

# LA FORMACIÓN DE CONCEPTOS DOGMÁTICOS EN EL DERECHO PÚBLICO\*

SILVIA DíEZ SASTRE\*\*

**Resumen:** La formación de conceptos, entendida como uno de los posibles métodos de construcción del Derecho, no ha sido objeto habitual de atención por la doctrina científica. En este trabajo se hace un análisis de los conceptos como herramienta metodológica que conduce a la distinción de diversos elementos metodológicos en el pensamiento jurídico abstracto y a la definición de la categoría de conceptos dogmáticos. A partir de esa categoría se identifican algunas de las claves de construcción de este tipo de conceptos.

**Palabras clave:** Método jurídico, Conceptos, Dogmática, Derecho público, Formación de conceptos.

**Abstract:** Legal Scholars have not paid much attention to the study of concept formation as a method of legal construction. This paper represents an attempt to analyze concepts as a methodological tool that leads to distinguish between different methodological units of legal abstract thinking and to define dogmatic concepts, as an autonomous category. From this category some keys for the formation of this kind of concepts are identified.

**Keywords:** Legal Method, Concepts, Dogmatic, Public Law, Concept Formation.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO; II. PREMISAS METODOLÓGICAS –ASUNCIONES PREVIAS–; 1. La existencia de una pluralidad de métodos jurídicos; 2. La abstracción como medio para la ordenación del material jurídico; 3. La utilidad de la exposición del material jurídico a través de un sistema; 4. Los conceptos como unidad mínima del pensamiento abstracto; 5. Los conceptos jurídicos como herramienta metodológica; A. Aproximación histórica: la jurisprudencia de conceptos; B. Críticas a la utilización de los conceptos como instrumento metodológico; C. Elaboración de una propuesta sobre la formación de conceptos en una metodología jurídica contemporánea; III. ELEMENTOS METODOLÓGICOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO ABSTRACTO; 1. Instituciones o institutos jurídicos; 2. Principios; 3. Conceptos clave y conceptos puente; 4. Tipos o modelos; 5. Conceptos dogmáticos; IV. LA FORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS DOGMÁTICOS; 1. Circunstancias que justifican la formación de conceptos dogmáticos; 2. Ámbito idóneo para la formación de conceptos dogmáticos; 3. Pautas para la elaboración de conceptos dogmáticos; A. Determinación de la

\* Fecha de recepción: 14 de octubre de 2014.

Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2014.

\*\* Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: silvia.diez@uam.es.

funcionalidad del concepto; B. Selección de los atributos del concepto dogmático; C. Importación de conceptos; V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO

1. La Ciencia jurídica dedica numerosos estudios o, al menos, una parte importante de ellos a la delimitación del contenido de diversos conceptos jurídicos –incluyendo el propio concepto de Derecho–. La distinción y formación de los conceptos jurídicos se considera una cuestión digna de atención que conduce a la construcción de teorías jurídicas para resolver problemas de la práctica –como puede ser la distinción entre Derecho público y Derecho privado<sup>1</sup>–. Desde un punto de vista metodológico parece obvio, por tanto, que el análisis, interpretación y formación de los conceptos jurídicos constituye una preocupación real y fundamental de la Ciencia jurídica<sup>2</sup>. En realidad, *la ordenación o sistematización del material jurídico representa una de sus ocupaciones esenciales*. La formación de conceptos constituye un paso previo, irrenunciable, en esa tarea<sup>3</sup>. Permite simplificar la realidad, haciéndola más manejable y facilitando su exposición estructurada. Esta manera de proceder –con más o menos matices– es uno de los rasgos característicos de la tradición jurídica occidental<sup>4</sup>.

