

Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas

Gabriel Doménech Pascual
Universitat de València

Sumario

Hay numerosas ideas teóricas que, a pesar de haber sufrido justas críticas por no resolver satisfactoriamente ciertos problemas jurídicos, se afirman de manera inconcusa y se tienen por innegables durante largo tiempo por la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. El presente estudio pretende esbozar una teoría general de estas ideas. Tras exponer con cierto detalle algunos casos paradigmáticos extraídos del Derecho público español, describir las clases más relevantes de teorías jurídicas defectuosas y poner de manifiesto sus defectos típicos, el trabajo trata de explicar cómo y por qué éstas nacen, se consolidan y persisten a pesar de sus notables imperfecciones, y señala las consecuencias negativas que su persistencia puede tener.

Abstract

Despite having received harsh criticism for not resolving certain legal problems, some theoretical ideas persist and are accepted for a long time by most legal scholars and courts. The present study aims to outline a general theory of these ideas. After exposing in some detail some paradigmatic cases from Spanish public law, this paper describes the most relevant types of defective legal theories, highlights their typical defects, tries to explain how and why these theories emerge, consolidate, and persist despite their notable imperfections, and points out the negative consequences that such persistence may have.

Title: Birth, consolidation, and persistence of defective legal theories.

Palabras clave: metodología del Derecho, doctrina de los autores, responsabilidad patrimonial de la Administración, reglamentos ilegales, discrecionalidad, relaciones especiales de sujeción.

Keywords: legal methodology, legal theories, choice theory, legal scholarship, state liability, unlawful regulations, administrative discretion.

1.2024

Recepción
19/10/2023

-

Aceptación
20/11/2023

-

Índice

-

1. *Introducción*

2. *Algunos ejemplos*

- 2.1. La responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas
- 2.2. La nulidad de los reglamentos ilegales
- 2.3. La distinción entre potestades discrecionales y potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados
- 2.4. Las relaciones especiales de sujeción

3. *Concepto y clases de teorías jurídicas*

4. *Defectos de las teorías jurídicas*

- 4.1. Naturaleza de los defectos
- 4.2. Alcance de los defectos

5. *Teorías jurídicas defectuosas persistentes, dogmas y mitos*

6. *Nacimiento y consolidación de las teorías jurídicas defectuosas*

- 6.1. Un fenómeno progresivo
- 6.2. Un fenómeno frecuentemente asociado a procesos de cambio social, político o jurídico
- 6.3. Circunstancias influyentes en el nacimiento y consolidación de las teorías jurídicas defectuosas (remisión)

7. *Persistencia de las teorías jurídicas defectuosas*

- 7.1. Causas de la persistencia
 - a. Utilidad de la teoría
 - a.1. Utilidad científica
 - a.2. Utilidad práctica
 - a.3. Valor estético
 - a.4. Utilidad ideológica
 - a.5. Utilidad profesional académica
 - a.6. Utilidad profesional extraacadémica
 - b. Sesgos cognitivos
 - c. Comportamientos gregarios
 - c.1. Causas: cascadas informativas y presiones sociales
 - c.2. Efectos de los comportamientos gregarios sobre las teorías jurídicas defectuosas
 - d. La relevancia de los artífices de las teorías
 - d.1. Un mundo de superestrellas
 - d.2. El efecto Mateo
 - d.3. El efecto bloqueador de las superestrellas
 - e. Un ecosistema académico poco propicio para la crítica
 - f. Falta de evidencia empírica
 - g. Deficiente comunicación entre la doctrina académica y la jurisprudencia
- 7.2. Efectos nocivos de la persistencia

8. *Bibliografía*

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción^{1*}

Hay numerosas ideas teóricas de gran relevancia que, a pesar de haber sufrido justas y duras críticas por no explicar adecuadamente la realidad ni resolver satisfactoriamente ciertos problemas de índole jurídica, se afirman de manera inconcusa y se tienen por innegables durante décadas por la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. La lista es larga. Piénsese, a título ilustrativo, en: algunas de las consecuencias jurídicas tradicionalmente asociadas a las categorías de la nulidad y la anulabilidad²; la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo³; la tesis de que una mayor especialización judicial siempre es beneficiosa⁴; la afirmación de que las circulares, instrucciones y órdenes de servicio no son normas jurídicas reglamentarias y, por lo tanto, no son impugnables a través del recurso directo contra reglamentos⁵; la idea de que las Administraciones públicas deberían ejercer la acción de regreso y, en general, exigir responsabilidad civil a sus empleados por los daños que éstos les hayan causado negligentemente en el desempeño de sus cargos⁶; la teoría de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias⁷, etc.

El presente estudio pretende esbozar una teoría general de estas ideas averiadas. Tras exponer con cierto detalle y a modo de ejemplo algunos casos paradigmáticos extraídos del Derecho

^{1*} Este artículo se ha elaborado al amparo de los proyectos de investigación PROMETEU/2021/009 y PID2019-108745GB-I00, financiados respectivamente por la Generalitat Valenciana y el Gobierno de España. Una versión de este texto fue presentada y discutida en la sesión del Seminario de Teoría y Método del Derecho Público celebrada en la Universidad de Oviedo el 27 de mayo de 2022. Agradezco al profesor Alejandro Huergo la invitación, y a él, a los profesores Javier García Luengo, José María Rodríguez, Luis Arroyo, Silvia Díez, Alba Nogueira, Andrés Boix, Lorenzo Cotino, Adrián Todolí, Enric Bataller, Carlos Amoedo, Mercè Darnaculleta, Juli Ponce, Luis Medina, Oriol Mir, Albert Ituren, Borja López-Jurado, Claudia Gimeno, Jorge García-Andrade, Flavio Quezada, Dolores Utrilla, Rafael Caballero, Manuel Rodríguez, Gustavo Díaz y Pedro Herrera Molina y a dos revisores anónimos sus valiosas críticas. Los errores subsistentes son exclusivamente imputables al autor. Algunas partes del texto constituyen una reelaboración de ideas contenidas en trabajos anteriores: «Que innoven ellos», InDret 2/2016; «La persistencia de los dogmas en el Derecho público español», Almacén de Derecho, 2 de febrero de 2022.

² Vid. las críticas de, entre otros, SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, 1972; BELADIEZ ROJO, «Nulidad y anulabilidad. Su alcance y significación», *Revista de Administración Pública*, 133, 1994, pp. 155-187; DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 95-99; GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, 2002, pp. 305-310; REBOLLO PUIG, «La nulidad en Derecho Administrativo: consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales», *Justicia Administrativa*, 44, 2009, pp. 5-39; TARDÍO PATO, «Los efectos *ex tunc* de la anulabilidad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 184, 2017, pp. 75-107; CANO CAMPOS, «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», *InDret*, 4/2017, pp. 10-19.

³ Vid. las críticas de GÓMEZ DÍAZ, *La legitimación en el proceso contencioso administrativo*, Iustel, 214; MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, 2016. A favor de la distinción, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «A vueltas con los intereses legítimos: formación y sentido actual», *Revista de Administración Pública*, 220, 2023, pp. 147-180.

⁴ DOMÉNECH PASCUAL/MORA-SANGUINETTI, «El mito de la especialización judicial», *InDret*, 1/2015.

⁵ Vid., por todos, MOROTE SARRIÓN, *Las circulares normativas de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, 2002; MELERO ALONSO, *Reglamentos y disposiciones administrativas*, Lex Nova, 2005, pp. 292-297.

⁶ DOMÉNECH PASCUAL, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, pp. 103-159.

⁷ HERRERA MOLINA/TANDAZO RODRÍGUEZ, «La doctrina de las teorías jurídicas defectuosas y su aplicación al Derecho Financiero y Tributario», *Revista Técnica Tributaria*, 140, 2023, pp. 1-16.

público español, describir las clases más relevantes de teorías jurídicas defectuosas y poner de manifiesto sus defectos típicos, el trabajo trata de explicar cómo y por qué muchas de estas teorías nacen, se consolidan y perpetúan a pesar de sus notables imperfecciones, y señala las consecuencias prácticas negativas que su perpetuación puede tener.

2. Algunos ejemplos

2.1. La responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas

Gracias a la extraordinaria influencia de GARCÍA DE ENTERRÍA y su escuela, la gran mayoría de los autores y prácticamente todos los jueces españoles han venido afirmando desde hace más de cuarenta años que la responsabilidad patrimonial de la Administración es y *debe ser* objetiva⁸. Así se ha interpretado el precepto legislativo que desde 1954 dispone que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que ésta sea «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»⁹. Esto significa, de acuerdo con el significado que comúnmente se atribuye a la expresión «responsabilidad objetiva», que la Administración responde por los daños que haya causado, con independencia de que su actuación fuera diligente o negligente, es decir, con independencia del nivel de cuidado que hubieran adoptado las personas cuya conducta le es imputable¹⁰.

Sin embargo, aquí existe una falta de correspondencia sistemática y profunda entre la teoría y la realidad. La discordancia se da también en la jurisprudencia, entre lo que nuestros tribunales dicen hacer y lo que realmente hacen, entre los argumentos que dan para motivar sus decisiones y el contenido de éstas. Salvo en muy contadas ocasiones, a pesar de reproducir una y otra vez la doctrina expuesta, aplican, *de facto*, una regla de responsabilidad por culpa: sólo condenan a la Administración cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso o anormal del correspondiente servicio público, cuando se ha omitido el cuidado exigible¹¹.

Para introducir de tapadillo esta regla, los tribunales españoles se sirven de varios artificios, manipulaciones y eufemismos argumentativos¹². Un truco muy socorrido consiste en ocultar la regla de la responsabilidad por culpa bajo la máscara del requisito del nexo causal: si el servicio público funcionó normalmente, si la Administración adoptó las debidas medidas de precaución, se declara que el daño sufrido por la víctima no fue causado por dicho funcionamiento¹³. Otras veces, simplemente se dice que el criterio de la objetividad ha de «modularse» en casos como el enjuiciado, sin ofrecer una razón que justifique convincentemente por qué hay que hacer allí una

⁸ Vid., por todos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 216, 2021, pp. 169-186.

⁹ Vid. el art. 121 de la [Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa](#) (equivalente al art. 32.1 de la [Ley 40/2015, de 2 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público](#)).

¹⁰ Cfr. RUBÍ PUIG/SALVADOR CODERCH «Responsabilidad objetiva», en SALVADOR/RAMOS/GÓMEZ/RUBÍ/LUNA/MILÀ, *Derecho de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, InDret, 2023, pp. 148 y 149.

¹¹ MIR PUIGPELAT, «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, 2008, pp. 629-652.

¹² LETELIER WARTENBERG, «La falta de servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, 23, 2001, pp. 63-79; MEDINA ALCOZ, «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, 2012, pp. 153-181.

¹³ Vid., por ejemplo, la STS de 19 de junio de 1998 ([ECLI:ES:TS:1998:8602](#)).

excepción¹⁴. La estrategia más frecuentemente utilizada, no obstante, consiste en recurrir a la «antijuridicidad del daño»: si el servicio público funcionó normalmente, si se adoptaron las medidas de cuidado exigibles, se estima que la víctima tiene el «deber de soportar» el daño sufrido¹⁵, que, por ende, no sería «antijurídico» ni, en definitiva, resarcible¹⁶.

Hace ya más de dos décadas que este «dogma» comentó a recibir duras críticas¹⁷. Resulta significativo que las más demoledoras procedieran inicialmente de un *outsider* (catedrático de Derecho civil)¹⁸ y, posteriormente, de un joven doctorando¹⁹, ambos especialistas en Derecho de daños y con buenos conocimientos de Derecho comparado. Ni esta responsabilidad es en la práctica objetiva ni conviene que lo sea, salvo en casos excepcionales. Hay sólidas razones para estimar que la responsabilidad por negligencia debería ser la regla general; y la responsabilidad objetiva, la excepción. Sin embargo, a pesar de que esta postura cuenta cada vez con más adeptos y de que el propio GARCÍA DE ENTERRÍA vino a adherirse a ella en un memorable *mea culpa*²⁰, la mayoría de los juristas españoles sigue recitando el mantra de la responsabilidad objetiva, casi siempre de un modo mimético y acrítico, sin detenerse a considerar las razones que se han esgrimido a su favor y, sobre todo, en su contra.

Algunos autores han tratado de «salvar» la doctrina tradicional frente a las críticas por la vía de dar a la expresión «responsabilidad objetiva» un significado distinto del que se le da habitualmente en el Derecho de daños. LEGUINA VILLA, por ejemplo, ha estimado que la responsabilidad no deja de ser objetiva por la circunstancia de que, por lo general, la Administración sólo responde cuando se ha producido un «funcionamiento objetivamente culpable del servicio público, aquel que se sitúa por debajo de los niveles legales o socialmente exigibles»; la responsabilidad es objetiva porque, para que surja, no es necesaria la concurrencia de dolo o culpa en los agentes de la Administración²¹. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, por su parte, afirma que «lo que realmente añade la calificación de nuestro sistema como de responsabilidad objetiva... [es el desplazamiento] de la carga de la prueba. La víctima no tiene ya que probar que

¹⁴ Vid., por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 2018 ([ECLI:ES:TS:2018:1084](#)).

¹⁵ En la expresión de los arts. 32.1 y 34 de la Ley 40/2015.

¹⁶ Vid., por ejemplo, la STS de 10 de diciembre de 2008 ([ECLI:ES:TS:2008:6820](#)).

¹⁷ Vid., entre otros, PANTALEÓN PRIETO, «Los anteojos del civilista. Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994, pp. 239-254; ÍDEM, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, pp. 167-191; MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, Civitas, 2002; MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, 2005; ÍDEM, «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, 2012, pp. 153-181; ÍDEM, «El problema de la culpa en el Derecho de Daños», en Letelier (coord.), *La falta de servicio*, Abeledo Perrot, 2012, pp. 363-456; CHECA GONZÁLEZ, «La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es, en todo caso, objetiva», *Nueva Fiscalidad*, 2, 2021, pp. 19-72; ESTEVE GIRBÉS, «El mito de la responsabilidad objetiva global de la Administración pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 57, 2021, pp. 43-71; DOMÉNECH PASCUAL, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia», *Revista de Administración Pública*, 219, 2022, pp. 59-106.

¹⁸ PANTALEÓN, en sus obras citadas en la nota anterior.

¹⁹ MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, Civitas, 2002.

²⁰ En su prólogo a la obra de MIR PUIGPELAT citada en la nota anterior.

²¹ LEGUINA VILLA, «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 136, 2007, pp. 669-681.

el agente de la Administración actuó irregularmente... Será, pues, la Administración quien deba probar, si quiere eludir su responsabilidad, que el servicio público funcionó correctamente»²².

Semejantes ardidés conceptuales resultan cuestionables, pues generan malentendidos y dificultan la comunicación de los iuspublicistas españoles con el resto de la academia, española y extranjera²³.

2.2. La nulidad de los reglamentos ilegales

El artículo 47.2 de la [Ley de Procedimiento Administrativo de 1958](#) dispuso que serían nulos de pleno derecho los reglamentos contrarios a las leyes. Algunos autores sostuvieron que esta consecuencia se predicaba sólo de los reglamentos cuyo contenido fuera ilegal. Los elaborados a través de un procedimiento defectuoso, en cambio, podían ser nulos, anulables o incluso válidos, de acuerdo con las mismas reglas establecidas por el legislador para los actos administrativos singulares²⁴.

GARCÍA DE ENTERRÍA, por el contrario, defendió que todas las ilegalidades de los reglamentos determinaban siempre su nulidad, es decir, su invalidez absoluta y perpetua²⁵. Argumentaba, por un lado, que, si los reglamentos fueran anulables, sólo podrían ser impugnados durante un determinado plazo, transcurrido el cual se harían indiscutibles y sus efectos jurídicos se convalidarían. Esto conduciría al absurdo de que, expirado aquel plazo, el reglamento que infringe una ley tendría que prevalecer sobre ésta, que a partir de entonces quedaría privada de efecto. En adelante, el juez debería aplicar el reglamento ilegal e inaplicar la ley. Las leyes podrían ser derogadas por una simple disposición administrativa, lo que violaría el principio de jerarquía normativa. Por otro lado, también advertía que las irregularidades de los reglamentos revisten mayor gravedad que las de los actos singulares como consecuencia de que la aplicación de aquéllos da lugar a una serie de actos que serían asimismo ilegales. La ilegalidad de una disposición general tiene un efecto multiplicador²⁶.

El problema de ambos argumentos es que sólo valen para los reglamentos de contenido ilegal, pero no para los viciados en su procedimiento. Que un reglamento elaborado ilegalmente se vuelva inatacable al cabo del tiempo no implica que la ley infringida siga teniendo vigencia y deba ser observada para elaborar nuevos reglamentos. Por otro lado, los vicios de procedimiento de una disposición administrativa no tienen por qué implicar la ilegalidad de los actos dictados en su aplicación, que pueden ajustarse perfectamente a Derecho en todos sus aspectos.

²² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *RAP*, 216, 2021, p. 184.

²³ MIR PUIGPELAT, «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, 2008, pp. 629-652.

²⁴ GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo. T. III. La Justicia administrativa*, IEP, 1963, pp. 78-81; BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, Civitas, 1996, pp. 388 y ss.; ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho administrativo*, Tecnos, 1999, t. I, pp. 124 y ss.; DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, 2002.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *Revista de Administración Pública*, 29, 1959, pp. 167-169.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, 2002, t. I.

El Tribunal Supremo acogió la primera interpretación hasta 1999, momento en el que cambió de postura sin explicar las razones del cambio. Con algunos matices e inconsistencias, el Tribunal considera desde entonces que todas las ilegalidades de los reglamentos los hacen nulos. Además, deduce de esta nulidad consecuencias jurídicas que no están previstas explícitamente por la legislación española, a saber: (i) la declaración de nulidad del reglamento tiene efectos retroactivos, lo que deja sin cobertura a todos los actos dictados en su aplicación, sin perjuicio de que algunos no puedan ser revisados por haber adquirido firmeza; y (ii) no cabe subsanar las normas reglamentarias que padecen defectos de procedimiento, ni conservar los trámites que en su día se emplearon para elaborarlas; si la Administración decide aprobar un nuevo reglamento en sustitución del anterior defectuoso, debe «comenzar desde cero» y tramitar enteramente un nuevo procedimiento²⁷.

Esta jurisprudencia ha conducido a una situación extremadamente insatisfactoria en relación con algunos reglamentos: los planes urbanísticos. El elevadísimo número de trámites que hay que realizar para aprobarlos y la extraordinaria complejidad de las disposiciones legales que los regulan hacen no sólo que los correspondientes procedimientos se prolonguen durante años o incluso décadas, sino también que resulte muy fácil incurrir en alguna ilegalidad al tramitarlos, máxime si los tribunales interpretan de manera sumamente «quisquillosa» y «creativa» dichas disposiciones, como de hecho ha ocurrido.

El resultado es que estos planes, que deberían gozar de una elevada estabilidad, por cuanto determinan el éxito o fracaso de inversiones de una gran relevancia, sufren una alarmante mortandad, que tiene unas consecuencias prácticas devastadoras con arreglo a la jurisprudencia expuesta: cualquier vicio del plan provoca su nulidad absoluta, sin posibilidad de subsanarlo o aprovechar los trámites empleados en su elaboración; la Administración tiene que volver a tramitar enteramente un procedimiento en el que hay que invertir ingentes recursos; mientras tanto, todos los instrumentos de planeamiento y actos jurídicos aprobados a su amparo quedan en principio sin cobertura, lo que deja en el aire cuantiosas inversiones y menoscaba importantes intereses legítimos.

