

JORGE AGUDO GONZÁLEZ

DE TRIBUNALES Y CIENCIA JURÍDICA

**Pensamiento problemático,
«creación judicial de Derecho»
y Ciencia del Derecho administrativo**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: DE CÓMO LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES HA SIDO CONSIDERADA Y HA REPERCUTIDO EN LA CIENCIA JURÍDICA	41
I. CONOCIMIENTO TEÓRICO VERSUS CONOCIMIENTO PRÁCTICO: CONSECUENCIAS EPISTEMOLÓGICAS DE LA DISTINCIÓN. REFLEXIONES GENERALES	41
II. ¿QUÉ PAPEL HA JUGADO LA PRÁCTICA JURÍDICA EN LA GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO EN LA CIENCIA DEL DERECHO?	46
III. EVIDENCIAS ACERCA DEL PAPEL QUE SE LE HA VENIDO OTORGANDO A LA PRÁCTICA JURÍDICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICO-DOGMÁTICA	53
1. Inciso: algunas premisas que ratifican y explican por qué y cómo se ha centrado la atención crítica de los teóricos del Derecho sobre la labor de los órganos jurisdiccionales	53
2. Argumentos habituales que apoyan el papel secundario de la jurisprudencia en la generación de conocimiento	55
CAPÍTULO II. LA PREMISA DE LA COLABORACIÓN DE LOS TRIBUNALES EN LA CIENCIA JURÍDICA: LA «CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO»	67
I. LA CONSTATACIÓN DE UNA REALIDAD: LOS TRIBUNALES HAN CREADO Y CREAN DERECHO, AUNQUE NO SIEMPRE LO CREARON LOS MISMOS TRIBUNALES, NI CON INTENSIDAD SIMILAR	69

	<u>Pág.</u>
II. INCISO ACERCA DE LA VISIÓN ASÉPTICA Y SESGADA QUE SE HA ASUMIDO SOBRE LO QUE SIGNIFICA APLICAR NORMAS PREVIA INTERPRETACIÓN DE LAS MISMAS	93
III. SOBRE LA «CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO» EN NUESTRO ORDENAMIENTO.....	97
1. Consideraciones generales con especial referencia al Tribunal Supremo..	97
1.1. Gradaciones o intensidades en la «creación judicial de Derecho». Precedente y jurisprudencia. Base constitucional.....	97
1.2. Fuentes del Derecho y «creación judicial de Derecho» mediante la formación de jurisprudencia	108
2. Apunte sobre la doctrina constitucional como «legislador positivo» y como fuente vinculante de Derecho	120
3. Breve apunte, en esta ocasión, sobre la doctrina del TJUE	128
IV. ¿CUÁNDO LA JURISPRUDENCIA CREADORA DE DERECHO PUEDE SER ÚTIL PARA GENERAR CONOCIMIENTO JURÍDICO CON RELEVANCIA CIENTÍFICA?	132
 CAPÍTULO III. LOS PRESUPUESTOS DEL PROCESO EPISTEMOLÓGICO: LA GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO Y LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO DESDE EL PROBLEMA	 137
I. DE PENSAMIENTO PROBLEMÁTICO —QUE NO EXACTAMENTE DE TÓPICA—.....	137
II. PLANTEAMIENTO DE LAS CONTRARIEDADES DE LA INDUCCIÓN COMO MÉTODO: GRADACIÓN DE LA CORRECCIÓN Y RAZONABILIDAD DE LAS CONCLUSIONES. REFUTABILIDAD	144
1. Reflexiones generales sobre el método de la inducción.....	145
2. Pensamiento problemático e inducción en la ciencia jurídica	150
 CAPÍTULO IV. UN MÉTODO PARA EL PENSAMIENTO PROBLEMÁTICO COMO BASE PARA LA GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO Y LA (RE-)CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO	 161
I. SOBRE LOS «SUJETOS CIENTÍFICOS» ACTIVOS: DE JUECES «O» PROFESORES O DE JUECES «Y» PROFESORES	161
II. CUANDO LOS TRIBUNALES DICTAN JURISPRUDENCIA INCIDIENDO DIRECTAMENTE EN EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO.....	175
1. Cuando el protagonismo lo asume directamente un alto tribunal.....	176
1.1. El supuesto de las sentencias «paradigmáticas».....	176
1.2. Algunos ejemplos de jurisprudencia paradigmática	181

