

De tribunales y ciencia jurídica. Pensamiento problemático, «creación judicial de derecho» y ciencia del derecho administrativo, de J. Agudo González, Marcial Pons, 2025, ISBN ISBN: 978-84-138-1891-7, 342 pp.

La colección Administración Pública y Derecho de la editorial Marcial Pons, dirigida por J. M. Rodríguez Santiago, R. Letelier Wartenberg y Carlos Ari Sundfeld, se inició en 2014, y, como indica en su propia presentación, «[...] pretende dar cobijo a obras del derecho administrativo en las que concurra un marcado carácter académico y una pretensión innovadora, también del derecho extranjero y comparado, prestando especial atención a las propuestas de renovación metodológica de los estudios jurídicos sobre la Administración». Las monografías hasta el momento publicadas hacen justicia a tan elevados objetivos y convierten esta colección en una valiosa *boutique* editorial. La obra que aquí reseñamos, desde luego, se adapta a la perfección a este canon.

Jorge Agudo González es catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid y director del Centro de Estudios Urbanísticos, Territoriales y Ambientales Pablo de Olavide. Junto a una sólida obra académica «clásica», en los últimos años ha incidido en el «pequeño formato» en forma de contribuciones en blogs, como almacenederecho.org o hayderecho.com, que resultan del máximo interés. En ellas analiza con brevedad y profundidad jurídica temas de actualidad y relevancia jurídica y, en ocasiones, con la misma agudeza —valga, porque creo que es el adjetivo más preciso— el «mundo universitario». Un encomiable empeño por un análisis sistemático y profundo, desideologizado —en el peor sentido del término «ideología»— y ecuaníme, crítico y constructivo, caracteriza sus escritos. Y, desde luego, también este que ahora reseñamos.

El cuidado por mantener esas señas de identidad se muestra en la obra que ahora reseñamos en toda su plenitud. Me atrevería a afirmar que desde el propio título. Mucho hilar fino ha debido costarle dar con las palabras e incluso decidir qué ha de ir en mayúscula y en minúscula, qué debe ir entrecomillado, el uso o no de la palabra «ciencia» o «judicial» [...] Algunas de estas «opciones» se explican y justifican en el texto, con esa forma honesta de no eludir ninguna dificultad ni avanzar en falso presuponiendo que caracterizan sus escritos.

En este mundo académico de producción inabarcable, ¿por qué me acerqué yo a su lectura? El conocimiento previo de parte de la obra del profesor Agudo González —y de la integridad de su «pequeño formato»— y el haber tenido la suerte de escucharlo en diversos foros me suscitó la curiosidad de indagar en una obra sobre un tema para mí tan sugestivo. Yo mismo me he ocupado en mi actividad investigadora de temas donde la construcción jurisprudencial ha sido y es determinante. Mi

tesis doctoral versaba sobre una materia, la responsabilidad extracontractual por infracción del derecho comunitario, tanto de las instituciones como de los Estados, y la relación entre ambas. La responsabilidad de las instituciones estaba mencionada en un apartado de un artículo del tratado que se limitaba a prescribir que las instituciones responderían de los daños causados por sus instituciones y sus agentes en el ejercicio de sus funciones «de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros» (el artículo ha cambiado varias veces de numeración, y su contenido está incorporado actualmente, además, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea). Eso dio origen a una tarea que un eminente abogado general de la época calificó como «comparación y creación» judicial del régimen de responsabilidad de las instituciones, en el que el juez europeo debió extraer directrices generales de los regímenes de responsabilidad nacionales y adaptarlas a las categorías peculiares de la estructura de poderes, de fuentes y de contexto económico intervencionista que encuadraban dicha responsabilidad. El caso de la responsabilidad de los Estados fue aún más notable, porque aquí no existía referencia alguna en los tratados y el principio de responsabilidad y su régimen, que acabó alineándose —con adaptaciones también él— con el construido en relación con la responsabilidad de las instituciones, fue «derivado» por el Tribunal de la propia lógica del Estado de derecho. Después no solo he seguido ese tema, sino que además he tenido la suerte o la desgracia —según se mire— desde hace casi treinta años de seguir de forma exhaustiva la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial para redactar unas «crónicas» sobre responsabilidad de los poderes públicos conforme al derecho español, primero en la revista *Justicia Administrativa* y después en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, en que se trata de identificar y dialogar con que el autor denomina «sentencias de referencia» y «sentencias paradigmáticas». Y, desde luego, y en esta materia de la responsabilidad, pocas como las relacionadas, en particular, con el régimen de responsabilidad del legislador, deducido-alumbrado por el Tribunal Supremo, no ya frente a una inexistencia de referente constitucional explícito, sino, puede decirse, en contra del lacónico régimen instaurado por el propio legislador. Algo en parte similar me ha ocurrido con otra de las materias a las que he dedicado atención, la transparencia y el acceso a la información, respecto de la cual el régimen legal alumbrado en 2013 está plagado de referencias a bienes, valores y derechos enunciados de modo abstracto, que llaman a una labor fundamental de los estudiosos y de los aplicadores —consejos de transparencia, tribunales—. En fin, en ambos terrenos he sido testigo privilegiado —y voluntarioso actor, en la medida de mis posibilidades— de ese «diálogo» entre jurisprudencia y doctrina que centra el objeto de este estudio. Eso sin duda ha moldeado mi propia aproximación al derecho, que siempre ha partido de unas premisas: la búsqueda de la utilidad social de la investigación, el intento de formular propuestas de depuración y mejora normativa al legislador y de interpretación e integración de lagunas a los tribunales, con un