En esta historia se han producido varias discordancias. La nulidad de los reglamentos ilegales quedó literalmente fijada en la legislación española en atención a sus vicios de contenido, falta de publicación e incompetencia, en un momento en el que prácticamente no existía un procedimiento legalmente establecido para elaborarlos. Después de que éste se introdujera en 1958 y comenzaran a impugnarse normas reglamentarias aquejadas de vicios de procedimiento, los tribunales se apartaron de la letra de la ley y los sancionaron, *de facto*, con diversas consecuencias jurídicas, en aplicación de las reglas previstas para los actos administrativos: nulidad, anulabilidad, validez, etc.

Durante cuarenta años, la escuela académica que se convertiría en abrumadoramente hegemónica presentó como un dogma una solución que no se correspondía con la jurisprudencia a la sazón vigente. En 1999, el Tribunal Supremo dio un giro y comenzó a aplicar –con algunos

²⁷ Vid., por todos, LÓPEZ RAMÓN, «La calificación de los vicios de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 205, 2018, pp. 13-48; ÍDEM, «La invalidez de reglamentos y planes entre la interpretación y la reforma», *Revista de Administración Pública*, 214, 2021, pp. 57-98; DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, 2002; ÍDEM, «Sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sus vicios y su control judicial», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 5, 2022, pp. 73-114.

matices– el referido dogma, deduciendo de él ciertas consecuencias jurídicas no contempladas por el legislador. En la última década, cuando todos hemos podido comprobar los desastrosos resultados prácticos a los que conduce esta jurisprudencia en el ámbito urbanístico, numerosas voces se han levantado criticándola²⁸. Resulta llamativo que la hayan cuestionado incluso profesores que vienen (¡y siguen!) defendiendo el dogma de la nulidad en sus manuales desde años o incluso décadas²⁹. Esta polémica sectorial ha dado pie, además, a que se haya puesto en duda dicha teoría en relación con los reglamentos en general, no sólo en el ámbito urbanístico³⁰. Las críticas, sin embargo, han tenido escaso éxito. El Tribunal Supremo apenas ha rectificado un ápice su posición.

2.3. La distinción entre potestades discrecionales y potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados

Uno de los grandes pilares de la teoría tradicional –dominante en España desde hace décadas– del control judicial de la discrecionalidad administrativa consiste en distinguir las potestades discrecionales de las potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados, que aluden a «una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados» en el enunciado de la ley, pero que «admite ser precisada en el momento de la aplicación» de la norma legal³¹.

Las primeras potestades permiten «optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho», de manera que «el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa... es necesariamente justa»³². Las segundas, en cambio, son plenamente fiscalizables por el juez, que puede «verificar si la solución a que con [la aplicación de los conceptos indeterminados] se ha llegado es la única solución justa que la ley permite»³³.

La distinción, sin embargo, se hace con algunos matices. El más relevante consiste en estimar que la Administración goza de un cierto «margen de apreciación» a la hora de interpretar y aplicar estos conceptos. Habida cuenta de «la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa», habría que reconocer que la Administración dispone de una suerte de «beneficio

²⁸ Vid., por todos, LÓPEZ RAMÓN y DOMÉNECH PASCUAL, en sus respectivas obras citadas en la nota anterior.

²⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 2022, t. I; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la nulidad de los planes de ordenación», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 45, 2020, pp. 251-262; PAREJO ALFONSO, «El giro jurisprudencial, con autoimposición de límites, en materia de nulidad de los planes urbanísticos», *Práctica Urbanística*, 166, 2020; ÍDEM, *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 283.

³⁰ Vid. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. El reglamento*, BOE, t. VII, 2015, pp. 326-335; AGOUÉS MENDIZÁBAL, «La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos», en López Ramón/Villar Rojas (eds.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, INAP-AEPDA, 2017, pp. 361-410; GARCÍA PÉREZ, «El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos», en MEILÁN GIL/GARCÍA PÉREZ, *Norma y acto administrativos*, Iustel, 2018, p. 324; MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre la invalidez en el derecho público, con particular referencia a la invalidez de los reglamentos. Una reflexión abierta y algunas propuestas», *Revista de Administración Pública*, 210, 2019, pp. 91-122; y, especialmente, LÓPEZ RAMÓN, en *RAP*, 205, 2018, y *RAP*, 2014, 2021.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 2022, t. I.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 2022, t. I.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 2022, t. I.

de la duda», si bien solo «puramente cognoscitivo e interpretativo de la ley en su aplicación a los hechos». Aquí, «el juez deberá normalmente conformarse con un control de los límites o de los excesos en que la Administración haya podido incurrir»³⁴.

Esta distinción sigue gozando de una enorme popularidad, a pesar de haber sido objeto de numerosas y justificadas *críticas*³⁵ y de que su importancia ha sido relativizada incluso por algunos de los autores que la siguen dando por buena³⁶. Debe notarse, en primer lugar, que de la referida distinción no se siguen consecuencias prácticas cualitativamente diferentes. Los jueces deben actuar y de hecho actúan de la misma manera frente a los márgenes de discrecionalidad y los de apreciación que implican tales conceptos: en los dos escenarios han de dar por válidas las decisiones administrativas que se mantengan dentro de los respectivos márgenes.

En segundo lugar, resulta incoherente afirmar que los jueces pueden fiscalizar plenamente la aplicación administrativa de los conceptos jurídicos indeterminados y, por lo tanto, «verificar si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite» y, al mismo tiempo, sostener que los jueces han de reconocer a la Administración un «margen de apreciación» en dicha aplicación.

En tercer lugar, esta teoría no ofrece criterios que nos permitan discernir cuándo nos encontramos ante una potestad discrecional y cuándo ante una potestad reglada mediante conceptos jurídicos indeterminados. Tampoco ofrece pautas que ayuden a determinar la amplitud de los márgenes de discrecionalidad y de apreciación dentro de los cuales puede moverse la Administración.

Por último, la distinción conduce a veces a resultados prácticos indeseables, paradójicamente contrarios al espíritu con el que fue formulada, que no era otro que el de enervar el riesgo de la

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 2022, t. I.

³⁵ Se han mostrado críticos con la referida distinción, entre otros: MARTÍN GONZÁLEZ, «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 54, 1967, pp. 252 y ss.; PÉREZ OLEA, «La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 173, 1972, pp. 53 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, 1994, pp. 116 y ss.; BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, 1997, pp. 157 y ss.; ÍDEM, «La vinculación de la Administración Pública a la ley y al Derecho», en Velasco/Darnaculleta (eds.), *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2023, pp. 133-152; CIRIANO VELA, *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, 2000, pp. 126 y ss. y 442 y ss.; MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, BOE, t. III, 2015, pp. 246 y ss.; BETANCOR RODRÍGUEZ, «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder», en Arroyo/Beladiez/Ortega/Rodríguez (coords.), *El juez del Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2015, pp. 117 y 118; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, 2016, pp. 173 y 174; DOMÉNECH PASCUAL, «El juego del Legislador, la Administración y el Juez», en Rodríguez/Doménech/Arroyo (eds.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, vol. I, 2021, pp. 861-934.

³⁶ Se ha dicho, por ejemplo, que: en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados hay discrecionalidad, siquiera instrumental o débil, y, por lo tanto, no una única solución justa (DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 1999, pp. 101 y ss.); «el margen de apreciación... relativiza la frontera entre lo discrecional y lo no discrecional» (BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, 1995, p. 42); «en la práctica, el margen de apreciación o valoración que implican los conceptos jurídicos indeterminados comporta también un margen de decisión (discrecionalidad), al menos en las zonas de incertidumbre» (LAGUNA DE PAZ, «El control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 186, 2017); «el proceso cognoscitivo de integración de ciertos conceptos indeterminados se convierte, de facto, en una elección administrativa entre las diversas posibilidades lógicas y materiales de concretarlo sobre la realidad práctica» (MOZO SEOANE, *La atribución legal de discrecionalidad*, Reus, 2018, p. 25).

arbitrariedad administrativa. En efecto, el legislador obliga a la Administración a observar normas especialmente estrictas para adoptar decisiones discrecionales, a fin de conjurar el peligro que encierra el margen de maniobra que éstas implican. El artículo 35.1.i) de la Ley 39/2015, por ejemplo, dispone que serán motivados «los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales». Pues bien, entender que las potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados no son discrecionales conduce, en principio, a excluirlas del ámbito de aplicación de estas normas, a pesar de que el margen que la Administración tiene para aplicar dichos conceptos es prácticamente igual de peligroso que uno de discrecionalidad. Esta interpretación, que ocasionalmente ha sostenido el Tribunal Supremo³⁷, es ciertamente desafortunada³⁸, pero del todo coherente con la referida distinción, cuya artificiosidad pone de manifiesto.

2.4. Las relaciones especiales de sujeción

Durante el siglo XIX y parte del XX se mantenía en el Derecho alemán que, en el seno de las relaciones trabadas entre el Estado y las personas integradas en su organización –funcionarios, militares, presos y usuarios de algunos establecimientos públicos–, a éstas se les podían imponer restricciones especialmente intensas de sus derechos fundamentales y no regía la reserva de ley. Esta doctrina sufrió un duro golpe en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 14 de marzo de 1972, donde se declaró que también en las referidas relaciones opera dicha reserva y que la mera existencia de una relación tal no justifica semejantes restricciones³⁹.

En España, la categoría se estudió monográficamente por primera vez en un artículo publicado por GALLEGO ANABITARTE en 1961⁴⁰ y, posteriormente, se recogió en algunos manuales de referencia, como el *Curso de Derecho administrativo* de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, pero no en la Constitución. Paradójicamente, es entonces, después de que aquella doctrina hubiese quedado seriamente desacreditada en su país de origen, cuando el Tribunal Supremo español comenzó a invocarla profusamente, por lo general con el fin de salvar de la anulación actuaciones administrativas que presentaban los déficits de legalidad y rasgos autoritarios característicos del franquismo, que persistieron en gran medida durante la transición. La categoría sufrió además una considerable hipertrofia, pues el Tribunal Supremo calificaba como tales relaciones no sólo las que tradicionalmente comprendía el mismo concepto en el Derecho alemán, sino también otras muchas: las trabadas por la Administración con farmacéuticos⁴¹, empresarios de espectáculos taurinos⁴², taxistas⁴³, miembros de colegios

³⁷ Vid. la STS de 12 de diciembre de 2000 ([ECLI:ES:TS:2000:9097](#)).

³⁸ Vid. las críticas de BACIGALUPO «De nuevo sobre la motivación de los nombramientos discrecionales en las carreras judicial y fiscal», *La Ley*, 5262, 2001; y BOCANEGRA SIERRA/HUERGO LORA «Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 111, 2001, pp. 405-428.

³⁹ BVerfGE 33, 1.

⁴⁰ GALLEGO ANABITARTE, «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 34, 1961, pp. 11-52.

⁴¹ STS de 17 de noviembre de 1975 (RJ Aranzadi 4402).

⁴² STS de 5 de abril de 1976 (RJ Aranzadi 2241).

⁴³ STS de 30 de junio de 1979 ([ECLI:ES:TS:1979:1204](#)).

profesionales⁴⁴, casinos⁴⁵, entidades bancarias⁴⁶, productores de bienes con denominación de origen⁴⁷, promotores de viviendas de protección oficial⁴⁸, titulares de autoescuelas⁴⁹, concesionarios de gasolineras⁵⁰, detectives privados⁵¹, etc.

Esta doctrina ha sufrido severas críticas. En la década de los 90 del siglo XX, varios autores pusieron de manifiesto el injustificable uso que de ella había hecho la jurisprudencia durante las dos décadas anteriores⁵². Algunos de ellos defendieron el abandono de esta categoría por la dificultad de definirla conceptualmente y, sobre todo, por su incapacidad para explicar o justificar por sí misma el alcance del principio de legalidad y de los derechos fundamentales⁵³. De la calificación de una relación como de especial sujeción no deriva (o no debería derivarse) *per se* consecuencia jurídica alguna⁵⁴. Con posterioridad, la teoría ha ido perdiendo fuerza paulatinamente, aunque todavía sale a relucir ocasionalmente en algunas sentencias⁵⁵ y obras académicas. Hay quien continúa sosteniendo que estas relaciones «siguen siendo una categoría necesaria»⁵⁶ y «sirven muy bien no sólo para explicar la situación de determinados administrados, sino sobre todo para extraer importantes consecuencias jurídicas»⁵⁷.

3. Concepto y clases de teorías jurídicas

Una teoría (jurídica) es un conjunto ordenado de afirmaciones generales relativas a una determinada parcela de la realidad (jurídica) formulado de tal manera que permite deducir de aquél hipótesis comprobables sobre ésta⁵⁸.

⁴⁴ STS de 29 de marzo de 1980 ([ECLI:ES:TS:1980:1943](#)).

⁴⁵ STS de 6 de febrero de 1982 (RJ Aranzadi 885).

⁴⁶ STS de 11 de mayo de 1982 (RJ Aranzadi 3324).

⁴⁷ STS de 7 de junio de 1986 ([ECLI:ES:TS:1986:3110](#)).

⁴⁸ STS de 5 de julio de 1985 (RJ Aranzadi 3604).

⁴⁹ STS de 3 de noviembre de 1987 ([ECLI:ES:TS:1987:6952](#)).

⁵⁰ STS de 29 de febrero de 1988 ([ECLI:ES:TS:1988:1393](#)).

⁵¹ STS de 29 de noviembre de 1988 ([ECLI:ES:TS:1988:11291](#)).

⁵² *Vid.*, por todos, GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, 1992; MAPELLI CAFFARENA, «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *Estudios Penales y Criminológicos*, 16, 1992-1993, pp. 281-326; LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, 1994; LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, 1994; COTINO HUESO, «Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España», *Poder Judicial*, 55, 1999, pp. 291-323.

⁵³ LASAGABASTER HERRARTE y COTINO HUESO, en sus respectivas obras citadas en la nota anterior.

⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, la [STC 132/2001, de 8 de junio \(FI 4\)](#).

⁵⁵ *Vid.*, por ejemplo, la STS de 30 de marzo de 2017 ([ECLI:ES:TS:2017:1455](#)).

⁵⁶ HAVENITH/BELANDO GARÍN, «La nueva Ley de convivencia universitaria: algunas reflexiones sobre la potestad disciplinaria en el contexto universitario», *Revista General de Derecho Administrativo*, 64, 2023.

⁵⁷ PRIETO ÁLVAREZ, «La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción», *Revista de Administración Pública*, 178, 2009, p. 244,

⁵⁸ Según VAN HOECKE, «Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?», en Van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Hart Publishing, 2011, p. 15, «a theory in law is a system of coherent, non contradictory assertions, views and concepts concerning some legal system or part of it, which are worded in such a way that it is possible to deduct from them testable hypotheses about the existence (validity) and interpretation of legal concepts, rules or principles».

El Derecho es una realidad compleja, que presenta aspectos de muy diversa índole, susceptibles de ser analizados y teorizados desde perspectivas diferentes. De ahí que podamos distinguir varios tipos de teorías jurídicas⁵⁹, en función de su propósito y del aspecto de la realidad jurídica al que éstas se refieren principalmente. En este trabajo me ocuparé de los siguientes cuatro tipos.

Las teorías que denominaré *empíricas* pretenden poner de manifiesto, describir y hacer comprensibles *ciertos hechos* provistos de relevancia jurídica. Los fenómenos jurídicos presentan numerosos elementos fácticos susceptibles de ser investigados empíricamente: las consecuencias que las decisiones jurídicas (legislativas, administrativas, judiciales, contractuales, etc.) tienen sobre la realidad social (v. gr., sobre la conducta de las personas implicadas y su bienestar); los factores sociales, culturales y biológicos que influyen en el contenido de esas decisiones; ciertas características observables de tales decisiones, etc. Uno de esos elementos es el de cómo deciden realmente los jueces en aplicación del ordenamiento jurídico. Hay teorías empíricas que pretenden dar cuenta de la práctica judicial real. Imaginemos, por ejemplo, una doctrina, afirmada explícita o implícitamente, según la cual la responsabilidad civil de las Administraciones públicas españolas es de hecho –en la práctica de los tribunales– objetiva, de manera que éstas son condenadas a resarcir, en la realidad, todos los daños causados por el funcionamiento, ora normal (diligente) ora anormal (negligente), de los servicios públicos.

Las teorías *hermenéuticas* se refieren a *cómo hay que interpretar y aplicar, de lege lata*, el ordenamiento jurídico. Un ejemplo sería la teoría según la cual la responsabilidad civil de las Administraciones públicas es objetiva con arreglo al Derecho español actualmente vigente, de manera que éstas *deben* resarcir todos los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, aun cuando éste no pueda considerarse negligente y con independencia de cuál sea el criterio que en la práctica aplican aquí los tribunales.

Las teorías *normativas* se refieren a *cómo debería ser, de lege ferenda*, el Derecho aplicable. Un ejemplo es la tesis según la cual la responsabilidad civil de las Administraciones públicas españolas *debería ser* objetiva, de manera que éstas resarciesen todos los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, aun cuando éste no fuera negligente, con independencia de lo que ocurra realmente en la práctica o de cómo haya que interpretar el ordenamiento jurídico actualmente vigente.

Las teorías *conceptuales* se refieren a las definiciones con las que se trata de representar y comprender un fenómeno provisto de trascendencia jurídica. Imaginemos, por ejemplo, que se ofrece un concepto de «responsabilidad civil objetiva» que incurre en una inconsistencia lógica o que se aparta sin razón alguna del significado que a este término le otorga normalmente la gran mayoría de los juristas.

El hecho de que el propósito y el objeto principales de las teorías jurídicas sean de un tipo u otro no quita que éstas pueden integrar y, de hecho, integren elementos de distinta índole: empíricos, hermenéuticos, normativos y conceptuales⁶⁰. Es más, todos estos ingredientes tienden a ir de la

⁵⁹ Sobre estos y otros tipos de investigación jurídica, *vid.* VAN HOECKE, *ibídem*, pp. 4-10.

⁶⁰ En sentido similar, CANARIS, «Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien», *Juristen Zeitung*, 1993, pp. 377-379, advierte que las teorías jurídicas cumplen una función explicativa (hacen comprensibles las normas jurídicas) y una función heurística (influyen en la interpretación de éstas).

mano y reforzarse mutuamente⁶¹, aunque no es inexorable que esto suceda siempre. Por ejemplo, suele ocurrir que quienes postulan cierta solución como la más justa *de lege ferenda* para un determinado problema tienden a utilizar conceptos coherentes con dicho juicio y a interpretar que ésa es también la solución prescrita por el ordenamiento jurídico vigente, a menos que existan poderosos argumentos para entender lo contrario. Muchas veces: (i) las razones *de lege ferenda* influyen en las interpretaciones *de lege lata* y en los conceptos utilizados para articular las correspondientes argumentaciones; (ii) las razones *de lege lata* y los conceptos jurídicos condicionan las propuestas *de lege ferenda*; (iii) todos estos factores propician que los tribunales apliquen la ley de una determinada manera; (iv) la praxis judicial producida de hecho en relación con un problema se tiene en consideración para resolverlo *de lege lata*, así como para evaluar las soluciones que se le podrían dar desde una perspectiva *de lege ferenda*, etc. En fin, normalmente existe una cierta concordancia o correlación entre los aspectos conceptuales, empíricos, hermenéuticos y normativos de las teorías jurídicas.

Varios factores de índole psicológica podrían estar detrás de esta tendencia a la concordancia: (i) la disonancia cognitiva generada por las discordancias entre los distintos ingredientes de una construcción teórica probablemente inducirá a quienes la sostengan a tratar de evitarlas; (ii) el sesgo del *statu quo* seguramente propiciará que las opiniones *de lege ferenda* y *de lege data* tiendan a ser acordes con la práctica consolidada; (iii) el sesgo de la confirmación puede favorecer que las valoraciones *de lege ferenda* coincidan con los previos juicios *de lege lata*, y viceversa, etc.

