas.

Las recomendaciones, en tanto reflejan los juicios y análisis llevados a cabo por las instituciones de control, tienen el potencial de impulsar valoraciones de las políticas públicas en las que se tenga en consideración el análisis conductual. Además, al poderse enjuiciar de forma continua el seguimiento de las recomendaciones y tener, por su propia naturaleza, el carácter de público ese seguimiento, permite una transparencia absoluta y una participación, no solo del poder ejecutivo, sino también del legislativo.

¿De qué forma los informes de las instituciones de control pueden cambiar la realidad? Si dentro de la hipótesis que plantea este documento está usar los trabajos de las ICEX para mejorar la aplicación de las políticas públicas desarrolladas mediante normas, ¿cómo lo van a conseguir?, ¿son los informes de verdad un instrumento eficaz en el marco de la mejora de la gestión de los fondos públicos?, ¿cómo reciben los parlamentos esa información?

¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Integrar los *nudges* en las políticas europeas». (Dictamen de iniciativa) (2017/C 075/05).

La Declaración de Lima, que en 1977 estableció por parte de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores las líneas básicas de auditoría que deberían implementarse en todos los países, ya señaló en su art. 1 «que el control no es un fin en sí mismo sino una parte imprescindible de un mecanismo que debe señalar la situación existente, de tal forma que puedan adoptarse las medidas convenientes para su corrección». En este sentido, también resulta pertinente subrayar lo expresado en los Principios y Normas de Auditoría aprobados en 1991 por los órganos públicos de control externo de España al poner de manifiesto que «para una mayor efectividad de las recomendaciones, es importante que se lleve a cabo un seguimiento posterior de las medidas adoptadas para corregir las deficiencias detectadas».

Tal como expresan las normas internacionales de auditoría, el seguimiento de los informes de fiscalización constituye la fase última del ciclo de planificación, ejecución y seguimiento de las auditorías.

Además, el seguimiento sistemático de las recomendaciones tiene efectos también en el trabajo propio de las ICEX. Así, crea la consciencia por parte de todo el personal que participa en la fiscalización de que se va a evaluar la implantación de las recomendaciones, lo cual lleva a que se valore de forma mucho más cuidadosa su redacción. Además, se estudia en cada caso a quién debe ir dirigida la recomendación y la factibilidad de su puesta en marcha. En resumen, se trabaja de forma clara en la mejora de las recomendaciones y se muestra un sentido del que hasta ahora adolecían, dejando de ser meros ejercicios desiderativos.

Pero las recomendaciones no nacen de forma independiente. Constituyen aquella parte del informe de fiscalización que contiene la visión de la ICEX acerca de cómo se puede mejorar la intervención pública o actividad que se ha sometido a fiscalización. Para contextualizar las recomendaciones, se ha de profundizar en la naturaleza de los informes de fiscalización.

La actividad de las ICEX es de control, concretamente de control de carácter externo al estar residenciadas en las asambleas o parlamentos. El control que ejercen las ICEX implica que, en la realización de sus trabajos, no tienen como objetivo la mera descripción o puesta de manifiesto de la realidad, sino que con carácter general sus informes incluirán juicios o valoraciones del ámbito o ente que haya sido objeto de control. Esos juicios o valoraciones pueden condensarse en determinados tipos de trabajos en una opinión, y además vendrán reflejados en las conclusiones de los informes de fiscalización.

Las recomendaciones tendrán relación con las conclusiones obtenidas en los trabajos realizados, de forma que, sin tener que coincidir ni en el número o la estructura de las conclusiones, sí que tendrán una relación lógica con ellas. Esto es, de la lectura del informe podrá deducirse de forma directa qué juicios o valoraciones (conclusiones) fundamentan las diferentes recomendaciones.

Para profundizar en la necesidad del seguimiento de las recomendaciones como método para mejorar su eficacia, será necesario detenerse un momento en la naturaleza de los informes de las ICEX. Ya se ha expuesto anteriormente que se trata de órganos de carácter técnico incardinados dentro del poder legislativo. Y como tales, sus informes no tienen la naturaleza de actos ad-

ministrativos o legislativos. Son sencillamente informes de carácter técnico, de acuerdo lo cual no tienen carácter obligatorio para los entes fiscalizados. Esto no quiere decir que no tengan efectos en el mundo real. Desde un punto de vista jurídico los informes de fiscalización pueden dar lugar a la apertura de procedimientos de carácter jurisdiccional, como, por ejemplo, penales; también de procedimientos de responsabilidad patrimonial; y, lo más lógico por su ámbito inicial, a procedimientos de responsabilidad contable. Además, en vía jurisdiccional, sea cual sea el origen y causa de la misma, pueden ser usados como una prueba, no *iuris et de iure*, pero sí *iuris tantum*, con presunción de validez inicial debido a su origen.