atento seguimiento previo a su jurisprudencia, donde se encuentran los problemas y soluciones que se pueden compartir más menos, pero con las que se ha de interactuar. Todos estos fueron los componentes que me inclinaron a la lectura de este trabajo, pese a mis prevenciones, de principio y de carácter, contra las reflexiones teóricas metodológicas sobre la «ciencia del derecho», fruto probablemente de la limitación de mis propias capacidades y experiencia y, también, de la convicción, o, al menos, la intuición, de que, en este terreno, «el sueño de la razón produce monstruos» (y métodos). En todo caso, me alegro de haber vencido esta reticencia, porque he disfrutado de la valiosa obra de la que ahora doy cuenta.

A continuación, expondré de modo sintético las claves de la obra que reseñamos. En eso, permítaseme ser «heterodoxo» (u «ortodoxo», según la posición de la que se parta): trataré de hacer una síntesis de las ideas centrales del autor, no de entrar a dialogar o a polemizar con él, a modo de una recensión crítica y creativa. Pretendo con ello contribuir a transmitir el mensaje con la mayor fidelidad posible al autor, habida cuenta de que, si pocos lectores tienen las reseñas, menos aún son los dispuestos a invertir el tiempo necesario para la lectura de la integridad de las obras reseñadas, que es, claro está, lo que recomiendo.

El trabajo comienza con una introducción susceptible de lectura autónoma y que sintetiza bien las claves de la obra. El profesor Agudo constata que el modo de pensar sistemático parte de la coherencia y *complitud* del orden jurídico y resuelve los problemas jurídicos con juicios que van de la regla al caso en un planteamiento eminentemente lógico-deductivo. Y lo cierto es que, aunque esas notas de coherencia y *complitud* no se dan en la realidad, esta forma de «pensar en derecho» sigue siendo considerada la forma principal de generar todo conocimiento que merezca el calificativo de científico. A su juicio, en verdad, la ciencia jurídica no ha funcionado imbuida por los parámetros establecidos por el positivismo, sino que además ha evolucionado gracias a los altos tribunales, y ello sin perjuicio de hacerlo con un enfoque en problemas. En realidad, tanto en el pasado como en el presente, la realidad se acopla mucho mejor a un panorama articulado con métodos eclécticos, trabajando jueces y académicos desde los problemas y tratando de encajar coherentemente las piezas en el sistema. Eso no significa que no se reconozca que esa forma de concebir la ciencia jurídica y el derecho, esa dependencia del iuspositivismo y del método lógico-deductivo, no haya sido verdaderamente exitosa y fructífera, pero, señala el autor, cuando uno lee a la doctrina alemana, o bien a los autores italianos o españoles que se nutren de aquella, mi sensación es que se sigue queriendo hacer dogmática de una forma parecida a la que sugiere el método único, lo que constituye, advierte, un cierto narcisismo. En las últimas décadas, los cambios más relevantes han sido el moderno constitucionalismo y también la europeización y la globalización del derecho administrativo, que han hecho necesario un recurso cada vez más intenso al método