2. La Ciencia jurídica entabla, de este modo, una relación doble con los conceptos jurídicos: la formación de conceptos es un método de tratamiento y elaboración del material jurídico que es foco de observación y de análisis; a su vez, en ese proceso, los conceptos se convierten en una parte fundamental del material jurídico que es objeto de ordenación. Sin embargo, la formación de los conceptos jurídicos –entendida como método jurídico– se ha sometido a un escaso análisis<sup>5</sup>. Es llamativa la ausencia de estudios en torno a la elaboración de conceptos, tanto en el ámbito filosófico-jurídico como también metodológico-jurídico. Este trabajo pretende aportar un tímido avance sobre la cuestión. Las preguntas principales que se plantean son las siguientes: qué son los conceptos en el Derecho; por qué son importantes; para qué sirven; cuándo son útiles metodológicamente; y cómo debería llevarse a cabo su formación. A todas ellas se les da alguna respuesta, con un mayor o menor grado de elaboración. Aunque, *quizás, donde más claridad se arroje sea en la primera cuestión sobre*

<sup>1</sup> Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, 2014.

<sup>2</sup> Dietmar VON DER PFORDTEN, “Über Begriffe im Recht”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 98, 2012, pp. 439-456, p. 441.

<sup>3</sup> Peter BADURA, *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*, Palm & Enke, Erlangen, 1959, p. 54.

<sup>4</sup> Harold J. BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, 1ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 11.

<sup>5</sup> Rolf WANK, *Die juristische Begriffsbildung*, C.H. Beck, München, 1985, p. 1; Jürg MARTIN GABRIEL, “Political Science Concept Formation (Part I). Definitions Matter”, disponible *on line* en la SSRN, pp. 1-42, p. 1; Åke FRÅNDBERG, “An Essay on Legal Concepts Formation”, en Hage, Jaap C. y von der Pfordten, Dietmar (eds.), *Concepts in Law*, Springer, Heidelberg, London, New York, 2009, pp. 1-16, p. 1.

el concepto de “concepto jurídico”. En el estudio se propone un concepto de “concepto dogmático” que se diferencia de otras formas del pensamiento jurídico-abstracto, fundamentalmente, en virtud de su finalidad. Ese factor condiciona, asimismo, las circunstancias y pasos de su formación. Veamos de qué manera.

## II. PREMISAS METODOLÓGICAS - ASUNCIONES PREVIAS

3. La elaboración de todo trabajo intelectual se apoya en la aceptación de una serie de asunciones previas: verdades en las que se confía y que no siempre se ponen de manifiesto. Estas premisas son determinantes para comprender plenamente los resultados, su proceso de elaboración y posibilitar la réplica posterior<sup>6</sup>. A partir de esta idea, a continuación, trato de hacer explícitas las premisas metodológicas que dirigen la construcción que aquí se defiende en torno a la formación de conceptos en Derecho público.

### 1. La existencia de una pluralidad de métodos jurídicos

4. El método jurídico puede definirse como una manera de proceder planificada y racional, apoyada en formas lógicas, que permite formular proposiciones jurídicas a partir del material jurídico analizado<sup>7</sup>. El método ayuda a seleccionar y estructurar la parte de la realidad que es objeto de conocimiento. Es un medio para un fin. Definido de este modo, el método de la Ciencia jurídica no puede ser solo uno. *No hay un único método válido con carácter general; sino un método orientado a un objeto y un fin determinados*<sup>8</sup>. Los intentos de la Escuela Histórica de configurar a la dogmática jurídica como el único método posible en Derecho fracasaron [vid. *infra* §§ 11 ss.]. Los métodos jurídicos son múltiples. De entrada, hay que diferenciar entre los métodos para la creación y la aplicación del Derecho y los métodos para su tratamiento científico. Dentro de estos últimos hay que situar a la dogmática jurídica y a otras aproximaciones, como el análisis económico del Derecho y el Derecho comparado –una posible articulación de la dogmática jurídica como el “método de métodos” que permite integrar en su seno el resto de aproximaciones científicas al Derecho parece, de momento, como poco, incierta (y, muy probablemente, indeseable)–.

5. La elaboración de conceptos jurídicos y su integración en un sistema están en la base de la dogmática jurídica tradicional. Por esa razón, su utilización se vincula a la juris-

<sup>6</sup> Al respecto, Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., pp. 2, 40.