Además de los efectos propiamente jurídicos se ha de tener en cuenta que los informes de las ICEX, a diferencia de los de control interno, nacen por definición para ser públicos. Esto quiere decir que pueden hacer llegar sus conclusiones y recomendaciones directamente a la ciudadanía, que es la destinataria en última instancia de su trabajo. Por parte de las diferentes ICEX se viene haciendo un trabajo cada vez más importante de comunicación mediante notas de prensa, resúmenes o presentaciones públicas de sus trabajos, mediante las cuales son capaces cada vez más de que sus juicios lleguen a los ciudadanos.

He comentado ya que las ICEX tienen mandato suficiente, tanto por su naturaleza como por su regulación, para llevar a cabo trabajos de fiscalización de las más diversas políticas públicas. Inicialmente su ámbito legalmente cubierto era la fiscalización financiera, es decir, la realidad de los estados contables en los que se presentaba el resultado de las actuaciones durante un periodo de tiempo de una administración pública o ente de esta. De forma natural, su análisis introdujo también aspectos de legalidad, incluyendo trabajos en los que se analizaba el cumplimiento de las leyes, inicialmente las de carácter económico financiero. Finalmente, en una tercera evolución, las ICEX entran de lleno a la realización de auditorías operativas, en las que se analiza si el diseño de las actuaciones o políticas públicas ha sido adecuado para los objetivos que declaradamente se persiguen; si su implantación ha sido correcta, teniendo en cuenta los principios de eficacia, eficiencia y economía; o si los sistemas de evaluación de estas son los adecuados para la mejor toma de decisiones por parte de la gestión.

Dentro de las auditorías operativas cabe el análisis de las más diversas políticas públicas, desde la promoción de la igualdad, las medidas medioambientales, la implantación de la administración electrónica o la seguridad informática de las administraciones. *De facto*, su ámbito y finalidades entran de lleno en el terreno de lo que, hasta no hace demasiado tiempo, se consideraba un aspecto alejado de su trabajo, como es el de la evaluación de las políticas públicas. En España existió un ente especializado en la evaluación de las políticas públicas (AEVAL), pero fue suprimido. Actualmente está la AIREF, que realiza trabajos de auditoría o consultoría en los que se realiza una evaluación de políticas públicas, pero su mandato concreto no se encuentra aún suficientemente desarrollado.

En la normativa vigente existe por otra parte la necesidad de realizar una evaluación de impacto de la normativa que se pretende aprobar, con una verificación posterior, sin que se haya podido constatar su funcionamiento

efectivo. Las ICEX son las instituciones que en el momento actual están trabajando en auditorías operativas en todo el territorio estatal.

Con estos ámbitos de actuación las instituciones de control externo necesitan plantearse de qué herramientas de análisis se van a valer en su trabajo. Es cierto que, como hemos dicho, los informes de las instituciones pueden tener consecuencias en el mundo del Derecho, pero no es menos cierto que el Derecho penal o los procedimientos de responsabilidad contable tienen unos efectos limitados para impulsar los cambios de comportamiento que se contemplan en las nuevas políticas públicas. Por eso se propone que las ICEX usen el análisis conductual, tanto para el análisis y evaluación de las causas de incumplimientos normativos o falta de eficacia de las políticas públicas, como para diseñar las recomendaciones dirigidas a solventar los hallazgos contemplados en los informes y el propio seguimiento de las recomendaciones.

No existe a nivel mundial uniformidad acerca de la estructura institucional en la que residenciar el uso del análisis conductual. Estados Unidos ha optado por una oficina dependiente del presidente. Reino Unido por una institución sin ánimo de lucro con participación privada. Diversos países europeos optan por incluirla en diferentes ministerios o insertarla en su sistema de evaluación. En el documento se defiende, que sean las Instituciones de Control las que hagan uso de esta sistemática, sin perjuicio de que, posteriores desarrollos, lleven a que el Gobierno establezca oficina/s propias, cuyos trabajos, al mismo tiempo, podrán ser validados y enjuiciados por las Instituciones de Control.