	Pág.
2. Cuando los juristas académicos «construimos jurisprudencia» —con pretensiones científicas—.....	205
3. El proceso epistemológico. La labor de la doctrina científica en la construcción sistemática del Derecho a partir de la función creativa de los tribunales	208
3.1. Fase 1. La determinación del problema jurídico, la selección de sentencias y la identificación de la doctrina jurisprudencial	208
3.2. Fase 2. Los mecanismos de argumentación para fundamentar y justificar la solución jurídica.....	251
3.3. Fase 3. La comparabilidad del resultado aplicado a supuestos similares y la generalización de la solución jurídica	284
3.4. Fase 4. La trascendencia científico-jurídica del proceso epistemológico previo.....	301
 CAPÍTULO V. REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA REPERCUSIÓN DE LA «CORROBORACIÓN JUDICIAL» PARA LA RENOVACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO CON BASE EN LOS AVANCES DE LA CIENCIA JURÍDICA.....	 307
 BIBLIOGRAFÍA.....	 321

INTRODUCCIÓN¹

1. Las cuestiones que quiero abordar en este estudio están relacionadas con dos temas clave del Derecho en general, y del Derecho público, y más específicamente, del Derecho administrativo, en particular. La primera y fundamental tiene que ver con la comprensión de lo que sea el Derecho como un fenómeno normativo e institucional en el que se funde el orden jurídico-positivo y la realidad práctica. La segunda guarda relación con el modo de aprehensión del conocimiento a partir de esa amplia realidad, dando lugar a un saber calificado como supuestamente científico. Particularmente, *grosso modo*, pretendo ahondar en los modos de «pensamiento jurídico» como estructuradores de métodos para generar conocimiento. Lo pretendo hacer en una vertiente poco explorada como es la que conecta la producción de conocimiento jurídico —insisto, que pueda ser calificado como «científico»— y la praxis de los órganos jurisdiccionales. Se trata, en definitiva, de «quitar la máscara» sobre algunas falsas convicciones y enterrar algunos tópicos y mitos sobre la incidencia de la actividad de los altos tribunales en la evolución de la ciencia jurídica.

Este planteamiento supone contrastar dos formas de pensamiento jurídico como eventuales fuentes idóneas para la generación de conocimiento con valor científico. La primera, aquella que tradicionalmente se imputa a la labor de los investigadores del Derecho. La segunda, aquella otra que ordena el ejercicio de la función jurisdiccional. En este sentido, es muy útil recurrir a la cita de Nicolai Hartmann para distinguir entre el modo de «pensar sistemático-constructivista»

¹ Aprovecho para agradecer a los profesores Eduardo Melero Alonso y Héctor Iglesias Sevillano el haber revisado el texto y haberme aportado sugerentes consideraciones para su mejora.

—el «propio» del científico del Derecho— y el modo de «pensar problemático» —característico de los órganos judiciales—².

La forma en que estos dos modos de «pensar» seleccionan, abordan y resuelven las cuestiones jurídicas que permiten avanzar en el acervo del conocimiento son diferentes. Aplicado al Derecho, el modo de pensar sistemático parte de una concepción —que es más bien una presunción fácilmente refutable— de coherencia y completud del orden jurídico, y es desde él que se seleccionan los problemas «estrictamente jurídicos» que son resueltos con juicios determinantes que van de la regla al caso con base en un planteamiento eminentemente lógico-deductivo. El contenido del problema que no se concilia con el sistema jurídico se rechaza y se considera como una cuestión falsamente planteada; sencillamente, ni siquiera se considera como una cuestión jurídica que merezca atención. Hoy no creo que haya ni un solo jurista serio que admita ambos presupuestos —coherencia y completud—, pero llama poderosamente la atención que esta forma de «pensar en Derecho» siga siendo considerada como la forma principal de generar todo conocimiento que merezca el calificativo de científico. La seducción del sistema como orden unitario, coherente y autorreferente es aquí determinante. En definitiva, a pesar del fracaso de las premisas, se insiste en confiar en el mismo método.