Lo cual no significa que exista o que deba existir siempre una correlación perfecta entre todos los ingredientes de las construcciones teóricas. Por ejemplo, algún autor ha estimado que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas españolas es objetiva *de lege lata*, pero que no debiera serlo siempre *de lege ferenda*, al margen de que, en la práctica, por lo general, los tribunales resuelven los casos sometidos a su consideración como si dicha responsabilidad fuese por negligencia⁶².

4. Defectos de las teorías jurídicas

4.1. Naturaleza de los defectos

Una teoría jurídica es defectuosa cuando no cumple adecuadamente la función cognoscitiva para la cual ha sido diseñada. La índole del defecto dependerá, por consiguiente, del propósito de la correspondiente teoría y del aspecto de la realidad jurídica al que aquélla se refiere.

Las teorías jurídicas *empíricas* no cumplen cabalmente su función cuando en la práctica los hechos no suceden según lo predicho por ellas. Esta discordancia constituye un hecho empíricamente verificable y, en esa medida, es relativamente fácil de apreciar, por lo general. No resulta muy complicado comprobar, por ejemplo, si los tribunales aplican realmente o no a los casos de responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas una regla de negligencia o una de responsabilidad por culpa.

⁶¹ Según CANARIS, *ibidem*, p. 378, las funciones explicativa y heurística de las teorías jurídicas «no están una al lado de la otra sin conexión, sino que se complementan y se estimulan recíprocamente».

⁶² MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, 2002; ÍDEM, *REDA*, 140, 2008.

Las teorías *hermenéuticas* resultan defectuosas cuando la interpretación del ordenamiento jurídico que de ellas se deriva es incorrecta. Esta incorrección no constituye un hecho verificable a través de la experiencia, no es susceptible de refutación o corroboración empírica, por lo que su apreciación encierra normalmente grandes dosis de subjetividad y, en consecuencia, difícilmente será compartida por todos los miembros de la correspondiente comunidad jurídica⁶³.

Algo similar vale decir respecto de las teorías *normativas*. Puede considerarse que éstas padecen un defecto análogo cuando la solución jurídica que postulan para un determinado problema no consigue resolverlo de manera «satisfactoria» o «correcta». En tanto en cuanto ese carácter satisfactorio o correcto depende en gran medida de juicios de valor, difícilmente su apreciación resultará evidente para todas las personas concernidas.

Finalmente, entiendo que una construcción *conceptual* resulta defectuosa cuando incurre en una inconsistencia lógica o en una tautología o, por cualquier otra razón, no cumple adecuadamente su función de representación de la realidad⁶⁴. En un defecto tal incurre, por ejemplo, la distinción entre potestades discrecionales y potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados. Resulta contradictorio afirmar que el juez puede verificar si la solución a la que la Administración ha llegado en la aplicación de tales conceptos es la única solución justa que la ley permite y, al mismo tiempo, sostener que el juez debe reconocer a la Administración un «margen de apreciación» en dicha aplicación. Además, esta construcción teórica no explica convincentemente cuál es la diferencia conceptual que existe entre los márgenes de discrecionalidad y los de apreciación.

4.2. Alcance de los defectos

Es posible que entre una teoría y los aspectos del Derecho de los que con ella se pretende dar cuenta exista una total falta de correspondencia. Sin embargo, lo normal es que el desajuste sea únicamente parcial, de manera que la teoría tenga validez sólo respecto de una parte de la realidad jurídica que aquélla pretende describir, explicar o representar. Es difícil que una construcción teórica que no se corresponde en modo alguno con la realidad pueda ser aceptada mayoritariamente por una comunidad de juristas y perdurar mucho tiempo.

Lo normal, por ejemplo, es que las interpretaciones o reglas derivadas de ciertas teorías (hermenéuticas o normativas) constituyan una solución «correcta» sólo para algunos de los casos a los que aquéllas tienen vocación de ser aplicadas, pero no para otros. Se ha dicho en este sentido que «la mayoría de las teorías [jurídicas] falsadas cuentan, de alguna manera, con un núcleo correcto»; «la falsación sólo significa que la teoría no puede ser correcta en su actual formulación»⁶⁵.

Piénsese en la interpretación (o regla) según la cual los reglamentos ilegales son (o deberían ser) nulos de pleno derecho. Nadie pone en cuestión, *de lege data* o *de lege ferenda*, que ésta es una

⁶³ Según CHILTON/POSNER, «An Empirical Study of Political Bias in Legal Scholarship», *Journal of Legal Studies*, 44:2, 2015, p. 300, «in legal scholarship, unlike the sciences, there are few, perhaps no, objective ways for resolving disagreement». Sobre la falsación de las teorías jurídicas [hermenéuticas], *vid.* CANARIS, *JZ*, 1993, pp. 384-388.

⁶⁴ Sobre los criterios de corrección de los conceptos jurídicos, *vid.* DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, 2018, pp. 192-202.

⁶⁵ CANARIS, *JZ*, 1993, p. 388.

solución plausible para los defectos de contenido y falta de publicación de las disposiciones reglamentarias, así como para muchos vicios de incompetencia y algunos defectos de procedimiento. El problema es que la nulidad, seguramente, no constituye una solución adecuada para las restantes ilegalidades de estas disposiciones y, especialmente, para la mayoría de sus irregularidades procedimentales.

Algo similar ocurre con el dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración. Nadie discute que, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, esta regla debería aplicarse en algunos casos, básicamente cuando los daños considerados tienen una naturaleza «expropiatoria» o «sacrificial», o cuando han sido causados por la realización de actividades anormalmente peligrosas⁶⁶. Tampoco es discutible que, en líneas generales, los tribunales la aplican de hecho entonces. El problema es si, en los restantes casos en los que una Administración ha causado un daño, que son la gran mayoría, su responsabilidad ha de ser objetiva o por culpa. En la opinión de un número creciente de autores, esta última es la solución más razonable, tanto *de lege ferenda* como *de lege lata*. Y, desde luego, es la que en la práctica adoptan los tribunales.

5. Teorías jurídicas defectuosas persistentes, dogmas y mitos

En este trabajo me ocupo de algunas teorías jurídicas defectuosas: de aquellas que durante un tiempo prolongado se consideran válidas por la mayoría o una gran parte de una comunidad de juristas –es decir, se convierten en «doctrinas dominantes» y perduran como tales– a pesar de haber sufrido justas críticas por no ajustarse a la realidad o padecer algún otro defecto.

Estas teorías presentan un cierto solapamiento con los «dogmas» o «mitos jurídicos», a los que aluden no pocos autores. Un dogma es una «proposición tenida por cierta y como principio innegable»⁶⁷. Una proposición de este tipo no tiene por qué ser defectuosa o incorrecta. Pese a ello, el término dogma suele utilizarse en el mundo del Derecho en sentido peyorativo, como sinónimo de teoría jurídica que es tenida por válida durante mucho tiempo por una gran cantidad de juristas a pesar de no resolver satisfactoriamente los problemas teóricos o prácticos respecto de los cuales se afirma.

La expresión «mito jurídico», como bien advierte Santi ROMANO, se emplea con cierta frecuencia en los escritos jurídicos, en sentido figurado y poco preciso, sin intenciones técnicas o científicas⁶⁸. El mito jurídico aparece contrapuesto a la verdad, a la realidad del Derecho, y además tiene una forma «fantástica o semifantástica». «El mito es una no-verdad, un error, una “inopia”, pero es también imaginación, una imaginación “fabulosa”... un “universal fantástico”, es decir, no razonado, que nace de la necesidad de entender lo que no se entiende, y de expresarlo por medio de imágenes cuando no se lo puede expresar con términos propios». «El mito –afirma ROMANO– tiene también un sentido místico, es una creencia que tiene carácter de fe y, por tanto, asume siempre una cierta tonalidad religiosa». Además, es una creencia «no meramente individual», sino «acogida por un número sumamente variable, pero siempre notable, de individuos que participan de un modo o de otro en la vida pública, ya activamente, ya como

⁶⁶ Vid., por todos, PANTALEÓN, DA, 237-238, 1994, pp. 246-251; MEDINA ALCOZ, «El problema de la culpa en el Derecho de Daños», cit., pp. 363-456.

⁶⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*.

⁶⁸ ROMANO, «Mitología jurídica», en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. Sentís Melendo/Ayerra Redín, Comares, 2002 [1947], p. 165.

espectadores que, sin embargo, juzgan y valoran la obra de los actores desde el punto de vista de concepciones y convicciones comunes»⁶⁹. Ejemplos de mitos jurídicos serían el «estado de naturaleza», el «contrato social» y la idea de la ley como expresión de la «voluntad general»⁷⁰.

Este elemento fantástico, quimérico, fingido, es lo que, en mi opinión, distingue a los mitos en el sentido de Santi ROMANO frente a las teorías jurídicas defectuosas que aquí interesan. Éstas tampoco dan cuenta cabal de la «realidad jurídica». Pero su falta de correspondencia con ella no es deliberada ni consciente. Las teorías jurídicas pretenden –o deberían pretender– reflejar verdaderamente determinados aspectos del Derecho, describir y explicar ciertos fenómenos sin utilizar la ficción ni la fábula, sin recurrir a ingredientes que se sabe no existen en la realidad, sino sólo en la imaginación.

Debe notarse, con todo, que a veces se utiliza la expresión mito jurídico como sinónimo de las teorías de las que me ocupé en este trabajo⁷¹ y, en particular, para «aludir a instituciones que en la actualidad carecen de razón de ser, pero que a pesar de ello se mantienen vivas en la conciencia jurídica debido a la fuerte carga histórica que se encuentra tras de ellas»⁷².

6. Nacimiento y consolidación de las teorías jurídicas defectuosas

En el nacimiento y consolidación de muchas teorías jurídicas defectuosas suele haber algunos puntos comunes.

6.1. Un fenómeno progresivo

El nacimiento y la consolidación de tales teorías no constituye un fenómeno instantáneo, sino gradual. Éstas surgen y se afianzan cuando la mayoría –o un número muy considerable– de los individuos que integran una comunidad jurídica las acepta y las tiene por válidas. Y ello suele producirse de manera progresiva durante un periodo considerable. El número de adeptos va creciendo con el tiempo hasta convertirse en mayoritario o dominante.

⁶⁹ ROMANO, «Mitología jurídica», *cit.*, p. 67.

⁷⁰ ROMANO, «Mitología jurídica», *cit.*, pp. 170-174. *Vid.*, también, GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Martínez Neira, Trotta, 2003, pp. 39-44; GARCÍA PELAYO, *Los mitos políticos*, Alianza, 1991; FITZPATRICK, *The Mithology of Modern Law*, Routledge, 1992; y la sección monográfica del número 31 (2022) de la *Revista General de Derecho Público Comparado*, donde se contienen varios trabajos en los que se reflexiona «desde una perspectiva interdisciplinar sobre la mitología que sustenta al Estado como forma de organización política característica de la modernidad; sobre cómo esa mitología informa el ordenamiento jurídico que rige esta forma de organización; sobre los sesgos y las relaciones jerárquicas que la sustentan, y que se retroalimentan con base en ella; [y] sobre la necesidad de deconstruir mitos modernos como premisa para avanzar hacia el horizonte de ciudadanía prometido por el principio democrático» (RODRÍGUEZ RUIZ, «Pensamiento crítico en Derecho: Deconstruyendo mitos jurídicos», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 31, 2022, p. 1). Según PÉREZ LUÑO, «Los principios generales del Derecho: ¿Un mito jurídico?», *Revista de Estudios Políticos*, 98, 1997, pp. 19-23, estos principios constituyen un mito jurídico en el sentido de Santi Romano.

⁷¹ Por ejemplo, DOMÉNECH PASCUAL/MORA SANGUINETTI, «El mito de la especialización judicial», *InDret*, 1/2015.

⁷² BELADIEZ ROJO, *RAP*, 133, 1994, p. 185, quien considera que «un ejemplo claro de este tipo de mitos lo constituye la [distinción entre] nulidad y anulabilidad» (p. 186). Utiliza la expresión en un sentido similar FAIRÉN GUILLÉN, «Proceso, procedimiento, mito jurídico», en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, t. I, 1969, pp. 435-454. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Civitas, 1998 [1955], p. 25, estima que «el dogma de la reversión de concesiones» es un caso particular de esos «mitos jurídicos en el sentido de Santi Romano» que constituyen «residuos» o «pervivencias históricas» «enquistadas en las relaciones actuales» «como restos singulares de concepciones que en su generalidad fueron arrumbadas definitivamente».

6.2. Un fenómeno frecuentemente asociado a procesos de cambio social, político o jurídico

Advierte Santi ROMANO que la mitología jurídica «florece, por así decirlo, y se revela en sus formas más destacadas y típicas durante los períodos revolucionarios»:

«En esos períodos, en los cuales se trata de abatir los ordenamientos vigentes, sustituyéndolos con nuevos, tiene naturalmente escasa importancia la realidad jurídica en el sentido en que la hemos definido, es decir, el conjunto de los principios, de las ideologías y de las concepciones que sirven de base al *ius conditum* y, en cambio, pasan a primer plano las ideologías que luchan por informar el *ius condendum*. Y es entonces perfectamente natural que se encuentren la una frente a la otra distintas y hasta opuestas concepciones, a las cuales la lucha les confiere el carácter de la fe y la forma imaginativa del mito. Por lo común, la concepción que tiene mayor probabilidad de predominar es precisamente la que adopta más destacadamente dicho carácter y dicha forma, y está de ese modo en condiciones de desplegar una mayor fuerza de sugestión sobre las masas populares, que quedarían poco sensibles al frío rigor de los razonamientos, y simultáneamente responde más al temperamento de quienes más fácilmente consiguen imponerse en los movimientos revolucionarios»⁷³.

Algo parecido cabe afirmar respecto de las teorías jurídicas en general, especialmente de aquellas que tienen una gran relevancia práctica y académica. Su vida suele ir asociada a procesos de cambio o crisis de índole social, política o jurídica.

Con algunas teorías jurídicas se pretende impulsar y facilitar tales cambios. Éste es, en mi opinión, el caso de los dogmas de la responsabilidad objetiva de la Administración, la nulidad de los reglamentos ilegales y la distinción entre potestades discrecionales y potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados. El propósito que animó todas estas construcciones teóricas y que explica, en buena medida, el enorme éxito que tuvieron, especialmente durante la época de la transición, fue el de coadyuvar a la sustitución de un sistema político autoritario por otro más respetuoso con los derechos y libertades de los ciudadanos. El *leitmotiv* de todas ellas era reducir las amplias esferas de inmunidad judicial e irresponsabilidad con las que, *de iure* o *de facto*, la Administración franquista ejercía sus poderes, y que resultaban sumamente peligrosas para esos derechos y libertades, habida cuenta del enorme poder que aquella acumulaba, de su falta de legitimidad democrática y de la naturaleza autoritaria del sistema jurídico en general y del Derecho administrativo en particular. Una vez promulgada la Constitución de 1978, estas teorías se utilizaron, en el mismo sentido, para tratar de afianzar plena y efectivamente un Estado de Derecho frente las inercias provenientes del régimen anterior, en unos momentos en los que éstas eran todavía muy fuertes.

Otras teorías, en cambio, se usan como instrumentos de preservación del *statu quo* frente a determinados cambios políticos, sociales o jurídicos. Con ellas se pretende que el estado actual de las cosas se mantenga o, al menos, mitigar los efectos del cambio. Creo que este es el caso de la teoría de las relaciones especiales de sujeción, que sirvió a la jurisprudencia española de la transición para dar continuidad a ciertos residuos autoritarios del régimen franquista y evitar un

⁷³ ROMANO, «Mitología jurídica», *cit.*, pp. 168-169.

cambio abrupto frente a las exigencias que se derivaban de la vigencia inmediata de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. MAPELLI CAFFARENA ha señalado, en sentido similar, que la recepción por la jurisprudencia española de esta teoría

«sólo puede explicarse por un curioso principio “compensatorio”. Cuando tras la entrada de la Constitución comienza a desarrollarse una legislación que virtualiza las garantías constitucionales, una reacción jurisprudencial preserva para la Administración un espacio sancionador solo relativamente controlado que en definitiva resulta ser el objetivo principal que se persigue con la consolidación de las relaciones especiales de sujeción».⁷⁴

Los procesos de cambio y crisis constituyen un caldo de cultivo especialmente propicio para el surgimiento y la consolidación de teorías jurídicas defectuosas de resultados, seguramente, de dos circunstancias.

La primera es que *la inestabilidad* que inevitablemente acompaña a dichos procesos *provoca y acentúa muchos desajustes jurídicos*, especialmente, aquellos que se producen entre la realidad social y su regulación. Aquí puede ocurrir, por ejemplo, que sigan desarrollándose ciertas prácticas a pesar de que el ordenamiento jurídico ha experimentado una modificación determinante de su sobrevenida incompatibilidad con ellas. Y también cabe el fenómeno contrario: que, como consecuencia de la alteración experimentada por una determinada parcela de la realidad, la normativa allí aplicable, diseñada para un contexto social, político o jurídico bien diferente del actual, se haya vuelto total o parcialmente obsoleta y ya no dé una respuesta equilibrada a todos los problemas que en esa parcela ahora se plantean.

Por ejemplo, la regla de la nulidad de (todos) los reglamentos ilegales quedó literalmente fijada en la legislación española en 1958, después de haber sido «testada» durante casi cien años en relación con los vicios de contenido, falta de publicación e incompetencia de los reglamentos. Esta solución, sin embargo, todavía no había sido aplicada efectivamente a los vicios de procedimiento, pues hasta entonces prácticamente no existía un procedimiento legalmente establecido para elaborar normas reglamentarias. Después de que éste se introdujera en 1958 y comenzaran a impugnarse normas reglamentarias aquejadas de vicios de procedimiento, pudo apreciarse que extender la regla de la nulidad a estas ilegalidades no constituía una solución equilibrada. De hecho, los tribunales no la extendieron en la práctica. La vieja regla, aplicada en su literalidad, no daba una respuesta satisfactoria a un nuevo problema.

En segundo lugar, cabe pensar que *en estas situaciones críticas tiende a acentuarse el activismo* de quienes trabajan con el Derecho: jueces, funcionarios, abogados, académicos, políticos, legisladores, etc. En estos escenarios resulta singularmente probable, por ejemplo, que los profesores universitarios más comprometidos con los cambios en cuestión (o con la preservación del *statu quo*) traten de favorecerlos (u obstaculizarlos) con teorías acordes con este objetivo, pero discordantes con el ordenamiento jurídico vigente y/o con la realidad social. Y algo similar pueden hacer los jueces, al resolver los casos sometidos a su conocimiento.

La explicación de esta intensificación del activismo en tiempos de crisis es bien sencilla. En situaciones críticas e inestables, los esfuerzos dirigidos a propiciar o impedir cambios se vuelven especialmente determinantes y, por lo tanto, útiles para las personas que los hacen. La

⁷⁴ MAPELLI CAFFARENA, *EPC*, 1992-1993, p. 286.

probabilidad de que esos esfuerzos produzcan un impacto real –por ejemplo, en la práctica administrativa o judicial– es singularmente elevada en tales situaciones. Y los alicientes que dichas personas tengan para desplegar esos esfuerzos dependerán, obviamente, de su percepción acerca de la referida probabilidad. Sus alicientes serán fuertes si estiman que su activismo tendrá seguramente un resultado exitoso. De ahí que, en momentos de crisis, el activismo se vuelva más atractivo y, a la postre, frecuente e intenso.

La inestabilidad y el activismo pueden favorecer, por ejemplo, que actores influyentes postulen y logren el establecimiento de reglas o interpretaciones nuevas, que aún no han sido testadas y, por lo tanto, todavía no han acreditado tener resultados prácticos plausibles, lo que propicia que luego no los tengan, o que los tribunales no las apliquen efectivamente. La supuesta consagración de una cláusula general de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cláusula que no tenía parangón en el Derecho comparado, constituye seguramente un buen ejemplo de ello.