El análisis conductual no ha tenido hasta ahora un gran desarrollo en la doctrina española, y su mera enunciación no genera la imagen de una corriente de pensamiento arraigada, sino más bien de algo meramente especulativo. A la hora de contextualizar la importancia del análisis conductual, creo que es adecuado recordar que desde 1978 siete premios Nobel en Economía se han concedido a profesionales que aplican los conocimientos conductuales en sus trabajos. El último, en 2019, a los economistas Abhijit Banerjee, Esther Duflo y Michael Kremer por su aproximación experimental para la lucha contra la pobreza. Los tres han establecido un enfoque experimental que ha mejorado la capacidad para luchar contra la pobreza global y creado un campo de investigación económica, según el Comité Nobel. Ese método se basa en algo que para Duflo es indispensable, como es el confrontar las teorías con los hechos, porque estas deben someterse a la prueba de la realidad y para eso hay que trabajar sobre el terreno.

Dicho de otra manera, los premiados usan una perspectiva científica, pero a la vez muy práctica, en la que realizan estudios aleatorios controlados en poblaciones locales para ver qué tipo de acciones sirven realmente para reducir la pobreza.

En las últimas décadas, los psicólogos y los científicos sociales han podido constatar que nosotros, los llamados «humanos», no nos comportamos como los conocidos como «*econs*», que serían el modelo de comportamiento de acuerdo con una actuación plenamente racional. Los humanos no somos capaces de absorber toda la información relevante, y, de hecho, procesamos la información que somos capaces de absorber de formas inconsistentes o irra-

cionales. Como resultado, nuestras elecciones son influidas a menudo por el contexto en el cual estas cuestiones se presentan, incluso cuando ese contexto no contiene ninguna información relevante al respecto. El estudio de esas elecciones, en virtud de las cuales cumplimos o no las normas, o seguimos o no las perspectivas de una determinada política, se denomina arquitectura de la decisión, que incluye incluso aquellos aspectos aparentemente irrelevantes para la toma de decisiones, como la colocación de una comida en un bufé, la preeminencia de las informaciones sobre catástrofes naturales, la forma de comunicación o el sistema de regla por defecto. Todos esos hechos tienen un gran impacto en las elecciones que los humanos tomen. Se ha criticado de forma recurrente a las propuestas de actuaciones de este tipo que se condiciona de forma excesiva la capacidad de decisión, la libertad, de los seres humanos. Las conclusiones de los trabajos lo que afirman es que esa libertad es más aparente que real, y que las decisiones humanas están afectadas, en todo caso, por sesgos heurísticos. Obviarlos para la toma de decisiones o la valoración de actuaciones públicas es sencillamente apartar la mirada de algo que está ocurriendo.

Los autores Sunstein y Thaler sostienen que estas observaciones del comportamiento humano crean grandes oportunidades para los reguladores. En la presente tesis se defiende que esas observaciones del comportamiento humano pueden servir en los trabajos de las ICEX para entender y acotar las causas de los incumplimientos de las normas o del fracaso de las políticas públicas, dentro del ámbito de actuación de las Instituciones de Control. Además, pueden servir para el diseño de recomendaciones más eficaces, en tanto en cuanto tengan en cuenta las peculiaridades de ese comportamiento, su aspecto no racional, en base a estudios que plantean que el mejor impulso de las políticas públicas debe basarse en él.

El análisis conductual en este documento se sugiere como una aproximación a tener en cuenta como complemento de las formas de intervención política tradicional, no como su sustituto. Además, se postula que la eficacia de esas medidas debe ser comprobada y validada de forma empírica.

Los hallazgos conductuales pueden informar y mejorar la calidad de las leyes y las políticas, tanto a nivel autonómico como nacional. Finalmente, y en línea con la realidad más actual que vivimos los ciudadanos, las predicciones de comportamiento obtenidas a través de la recolección de grandes cantidades de datos, especialmente acerca de la irracionalidad de su comportamiento o los sesgos de este, ya se están usando con la intención de mejorar la calidad de los servicios públicos o de ayudar a los ciudadanos a tomar mejores decisiones en su movilidad, e incluso a disminuir la criminalidad.

Tradicionalmente los gestores públicos han confiado en la ley, en su capacidad normativa a diferentes niveles, como el instrumento ideal para el desarrollo e impulso de las políticas públicas que se han considerado adecuadas para satisfacer esas necesidades sociales. Ahora, estos estudios acerca del comportamiento humano ponen en duda la capacidad de esas normas, hasta ahora casi sagradas, para conformar y variar el comportamiento y la conducta humana por sí solas.