Frente al pensamiento lógico-deductivo, el pensamiento problemático afronta las cuestiones de naturaleza jurídica con otros presupuestos. Indaga esas cuestiones con base en el planteamiento de preguntas concretas. Esos interrogantes se corresponden con supuestos problemáticos determinados para los que se procura una solución jurídica. Equívocamente se ha entendido que para el pensamiento problemático lo relevante es dar solución a esos problemas, de modo que el Derecho no sería más que una suma de soluciones a problemas. Lo importante para esta forma de pensar jurídico sería suministrar buenos argumentos que permitan resolver el problema planteado —buenos juicios reflexivos que nos conduzcan a la solución del caso y, en última instancia, a la formación de la regla—. Sin embargo, esta apreciación no es del todo cierta o solo lo es parcialmente. Esa percepción está dominada por la desacreditación generada por la enorme persuasión del modelo científico positivista en contra de la retórica y, por conexión, en contra de la tópica, a la que se ha equiparado *in totum* con el pensamiento problemático, lo que, de nuevo, es otro error. El pensamiento problemático o aporético no concibe al Derecho como una suma de problemas, sino como una suma de soluciones con interrelación de sentido que, gracias a su orientación teleológica, permiten lograr una unidad integrada y ordenada³. Habilita a sobreponerse al sistema para avanzar y reformularlo, en una suerte de

² N. HARTMANN (1964).

³ El pensamiento problemático indaga críticamente sobre problemas irresueltos o resueltos erróneamente por el constructivismo y procura su instalación sistemática. De hecho, busca el encaje razonable con el resto de las piezas de un sistema que, a diferencia de los postulados del pensamiento lógico-sistemático, ni está preconcebido, ni se conoce de antemano, sino que se va conformando según se consolidan las nuevas teorías que proporcionan resultados a las preguntas formuladas (N. HARTMANN, 1964: 8 y 17-18).

progresión por acumulación que hace que el sistema permanezca y evolucione al mismo tiempo. Sistemática y pensamiento problemático no son, por tanto, irreconciliables o incompatibles.

El rechazo —yo diría casi desprecio— de la tópica en la ciencia jurídica es la consecuencia del triunfo de una —única— forma de hacer ciencia jurídica. En la cultura del Derecho continental romano-germánica, del *civil law*, ese rechazo se reeditó tras la sugerente obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*⁴. Los maximalismos de Viehweg sobre la noción de sistema axiomático y acerca del papel de la lógica en la argumentación jurídica contribuyeron a que la tópica en particular, y todo el pensamiento problemático en general, cayera en el ostracismo académico. A mi juicio, esto está muy vinculado con el mal entendimiento general sobre cómo se ha construido y cómo evoluciona el conocimiento jurídico. Tomando la parte por el todo, vertimos sobre el pensamiento problemático los prejuicios que el pensamiento sistemático dirigió a la tópica. El siguiente paso es fácilmente deducible: todo operador jurídico que emplease esta forma de pensamiento jurídico —y esto incumbe fundamentalmente a jueces y tribunales, y no digamos ya si de un profesor académico se tratara— estaría utilizando un tipo de razonamiento con una finalidad contingente y, por ello, inválida para generar un conocimiento perdurable, generalizable, verificable..., esto es, en definitiva, un conocimiento que mereciera el calificativo de «científico».