Conviene resaltar, sin embargo, que no todas las teorías jurídicas tienen una elevada carga ideológica o política. Hay ideas en cuyos orígenes y evolución no han influido significativamente motivos de carácter político o ideológico. O al menos no parecen haber sido formuladas y mantenidas con el ánimo de favorecer o impedir cambios de esta índole. Y tampoco da la impresión de que los apoyos recibidos hayan obedecido a semejantes motivos. El dogma según el cual los efectos jurídicos de la declaración de invalidez de las resoluciones administrativas son retroactivos (*ex tunc*) en el caso de las resoluciones nulas y prospectivos (*ex nunc*) en el de las anulables⁷⁵ constituye un ejemplo. Con carácter general, la distinción tiene, al menos a primera vista, un significado político e ideológico débil, por no decir inexistente.

6.3. Circunstancias influyentes en el nacimiento y consolidación de las teorías jurídicas defectuosas (remisión)

No parece que los factores que influyen en el afianzamiento de tales teorías difieran sustancialmente de los que determinan que éstas perduren a pesar de haber recibido justas críticas. Me remito, pues, a lo que seguidamente expondré.

7. Persistencia de las teorías jurídicas defectuosas

7.1. Causas de la persistencia

Las teorías científicas suelen mostrar una notable resistencia al cambio. Éstas no se desechan de manera automática por la simple acumulación de opiniones y datos empíricos que aparentemente las contradicen, sino cuando una teoría nueva, por las circunstancias que sean, logra imponerse y sustituir a la antigua. Sólo se produce el cambio cuando las contradicciones con la teoría establecida adquieren alguna seriedad, cuando las nuevas evidencias son lo suficientemente consistentes y fuertes⁷⁶. Este rasgo conservador asegura un cierto grado de estabilidad, lo cual es deseable, pues conviene evitar la aceptación y el abandono prematuros de

⁷⁵ Vid. *supra*, nota al pie 1.

⁷⁶ Vid. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3ª ed., University of Chicago Press, 1996, pp. 77 y ss.; LAKATOS, *The methodology of scientific research programmes*, Cambridge University Press, 1978, pp. 8 y ss.

un excesivo número de teorías, antes de que hayan sido suficientemente testadas. También propicia que éstas sean rigurosamente sometidas a prueba; obliga a los interesados en defenderlas o atacarlas a aportar razones y evidencias empíricas que las corroboren o las refuten, respectivamente. Sin embargo, a veces la resistencia al cambio puede estar provocada por motivos extracientíficos o factores irracionales⁷⁷, resultar excesiva y traer consecuencias negativas. Veámoslo.

a. *Utilidad de la teoría*

El surgimiento y la pervivencia de una teoría jurídica defectuosa pueden reportar, real o aparentemente, beneficios de diversa índole. Algunas personas pueden percibir que la teoría les resulta útil, lo que explica que le presten su adhesión y apoyo. Esa utilidad puede ser de varios tipos.

a.1. Utilidad científica

Es probable que muchos juristas se adhieran a una teoría jurídica por considerar que las cualidades de ésta satisfacen en gran medida ciertos criterios científicos.

Convengamos con KUHN en que una teoría científica debería ser idealmente, cuando menos: (i) *exacta*, de manera que las consecuencias y predicciones que se desprenden de ella sean acordes con las observaciones de la realidad para las que pretende tener validez; (ii) *coherente* consigo misma y con otras teorías aceptadas y aplicables a otros aspectos relacionados de la materia estudiada; (iii) *amplia*, de manera que sus consecuencias y predicciones puedan extenderse más allá de las observaciones, leyes o subteorías para las que se destinó inicialmente; (iv) *fecunda*, lo que significa que ha de desvelar fenómenos nuevos o relaciones no observadas antes entre las cosas que ya se saben; y (v) *simple*, de modo que permita ordenar fenómenos que, sin ella, y tomados uno por uno, quedarían aislados y, en su conjunto, serían confusos⁷⁸; en otras palabras, debería tener una cierta *capacidad unificadora*, es decir, «mostrar que una serie de fenómenos aparentemente independientes pueden ser en realidad explicados en términos de un principio superior»⁷⁹.

Cabe entender que una buena teoría jurídica empírica, que pretenda explicar ciertos hechos relevantes para el Derecho, debería reunir también esas mismas cualidades. La coherencia, la amplitud, la fecundidad y la simplicidad pueden predicarse también de las teorías jurídicas hermenéuticas, normativas y conceptuales. Además, una buena teoría hermenéutica debería producir interpretaciones que se ajusten a los criterios con arreglo a los cuales hay que determinar el significado de las normas en el ordenamiento o los ordenamientos jurídicos de que se trate. Análogamente, una buena teoría normativa debería tener en cuenta los principios con

⁷⁷ En sentido similar, CANARIS, *JZ*, 1993, p. 388, advierte que «la sustitución de una teoría [jurídica] por otra no puede explicarse sólo, ni tan siquiera primariamente, mediante el modelo de la falsación, sino que deben entrar en juego también otros muchos factores –incluso “irracionales”–».

⁷⁸ KUHN, *The Essential Tension. Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, University of Chicago Press, 1977, pp. 320 y ss.

⁷⁹ WENDEL, «Explanation in Legal Scholarship: The Inferential Structure of Doctrinal Analysis», *Cornell Law Review*, 96, 2011, pp. 1052 y ss.

arreglo a los cuales hay que juzgar la bondad de las normas en el correspondiente ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, conviene señalar, en primer lugar, que dichas cualidades son de índole gradual. La teoría en cuestión puede tenerlas en mayor o menor medida. Y cabe pensar que, cuanto mayor sea el grado en el que las tiene, mayor será su «atractivo científico» y, en consecuencia, tendencialmente mayor será su nivel de aceptación en la comunidad académica.

En segundo lugar, debe notarse que lo relevante a estos efectos no es tanto que la construcción teórica en cuestión posea realmente esas cualidades, sino más bien que los miembros de la comunidad académica estimen o supongan que las posee.

En tercer lugar, cabe pensar que el atractivo científico de una teoría y, a la postre, su aceptación dependerán también de las características análogas de las teorías rivales. El éxito que una idea alcance en el seno de una comunidad académica será tendencialmente mayor cuanto menor sea la calidad científica de las ideas alternativas que compiten por imponerse en esa misma comunidad. Por descontado, ello no quita dicha aceptación dependa también de otros factores, tales como las circunstancias personales –prestigio, categoría académica, capacidad de influencia, etc.– de los autores y partidarios de las teorías en liza. Luego volveré sobre este punto.

a.2. Utilidad práctica

Entre la teoría y la práctica puede haber y, de hecho, normalmente hay una cierta influencia recíproca. Las construcciones teóricas pueden propiciar cambios en la actividad de los particulares, las Administraciones públicas, los tribunales y los legisladores, lo que a su vez puede conducir a resultados positivos o negativos para determinadas personas.

Y la influencia se da eventualmente también en el sentido contrario. Las consecuencias prácticas que ciertas ideas teóricas hayan producido o previsiblemente vayan a producir sobre la realidad social y, en particular, sobre el bienestar de algunos individuos determinará probablemente el éxito o el fracaso, la persistencia o el abandono, de tales ideas. Los sujetos que perciban que éstas les han reportado o puedan reportarles beneficios tenderán a presionar para que se mantengan. Los que consideren que han conducido o pueden conducir a resultados prácticos contrarios a sus intereses harán lo contrario. En cualquier caso, lo verdaderamente relevante no será tanto la realidad –si la teoría favorece o perjudica efectivamente tales intereses– cuanto la percepción que de ella tengan las personas implicadas.

El hecho de que una teoría tenga efectos prácticos relativamente inocuos o su impacto negativo no sea fácilmente perceptible por los sujetos afectados puede favorecer, por lo tanto, su aceptación y persistencia. Esto es seguramente lo que ha pasado con el dogma de la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas. En la realidad, los tribunales españoles casi nunca han decidido los casos sometidos a su juicio como si dicha responsabilidad fuera objetiva, lo que ha evitado que el mentado dogma produjera las graves consecuencias prácticas que seguramente hubiera tenido su aplicación efectiva. Lo cual ha favorecido que éste haya sobrevivido, en un plano puramente retórico, durante décadas⁸⁰.

⁸⁰ En sentido similar, PANTALEÓN PRIETO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: ¿Una responsabilidad objetiva?», conferencia impartida el 25 de noviembre de 2022 en la sede de la Comissió Jurídica

Algo similar ocurrió con el dogma de la nulidad de los reglamentos ilegales hasta que en 1999 el Tribunal Supremo dio un giro y comenzó a aplicarlo efectivamente, lo que ha permitido apreciar las perniciosas consecuencias para los intereses en juego a las que éste da lugar, lo que a su vez ha generado una enorme presión social y doctrinal dirigida a que los tribunales y el legislador se aparten de él⁸¹.

a.3. Valor estético

El factor estético ha jugado y sigue jugando un relevante papel en la ciencia⁸². Determinadas cualidades estéticas de una teoría (su belleza, elegancia, simplicidad, simetría, carácter visualizable, grado de abstracción, aptitud para dar la sensación de que todas sus piezas encajan armoniosamente, etc.⁸³) suelen ser valoradas positivamente por los científicos y, *de facto*, tienden a incrementar su aceptación, lo cual no es irrazonable.

Cabe considerar, en primer lugar, que algunas de las propiedades supuestamente estéticas de una teoría científica que suelen merecer una valoración positiva (como su simplicidad) cuentan, en realidad, con una justificación epistémica⁸⁴.

En segundo lugar, es posible también que las características estéticas de una teoría funcionen como una suerte de heurístico o indicio de su verdad o calidad, probablemente causado por la evolución⁸⁵, que nos hace estimar inductivamente como bellas y, a la postre, adoptar las teorías que comparten rasgos estéticos con otras teorías anteriores que han tenido un gran éxito científico (empírico, explicativo, predictivo, etc.). En virtud de este mecanismo de «inducción

Assessoria de Catalunya, quien añade que «no hay esperanza de que esto cambie», porque en la situación actual los tribunales tienen una gran discrecionalidad para decidir, y «nada les gusta más a los operadores jurídicos que la discrecionalidad». Así las cosas, «nadie presiona al legislador para que cambie; y no cambiará mientras los operadores jurídicos hagan lo que tienen que hacer, que es decidir razonablemente» [o sea, aplicar una regla general de responsabilidad por negligencia].

⁸¹ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, *RDPTM*, 5, 2022.

⁸² CHANDRASEKHAR, *Truth and Beauty. Aesthetics and Motivations in Science*, University of Chicago Press, 1987; MCALLISTER, *Beauty and Revolution in Science*, Cornell University Press, 1996; FISCHER, *Beauty and the Beast. The Aesthetic Moment in Science*, Springer, 1999; KOSSO, «The Omniscient: Beauty and scientific understanding», *International Studies in the Philosophy of Science*, 16:1, 2002, pp. 39-48; KUIPERS, «Beauty, a road to the truth», *Synthese*, 131:3, 2002, pp. 291-328; MAINZER, *Symmetry and Complexity. The Spirit and Beauty of Nonlinear Science*, World Scientific, 2005; GIROD, «A Conceptual Overview of the Role of Beauty and Aesthetics in Science and Science Education», *Studies in Science Education*, 43:1, 2007, pp. 38-61; TODD, «Unmasking the Truth Beneath the Beauty: Why the Supposed Aesthetic Judgments Made in Science May Not Be Aesthetic at All», *International Studies in the Philosophy of Science*, 22:1, 2008, pp. 61-79; GLYNN, *Elegance in Science. The Beauty of Simplicity*, Oxford University Press, 2010; ORRELL, *Truth of Beauty. Science and the Quest for Order*, Yale University Press, 2012; COLLESS, «Beauty in Science, Science in Beauty: The Scientific Aesthetic as an Evolving Heuristic», en Visser/Visser (eds.), *Seeking Understanding: The Lifelong Pursuit to Build the Scientific Mind*, Brill, 2020, pp. 192-204; IVANOVA/FRENCH (eds.), *The Aesthetics of Science. Beauty, Imagination and Understanding*, Routledge, 2020.

⁸³ MCALLISTER, *Beauty and Revolution in Science*, 1996, pp. 39-60 y 105-124.

⁸⁴ TODD, *ISPS*, 22:1, 2008.

⁸⁵ MCALLISTER, *Beauty and Revolution in Science*, 1996, p. 81. Según COLLESS, «Beauty in Science, Science in Beauty», *cit.*, the «sense of scientific beauty is in fact a vital and effective adaptive heuristic that the human intellectual apparatus develops in an evolutionary response to the challenging fitness problem of selecting amongst competing hypotheses and paradigms in the course of normal scientific research».

estética», tendemos a preferir las teorías que reúnen en mayor grado esas características, que se ajustan en mayor medida al canon estético de las teorías previas científicamente exitosas⁸⁶.

En tercer lugar, el valor estético positivo de una teoría facilita y hace más agradable y atractivo su manejo, es decir, su elaboración, desarrollo, comprensión, enseñanza, difusión, etc. Lo cual aumenta los alicientes que los científicos tienen para llevar a cabo estas tareas, lo que estimula su realización. Las actividades científicas suelen generar considerables externalidades positivas, lo que determina que los individuos carezcan de los incentivos económicos suficientes para realizarlas en el nivel que sería socialmente óptimo. De ahí, quizás, que la evolución haya propiciado en los seres humanos también una significativa preferencia por las teorías «bellas», cuyo atractivo estético compensa hasta cierto punto esa perniciosa falta de incentivos.

Las cualidades estéticas positivas de una teoría defectuosa pueden contribuir no sólo a su consolidación, sino también y sobre todo a su persistencia. El hecho de que su valor estético derive de compartir ciertos rasgos con otras teorías que *en el pasado* tuvieron gran éxito científico entorpece su sustitución por otras teorías científicamente mejores que poseen rasgos estéticos diferentes, que no se ajustan al canon de belleza hasta entonces dominante⁸⁷. Al originarse por inducción, «los criterios estéticos de los científicos son conservadores: ... atribuyen mayor valor a –y recomiendan la adopción de– las teorías que poseen las propiedades estéticas mostradas por las teorías empíricamente más exitosas adoptadas previamente»⁸⁸.

También en la vida de las teorías jurídicas tienen gran relevancia sus atributos estéticos y, en particular, los del lenguaje empleado para formularlas⁸⁹. Éstos suelen determinar de manera muy significativa la popularidad de aquéllas. La precisión, la claridad, la exactitud, la expresividad, la concisión, la sobriedad, la coherencia, la estructura, la armonía, el orden, la redondez, la amenidad, la utilización de referencias literarias, operísticas o cinematográficas, el uso de metáforas certeras, imágenes vívidas y ejemplos sorprendentes e incluso divertidos, los adornos filosóficos, históricos o comparados, etc., suelen ser cualidades de los trabajos jurídicos académicos apreciadas entre los profesores, los estudiantes y los profesionales del Derecho, que generan interés e incluso emoción, mitigan la naturaleza árida y prosaica de los problemas planteados, contribuyen a su mejor comprensión e incrementan el poder persuasivo de las soluciones postuladas. No es casualidad que muchos de los más prominentes profesores de Derecho hayan sido también grandes maestros en el uso de la lengua (piénsese, por poner

⁸⁶ Vid. MCALLISTER, *Beauty and Revolution in Science*, 1996, pp. 70-89. Sobre la explicación de este mecanismo de «inducción estética», vid. KUIPERS, *Synthese*, 131:3, 2002.

⁸⁷ En sentido similar, HOSSENFELDER, *Lost in Math. How Beauty Leads Physics Astray*, Basic Books, 2018.

⁸⁸ MCALLISTER, *Beauty and Revolution in Science*, 1996, p. 128.

⁸⁹ Sobre la dimensión estética del Derecho, vid., entre otros, LLEWELLYN, «On the Good, the True, the Beautiful, in Law», *University of Chicago Law Review*, 9:2, 1942, pp. 224-265; MANDERSON, *Songs without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, University of California Press, 2000; SCHLAG, «The Aesthetics of American Law», *Harvard Law Review*, 115:4, 2002, pp. 1047-1118; BEN-DOR (ed.), *Law and Art. Justice, Ethics and Aesthetics*, Routledge, 2011.

algunos ejemplos, en Joaquín Garrigues, Eduardo García de Enterría⁹⁰, Alejandro Nieto⁹¹, Tomás Ramón Fernández Rodríguez⁹², Santamaría Pastor, Araceli Mangas y Santiago Muñoz Machado⁹³).

Ni tampoco que algunos de los más influyentes manuales universitarios de Derecho hayan conquistado al público, en gran medida, por la forma en la que están escritos. Del *Curso de Derecho mercantil* de Garrigues, Miguel DELIBES contaba que «despertó [su] interés por la palabra escrita, logró seducir[le] con sus múltiples combinaciones y, en consecuencia, [le] ganó para un mundo, el de las letras, en el que [él] nunca había soñado entrar. Hasta aquel momento [él] había leído libros atraído por *lo que* decían, nunca por *cómo* lo decían, esto es, por el vehículo expositivo. Después de conectar con el *Curso de Derecho Mercantil*, [su] actitud cambió y la forma de decir llegó a apasionar[le] tanto como el mensaje que contenía». «Su prosa era sencilla, directa, casi ascética. Garrigues era castellano en el decir: llano y desnudo. Pero ¡qué admirablemente exacto! ¡Qué adjetivación inesperada la suya! Esta prosa precisa, desvestida, sin galas, es lo primero que [le] cautivó de él». «Pero dentro de su ascetismo —a tono con su figura— Garrigues, en el momento oportuno, hacía la pirueta, sabía sacarse una metáfora de la manga, una metáfora rutilante, divertida...»⁹⁴.

Del *Curso de Derecho administrativo* de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se ha destacado: su «lenguaje brillante»⁹⁵; su «belleza literaria»⁹⁶; que se trata de un «libro cuidado, de una prosa no siempre fácil, pero sobria y bella, en la que casi nunca falta —ni sobra— una línea; sistemático, coherente, realista, lleno de viveza»⁹⁷; un «texto redactado en un castellano sobrio y elegante que ayudó mucho a que se hicieran comunes sus ideas y su forma de entenderlas»⁹⁸, etc.

Es verosímil, por ejemplo, que las cualidades estéticas de su teoría de la responsabilidad objetiva hayan sido uno de los factores que han contribuido a su enorme éxito. En el Derecho público, las connotaciones de lo «objetivo» son mucho más positivas y atractivas que las de la «culpa», la «negligencia» y lo «subjetivo». Que la responsabilidad de la Administración constituya un

⁹⁰ Sirva como dato indicativo su condición de académico de número de la Real Academia Española (1993-2013). Como advierte MUÑOZ MACHADO, «Eduardo García de Enterría: la Academia y la literatura», en SAINZ MORENO (ed.), *Los cimientos del Estado de Derecho. Eduardo García de Enterría en sus recensiones*, CEPC, 2015, p. LIX, «Eduardo García de Enterría tuvo siempre justa fama de escribir bien».

⁹¹ En su necrológica publicada en *ABC*, 7 de octubre de 2023, MUÑOZ MACHADO afirma que era un «escritor claro [y] elegante», cuyas obras «muestran un dominio absoluto de nuestra lengua». BAÑO LEÓN, «La dimensión social del Derecho administrativo en la obra de Alejandro Nieto», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 106-107, 2023, advierte su «manejo de un castellano esculpido a cincel».

⁹² Alejandro Nieto, Tomás Ramón Fernández Rodríguez, Juan Alfonso Santamaría Pastor, Araceli Mangas y Santiago Muñoz Machado, entre otros, forman parte de un selecto grupo de juristas españoles que «dan ejemplo de expresar su saber jurídico en buena prosa» (SALVADOR CODERCH, «El oficio de la buena prosa legal», *InDret*, 2/2018, p. 4).