Al mismo tiempo, la escasez de recursos hace que se solicite por parte de la sociedad en su conjunto y por los agentes sociales, una rendición de

cuentas, una explicación de para qué se ha realizado ese gasto público, y qué efectos reales se han producido con él. La madurez de la sociedad y la capacidad de las nuevas plataformas de comunicación social hace que en la implementación de políticas públicas pase a un segundo plano el anuncio de una política, la primera piedra de una obra pública, y, sin embargo, se demanden explicaciones acerca del tráfico real de una carretera o un aeropuerto, o acerca de la efectiva aplicación de esa política anunciada.

En el presente libro se pretende presentar y defender la hipótesis de que las Instituciones de Control pueden aprovechar los conocimientos y técnicas de análisis conductual para aportar, tanto a la sociedad, como al poder legislativo, como a la propia administración, evaluaciones y juicios que permitan que el desarrollo e impulso de las políticas públicas vaya más allá de la mera imposición de multas o de regulaciones complejas. Mediante las técnicas de análisis conductual se pueden aportar soluciones a problemas mediante un enfoque basado en la forma real en la que los seres humanos tomamos las decisiones y emitimos los juicios.

CAPÍTULO II

RACIONALIDAD HUMANA, CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS Y SISTEMA JURÍDICO

El Estado, específicamente el parlamento o el gobierno, cuando quiere desarrollar políticas públicas usa los instrumentos que tiene a su disposición, de forma habitual la normativa, es decir, su capacidad para emitir disposiciones que son de exigible cumplimiento general. Esta sistemática, propia del Estado moderno, parte de la idea del cumplimiento de la ley, así como de la existencia de medios para su imposición. Este planteamiento inicial se enfrenta a dificultades para su eficacia real y práctica, que pueden ser explicadas mediante el análisis conductual incorporado en los informes de las ICEX.

A continuación, se exponen los aspectos más generales que sustentan el carácter normativo del Derecho, su eficacia y los medios más habituales para vigilar su cumplimiento, así como la perspectiva de los informes de las ICEX dentro de este marco.

I. CUMPLIMIENTO Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

La ley, como conjunto normativo que existe en un momento en un país es susceptible de análisis desde múltiples puntos de vista. Aquí se pretende el análisis de ese conjunto normativo en tanto en cuanto es el marco que permite, por una parte, la convivencia de los ciudadanos dentro del conjunto de derechos y obligaciones que ese ordenamiento les otorga, que implica la existencia de los medios propios para prevenir y resolver los incumplimientos de esas normas. Pero, además, y muy especialmente en la administración post-garantista o gerencial que se describió en el capítulo anterior, la norma es el instrumento de los poderes públicos para llevar a cabo sus actuaciones políticas, esto es, para cumplir aquellos planteamientos sociales, económicos, culturales, etc., que propusieron a los ciudadanos y por los que fueron

elegidos mediante el voto. En ambos casos existe un elemento común, y es que se parte del efectivo cumplimiento de las normas.

El ideal del imperio de la ley está globalmente aceptado y es considerado como una de las grandes cimas del pensamiento humano y de la organización política, pero, al mismo tiempo, es puesto en tela de juicio con asiduidad por parte de las noticias que emiten los medios de comunicación social. Su idea central es muy simple: cuando impera la ley, genera protección y recursos contra el uso arbitrario del poder, tanto por parte del poder del gobierno como en las relaciones entre los ciudadanos.

Un sistema político está bien ordenado cuando sus miembros están seguros contra el ejercicio arbitrario del poder y es la ley, debido a sus características peculiares, quien habilita las condiciones especiales y exclusivas para el ejercicio del poder que proporcionan esta seguridad.

De acuerdo con Manuel Calvo García¹: «En toda estructura social existe siempre un conjunto de valores, objetivos e intereses que han sido fijados e impuestos por los grupos dominantes como los intereses de todos. Se supone que estas metas o aspiraciones institucionalizadas deben determinar, por sí mismos, un gran número de comportamientos relevantes dentro de cada estructura social [...]. En consecuencia, por una parte, se definen los modos de comportamiento idóneos para la realización de las aspiraciones sociales y, por otra, se facilita el control de las actuaciones encaminadas a alcanzar tales metas sociales. Esta labor de definición y control se lleva a cabo por medio de sistemas normativos, esto es, mediante la institucionalización de directrices que señalan o imponen pautas de comportamiento y permiten medir o valorar las conductas realizadas en función de las mismas».