Detrás de estas conclusiones hay varios tópicos jurídicos —nunca mejor dicho—. Va de suyo que no pretendo alabar la tópica tal cual ha sido —a mi juicio— habitualmente malinterpretada. Mi propósito es mostrar que la ciencia jurídica no solamente no ha funcionado como hemos creído que lo ha hecho 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 retrospectiva, 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 sistema⁵. Cosa distinta es que los científicos del Derecho nos hayamos encargado de ir obviando u ocultando esa realidad por el malentendido de

⁴ T. VIEHWEG (1964). Sin perjuicio de la trascendencia de Viehweg, la revitalización de la tópica se atribuye a Giambattista VICO. En el discurso inaugural de la Real Academia del Reino de Nápoles en 1708, dedicó al Rey Carlos III su obra titulada *De nostri temporis studiorum ratione*. En ella Vico expone los diversos métodos de estudio. Diferencia los *scientiarum instrumenta* o métodos científicos, los *scientiarum adiumenta* o medios auxiliares de estudio y, por último, los *scientiarum finis* o fines perseguidos con el estudio. Dentro de los *scientiarum instrumenta* incluye el método retórico o tópico.

⁵ Esta percepción está en Viehweg de forma diseminada, pero palpable, al igual que ya estaba en G. Vico. El mérito de Vico fue identificar tempranamente la necesidad de intercalar la tópica en el incipiente método científico cartesiano. Véase al respecto J. VALLET DE GOYTISOLO (1976: 126 y ss.). De hecho, a un crítico de la tópica como C.-W. CANARIS (2023: 37 y ss. y 147) no le quedó más remedio que admitir «la recíproca complementación e interpenetración entre el pensamiento sistemático y el tópico».

creer que con ello contribuíamos a reivindicar que la Ciencia del Derecho es una «Ciencia» con mayúsculas.

Esa forma de concebir la ciencia jurídica y el Derecho, esa dependencia del *iuspositivismo* y del método lógico-deductivo, ha sido verdaderamente exitosa y fructífera, esto no se puede negar. Esa ficción también explica una serie de ideas fuerza que dominan el entendimiento de qué es, cómo se hace y quiénes generan saber jurídico calificable como científico: *i)* La primera es una consecuencia casi obvia: es la idea que hace permanente la distinción entre saber teórico y saber práctico o entre pensamiento susceptible de generar conocimiento científico y pensamiento práctico y aplicativo válido para resolver problemas o conflictos jurídicos concretos; *ii)* La segunda tiene que ver con la identificación del objeto de trabajo de cada uno de esos saberes con una parte de la realidad jurídica —lo que tiene que ver con el Derecho positivo y la estructuración del ordenamiento jurídico *versus* lo relacionado con la práctica jurídica y la resolución de casos—; *iii)* Una tercera idea fuerza es la que limita los fines de cada saber en función de ese reparto de objetos de trabajo —construir sistema *versus* resolver controversias impartiendo justicia en el caso concreto—; y *iv)* Por último, y consecuencia de lo anterior, la idea que mantiene una división del trabajo entre los juristas, atribuyendo al jurista académico el monopolio de la generación de conocimiento teórico con validez «atemporal», mientras que a los jueces les correspondería afrontar una praxis casuística dando solución a problemas jurídicos para casos concretos y en un momento determinado.

2. El origen de esa concepción del pensamiento jurídico y, por extensión, del Derecho mismo, encuentra su fuente en las aspiraciones de los juristas en lograr la vitola de ciencia para el saber jurídico. Esas pretensiones han estado fuertemente condicionadas por la imitación y dependencia del «monismo metodológico» resultado de la revolución científica y, más concretamente, de la progresiva hipóstasis del «único método» para la «Ciencia»⁶.