⁹³ Sirva como dato indicativo su condición de académico de número de la Real Academia Española (2012-).

⁹⁴ DELIBES, «Garrigues, el Maestro», *ABC*, 18 de febrero de 1984.

⁹⁵ LAVILLA RUBIRA, en su recensión publicada en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 82, 1984.

⁹⁶ MUÑOZ MACHADO, en su recensión publicada en *Documentación Administrativa*, 165, 1975, p. 138.

⁹⁷ MARTÍN REBOLLO, en su recensión publicada en *Revista de Administración Pública*, 103, 1984, pp. 456-457.

⁹⁸ MARTÍN REBOLLO, «Estudio preliminar», en GARCÍA DE ENTERRÍA, *De mis raíces*, Universidad de Cantabria, 2022, p. 32.

«mecanismo objetivo de reparación» que reposa sobre un «principio abstracto de garantía de los patrimonios» de los ciudadanos [así como sobre los principios constitucionales de solidaridad e igualdad ante las cargas públicas⁹⁹] suena mucho mejor que la «concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable». Especialmente bella es la fórmula propuesta con el objeto de precisar de qué daños responde la Administración: «Para que exista lesión resarcible se requiere... que [el] detrimento patrimonial [sufrido por un ciudadano] sea *antijurídico*, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre *no tenga el deber jurídico de soportarlo* (antijuridicidad objetiva)», lo que ocurrirá cuando «*no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate*»¹⁰⁰. Ésta es en realidad una fórmula circular, tautológica, vacía¹⁰¹. Pero es una tautología redonda, concisa y elegante, lo que seguramente ha favorecido su extraordinaria popularidad, no sólo en el Derecho español, sino también en el iberoamericano¹⁰².

a.4. Utilidad ideológica

Ya hemos visto que las teorías jurídicas pueden estar cargadas de ideología¹⁰³ y ser instrumentalizadas políticamente, ora para favorecer determinados cambios jurídicos, políticos o sociales ora para oponerse a ellos.

Se comprende, pues, que el significado ideológico de estas teorías puede tener un efecto ambivalente sobre su aceptación. Desde luego, puede favorecerla, si la ideología que inspira y a la que sirven dichas teorías incrementa su popularidad y consigue volverse hegemónica. Pero también puede debilitarla u obstaculizarla, si la correspondiente ideología entra en una fase de declive y pierde buena parte de su respaldo social.

Sea como fuere, insisto en que, a los efectos de suscitar la adhesión o el rechazo, lo importante no es tanto la realidad como la percepción que de ésta tenga el público. Lo relevante aquí no es que una cierta construcción teórica sea realmente acorde con determinados postulados jurídicos o ideológicos, sino que el público así lo perciba, con independencia de que su percepción sea certera o errónea.

Este punto puede ser ilustrado con el ejemplo de la responsabilidad objetiva de las administraciones públicas. Una de las circunstancias que explica por qué ésta ha tenido tanto éxito en la doctrina española es, seguramente, que a muchos autores les ha parecido que era la regla más acorde con una ideología «progresista» y, en particular, con los principios de

⁹⁹ Vid. lo que al respecto se dirá en el siguiente epígrafe.

¹⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 1993, t. II, pp. 372 y 373 (en las últimas ediciones del *Curso* la redacción de esta parte ha sido ligeramente modificada).

¹⁰¹ GARCÍA AMADO, «Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual», *Almacén de Derecho*, 16 de enero de 2019.

¹⁰² LETELIER WARTENBERG, «Sobre la lesión que la víctima no está obligada a soportar», en Vaquer/Moreno/Descalzo (eds.), *Estudios de Derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tirant lo Blanch, t. I, 2018, p. 1047, quien advierte que «es tremendamente inexplicable cómo una expresión tan circular como esta ha podido tener tanto éxito en el derecho administrativo iberoamericano».

¹⁰³ CHILTON/POSNER, *JLS*, 44:2, 2015, evidencian estadísticamente que los profesores de las más reputadas Facultades de Derecho estadounidenses que donan dinero al partido demócrata (republicano) tienden a publicar estudios que reflejan posiciones progresistas (conservadoras).

solidaridad e igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas. De hecho, éstos han sido los principios, junto con el de garantía del patrimonio de los ciudadanos, que tradicionalmente se han invocado para justificarla. En palabras de MARTÍN REBOLLO:

«La responsabilidad de las Administraciones Públicas constituye ciertamente un sistema de garantía que se fundamenta en un criterio de solidaridad social, según el cual los daños generados por la acción de los poderes públicos no deben pivotar azarosamente sobre los patrimonios privados de quienes se ven afectados por esa actividad. Es decir, los efectos perjudiciales indirectos de una actividad dirigida a lograr beneficios colectivos y a actuar intereses sociales deben ser asumidos igualmente por toda la colectividad»¹⁰⁴.

Lo cierto es, sin embargo, que la responsabilidad civil de la Administración constituye un mecanismo regresivo de solidaridad¹⁰⁵. Al compensar integralmente los daños sufridos por las víctimas de un accidente –v. gr., de tráfico–, esta responsabilidad asegura por cantidades más elevadas y proporciona más recursos a las personas que sufren daños de mayor magnitud –v. gr., las que conducían el coche más caro–, que suelen ser las más ricas. Los sistemas públicos de seguridad social cubren riesgos de una manera más equitativa y progresiva, al asegurar en mayor medida y proporcionar más recursos a las personas que más los necesitan. Adicionalmente, estos sistemas tienen la gran ventaja de que operan a través de procedimientos menos costosos, tanto para el erario como para las víctimas, que los de responsabilidad civil¹⁰⁶.

Pese a ello, la mayoría de la doctrina entendió que la ampliación del alcance de la responsabilidad de las administraciones públicas que suponía configurarla con carácter objetivo servía mejor los referidos principios y era más «progresista» que limitar dicha responsabilidad a los casos de culpa, lo que propició que el referido dogma se consolidara durante la transición a la democracia y persistiera durante décadas. La consagración de una «responsabilidad puramente objetiva» situaba «a nuestro ordenamiento a la vanguardia del Derecho comparado»¹⁰⁷. Esta regla se vio como «una de las más importantes conquistas del Estado de Derecho, que [aparecía] incorporado a todos los ordenamientos positivos más progresivos»¹⁰⁸; como un avance del que los españoles podíamos enorgullecernos legítimamente y que no admitía retroceso alguno: «ni un solo paso atrás [debía] darse»¹⁰⁹. Según advierte MIR PUIGPELAT:

¹⁰⁴ MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994, p. 29. En una obra posterior, sin embargo, MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, p. 327, afirma haber «evolucionado hasta otras posiciones menos optimistas a medida que el Estado ha asumido por otras vías de asistencia social algunas de las funciones que, en otro caso, podrían corresponderle a la responsabilidad».

¹⁰⁵ Así lo han advertido, entre otros, PANTALEÓN, *DA*, 237-238, 1994, pp. 251-252; MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, 2002, pp. 242-251.

¹⁰⁶ MIR PUIGPELAT, *ibídem*.

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 1993, t. II, p. 371 (en las últimas ediciones del *Curso* ha desaparecido esta frase).

¹⁰⁸ STS de 4 de julio de 1980 (RJ Aranzadi 3410).

¹⁰⁹ MUÑOZ MACHADO, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)», *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994, p. 277.

«La vinculación del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración española a la solidaridad y, en general, al progresismo ideológico explica... en gran medida, que hayan tardado tanto en producirse las reacciones críticas que ahora dividen a nuestra doctrina: durante muchos años, cuestionar el sistema vigente de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido casi tanto como poner en duda el carácter social del Estado español»¹¹⁰.

a.5. Utilidad profesional académica

Otro factor que puede influir en la aceptación de una teoría por una comunidad científica es la utilidad profesional –académica y extraacadémica– que dicha teoría puede reportar a los miembros de esa comunidad.

Afirmar una determinada idea teórica puede servir para alcanzar o mantener una posición ventajosa en la academia. Tal es el caso, por lo general, de los artífices y más reputados partidarios de las teorías dominantes. Lo normal es que éstos tengan un potente incentivo para oponerse a la sustitución de «sus» teorías por otras nuevas, tanto más potente cuanto mayor sea la diferencia existente entre ambas. Dos razones hay para ello. La primera es que la sustitución implicaría seguramente una devaluación de sus conocimientos, su reputación y los servicios que pueden prestar en el «mercado académico». El abandono de la teoría que han construido o de la que son reputados defensores eliminaría o reduciría sustancialmente la ventaja competitiva de la que allí vienen disfrutando. El coste del abandono sería para ellos mayor que para otros miembros de la comunidad científica. La segunda es que los beneficios que les reportaría el cambio son especialmente reducidos, por cuanto lo normal es que estas personas tengan una edad relativamente avanzada y dispongan, por ende, de menos tiempo para rentabilizar el esfuerzo que la sustitución conlleva. No sería extraño, por lo tanto, que tal incentivo influyera, de manera consciente o inconsciente, en la decisión de esos académicos de reafirmar las teorías que han contribuido a edificar o popularizar.

A su vez, la posición de tales autores puede ejercer una notable influencia sobre la de otros miembros de la comunidad académica. Los primeros suelen disfrutar de una gran reputación, buenos contactos personales, abundantes medios materiales y, en fin, una elevada capacidad de orientar hacia sus preferencias la investigación realizada por otras personas. Son ellos los que, directa o indirectamente, en mayor medida: dirigen los proyectos de investigación mejor dotados económicamente; integran los órganos encargados de seleccionar el profesorado de las Universidades y evaluar su actividad investigadora a efectos retributivos y de obtención de ayudas y premios; seleccionan los trabajos que se publicarán en las revistas de mayor impacto o se expondrán en congresos especialmente relevantes, etc. Todo ello les otorga una considerable capacidad de influir sobre el desempeño de los restantes miembros de la comunidad, incluidos los más jóvenes, a los que desenvolverse en los paradigmas heredados les puede resultar, en consecuencia, mucho más cómodo, rentable y seguro que tratar de cambiarlos. Según observa VAQUER CABALLERÍA:

«Parte del éxito de los conceptos y teorías científicas se [explica] por la ley del acolitismo, que puede formularse así: cuantos más sean los investigadores en cuya carrera académica puedas

¹¹⁰ MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, 2002, p. 242.

influir, mayor será el impacto de las teorías que elabores y, en consecuencia, tanta mayor probabilidad de éxito tendrán»¹¹¹.

a.6. Utilidad profesional extraacadémica

Afirmar una determinada teoría también puede servir para progresar profesionalmente fuera del ámbito académico. No ha de perderse de vista el hecho de que muchos profesores de Derecho españoles han simultaneado su actividad académica con el ejercicio profesional de la abogacía. En líneas generales, esta circunstancia ha influido seguramente en la orientación y el contenido de su investigación y docencia.

De un lado, esa simultaneidad ha constituido un potente acicate para que dichos profesores hayan dirigido sus investigaciones principalmente a la resolución de los *tipos de problemas* que típicamente se les plantean a los abogados: *de lege lata*, litigiosos, donde hay mucho dinero en juego, etc. Así han maximizado la rentabilidad de sus esfuerzos, al obtener un doble dividendo – universitario y profesional – por ellos.

De otro lado, y por razones análogas, dicha simultaneidad seguramente ha condicionado también el *contenido* de las correspondientes investigaciones. Es probable que los profesores que dedican buena parte de su tiempo, desvelos y escritos a defender como abogados determinadas posiciones –favorables a los intereses de sus clientes– tiendan a sostener esas mismas posiciones o, al menos, a no contradecirlas en sus trabajos académicos. De esta manera, no sólo optimizan la utilidad esperada de sus esfuerzos, sino que también evitan el coste reputacional y profesional, así como la disonancia cognitiva, que les ocasionaría decir una cosa en el foro y otra distinta en su cátedra.

Así, por ejemplo, resulta previsible que los profesores que ejercen como abogados penalistas muestren en sus escritos académicos una fuerte querencia *pro reo*, favorable a las garantías e intereses de los acusados a los que típicamente defienden. De los profesores de Derecho laboral que normalmente defienden a grandes empresas, cabe esperar que en sus publicaciones reflejen un sesgo favorable a los intereses de éstas. De los que suelen defender a trabajadores, lo contrario. De los tributaristas que actúan como abogados o asesores fiscales, posiciones favorables a los contribuyentes, etc.

Como bien ha notado ALFARO, «si hay una ciencia social expuesta a los sesgos crematísticos es el Derecho», sobre todo en España. Aquí, «los profesores universitarios de Derecho positivo que tienen cierta calidad ejercitan la profesión de forma más o menos intensa. Los bajos salarios – y el elevado coste de oportunidad de permanecer “en exclusiva” – han llevado a los profesores a ejercer. Y, si añadimos que es probable que los profesores más prestigiosos sean también los más demandados en su capacidad para influir sobre jueces y legisladores, se comprende que los sesgos crematísticos resulten especialmente relevantes en España. La academia jurídica en España no está en su torre de marfil, porque la torre apenas es de adobe»¹¹².

¹¹¹ VAQUER CABALLERÍA, «La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 2014, p. 3016.

¹¹² ALFARO, «Sesgos crematísticos en la investigación jurídica», *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016.

Todo lo cual permitiría explicar, hasta cierto punto, por qué la ciencia jurídico-administrativa española de la segunda parte del siglo XX tiene un claro sesgo «contrario a la Administración». La gran mayoría de los más influyentes administrativistas españoles de este periodo compatibilizaron la cátedra con el ejercicio de la abogacía. Y podemos suponer que, en su actividad profesional, asumieron típica y principalmente la defensa de los intereses de grandes empresas frente a las posiciones mantenidas por Administraciones públicas. De ahí que, como señalara descarnadamente NIETO, la doctrina del Derecho administrativo fuera una «doctrina para ricos»¹¹³, afirmación que sigue siendo válida hoy en día¹¹⁴. La explicación es que «la jurisdicción contencioso-administrativa no está montada en defensa del Derecho objetivo..., sino en la de los derechos e intereses legítimos individuales... de ordinario patrimoniales». Además, de resultas de su falta de gratuidad, esta jurisdicción sólo se ocupa, en la práctica, de «derechos e intereses patrimoniales de alguna importancia». La consecuencia es, por un lado, que «el Derecho administrativo que se invoca ante los Tribunales (y no hay que olvidar que para muchos éste es el único Derecho vivo) es un “Derecho de ricos”». Por otro lado, «habida cuenta que la doctrina jurídico-administrativa es atendida prioritariamente por abogados... la doctrina del Derecho administrativo –en cuanto orientado por y para el Foro– es una doctrina para ricos». En sentido similar, SANTAMARÍA PASTOR advertía que una de las concausas por las que la doctrina jurídico-administrativa de la época se edificó sobre «presupuestos rigurosamente liberales, situados en las antípodas ideológicas del régimen político franquista,... [fue] el propio interés profesional que, en su función de abogados, animaba a parte de este colectivo universitario, para quienes la juridificación en una línea liberal del sistema de Derecho público suponía una ampliación de su arsenal dialéctico»¹¹⁵.

No es casualidad que casi todas las grandes construcciones teóricas que durante este periodo se forjaron y consolidaron en el Derecho administrativo español tendieran a favorecer la posición y los intereses de quienes litigaban contra la Administración¹¹⁶. Piénsese en las relativas a: la eliminación de espacios de actuación administrativa inmunes al control judicial; las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad administrativa; la ampliación de la legitimación procesal activa; la ampliación de las posibilidades de suspender la ejecución de los actos administrativos y adoptar otras medidas cautelares; el control judicial de los decretos legislativos que exceden los límites de la ley de delegación; la vinculación positiva de la Administración a la ley; la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración; la extensión al Derecho administrativo sancionador de los principios del Derecho penal moderno; la prohibición de la retroactividad de las normas reglamentarias; la nulidad de los reglamentos ilegales, etc. Tampoco es casualidad que prácticamente todas estas teorías fueran construidas por brillantes profesores-abogados o por sus discípulos y, todavía hoy, sigan teniendo un enorme predicamento y numerosos adeptos en la abogacía.

¹¹³ NIETO, «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *Revista de Administración Pública*, 76, 1975, p. 14.

¹¹⁴ VAQUER, «El ingreso mínimo vital desde la óptica del Derecho público: Sus aportaciones al debate sobre el Estado social y autonómico», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 5, 2022, p. 135.

¹¹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, «Recensión del Curso de Derecho administrativo de E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, t. I, Civitas, Madrid, 1979», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 24, 1980.

¹¹⁶ Según BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, 1993, pp. 9 y 10, es «grave» la «actitud de buen número de estudiosos del Derecho administrativo que, animados y quizá también ofuscados por hábitos profesionales», llevados por el «fervor en la defensa profesional de intereses privados contra actos de la Administración pública», intentan convencer al legislador y a los jueces de que establezcan reglas o interpretaciones que impiden a la Administración atender los intereses públicos.

b. *Sesgos cognitivos*

Es posible que detrás de la persistencia de muchas ideas teóricas se encuentren algunos sesgos cognitivos, cuando menos: el sesgo del *statu quo* (los individuos muestran por lo general una inclinación exagerada a no modificar el estado actual de las cosas)¹¹⁷; el sesgo de la confirmación (la gente tiende a buscar y evaluar la información de manera que sus creencias y posiciones previas queden corroboradas)¹¹⁸; el llamado «efecto Ikea» (las personas tienden a sobrevalorar los productos que ellas han contribuido a crear)¹¹⁹; y el sesgo de relativa superioridad (propendemos a sobreestimar nuestra capacidad y habilidad, en relación con las de otras personas)¹²⁰.

c. *Comportamientos gregarios*

Los individuos tienden frecuentemente a comportarse gregariamente, a imitar las acciones realizadas previamente por otros, a pesar de que no siempre esta querencia conduce a resultados positivos. Ninguna razón hay para pensar que el mundo del Derecho, en sus esferas académica y práctica, es ajeno a este fenómeno¹²¹.

c.1. Causas: cascadas informativas y presiones sociales

Una de las principales razones por las que los individuos imitan lo que otros hacen es que aquéllos pueden pensar que éstos actúan de cierta manera porque presumiblemente están mejor informados acerca de cuáles son las alternativas de actuación más convenientes. Los imitadores no son capaces de observar inmediatamente la información que otras personas poseen al respecto, pero pueden inferirla de sus acciones.

Imaginemos que cien opositores necesitan comprar un manual de Derecho aduanero para preparar un examen. En el mercado sólo hay dos obras de este tipo (X y Z), que se venden en una sola librería y sólo a dichos sujetos. La única y poco fiable información con la que cada uno de ellos cuenta es que sendos amigos les han recomendado uno de los dos libros. Imaginemos que el opositor que primero entra en la librería adquiere el manual X, porque éste es el que se le recomendó. Seguidamente, llega un segundo opositor que se enfrenta a la misma elección, con una importante diferencia: puede preguntar al librero cuál de los dos manuales tiene mayores ventas y, por lo tanto, deducir de la decisión de compra tomada por su antecesor cuál es la obra que éste considera mejor. Si se le recomendó X, el segundo opositor se decantará por el mismo manual, pues la opinión de su amigo se verá corroborada por la información que ahora le

¹¹⁷ SAMUELSON/ZECKHAUSER, «Status Quo Bias in Decision Making», *Journal of Risk and Uncertainty*, 1:7, 1988, pp. 7-59.

¹¹⁸ NICKERSON, «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises», *Review of General Psychology*, 2:2, 1999, pp. 175-220.

¹¹⁹ NORTON/MOCHON/ARIELY, «The IKEA effect: When labor leads to love», *Journal of Consumer Psychology*, 22:3, 2012, pp. 453-460; de los mismos, «Bolstering and restoring feelings of competence via the IKEA effect», *International Journal of Research in Marketing*, 29:4, 2012, pp. 363-369.