La afirmación anterior se explica en que la finalidad central y estructural que fundamenta la existencia de un ordenamiento jurídico y de las herramientas que aseguran su aplicación es el control del ejercicio del poder. Todo poder ha de ser ejercido dentro de los límites y cauces establecidos en las leyes. Esto significa que es la ley quien persigue restringir previamente el ejercicio del poder y ofrecer medios para someter a quienes ejercen el poder de forma abusiva después de sus acciones. Esta exigencia implica límites para la propia ley, en su forma y en su publicidad. Esta es la idea implícita en la demanda de que el imperio de la ley prevalezca en una comunidad, es decir, todos sus miembros están sometidos a un conjunto de leyes generales y, por tanto, son iguales ante ella. Así, la aplicación práctica de esta idea marca las relaciones de los gobernantes sobre y con los gobernados, sus límites, y también las relaciones entre los miembros de un sistema político y los compromisos implícitos en el ordenamiento.

Otra finalidad del ordenamiento jurídico es la de establecer un marco dentro del cual los individuos pueden ejercer su libertad y llevar adelante su vida. En este aspecto, el ordenamiento ofrece a los sujetos la protección en el caso de que sus derechos, libertades o propiedades se vean atacados más allá de lo que el ordenamiento considera aceptable en el marco social, económico o de relación vigente en ese momento.

¹ M. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, Tecnos, 2000.

El concepto de estructura normativa que constituye el derecho que se ha esbozado parte de un modelo jurídico encuadrado dentro de un marco jurídico que se puede identificar como modelo jurídico liberal². En palabras de Manuel Calvo García³: «El Derecho debía desempeñar, primordialmente, las funciones de orientación del comportamiento, configurar patrones de relación jurídica y facilitar los medios para la resolución de disputas y asegurar expectativas jurídicas mediante la organización de un sistema coercitivo basado en el monopolio legítimo, es decir, legal, de la fuerza física».

En este marco, el Estado debe ejercer de árbitro, sin tomar partido en las relaciones económicas o sociales que aconteciesen en la sociedad. Las funciones del derecho tendrían que ser, fundamentalmente, de vigilancia y control. Como consecuencias lógicas de este planteamiento se pueden destacar dos: por una parte, la igualdad de los individuos frente a la ley, igualdad de carácter formal entre los sujetos de derecho que elimina las relaciones sociales. Y, por otra parte, la neutralidad del Estado de Derecho, en tanto en cuanto está sometido a la norma y por tanto no puede hacer uso de la arbitrariedad.

En los últimos decenios, significativamente después de la crisis de 1929, se ha producido una evolución del modelo liberal del Derecho hacia un modelo intervencionista. El nacimiento de esta postura parte de la existencia de desequilibrios o riesgos de carácter económico, social o de relaciones sociales, y pide al ordenamiento jurídico que tenga la capacidad para solventar esos desequilibrios, es decir, de intervenir de forma directa en las relaciones entre los individuos. Ya no es el marco donde cada cual puede desarrollar libremente sus derechos y libertades, sino que la legislación tiene un fin determinado al que impulsa a los miembros de la sociedad.

El cambio del modelo liberal al intervencionista no se ha dado en un momento determinado, sino que se ha producido de forma gradual y acompasado a los momentos y necesidades sociales de cada uno de ellos.

Desde un punto de vista de finalidad o de transformación social, la consecución de determinadas realidades es el fin que el legislador se ha propuesto de acuerdo con Atienza (1997)⁴. Al diseñar la ley, una vez que sus fines han sido determinados, se puede considerar qué normas serían aquellas que, en caso de ser cumplidas, producirían el estado de cosas socialmente valioso deseado, acorde con los fines, así como aquellos otros efectos, deseables o no, que se pueden entender como previsibles como consecuencia o derivación de tales normas; a continuación, procede valorar si tales normas pueden ser cumplidas y si es previsible que lo sean, qué obstáculos encontrarán para ello, qué otras medidas legales o de otro tipo son necesarias o útiles para lograr el cumplimiento, o incluso cómo incentivar el cumplimiento; se plantean también cuestiones sobre la aplicabilidad de las normas en caso de in-

² H. HART, *El concepto de Derecho*, trad. de G. GARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977. Título original: *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

³ M. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, Tecnos, 2000.

⁴ M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997. Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 28 de septiembre-1 de octubre de 1989.