de la inducción. El profesor Agudo asume que la construcción inductiva es siempre deficitaria y que cierto dogmatismo no solo es conveniente, sino que es necesario. Ahora bien, sostiene que la ciencia jurídica, máxime en un contexto como el actual, reclama un pluralismo metodológico que permita construir un conocimiento útil para satisfacer necesidades sociales y para asegurar la mayor eficacia del derecho. A partir de esas premisas, analiza de qué modo los altos tribunales —desde el TJUE y el TC al TS— participan directa o indirectamente, con la colaboración de la doctrina académica, en la generación de conocimiento jurídico y en la construcción del sistema jurídico a través de una función creadora de derecho que se materializa en su jurisprudencia. Lo hace partiendo de tres hipótesis iniciales: la primera, que la ciencia jurídica es una ciencia peculiar cuyo método ha operado siempre con base en procesos que han integrado distintas formas de pensamiento jurídico; la segunda, que la ciencia jurídica se ha desarrollado por una acción conjunta del saber teórico de los profesores y del saber práctico de los tribunales; la tercera, que hacer ciencia jurídica de esta manera es extremadamente útil y necesario para incentivar la evolución del conocimiento jurídico y su adaptación a los procesos de reforma del sistema jurídico en contextos de transformación como el actual. Conforme a este planteamiento, la obra se estructura en cinco capítulos.

El estudio en sí se abre con el análisis del estado de la cuestión acerca de cómo la práctica de los tribunales ha sido considerada y ha repercutido en la ciencia jurídica, y desmonta la idea de que la dogmática dirige la práctica jurídica, idea que, en su valoración, se basa en tres tópicos sin fundamento: la dicotomía tajante entre teoría y práctica, la división entre crear y aplicar derecho, y la separación entre lo que hacen los académicos y lo que hacen los jueces. En su opinión, la dogmática colabora con el juez con la formación de principios, categorías y conceptos y su ordenación sistemática y mediante la interpretación, y la jurisprudencia da la medida de la trascendencia real de los aportes de la ciencia jurídica. Hay, así, una retroalimentación entre ciencia teórica y práctica jurídica: ni los jueces deben hacer caso omiso de los avances teóricos, ni los académicos pueden utilizar la jurisprudencia como un mero complemento argumentativo accesorio.

A partir de ahí, se plantea cuál es la premisa que ha de darse para que los tribunales colaboren en la ciencia jurídica, que no es otra que lo que califica como la «creación judicial de derecho», una realidad que puede constatare tanto en el pasado como en la actualidad. Eso sí, no siempre lo crearon los mismos tribunales ni con intensidad similar, lo que muestra en un interesante recorrido histórico a través del papel del juez administrativo y constitucional. En la actualidad, analiza el papel del TS, del TC y del TJUE, a partir de la idea de que la «creación judicial de derecho» en sus niveles más relevantes y complejos es una función propia de los tribunales superiores, con el límite de que exista una regulación suficientemente clara y densa.

El profesor Agudo advierte de que la jurisprudencia creadora de derecho puede ser útil para generar conocimiento jurídico con relevancia científica en los «casos difíciles», porque el vacío o las «deficiencias» del derecho vigente deben cubrirse con una argumentación orientada a satisfacer principios, valores y derechos constitucionales, garantizando, de este modo, una solución a las confusiones, contradicciones o lagunas del orden jurídico, fundamentada e integrada con los valores y principios fundamentales del ordenamiento. En el caso del TS, la base jurídica para esta tarea se localiza en los artículos 9.1 y 103.1 CE, que se refieren al derecho y no solo a la ley, por lo que es incorrecto hacer una interpretación literal reduccionista del artículo 117.1 CE; es más, considera que de la configuración de la casación se extrae la conclusión de que los criterios fijados por la vía del recurso de casación para concretar el derecho son necesariamente derecho y que no requiere la reiteración que afirma el 1.6 CC, reiteración que se considera en las admisiones de la casación aconsejable o conveniente, pero no imprescindible. En el caso del TC, la fuerza vinculante de sus pronunciamientos deriva de los artículos 164 CE, 87.1 LOTC y 5.1 LOPJ; por su propia naturaleza, puede ser altamente creativo, siendo el límite, etéreo, que se base en argumentos jurídico-constitucionales y no meramente políticos; libertad que se muestra a las claras en la práctica del *overruling*, esto es, en las sentencias en que procede a dar validez a una evolución o adaptación de la jurisprudencia o doctrina constitucional previamente fijada. Por último, el TJUE, pese a que los tratados no reconocen la jurisprudencia como fuente del derecho, la labor creativa es innegable y se va pareciendo cada vez más a la de los tribunales constitucionales, sin que en ningún caso se exija reiteración para la creación de doctrina.