¹²⁰ Vid., entre otros, ZELL/STRICKHOUSER/SEDIKIDES/ALICKE «The better-than-average effect in comparative self-evaluation: A comprehensive review and meta-analysis», *Psychological Bulletin*, 146:2, 2020, pp. 118-149.

¹²¹ Vid. SUNSTEIN, «Foreword: On Academic Fads and Fashions», *Michigan Law Review*, 99:6, 2001, pp. 1251-1264.

suministra el librero. A partir de ese momento puede generarse una «*cascada informativa*» por la cual todos los opositores que sucesivamente llegan a la librería y preguntan al librero adquieren X, aun cuando la mayoría o incluso todos ellos recibieron una recomendación favorable a Z. Si no dan mayor credibilidad a esta recomendación que a la información que se infiere del hecho de que otros opositores hayan comprado X, seguramente se decantarán también por X¹²².

El principal problema que plantean estas cascadas es que impiden que salga a la luz pública información valiosa de la que podrían aprovecharse muchos individuos, pues quienes se ven envueltos en ellas imitando lo que hacen otros no revelan –siquiera tácitamente– la información privada con la que cuentan (en el ejemplo anterior, las recomendaciones previas). Imaginemos que, antes de comprar, los cien opositores se reúnen y ponen en común la información de que disponen sobre la calidad de los manuales. A los dos primeros en llegar, sendos amigos les recomendaron X. A los noventa y ocho restantes, Z. Ésta será probablemente la opción elegida por todos.

Los comportamientos gregarios también pueden ser provocados por *presiones sociales*. Las personas suelen preferir, *ceteris paribus*, aquellos cursos de acción conformes con el comportamiento de otros individuos al objeto de «gustarles», obtener su aprobación, colaborar con ellos, evitar problemas, labrarse una buena reputación, etc.¹²³ La intensidad de tal querencia está en función, a su vez, de múltiples factores: la percepción que uno tenga acerca del grado de consenso existente en el correspondiente grupo social; el grado de contradicción existente entre las opiniones propias y las del grupo; el tamaño de éste; la relevancia de los intereses en juego, etc.

Estas presiones pueden dar lugar a cascadas reputacionales. Los individuos imitan a otros sujetos porque infieren de las acciones realizadas previamente por éstos que se trata de la alternativa más conveniente para su reputación y sus intereses, a pesar de que no sea la más acorde con sus propias preferencias¹²⁴. Tales presiones pueden provocar así que la gente «falsifique sus preferencias»¹²⁵, que manifieste públicamente, de manera explícita o tácita, opiniones contrarias a las que realmente alberga.

Los comportamientos gregarios tienden a preservar el *statu quo* y dificultan los cambios. No sólo impiden que aflore información acerca de los defectos y problemas de la posición dominante, así como de la existencia y las virtudes de las alternativas. La falsificación y el ocultamiento de las preferencias pueden terminar provocando que éstas cambien, que mucha gente acabe pensando

¹²² Para más detalles, BANERJEE, «A Simple Model of Herd Behavior», *Quarterly Journal of Economics*, 107:3, 1992, pp. 797-817; BIKHCHANDANI/HIRSHLEIFER/WELCH, «A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades», *Journal of Political Economy*, 100:5, 1992, pp. 992-1026; de los mismos, «Learning from the Behavior of Others: Conformity, Fads, and Informational Cascades», *Journal of Economic Perspectives*, 12:3, 1998, pp. 151-170; ÇELEN/KARIV, «Distinguishing Informational Cascades from Herd Behavior in the Laboratory», *American Economic Review*, 94:3, 2004, pp. 484-498.

¹²³ Vid., por ejemplo, CIALDINI/GOLDSTEIN, «Social Influence: Compliance and Conformity», *Annual Review of Psychology*, 55, 2004, pp. 606 y ss.

¹²⁴ Vid. KURAN, «Ethnic Norms and Their Transformation through Reputational Cascades», *Journal of Legal Studies*, 27:2, 1998, pp. 623-659; KURAN/SUNSTEIN, «Availability Cascades and Risk Regulation», *Stanford Law Review*, 51:4, 1999, pp. 727 y 728.

¹²⁵ Vid. KURAN, *Private Truths, Public Lies. The Social Consequences of Preference Falsification*, Harvard University Press, 1995.

igual que actúa¹²⁶, en el mismo sentido que la «manada». Cuanto más prevalente es una determinada posición, mayor es la presión social para actuar de conformidad con ella y más difícil es que alguien muestre su disidencia, lo que la hará todavía más prevalente, robusta y resistente, creándose así un círculo vicioso, un proceso de retroalimentación; en palabras de NOELLE-NEUMANN, una «espiral del silencio»¹²⁷.

c.2. Efectos de los comportamientos gregarios sobre las teorías jurídicas defectuosas

Los referidos comportamientos gregarios pueden jugar y, de hecho, probablemente juegan un importante papel en la aceptación y la perpetuación de estas teorías.

El hecho de que un miembro especialmente prominente y prestigioso de la academia haya formulado y publicado en un lugar visible una determinada idea teórica puede desencadenar una cascada informacional y reputacional similar a las descritas en el epígrafe anterior, que provoque que un número creciente de los miembros de la comunidad académica y, eventualmente, profesional acepten la idea y se mantengan en ella. Puede producirse aquí una suerte de «efecto de bola de nieve». Cuantos más adeptos gana la teoría, más potentes se vuelven la señal informativa relativa a su corrección y las presiones sociales para aceptarla, lo que acelera el número de personas que se adhieren a ella. La aceptación puede tener lugar de manera relativamente acrítica, sin apenas discusión y sin que salgan a la luz las razones que podrían oponerse a la nueva teoría¹²⁸.

Una vez se ha estabilizado este proceso y el número de sus seguidores ha llegado a su punto más alto, la señal informativa y las presiones sociales alcanzarán su máxima potencia, lo que puede dificultar enormemente que la teoría sea cuestionada y propicia que siga siendo tenida por válida durante mucho tiempo.

Algo de ello ha podido ocurrir con varias de las construcciones teóricas formuladas por algunos grandes maestros del Derecho. Sirva otra vez como ejemplo el caso de GARCÍA DE ENTERRÍA. Probablemente, muchos profesores, jueces, funcionarios y letrados las aceptaron cautivados por el extraordinario y bien ganado prestigio de su artífice, su obra y su pujante escuela, que podían tomarse como una fiable señal informativa del acierto de tales construcciones y que, además, ejercían una significativa presión reputacional sobre quienes osaran contradecirlas. Si uno carecía de potentes razones o motivos para disentir, parecía que lo más conveniente era «subirse al carro», por más que don Eduardo fuera una persona que «aceptaba con naturalidad la discrepancia» y a la que «le gustaba implicarse en el debate y [que] se mostraba dispuesto a comprender e incluso a aceptar y potenciar los argumentos ajenos cuando los encontraba fundados»¹²⁹. Criticar abiertamente a la «mejor doctrina» siempre requiere mayor esfuerzo, resulta más aventurado y, en fin, más costoso que seguirla. Según fue agrandándose la escuela de GARCÍA DE ENTERRÍA, hasta adquirir proporciones gigantescas, y ganando adeptos sus

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ NOELLE-NEUMANN, *Die Schweigespirale. Öffentliche Meinung – unsere soziale Haut*, Langen Müller, 1980.

¹²⁸ Según FAIRÉN GUILLÉN, «Proceso, procedimiento, mito jurídico», cit., p. 443, «si el método [de investigación] falla en la destrucción del mito, se produce a su vez un círculo vicioso; el mito examinado se reconduce a sí mismo, gira incansablemente, reclutando merced a su inercia y oscuro prestigio cada vez más adhesiones».

¹²⁹ LÓPEZ RAMÓN, *RAP*, 205, 2018, p. 21. Así lo indica el prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA al libro de MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, 2002.

postulados, la señal y la presión se hicieron cada vez más robustas, lo que contribuyó a popularizarlos y fortalecerlos. Se generó así una especie de espiral informacional-reputacional que determinó que un número creciente de juristas los tuviera por ciertos y que sofocó las discrepancias. De ahí que, como señala Alejandro NIETO, uno de los más destacados líderes de esta escuela, sus numerosos miembros se limitaran con frecuencia a «recibir pasivamente» la «doctrina de García de Enterría», «con la excusa de que era un dogma intocable, sin [percatarse] –quizás por comodidad– de que recibir acríticamente una lección es una falta de respeto para el autor y una dejación del deber de sus discípulos»¹³⁰.

d. *La relevancia de los artífices de las teorías*

A la vista de cuanto se ha expuesto, se comprende que la vida de las teorías jurídicas dependerá significativamente no sólo de sus cualidades objetivas –v. gr., científicas–, sino también de las circunstancias de sus artífices. La aceptación y la persistencia de tales ideas serán tanto más elevadas cuanto mayores sean: la reputación académica y profesional de estas personas; la cantidad, la calidad y la autoridad de sus discípulos; su capacidad de controlar las revistas y editoriales donde se publican los trabajos de investigación más valorados por la correspondiente comunidad académica; su red de contactos con el mundo profesional; sus posibilidades de influir en los procesos de selección del profesorado, etc. De ahí que las teorías formuladas o sostenidas por «superestrellas académicas» –como, desde luego, lo fue GARCÍA DE ENTERRÍA¹³¹– tiendan a gozar de una popularidad y persistencia muy elevadas, sobre todo mientras estas figuras mantienen su extraordinario ascendiente sobre otros miembros de la academia. Recordemos la «ley del acolitismo» formulada por VAQUER CABALLERÍA¹³².

d.1. Un mundo de superestrellas

Hay mercados dominados por superestrellas, por un reducido grupo de individuos que concentran una elevadísima parte de la producción y las ganancias¹³³. Diferencias relativamente escasas de talento resultan magnificadas en términos de cuota de mercado y beneficios. Sirvan los ejemplos de la televisión, la radio, la música, el cine y el deporte profesional.

Este fenómeno puede explicarse al menos por la concurrencia de dos circunstancias. La primera es que los bienes o servicios ofertados no son sustitutos perfectos. Una diferencia de X% en la calidad de dos bienes provoca una diferencia mayor que X% en sus respectivas cantidades demandadas. Un atleta que corra los 100 metros lisos un 5% más rápido que otro rival seguramente tendrá una audiencia televisiva y unas ganancias que superarán en más de un 5% a las de este último. La segunda circunstancia es que los oferentes pueden proporcionar bienes o servicios a una gran cantidad de personas con un coste marginal relativamente reducido. Incontables individuos pueden consumir un mismo producto musical, literario, cinematográfico o televisivo. Y el coste de suministrar ese producto a un consumidor adicional es prácticamente insignificante.

¹³⁰ NIETO, «La escuela de García de Enterría», en SAINZ MORENO (ed.), *Los cimientos del Estado de Derecho. Eduardo García de Enterría en sus recensiones*, CEPC, 2015, pp. XLV-XLIX.

¹³¹ Vid. VV.AA., *Eduardo García de Enterría. Semblanza de su vida y de su obra*, Civitas, 2014; SAINZ MORENO (ed.), *Los cimientos del Estado de Derecho. Eduardo García de Enterría en sus recensiones*, CEPC, 2015.

¹³² *Supra*, 7.1.a.5.

¹³³ Vid. ROSEN, «The Economics of Superstars», *American Economic Review*, 1981, 71:5, pp. 845-858.

La academia es un ámbito propicio para las superestrellas. Nótese, por ejemplo, que la gran mayoría de las ventas de libros de texto suele concentrarse en un número muy reducido de obras, a pesar de que las diferencias de calidad respecto de las obras competidoras suelen ser relativamente escasas. Y un grupo muy pequeño de investigadores acumula un enorme porcentaje de las citas efectuadas por la entera comunidad científica¹³⁴. Un fenómeno parecido se ha observado en relación con las citas de jueces¹³⁵.

También en la ciencia concurren las dos referidas condiciones. El menor talento es un sustituto inadecuado del mayor talento. Y los productos científicos (ideas, argumentos, teorías, estudios empíricos, artículos, libros, etc.) pueden ser suministrados y utilizados por un número enorme de consumidores con un coste marginal usualmente minúsculo. Después de que el autor de un texto académico lo haya entregado para su publicación, éste puede ser reeditado incontables veces y adquirido, leído y citado por una cantidad prácticamente ilimitada de personas con un coste relativamente pequeño, máxime si se publica digitalmente y en acceso abierto, como cada vez es más frecuente.

d.2. El efecto Mateo

El sociólogo MERTON acuñó esta expresión –inspirada en un versículo del Evangelio de Mateo¹³⁶– para describir varios fenómenos de «incorrecta asignación del crédito» otorgado por la realización de actividades científicas: por trabajos de mérito científico equiparable, las instituciones y los individuos más eminentes y prestigiosos reciben mayores recompensas (en forma de premios, reputación, financiación, citas, atracción de mejores estudiantes y discípulos, etc.) que las instituciones y los individuos menos eminentes y prestigiosos¹³⁷. Varios estudios empíricos han corroborado la existencia del efecto¹³⁸.

Este fenómeno ha sido luego teorizado en otros ámbitos distintos del científico y generalizado: en determinadas circunstancias, el éxito económico o social de ciertos individuos crece en proporción a su nivel inicial de recursos, por lo que su ventaja (o desventaja) respecto de otros individuos se acumula y agranda con el tiempo; los ricos se vuelven cada vez más ricos y los pobres cada vez más pobres; el éxito alimenta el éxito, etc.¹³⁹

¹³⁴ *Ibidem*, p. 845.

¹³⁵ Algo parecido ocurre en relación con las citas de opiniones judiciales. *Vid.* GULATI/SANCHEZ, «Giants in a World of Pygmies? Testing the Superstar Hypothesis with Judicial Opinions in Casebooks», *Iowa Law Review*, 87, 2002, pp. 1141-1212.

¹³⁶ «Al que tiene se le dará y abundará; pero a quien no tiene, aun lo que tiene se le quitará» (Mateo 25:29).

¹³⁷ *Vid.* MERTON, «The Matthew Effect in Science», *Science*, 159(3810), 1968, pp. 56-63.

¹³⁸ BONITZ/BRUCKNER/SCHARNHORST, «Characteristics and Impact of the Matthew Effect for Countries», *Scientometrics*, 40:3, 1997, pp. 407-422; TOL, «The Matthew Effect Defined and Tested for the 100 Most Prolific Economists», *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 60:2, 2009, pp. 429-426; LARIVIÈRE/GINGRAS, «The impact factor's Matthew effect: A natural experiment in bibliometrics», *Journal of the American Society for Information, Science and Technology*, 61:2, 2010, pp. 424-427; BOL/DE VAAN/VAN DE RIJ, «The Matthew effect in science funding», *Proceedings of the National Academy of Sciences United States of America*, 115:19, 2018, pp. 4887-4890; LIAO, «The Matthew effect and the halo effect in research funding», *Journal of Infometrics*, 15, 2021, pp. 1-12.

¹³⁹ DI PRETE/EIRICH, «Cumulative Advantage as a Mechanism for Inequality: A Review of Theoretical and Empirical Developments», *Annual Review of Sociology*, 32, 2006, pp. 271-297.

Se han dado varias explicaciones de por qué tienen lugar estos procesos de «ventaja acumulativa», de entre las cuales interesa destacar las siguientes¹⁴⁰:

- (i) Las mayores recompensas otorgadas a los individuos que han tenido más éxito en el pasado les permiten a éstos disponer de *mayores recursos* y, por consiguiente, disfrutar de una situación de ventaja para ser más productivos en el futuro.
- (ii) En los mercados en los que «el ganador se queda con todo» (*winner-take-all markets*), un reducido grupo integrado por los competidores más talentosos suele recibir una parte desproporcionadamente elevada de las ganancias¹⁴¹. Un atleta que corra siempre los 100 metros lisos una centésima más rápido que sus contrincantes ganará todos los torneos en los que participe, obteniendo unos ingresos mucho mayores que aquéllos; una pequeña diferencia de rendimiento se traducirá en una enorme brecha económica. El hecho de que un libro de texto tenga una calidad ligeramente superior a la de otras obras alternativas puede propiciar que la mayoría de los profesores de la correspondiente asignatura lo utilicen en sus clases y sus estudiantes lo adquieran. Cuando en una nota al pie de un trabajo académico se cita una sola obra a modo de ejemplo («véase, por todos»), la elegida es frecuentemente la obra general de mayor renombre en la correspondiente disciplina.
- (iii) Es probable que aquí juegue un papel relevante el denominado «efecto halo». Una vez conocemos que una persona posee algunas características buenas (o malas), tendemos a asumir que posee igualmente otras características consistentes con las anteriores (es decir, también buenas o malas), aunque no exista relación entre unas y otras¹⁴². Un efecto parecido se ha observado respecto de los *productos* de personas o empresas: los consumidores muestran un sesgo favorable hacia los productos de una empresa si antes tuvieron una experiencia satisfactoria con otros productos de la misma empresa. Este *sesgo cognitivo* puede provocar que se otorgue demasiado crédito a teorías, trabajos o proyectos de científicos eminentes, de los que ya se tiene una opinión positiva. Así lo muestra algún estudio empírico¹⁴³.

El efecto Mateo supone una «doble injusticia»: los científicos más reputados reciben más de lo que merecerían; y los menos, menos¹⁴⁴. Esta segunda «injusticia» resulta especialmente pernicioso, pues tiende a minar los ánimos y los recursos de los investigadores jóvenes – especialmente, de los menos precoces – y, por lo tanto, a obstaculizar sus carreras y su capacidad de producir nuevas ideas.

MERTON considera que el efecto Mateo cuenta, no obstante, con un lado positivo. En primer lugar, puede elevar la visibilidad de las nuevas ideas científicas; una contribución tendrá mayor visibilidad e impacto cuando sea introducida por un académico de «alto rango», antes que por uno que «todavía no ha dejado su huella»¹⁴⁵. En segundo lugar, incrementa el carisma de las

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 281-285.

¹⁴¹ *Vid.* FRANCK/COOK, *The Winner-Take-All Society. Why the Few at the Top Get So Much More Than the Rest of Us*, Penguin, 1996.

¹⁴² FORGAS/LAHAM, «Halo effects», en Pohl (ed.), *Cognitive Illusions. Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory*, Routledge, 2016, pp. 276-290.

¹⁴³ LIAO, «The Matthew effect and the halo effect in research funding», *Journal of Infometrics*, 15, 2021, pp. 1-12.

¹⁴⁴ MERTON, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴⁵ MERTON, *op. cit.*, p. 59.

grandes figuras científicas y, en consecuencia, favorece que éstas sirvan de modelo y estímulo para otros investigadores¹⁴⁶.

Debe repararse, sin embargo, en que ambos argumentos son ambivalentes. La mayor visibilidad de las ideas publicadas por los más reputados científicos y el «crédito desproporcionadamente grande»¹⁴⁷ que a éstos se les concede pueden propiciar que algunas de esas ideas se acepten, se consoliden y se perpetúen a pesar de ser equivocadas. Por otro lado, el deseo de emular a una superestrella académica puede inducir a otros académicos a caer en los mismos errores en los que ésta incurrió.

d.3. El efecto bloqueador de las superestrellas

La vida de las teorías científicas suele ir asociada a la de sus artífices y su generación. Recordemos la célebre afirmación de Max PLANCK de que «una nueva verdad científica no suele imponerse por la circunstancia de que sus detractores se convencen y se rinden a la misma, sino antes bien porque dichos detractores mueren paulatinamente y una nueva generación se familiariza con ella desde un principio»¹⁴⁸.

SANTAMARÍA PASTOR ha señalado, en este sentido, cómo

La necesaria «tarea de renovación dogmática se ve dificultada por el peso considerable de los “mayores”. Buena parte de los constructores del moderno Derecho administrativo español se encuentran aún intelectualmente activos, y sus muy autorizadas opiniones pesan demasiado sobre los nuevos profesores que estarían capacitados para remover los cimientos del sistema: es un mal histórico inexorable el que a una generación de particular brillantez y creatividad siga un tiempo de aparente mediocridad»¹⁴⁹.