La Teoría de la Ciencia moderna cambiaría las bases de la generación del saber a partir de la renovación de la metodología aristotélica. La consideración de un «saber» como una auténtica Ciencia desde la revolución científica —desde Galileo a Newton, pasando por Descartes—, se haría depender de la generación de conocimientos resultado de una investigación basada en condiciones y criterios de una especial fiabilidad. Primero el propio de la física y, posteriormente, el de las ciencias naturales, se concebiría como un proceso epistemológico basado en procedimientos hipotético-deductivos de base experimental que operarían a partir de la observación empírica y la enunciación matemática, dirigidos a la

⁶ Lo que se presenta en muchas ocasiones como el método científico estandarizado —el método hipotético-deductivo—, en realidad, no existe como tal. A. DIÉGUEZ (2024: 17 y 25) explica que esa afirmación es una reconstrucción filosófica idealizada e hipostasiada que oculta la variedad de métodos de las ciencias puras y naturales. Aquí se manejará esa idea por su influencia en la evolución de la Ciencia del Derecho.

formulación de leyes causales, cuando no, en un estadio más elevado, a la enunciación de teorías universales susceptibles de verificación.

Sin embargo, las «ciencias del espíritu», y sobre todo el Derecho, son un tipo de «ciencia» que nada tienen que ver con las ciencias exactas y, además, tampoco tienen por objeto hechos controlables experimentalmente. No puede decirse en puridad que estas ciencias posean una fuente de conocimiento susceptible de abstracción y universalización. Su objeto son fenómenos sociales y, por ello, normativos, económicos, culturales e históricos, cuya explicación solo puede fundarse en su *interpretación y comprensión*. Esas particularidades de las «ciencias del espíritu» no fueron óbice para proferir y defender una epistemología propia, gracias a la cual se fue forjando un halo de cientificidad que, paradójicamente, solo se explicaría por la interiorización de metodologías comparables a las de las ciencias básicas y aplicadas. El trasfondo que se infiere de esa actitud, luego acentuada en el mundo jurídico por el *iuspositivismo*, fue trasladar la idea de que los métodos empleados en la ciencia jurídica no eran tan distintos y podían ser igualmente fiables y tan fructíferos como los de las ciencias físicas y naturales⁷. No ha sido, ni es posible hoy en día, entender la racionalidad del Derecho sin tener en cuenta el influjo positivo, constructivo, de las ciencias exactas y experimentales. Desde la Pandectística, la Escuela Histórica, la jurisprudencia de conceptos y, en general, todo el constructivismo subyacente⁸, así como desde el normativismo *kelseniano*⁹, el paradigma positivista de la ciencia subyace y permanece como modelo de racionalidad.

El *positivismo jurídico* es el responsable de la visión contemporánea del Derecho como ciencia: la *Rechtswissenschaft* designa a la Dogmática, o «Jurisprudencia» orientada al Derecho positivo, como la más depurada manifestación de la racionalidad epistemológica del Derecho. La dogmática se ha complacido de ser una fuente de conocimiento sistemático del Derecho mediante un método basado en la interpretación, la explicación, la reformulación categorial y conceptual de los textos normativos y, en definitiva, la sistematización de la realidad jurídica. En este sentido es bien conocida la afirmación de H. J. Wolff según la cual «*la ciencia jurídica es sistemática o no es*».

Esa autoconcepción de la epistemología jurídica ha sido tan sugestiva y fructífera que ha rechazado cualquier «crisis de cientificidad»¹⁰, hasta el punto de

⁷ Bajo esta pretensión subyace un complejo de inferioridad. En palabras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1964: 22): «No es poco librar al Derecho como ciencia de esa suerte de complejo de inferioridad que ha venido padeciendo desde que el mundo moderno perfeccionó las ciencias físicas o axiomáticas».

⁸ En este sentido, muy recomendable el trabajo de A. VON BOGDANDY (2009).

⁹ La teoría *kelseniana* (H. Kelsen, 1982: 83 y ss.) es, sin duda, la teoría más contundente en el entendimiento de la ciencia jurídica como una ciencia cuyo objeto exclusivo es el Derecho positivo.

¹⁰ K. LARENZ (2010: 26) no duda en afirmar las limitaciones del conocimiento dogmático y de su valor cognoscitivo propio. Ahora bien, esto no le impide decir que «la Jurisprudencia es de hecho una ciencia (y no solo una tecnología, aunque *también* sea eso), porque ha desarrollado