Pues bien, para el profesor Agudo, el método de la ciencia jurídico-administrativa ha de aspirar a un proceso de argumentación lógica y material que justifique una solución jurídica racional, razonable y coherente y, por ello, sistematizable. En el estado actual del derecho, en su opinión, el interés de la investigación jurídica se ha de abrir al pensamiento problemático y a la inducción asociados a la función normadora de los altos tribunales. Hay que reconocer que el método inductivo no aspira a una meta semejante a la lógica inductiva, por la sencilla razón de que el proceso epistemológico es distinto. Sin embargo, este método aporta elementos conformadores realistas y suficientes como para dotar de predictibilidad y certeza al sistema jurídico, así como para garantizar la repetibilidad futura de la integración de nuevos casos bajo la comprensión inducida. De esta forma, es posible un pensamiento jurídico que a partir de un pensamiento problemático vaya elaborando progresivamente relaciones conectivas que permitan confeccionar categorías, conceptos y principios generales. Esa sería la base de un sistema posteriormente desarrollado deductivamente. Así, a su juicio, se forjaron los sistemas jurídicos.

La función de los tribunales no es hacer ciencia jurídica. Es más, existe un problema en un sistema jurídico cuando los tribunales asumen de ordinario el papel de generadores de conocimiento jurídico, dirigiendo o tutelando a los juristas académicos, como ocurre en buena medida en la realidad latinoamericana. Pero, en algunos casos, los tribunales dictan sentencias que son un detonante de la generación de nuevos elementos epistemológicos reconfiguradores del sistema jurídico. Al respecto, habla de dos posibles niveles en el protagonismo de los tribunales como «sujetos científicos». El primero se daría cuando dictan una sentencia con pretensiones creativas, epistemológicas y sistemáticas: son lo que llama las «sentencias paradigmáticas», casos difíciles, excepcionales, en que mediante una sola sentencia se dan lugar a cambios que reforman o transforman el sistema jurídico y, por añadidura, modifican el acervo del conocimiento jurídico en la materia (el autor pone ejemplos como los referidos al reconocimiento de la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y su cuenca o a los bienes patrimoniales afectos a un servicio público y por ende inembargables, en la jurisprudencia del TC o al amplio concepto de derecho subjetivo en la del TJUE). El segundo se produce cuando la doctrina asume una labor constructiva a partir de la jurisprudencia. Al respecto, juzga que la tónica de la argumentación de los altos tribunales en España destila, en su opinión, visos de falta de profundidad y, por ello, partiendo de una doctrina jurisprudencial de calidad argumentativa discutible, no es de extrañar que la jurisprudencia pueda requerir de una tarea de depuración y justificación profunda que solo puede corresponder a los académicos.

Para esta tarea, expone y propone un proceso epistemológico en cuatro fases. La primera fase es *preparatoria*: consiste en la determinación del problema jurídico, la selección de sentencias y la identificación de la doctrina jurisprudencial, para la que propone una serie de criterios, como que se trata de una jurisprudencia que afecte a valores, principios o derechos fundamentales, donde habrá de entrar en juego la ponderación, que la normativa aplicable sea confusa, contradictoria, o incompleta, que la cuestión tenga incidencia práctica o que sea susceptible para solucionar otros problemas. La segunda fase es *analítica*, y se refiere a los mecanismos de argumentación para fundamentar y justificar la solución jurídica, partiendo de la idea, a la que ya nos referimos, de que el silogismo judicial y el parámetro de corrección basado en la lógica de los razonamientos a partir de una premisa verdadera es propia de una concepción formalista positivista que no explica la totalidad de la actividad jurisdiccional en el constitucionalismo moderno y cómo actúan los tribunales en los casos difíciles. En general, la argumentación de las sentencias es poco elaborada y omite argumentos que explicarían todo el proceso de fundamentación y justificación, pues suele seguir un iter más propio del método tradicional silogístico y, por ello, de interpretación y aplicación de las normas vigentes. Como consecuencia, las sentencias de