AZOULAY/FONS-ROSEN/GRAFF ZIVIN han venido a corroborar empíricamente la hipótesis de que las superestrellas académicas tienden, paradójicamente, a bloquear el progreso científico durante un tiempo¹⁵⁰. Tras la muerte prematura de un científico especialmente prominente en una determinada área de conocimiento, observan tres efectos: 1º) el número de publicaciones en dicha área y los recursos monetarios que acrecen a ella aumentan ligeramente; 2º) el número de las publicaciones escritas por los colaboradores del difunto y el volumen de los fondos obtenidos por ellos para investigar se reduce de manera muy considerable; y 3º) tanto los fondos como las publicaciones de los no colaboradores se incrementan; y se eleva sobre todo el número de artículos que luego serán citados profusamente por otros investigadores, que tratan aspectos medulares de la correspondiente disciplina, que se nutren de fuentes de información distintas de

¹⁴⁶ MERTON, *op. cit.*, pp. 60-62.

¹⁴⁷ En palabras del propio MERTON, *op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁸ PLANCK, *Wissenschaftliche Selbstbiographie. Mit einem Bildnis und der von Max von Laue gehaltenen Traueransprache*, Johann Ambrosius Barth Verlag, 1948, p. 22.

¹⁴⁹ SANTAMARÍA PASTOR, «La ciencia del Derecho administrativo en España: una perspectiva histórica», en von Bogdandy/Mir Puigpelat (coords.), *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 381.

¹⁵⁰ AZOULAY/FONS-ROSEN/GRAFF ZIVIN, «Does Science Advance One Funeral at a Time?», *American Economic Review*, 109:8, 2019, pp. 2889-2920.

las que venían siendo normalmente utilizadas con anterioridad y cuyos autores no pertenecen a la élite de la profesión ni se habían mostrado particularmente activos en esta área.

También observan que: 1º) hay una correlación positiva entre la producción científica del difunto y el protagonismo que los no colaboradores de la superestrella adquieren tras la muerte de ésta, lo que sugiere que la prominencia intelectual de aquél constituía una suerte de barrera de entrada que producía un efecto disuasorio sobre los potenciales «competidores»; 2º) dicho protagonismo es menor cuando se trata de una disciplina relativamente cerrada y autorreferencial, en la que hay un elevado grado de consenso entre sus cultivadores acerca de los métodos, enfoques y cuestiones fundamentales de la misma, y cuando los discípulos y colaboradores del difunto son especialmente numerosos y mantienen un alto grado de cohesión; y 3º) la entrada de *outsiders* es tanto más modesta cuanto menor es el número de colaboradores de la superestrella extinta que ocupan puestos de influencia y que, a través de éstos, pueden condicionar el acceso a las revistas especializadas de la disciplina y la obtención de fondos para la investigación.

e. *Un ecosistema académico poco propicio para la crítica*

La crítica rigurosa de las ideas puede impedir que éstas se enquisten. Someter una teoría a rigurosa crítica incrementa la probabilidad de detectar y poner de manifiesto sus inconsistencias, errores, incorrecciones, carencias, etc. Esa crítica permite muchas veces que salgan a la luz y se difundan opiniones e información que dejan en evidencia estos y otros defectos, lo que dificulta que los miembros de la academia y del mundo profesional den o sigan dando por válidas las ideas defectuosas en cuestión.

Las teorías jurídicas defectuosas encontrarán, por consiguiente, un caldo de cultivo favorable para su consolidación y persistencia en aquellos ecosistemas poco propicios para la crítica y el contraste de opiniones, por ejemplo, porque en ellos hay un elevado grado de «homofilia académica», que hace que los investigadores tienden a cooptar como colegas a los candidatos que comparten con ellos los mismos paradigmas científicos¹⁵¹.

Pues bien, en las Facultades de Derecho españolas la crítica es relativamente débil¹⁵², como consecuencia de múltiples factores: la escasa competitividad de nuestras Universidades y su profesorado; la homogeneidad y la endogamia de éste; las presiones sociales engendradas por su estructura piramidal y la excesiva fragmentación de las áreas de conocimiento jurídico; la orientación de la investigación hacia los problemas *de lege lata* y directamente relacionados con el ejercicio profesional de la abogacía; el provincianismo jurídico, etc.¹⁵³

Aquí merece destacarse el enorme poder que las grandes escuelas académicas –y, por ende, sus líderes– alcanzaron de resultados del sistema de selección del profesorado universitario vigente en

¹⁵¹ En AKERLOF/MICHAILLAT «Persistence of False Paradigms in Low-Power Sciences», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 115:52, 2018, pp. 13228-13233, puede verse un modelo teórico que explica cómo esta homofilia propicia la persistencia de los paradigmas falsos en las ciencias no experimentales.

¹⁵² RUBIO GARRIDO, *La doctrina de los autores. De fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia*, Comares, 2006, p. 77, estima que hay poca autocrítica en la doctrina jurídica española: «las únicas críticas que es dable leer... se dirigen hacia el legislador, jurisprudencia y práctica».

¹⁵³ Vid. DOMÉNECH PASCUAL «Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora», *InDret*, 2/2016, pp. 12-33.

España durante la segunda mitad del siglo XX. Al determinarse mediante rotación en el orden de antigüedad o sorteo entre los profesores de la disciplina todos o la mayoría de los miembros de las comisiones encargadas de evaluar a los opositores¹⁵⁴, cuanto más numerosa y cohesionada fuera una escuela, mayor era la probabilidad de que sus integrantes formaran parte de las comisiones y, por lo tanto, de que pudiera influir en el resultado de las pruebas selectivas.

Hasta uno de los miembros científicamente más destacados de la escuela de GARCÍA DE ENTERRÍA no ha tenido empacho alguno en reconocer que, en aquella época, este grupo de profesores se comportó «normalmente como un bloque en muchos de los procedimientos selectivos para el acceso a la docencia profesional pública, habiendo sido acusado en ocasiones de lo que en términos de derecho de la competencia llamaríamos un abuso de posición dominante»¹⁵⁵. En sentido parecido actuaron los miembros de otras escuelas, en la medida de sus –más modestas– posibilidades¹⁵⁶.

f. Falta de evidencia empírica

Los métodos empíricos y, en particular, los experimentales constituyen la manera más fiable de refutar teorías científicas. Ello permite pensar, por consiguiente, que la medida en que una ciencia recurre a estos métodos determina el grado en el que en ella subsisten las teorías erróneas. Cuanto menores son la cantidad y la calidad de los estudios empíricos mediante los cuales se testan las teorías, más difícil es poner de manifiesto su falsedad y, por lo tanto, tendencialmente mayor es la persistencia de las que no se corresponden con la realidad.

Se ha señalado, en este sentido, que el hecho de que la dificultad de realizar experimentos controlados cruciales sea mayor en economía que en las ciencias naturales hace que, en el primer caso, descartar y eliminar hipótesis falsas resulte mucho más lento y costoso¹⁵⁷, cuando no eventualmente inviable¹⁵⁸.

Así las cosas, cabe pensar que la longevidad de las construcciones teóricas defectuosas será relativamente elevada en la ciencia jurídica y, en particular, en la que se hace en España. De un lado, porque seguramente muchas de estas construcciones –de índole hermenéutica, normativa o conceptual– no son susceptibles de una refutación empírica. No parece, por ejemplo, que mediante un experimento pueda demostrarse concluyentemente cómo debe interpretarse el artículo 24 de la Constitución. De otro lado, porque entre nosotros son muy poco frecuentes los

¹⁵⁴ El sistema de rotación en función de la antigüedad se prevé en el [Decreto de 7 de septiembre de 1951, por el que se regula la forma de nombrar los Tribunales para las oposiciones a cátedras de Universidad](#), y en el [Decreto 2402/1962, de 27 de septiembre, sobre designación de Vocales automáticos de los Tribunales de oposición a cátedras universitarias](#). El sorteo para los miembros de las comisiones (salvo su presidente) se introduce por el [Decreto 2211/1975, de 23 de agosto, sobre nombramiento de Tribunales para el ingreso en los Cuerpos docentes de la Universidad y sobre adscripción del profesorado perteneciente a los mismos](#). En la [Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria](#), se dispone que tres de los cinco miembros de la comisión sean designados por sorteo y dos por la Universidad que convoca la plaza (arts. 35.3, 36.3, 37.3 y 38.3).

¹⁵⁵ SANTAMARÍA PASTOR, «La ciencia del Derecho administrativo en España: una perspectiva histórica», p. 379.

¹⁵⁶ LÓPEZ RAMÓN, *Historia sistémica de un catedrático español. Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Alicante*, 6 de julio de 2023, p. 29.

¹⁵⁷ FRIEDMAN, *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, 1953, p. 11.

¹⁵⁸ AKERLOF/MICHAILLAT, *PNAS*, 115:52, 2018.

análisis empíricos rigurosos que podrían refutar o debilitar algunas teorías que sí admiten una falsación experimental.

g. Deficiente comunicación entre la doctrina académica y la jurisprudencia

La deficiente comunicación existente entre la doctrina académica y jurisprudencia constituye otro factor importante. En nuestro país, las resoluciones judiciales muestran una escasa permeabilidad hacia las opiniones de los autores, y viceversa. El diálogo entre unos y otros es manifiestamente mejorable¹⁵⁹. Los grandes cambios doctrinales tardan décadas en reflejarse en la jurisprudencia, si es que final y realmente se reflejan. Es posible que para ello haga falta, primero, que la nueva teoría alcance una posición hegemónica dentro de la academia y, luego, que la generación de jueces que se ha familiarizado desde el principio de su formación con esa teoría llegue a los más altos tribunales. Todo lo cual lleva muchos años.

Puede apreciarse, en efecto, que los dogmas de la responsabilidad objetiva y la nulidad de los reglamentos ilegales tardaron décadas en ser explícitamente asumidos por la jurisprudencia. El primero, además, sólo fue aceptado en apariencia, pues los tribunales, de hecho, han aplicado casi siempre una regla de responsabilidad por culpa, por más que afirmen lo contrario.

Es probable que en esa tardanza influyera el hecho de que las teorías opuestas a los dos dogmas referidos contaban con el respaldo proporcionado por la obra general que en la década de los sesenta y parte de los setenta del siglo XX, constituía seguramente la principal referencia doctrinal en esta materia: el *Tratado de Derecho administrativo* de GARRIDO FALLA (1ª ed., 1958, 1960 y 1963).

La tesis de la nulidad de los reglamentos ilegales, formulada en un artículo de la *Revista de Administración Pública* de 1959, no se impuso efectivamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta 1999, un cuarto de siglo después de que comenzara a publicarse el primer volumen del *Curso de Derecho administrativo* de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1ª ed., 1974), cuando esta obra ya se había convertido, desde hacía tiempo, en la obra académica de largo más influyente del Derecho público español.

La tesis de la responsabilidad patrimonial objetiva, contenida en el libro de GARCÍA DE ENTERRÍA *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa* (1956), también tardó en calar. En 1970, este mismo autor se lamentaba de que, a pesar del trascendental cambio legislativo introducido dieciséis años antes, «[era] un hecho que la responsabilidad de la Administración [estaba] todavía por echar a andar en nuestro sistema como institución efectiva»¹⁶⁰. La tesis comenzó a popularizarse realmente después de la publicación del volumen segundo de su *Curso de Derecho administrativo* (1ª ed., 1977).

¹⁵⁹ Vid. VILLEGAS FERNÁNDEZ, «Casi no nos hablamos: la incomunicación entre doctrina académica y jurisprudencia», en CERVILLA GARZÓN (dir.), *Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina en las resoluciones judiciales*, Aranzadi, 2020, pp. 97-109; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Sobre el diálogo entre jueces y profesores», Prólogo del libro de Santiago Iglesias, *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo*, Marcial Pons, 2021.

¹⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Prólogo del libro de Leguina Villa, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, Madrid, 1970.

Todo ello sugiere que las obras generales de referencia han jugado –al menos hasta hace relativamente poco– un papel crucial como vía de transmisión de conocimiento e influencia doctrinales. La obra académica general que se erige en la más destacada dentro de una determinada disciplina ejerce un extraordinario ascendiente sobre la praxis judicial y, en general, sobre toda la comunidad jurídica. La explicación podría ser como sigue. Los jueces –y otros profesionales del Derecho– no disponen normalmente del tiempo necesario para analizar profundamente todas las soluciones propuestas por la academia en relación con todos los problemas que se les plantean, ni todas las razones a favor y en contra de cada una de ellas. De ahí que tiendan a considerar únicamente un número muy reducido de opiniones doctrinales. Tal vez sólo una en muchos casos, máxime si esa opinión es compartida por una amplia mayoría de autores. *The winner takes it all*.

El sistema de acceso a la judicatura y a otros grandes cuerpos funcionariales de juristas a través de oposiciones memorísticas acentúa seguramente esta tendencia, pues fuerza a los aspirantes a adquirir un conocimiento muy amplio del ordenamiento jurídico, pero también, y como consecuencia de esa amplitud, notablemente superficial y acrítico. En los temas que los opositores aprenden a recitar de carrerilla no hay espacio para sofisticados y profundos análisis. Lo más eficiente y seguro es asumir la interpretación doctrinal dominante, que muchas veces se conoce de segunda o tercera mano, a través de los apuntes que otras personas han elaborado. Es más, los propios temarios oficiales de estas oposiciones reflejan en su estructura y contenidos las concepciones doctrinales hegemónicas. Resulta ilustrativo (e irónico) que, en el Programa que ha de regir en las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo de Abogados del Estado, se incluya un epígrafe rotulado «nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas por infracción» de las leyes¹⁶¹, como si cualquier ilegalidad de los reglamentos determinara inexorablemente esa consecuencia jurídica. Los futuros encargados de defender ante los tribunales la validez de las disposiciones reglamentarias aprobadas por el Gobierno de España interiorizan así una tesis que, amén de cuestionable, no facilita precisamente esta defensa. Y lo mismo vale decir respecto de otros muchos dogmas, como el de la responsabilidad objetiva de la Administración.

7.2. Efectos nocivos de la persistencia

Las construcciones teóricas defectuosas generan confusión. Por ejemplo, si la teoría con la que se pretende describir y explicar una práctica judicial no refleja correctamente ni hace comprensible dicha práctica, esta teoría no podría cumplir una de las más importantes funciones que debería cumplir la ciencia jurídica¹⁶²: la de proporcionar información exacta acerca de cuál es el Derecho realmente practicado por los tribunales, a fin de orientar la conducta de las personas implicadas. La deficiente información que la teoría de la responsabilidad objetiva de la Administración está suministrando puede llevar a engaño así a las víctimas de accidentes y a sus abogados, induciéndoles a litigar en casos en los que sólo vencerían si los tribunales aplicaran efectivamente la regla que en teoría aplican, pero que en realidad no aplican. Y algo similar puede

¹⁶¹ [Orden IUS/900/2016, de 6 de junio, por la que se aprueba el Programa que ha de regir en las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo de Abogados del Estado.](#)

¹⁶² O, al menos, la ciencia jurídica más directamente orientada a la práctica, que los alemanes llaman «dogmática jurídica». Vid., al respecto, NÚÑEZ VAQUERO, «Dogmática jurídica», *Eunomía*, 6, 2014, pp. 245-260; ATIENZA, «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en Carbonell et alii (eds.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. 1, 2015, pp. 169-196; SCHMIDT-ASSMANN, *La dogmática del Derecho administrativo*, trad. Barnes y otros, Global Law Press, 2021.

ocurrirles a los justiciables que se crean que los jueces de verdad van a verificar siempre si la Administración ha escogido la única solución jurídicamente posible al ejercer una potestad regulada mediante normas que utilizan conceptos jurídicos indeterminados.

Esta discordancia también puede acabar alterando, de manera puntual o sistemática, el Derecho realmente practicado por los tribunales. En el caso de la responsabilidad objetiva, ha propiciado que algunos jueces «despistados» hayan cometido ocasionalmente el «error» de resolver ciertos casos realmente de acuerdo con lo afirmado por sus colegas y la doctrina dominante¹⁶³. Recordemos la famosa sentencia del Tribunal Supremo dictada en el caso de los «aneurismas gigantes»¹⁶⁴, de la que el mismo Tribunal abjuraría posteriormente¹⁶⁵. Recordemos, asimismo, las criticables y criticadas sentencias del Tribunal Constitucional en las que se afirma, nada menos, que el artículo 106.2 CE consagra la responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas¹⁶⁶, afirmación que, afortunadamente, ha sido soslayada por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, que han seguido aplicando una regla general de responsabilidad por negligencia.

La categoría de las relaciones especiales de sujeción encierra el peligro de que se la invoque retóricamente para motivar una limitación de derechos fundamentales inusualmente intensa sin examinar con el cuidado exigible si, atendidas las circunstancias del caso, la limitación está justificada por contar con la debida cobertura legal y resultar útil, necesaria y proporcionada para lograr un fin constitucionalmente legítimo. Esta categoría carece, con arreglo a nuestro Derecho vigente, de cualquier relevancia a los efectos de precisar la licitud de una limitación tal. Y no se adivina la razón por la cual debería tenerla. Lo único importante aquí es si la limitación cumple las antedichas condiciones. El uso de la categoría es, por todo ello, innecesario y peligroso.

También el ejemplo de la nulidad de los reglamentos pone de manifiesto las perniciosas consecuencias que las teorías jurídicas defectuosas pueden engendrar. Décadas de «presión dogmática» han acabado provocando que el Tribunal Supremo haya establecido una jurisprudencia cuyos resultados prácticos menoscaban seriamente los principios de seguridad jurídica, eficiencia y proporcionalidad. Y no sería de extrañar, a la vista de cuanto se ha expuesto, que este Tribunal tardara mucho tiempo en rectificar, si no interviene antes el legislador.

Por otro lado, al oscurecer y ocultar el Derecho, las teorías jurídicas defectuosas entorpecen su progreso. Difícilmente puede mejorarse una norma o ajustarse su interpretación a las particularidades de cada caso cuando se ignora esa norma y las razones que la justifican o requieren su modulación. Su desconocimiento hace prácticamente imposible analizarla crítica y racionalmente, lo que reduce considerablemente las posibilidades de perfeccionarla.

¹⁶³ Vid., por ejemplo, DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por delinquentes que “deberían haber estado en prisión”», *InDret*, 1/2024.

¹⁶⁴ STS de 14 de junio de 1991 ([ECLI:ES:TS:1991:16257](#)), comentada por PANTALEÓN PRIETO, *DA*, 237-238, 1994.

¹⁶⁵ STS de 23 de enero de 2004 ([ECLI:ES:TS:2004:284](#)).

¹⁶⁶ SSTC [112/2018, de 17 de octubre](#), y [79/2019, de 5 de junio](#). Vid. la crítica de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 195, 2018, pp. 155-192, así como el acrobático intento de MIR PUIGPELAT, «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 29-47, de dar sentido a estas sentencias.

El hecho de que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia españolas hayan ignorado que a nuestras Administraciones públicas se les aplica *de facto* una regla general de responsabilidad civil por culpa ha «ocultado» los innumerables problemas, de gran calado teórico y práctico, que dicha regla plantea. Ha propiciado que prácticamente no existan estudios doctrinales ni sentencias que analicen de manera explícita y rigurosa: qué hay que entender por negligencia a estos efectos; cuáles son los criterios con arreglo a los que hay que determinar si hubo o no negligencia; cómo ha de probarse la negligencia; en qué casos debería aplicarse excepcionalmente una regla de responsabilidad objetiva, etc.