«referencia» muchas veces sorprenden con soluciones jurídicas que no se corresponden con el proceso de fundamentación y justificación seguido. El TS, que no acepta expresamente que su función jurisdiccional incluya la facultad, en casos «difíciles», de crear derecho, sin embargo, lo crea, incluso en contra de sus propias palabras y en contradicción con el proceso argumentativo que a veces sigue en sus sentencias (*eppur si muove*, podríamos decir). Las carencias argumentativas y metodológicas de las sentencias conllevan que deban ser los juristas académicos los que desmenucen la motivación de las sentencias e intenten reconstruir el proceso de argumentación seguido para alcanzar la solución jurídica. La tercera fase es *comparativa*, analizando la proyección del resultado aplicado a supuestos similares y la posibilidad de generalización de la solución jurídica. La cuarta y última fase es *constructiva*, y da lugar a la formación de un principio, concepto o categoría y, en su caso, la formulación de una teoría. Estas cuatro fases siguen un orden lógico, de modo que las últimas deben ser consecuencia de las anteriores. Además, no siempre se completan, pero considera que un trabajo doctrinal a partir de jurisprudencia debe llegar al menos a la segunda. Es esta, en fin, una parte de la obra que reseñamos que se nos antoja de lectura fructífera y apasionante para un investigador vocacional, pues además va acompañada de una aplicación de la metodología a un caso concreto, el de la jurisprudencia del TS sobre los efectos jurídicos de la nulidad de los planes urbanísticos.

El estudio se cierra con una reflexión final sobre la repercusión de la «corroboración judicial» para la renovación del sistema jurídico con base en los avances de la ciencia jurídica, que para los que nos dedicamos a la academia tiene mucho de reflexión «hacia adentro». Es la siguiente. Una cosa es generar conocimiento jurídico y otra cosa es que ese conocimiento pueda ser calificado como ciencia jurídica, estrato en el que los juristas académicos tienen especial protagonismo, pero eso no quiere decir que en esa producción nada tengan que decir los tribunales, pues es distinto generar un conocimiento que por el modo de producción —el método— pueda trascender al sistema jurídico a construir, reformar o hacer evolucionar efectivamente el sistema jurídico, lo que depende de factores institucionales, dado que los avances doctrinales actúan en el marco propositivo y, por eso mismo, de las especulaciones prospectivas. El cambio en el sistema jurídico requiere la fuerza institucional y autoritativa que ostentan los poderes del Estado. Es fundamental, en este sentido, el poder del legislador, pero también puede ser suficiente, y hasta imprescindible, el que le otorga la jurisprudencia de los altos tribunales. Esto se produce de forma inmediata con las sentencias «paradigmáticas», pero no necesariamente con las sentencias «de referencia». Los mecanismos ordinarios para que las nuevas corrientes teóricas lleguen al conocimiento de un alto tribunal son el diálogo larvado entre profesores y jueces y los escritos procesales. La bajada en la influencia de los académicos está influida por factores diversos, como la superación por puras razones biológicas de la

auctoritas de los grandes maestros como el profesor García de Enterría y su generación, o el crecimiento exponencial del número de profesores y la especialización en el estudio de concretos sectores, siendo así que una legislación fragmentaria exige una visión analítica de conjunto. En todo caso, insiste el autor en que la corrección y la profundidad de las teorías de los académicos no tienen una definitiva y completa incorporación al sistema jurídico en tanto en cuanto no se trasladen al derecho positivo. Por eso es tan importante «ese trabajo conjunto —aún inconsciente— entre jueces y académicos. Por eso es fundamental construir sobre la base de los avances jurisprudenciales, propiciando que los jueces observen que sus sentencias son consideradas y abren vías de evolución. Si se produce esa sintonía, tal vez los altos tribunales pudieran estar más dispuestos a escucharnos y corroborar nuestros avances científicos que son, en definitiva, los aportes de la jurisprudencia a la ciencia jurídica y al sistema jurídico».

Emilio Guichot

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0001-8945-4604>