8. Bibliografía

AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen, «La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos», en Fernando LÓPEZ RAMÓN y Francisco VILLAR ROJAS (eds.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo*, INAP-AEPDA, Madrid, 2017, pp. 361-410.

AKERLOF, George A./MICHAILLAT, Pascal, «Persistence of False Paradigms in Low-Power Sciences», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 115:52, 2018, pp. 13228-13233.

ALFARO, Jesús, «Sesgos crematísticos en la investigación jurídica», *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016.

ATIENZA, Manuel, «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en Miguel CARBONELL ET ALII (eds.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. 1, 2015, pp. 169-196.

AZOULAY, Pierre/FONS-ROSEN, Christian/GRAFF ZIVIN, Joshua S., «Does Science Advance One Funeral at a Time?», *American Economic Review*, 109:8, 2019, pp. 2889-2920.

BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

BACIGALUPO, Mariano, «De nuevo sobre la motivación de los nombramientos discrecionales en las carreras judicial y fiscal», *La Ley*, 5262, 2001.

BACIGALUPO, Mariano, «La vinculación de la Administración Pública a la ley y al Derecho», en Francisco VELASCO CABALLERO/Mercè DARNACULLETA GARDELLA (eds.), *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2023, pp. 133-152.

BANERJEE, Abhijit V., «A Simple Model of Herd Behavior», *Quarterly Journal of Economics*, 107:3, 1992, pp. 797-817.

BAÑO LEÓN, José María, «La dimensión social del Derecho administrativo en la obra de Alejandro Nieto», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 106-107, 2023.

BELADIEZ ROJO, Margarita, «Nulidad y anulabilidad. Su alcance y significación», *Revista de Administración Pública*, 133, 1994, pp. 155-187.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

BEN-DOR, Oren (ed.), *Law and Art. Justice, Ethics and Aesthetics*, Routledge, New York, 2011.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder», en Luis ARROYO, Margarita BELADIEZ, Carlos ORTEGA y José María RODRÍGUEZ (coords.), *El juez del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 109-148.

BIKHCHANDANI, Sushil/HIRSHLEIFER, David/WELCH, Ivo, «A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades», *Journal of Political Economy*, 100:5, 1992, pp. 992-1026.

BIKHCHANDANI, Sushil/HIRSHLEIFER, David/WELCH, Ivo, «Learning from the Behavior of Others: Conformity, Fads, and Informational Cascades», *Journal of Economic Perspectives*, 12:3, 1998, pp. 151-170.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl/HUERGO LORA, Alejandro, «Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 111, 2001, pp. 405-428.

BOL, Thijs/DE VAAN, Mathijs/VAN DE RIJ, Arnout, «The Matthew effect in science funding», *Proceedings of the National Academy of Sciences United States of America*, 115:19, 2018, pp. 4887-4890.

BONITZ, M./BRUCKNER, E./SCHARNHORST, Andrea, «Characteristics and Impact of the Matthew Effect for Countries», *Scientometrics*, 40:3, 1997, pp. 407-422.

BOQUERA OLIVER, José María, *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 1993.

BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1996.

CANARIS, Claus Wilhelm, «Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien», *Juristen Zeitung*, 1993, pp. 377-391 (hay traducción al castellano de Daniela Brücker y José Luis de Castro, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995).

CANO CAMPOS, Tomás, «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», *InDret*, 4/2017.

ÇELEN, Boğaçhan/KARIV, Shachar, «Distinguishing Informational Cascades from Herd Behavior in the Laboratory», *American Economic Review*, 94:3, 2004, pp. 484-498.

CHANDRASEKHAR, Subrahmanyam, *Truth and Beauty. Aesthetics and Motivations in Science*, University of Chicago Press, Chicago, 1987.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente, «La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es, en todo caso, objetiva», *Nueva Fiscalidad*, 2, 2021, pp. 19-72.

CHILTON, Adam S./POSNER Eric A., «An Empirical Study of Political Bias in Legal Scholarship», *Journal of Legal Studies*, 44:2, 2015, pp. 277-314.

CIALDINI, Robert B./GOLDSTEIN, Noah J., «Social Influence: Compliance and Conformity», *Annual Review of Psychology*, 55, 2004, pp. 591-621.

CIRIANO VELA, César David, *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

COLLESS, Matthew, «Beauty in Science, Science in Beauty: The Scientific Aesthetic as an Evolving Heuristic», en Jan VISSER y Muriel VISSER (eds.), *Seeking Understanding: The Lifelong Pursuit to Build the Scientific Mind*, Brill, Leiden, 2020, pp.192-204.

COTINO HUESO, Lorenzo, «Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España», *Poder Judicial*, 55, 1999, pp. 291-323.

DELIBES, Miguel, «Garrigues, el Maestro», *ABC*, 18 de febrero de 1984.

DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Elcano, 1999.

DI PRETE, Thomas A./EIRICH, Gregory M., «Cumulative Advantage as a Mechanism for Inequality: A Review of Theoretical and Empirical Developments», *Annual Review of Sociology*, 32, 2006, pp. 271-297.

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

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, pp. 103-159.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora», *InDret*, 2/2016.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «El juego del Legislador, la Administración y el Juez», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 2021, pp. 861-934.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sus vicios y su control judicial», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 5, 2022, pp. 73-114.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia», *Revista de Administración Pública*, 219, 2022, pp. 59-106.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por delincuentes que “deberían haber estado en prisión”», *InDret*, 2/2024.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel/MORA-SANGUINETTI, Juan, «El mito de la especialización judicial», *InDret*, 1/2015.

ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, t. I, 1999.

ESTEVE GIRBÉS, Jorge, «El mito de la responsabilidad objetiva global de la Administración pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 57, 2021, pp. 43-71.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Proceso, procedimiento, mito jurídico», en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, t. I, 1969, pp. 435-454 (publicado originalmente en *Revista de Derecho Privado*, 1951).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la nulidad de los planes de ordenación», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 45, 2020, pp. 251-262.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 216, 2021, pp. 169-186.

FISCHER, Ernst Peter, *Beauty and the Beast. The Aesthetic Moment in Science*, Springer, 1999.

FITZPATRICK, Peter, *The Mithology of Modern Law*, Routledge, London, 1992.

FORGAS, Joseph P./LAHAM, Simon M., «Halo effects», en Rüdiger POHL (ed.), *Cognitive Illusions. Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory*, Routledge, London, 2016, pp. 276-290.

FRANCK, Robert H./COOK, Philip J., *The Winner-Take-All Society. Why the Few at the Top Get So Much More Than the Rest of Us*, Penguin, New York, 1996.

FRIEDMAN, Milton, *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, Chicago, 1953.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 34, 1961, pp. 11-52.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual», *Almacén de Derecho*, 16 de enero de 2019.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *Revista de Administración Pública*, 29, 1959, pp. 161-185.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Prólogo» al libro de Jesús Leguina Villa, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, Madrid, 1970.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1998 (publicado originalmente en 1955).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. I y II, 2022.

GARCÍA LUENGO, Javier, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA MACHO Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Los mitos políticos*, Alianza, Madrid, 1991.

GARCÍA PÉREZ, Marta, «El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos», en José Luis MEILÁN GIL y Marta GARCÍA PÉREZ, *Norma y acto administrativos*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 149-357.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, «A vueltas con los intereses legítimos: formación y sentido actual», *Revista de Administración Pública*, 220, 2023, pp. 147-180.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo. T. III. La Justicia administrativa*, IEP, Madrid, 1963.

GIROD, Mark, «A Conceptual Overview of the Role of Beauty and Aesthetics in Science and Science Education», *Studies in Science Education*, 43:1, 2007, pp. 38-61.

GLYNN, Ian, *Elegance in Science. The Beauty of Simplicity*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

GÓMEZ DÍAZ, Ana Belén, *La legitimación en el proceso contencioso administrativo*, Iustel, Madrid, 214.

GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Manuel MARTÍNEZ NEIRA, Trotta, Madrid, 2003.

GULATI, Mitu/SANCHEZ, Veronica, «Giants in a World of Pygmies? Testing the Superstar Hypothesis with Judicial Opinions in Casebooks», *Iowa Law Review*, 87, 2002, pp. 1141-1212.

HAVENITH, Sashanicol Rocha/BELANDO GARÍN, Beatriz, «La nueva Ley de convivencia universitaria: algunas reflexiones sobre la potestad disciplinaria en el contexto universitario», *Revista General de Derecho Administrativo*, 64, 2023.

HERRERA MOLINA, Pedro M./TANDAZO RODRÍGUEZ Ada V., «La doctrina de las teorías jurídicas defectuosas y su aplicación al Derecho Financiero y Tributario», *Revista Técnica Tributaria*, 140, 2023, pp. 1-16.

HOSSENFELDER, Sabine, *Lost in Math. How Beauty Leads Physics Astray*, Basic Books, New York, 2018.

IVANOVA, Milena/FRENCH Steven (eds.), *The Aesthetics of Science. Beauty, Imagination and Understanding*, Routledge, New York, 2020.

KOSSO, Peter, «The Omniscient: Beauty and scientific understanding», *International Studies in the Philosophy of Science*, 16:1, 2002, pp. 39-48.

KUHN, Thomas S., *The Essential Tension. Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, University of Chicago Press, Chicago, 1977.

KUHN, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 3ª ed., University of Chicago Press, Chicago, 1996.

KUIPERS, Theo A. F., «Beauty, a road to the truth», *Synthese*, 131:3, 2002, pp. 291-328.

KURAN, Timur, *Private Truths, Public Lies. The Social Consequences of Preference Falsification*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.

KURAN, Timur, «Ethnic Norms and Their Transformation through Reputational Cascades», *Journal of Legal Studies*, 27:2, 1998, pp. 623-659.

KURAN, Timur/SUNSTEIN, Cass R., «Availability Cascades and Risk Regulation», *Stanford Law Review*, 51:4, 1999, pp. 683-768.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «El control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 186, 2017, pp. 83-108.

LAKATOS, Imre, *The methodology of scientific research programmes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978.

LARIVIÈRE, Vincent/INGRAS, Yves, «The impact factor's Matthew effect: A natural experiment in bibliometrics», *Journal of the American Society for Information, Science and Technology*, 61:2, 2010, pp. 424-427.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

LAVILLA RUBIRA, Juan José, «Recensión del Curso de Derecho Administrativo, de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, t. I, 6ª edición, t. II, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1993», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 82, 1984.

LEGUINA VILLA, Jesús, «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 136, 2007, pp. 669-681.

LETELIER, Raúl, «La falta de servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, 23, 2001, pp. 63-79.

LETELIER WARTENBERG, Raúl, «Sobre la lesión que la víctima no está obligada a soportar», en Marcos VAQUER, Ángel Manuel MORENO y Antonio DESCALZO (eds.), *Estudios de Derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tirant lo Blanch, Valencia, t. I, 2018, pp. 1045-1067.

LIAO, Chien Hsiang, «The Matthew effect and the halo effect in research funding», *Journal of Infometrics*, 15, 2021, pp. 1-12.

LLEWELLYN, K. N., «On the Good, the True, the Beautiful, in Law», *University of Chicago Law Review*, 9:2, 1942, pp. 224-265.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «La calificación de los vicios de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 205, 2018, pp. 13-48.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «La invalidez de reglamentos y planes entre la interpretación y la reforma», *Revista de Administración Pública*, 214, 2021, pp. 57-98.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Historia sistémica de un catedrático español. Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Alicante*, 6 de julio de 2023.

MAINZER, Klaus, *Symmetry and Complexity. The Spirit and Beauty of Nonlinear Science*, World Scientific, New Jersey, 2005.

MANDERSON, Desmond, *Songs without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 2000.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *Estudios Penales y Criminológicos*, 16, 1992-1993, pp. 281-326.

MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel, «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 54, 1967, pp. 197-292.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «Recensión de García de Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón: Curso de Derecho administrativo, tomo I, 4ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1983», *Revista de Administración Pública*, 103, 1984, pp. 456-473.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994, pp. 11-104.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, pp. 317-372.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «De nuevo sobre la invalidez en el derecho público, con particular referencia a la invalidez de los reglamentos. Una reflexión abierta y algunas propuestas», *Revista de Administración Pública*, 210, 2019, pp. 91-122.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «Estudio preliminar», en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *De mis raíces*, Universidad de Cantabria, 2022, pp. 11-76.

MCALLISTER, James W., *Beauty and Revolution in Science*, Cornell University Press, New York, 1996.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2005.

MEDINA ALCOZ, Luis, «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, 2012, pp. 153-181.

MEDINA ALCOZ, Luis, «El problema de la culpa en el Derecho de Daños», en Raúl Letelier (coord.), *La falta de servicio*, Abeledo Perrot, Santiago, 2012, pp. 363-456.

MEDINA ALCOZ, Luis, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

MELERO ALONSO, Eduardo, *Reglamentos y disposiciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

MERTON, Robert K., «The Matthew Effect in Science», *Science*, 159(3810), 1968, pp. 56-63.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

MIR PUIGPELAT, Oriol, «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, 2008, pp. 629-652.

MIR PUIGPELAT, Oriol, «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 29-47.

MOROTE SARRIÓN, José Vicente, *Las circulares normativas de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MOZO SEOANE, Antonio, *La atribución legal de discrecionalidad. En torno a la discrecionalidad valorativa*, Reus, Madrid, 2018.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Recensión de E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, Curso de Derecho administrativo, vol. I, Civitas, Madrid, 1974», *Documentación Administrativa*, 165, 1975, pp. 137-145.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)», *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994, pp. 255-282.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, BOE, Madrid, t. III, 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. El reglamento*, BOE, Madrid, t. VII, 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Eduardo García de Enterría: la Academia y la literatura», en Fernando SAINZ MORENO (ed.), *Los cimientos del Estado de Derecho. Eduardo García de Enterría en sus recensiones*, CEPC, 2015, pp. LV-LXIII.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Alejandro Nieto», *ABC*, 7 de octubre de 2023.

NICKERSON, Raymond S., «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises», *Review of General Psychology*, 2:2, 1999, pp. 175-220.

NIETO, Alejandro, «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *Revista de Administración Pública*, 76, 1975, pp. 9-30.

NIETO, Alejandro, «La escuela de García de Enterría», en Fernando SAINZ MORENO (ed.), *Los cimientos del Estado de Derecho. Eduardo García de Enterría en sus recensiones*, CEPC, 2015, pp. XLV-XLIX.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth, *Die Schweigespirale. Öffentliche Meinung – unsere soziale Haut*, Langen Müller, München, 1980.

NORTON, Michael I./MOCHON, Daniel/ARIELY, Dan, «The IKEA effect: When labor leads to love», *Journal of Consumer Psychology*, 22:3, 2012, pp. 453-460.

NORTON, Michael I./MOCHON, Daniel/ARIELY, Dan, «Bolstering and restoring feelings of competence via the IKEA effect», *International Journal of Research in Marketing*, 29:4, 2012, pp. 363-369.

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, «Dogmática jurídica», *Eunomía*, 6, 2014, pp. 245-260.

ORRELL, David, *Truth of Beauty. Science and the Quest for Order*, Yale University Press, New Haven, 2012.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista. Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994, pp. 239-254.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, pp. 167-191.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: ¿Una responsabilidad objetiva?», Conferencia impartida el 25 de noviembre de 2022 en la sede de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «El giro jurisprudencial, con autoimposición de límites, en materia de nulidad de los planes urbanísticos», *Práctica Urbanística*, 166, 2020.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «Los principios generales del Derecho: ¿Un mito jurídico?», *Revista de Estudios Políticos*, 98, 1997, pp. 9-24.

PÉREZ OLEA, Manuel, «La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 173, 1972, pp. 41-70.

PLANCK, Max, *Wissenschaftliche Selbstbiographie. Mit einem Bildnis und der von Max von Laue gehaltenen Traueransprache*, Johann Ambrosius Barth Verlag, Leipzig, 1948.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, «La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción», *Revista de Administración Pública*, 178, 2009, pp. 215-247.

REBOLLO PUIG, Manuel, «La nulidad en Derecho Administrativo: consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales», *Justicia Administrativa*, 44, 2009, pp. 5-39.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, «Sobre el diálogo entre jueces y profesores», Prólogo del libro de Diana Santiago Iglesias, *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 17-25 (publicado también en *Almacén de Derecho*, 3 de diciembre de 2021).

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, «La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 195, 2018, pp. 155-192.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, «Pensamiento crítico en Derecho: Deconstruyendo mitos jurídicos», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 31, 2022.

ROMANO, Santi, «Mitología jurídica», en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Comares, Granada, 2002 [1947], pp. 165-175.

ROSEN, Sherwin, «The Economics of Superstars», *American Economic Review*, 1981, 71:5, pp. 845-858.

RUBÍ PUIG, Antoni/SALVADOR CODERCH, Pablo, «Responsabilidad objetiva», en SALVADOR/RAMOS/GÓMEZ/RUBÍ/LUNA/MILÀ, *Derecho de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, InDret, 2023, pp. 150-167.

RUBIO GARRIDO, Tomás, *La doctrina de los autores. De fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia*, Comares, Granada, 2006.

SALVADOR CODERCH, Pablo, «El oficio de la buena prosa legal», *InDret*, 2/2018.

SAMUELSON, William/ZECKHAUSER, Richard, «Status Quo Bias in Decision Making», *Journal of Risk and Uncertainty*, 1:7, 1988, pp. 7-59.

SAINZ MORENO, Fernando (ed.), *Los cimientos del Estado de Derecho. Eduardo García de Enterría en sus recensiones*, CEPC, Madrid, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Recensión del Curso de Derecho administrativo de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, t. I, Civitas, Madrid, 1979», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 24, 1980.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «La ciencia del Derecho administrativo en España: una perspectiva histórica», en VON BOGDANDY/MIR PUIGPELAT (coords.), *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 339-383.

SCHLAG, Pierre, «The Aesthetics of American Law», *Harvard Law Review*, 115:4, 2002, pp. 1047-1118.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La dogmática del Derecho administrativo*, trad. Javier Barnes y otros, Global Law Press, Sevilla, 2021.

SUNSTEIN, Cass R., «Foreword: On Academic Fads and Fashions», *Michigan Law Review*, 99:6, 2001, pp. 1251-1264.

SUNSTEIN, Cass R., *How Change Happens*, MIT Press, Cambridge, 2019.

TARDÍO PATO, José Antonio, «Los efectos *ex tunc* de la anulabilidad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 184, 2017, pp. 75-107.

TODD, Cain S., «Unmasking the Truth Beneath the Beauty: Why the Supposed Aesthetic Judgments Made in Science May Not Be Aesthetic at All», *International Studies in the Philosophy of Science*, 22:1, 2008, pp. 61-79.

TOL, Richard S. J., «The Matthew Effect Defined and Tested for the 100 Most Prolific Economists», *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 60:2, 2009, pp. 429-426.

VAN HOECKE, Mark, «Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?», en Mark VAN HOECKE (ed.), *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 1-18.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 2014, pp. 3005-3023.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El ingreso mínimo vital desde la óptica del Derecho público: Sus aportaciones al debate sobre el Estado social y autonómico», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 5, 2022, pp. 115-142.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, «Casi no nos hablamos: la incomunicación entre doctrina académica y jurisprudencia», en M.^a Dolores CERVILLA GARZÓN (dir.), *Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina en las resoluciones judiciales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 97-109.

VV.AA., *Eduardo García de Enterría. Semblanza de su vida y de su obra*, Civitas, Madrid, 2014.

WENDELL, W. Bradley, «Explanation in Legal Scholarship: The Inferential Structure of Doctrinal Analysis», *Cornell Law Review*, 96, 2011, pp. 1035-1074.

ZELL, Ethan/STRICKHOUSER, Jason E./SEDIKIDES, Constantine/ALICKE, Mark D., «The better-than-average effect in comparative self-evaluation: A comprehensive review and meta-analysis», *Psychological Bulletin*, 146:2, 2020, pp. 118-149.