<sup>7</sup> Eberhard SCHMIDT-AßMANN, “Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft – Perspektiven der Systembildung”, en Eberhard Schmidt-Aßmann y Wolfgang Hoffmann-Riem (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 387-413, p. 388; y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Sistema, tópica y argumentación en la metodología del Derecho administrativo actual”, en *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el Siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, MAP, INAP, BOE, Madrid, 2002, pp. 1281-1308, p. 1281.

<sup>8</sup> Rolf WANK, *Die juristische...*, cit., p. 3.

prudencia de conceptos elaborada en Alemania durante el siglo XIX (*Begriffsjurisprudenz*) y a los problemas derivados de esta forma de proceder. Sin embargo, *el rechazo general a este tratamiento metodológico de los conceptos no ha evitado su necesaria utilización*. La formación de conceptos constituye, de hecho, un método de la Ciencia jurídica normal. Por ello es necesario determinar en qué consiste, cuándo es útil y cuáles son las mejores formas de proceder en esa labor. En la consecución de esos objetivos son de gran utilidad los estudios realizados en otras ciencias sobre la formación de conceptos<sup>9</sup>. Pero no hay que perder de vista lo propio de la Ciencia jurídica, que no es necesariamente su método, sino la calidad del material que le ocupa: el material jurídico se acepta como una realidad dada que suele expresarse en textos y que tiene un fin esencialmente normativo<sup>10</sup>. Esa circunstancia es clave para comprender los límites y pautas que han de dirigir la formación de conceptos en el Derecho y trazar las líneas de diferenciación con otras ciencias.

## 2. La abstracción como medio para la ordenación del material jurídico

6. La pluralidad de métodos jurídicos no impide la identificación de un proceso común a todos ellos: la abstracción. La dogmática jurídica tradicional consolidó la abstracción como forma de ordenar y tratar el material jurídico –en concreto, Georg F. PUCHTA mediante la genealogía de conceptos<sup>11</sup>–. Este proceso se ha incorporado a la Ciencia jurídica a través de distintos métodos. En el Derecho comparado y el análisis económico del Derecho, por ejemplo, se realizan abstracciones con el fin de proponer soluciones a problemas jurídicos que permitan un cierto grado de generalización. De ese modo se pueden establecer conexiones de sentido con otras soluciones jurídicas y dotar al Derecho de cierta coherencia en su conjunto o en algunas de sus partes. Podría decirse, por tanto, que *cierto grado de abstracción cualificado –en razón de su calidad y finalidad– caracteriza el trabajo científico en el Derecho y le diferencia de la actividad de otros juristas –como jueces o abogados–; sobre los que después ejerce una clara influencia ofreciendo un marco teórico más o menos general de pensamiento orientado al análisis y la resolución de los problemas jurídicos*. Además, la generalización lograda a través de un proceso de abstracción está vinculada a la coherencia –es posible prever con cierta seguridad la solución que se ofrece en un tipo de casos–. Esa coherencia se traduce en una garantía de igualdad frente al Derecho, que está en el núcleo de la idea continental de justicia<sup>12</sup>. Al mismo tiempo, la generalización

<sup>9</sup> Al respecto, sirvan como ejemplo, en psicología, Jerry A. FODOR, *Concepts. Where cognitive science went wrong*, Clarendon Press, Oxford, 1998; en ciencia política, Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit.

<sup>10</sup> Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “La discusión sobre el método en Derecho público durante la República de Weimar”, *REDC*, núm. 46, 1996, pp. 11-37, p. 12; Eberhard SCHMIDT-AßMANN, “Methoden...”, cit., p. 388.

<sup>11</sup> Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3ª. ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2008, p. 64.

<sup>12</sup> Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 4.

permite racionalizar recursos, prediciendo múltiples fenómenos y simplificando la toma de decisiones.

### 3. La utilidad de la exposición del material jurídico a través de un sistema

7. En cualquier ámbito, el trabajo científico consiste en ordenar una serie de hechos desconectados entre sí en un contexto más amplio<sup>13</sup>. De modo que cuantos más hechos se ubiquen bajo un mismo “tejado” teórico más amplias serán las posibilidades de comprensión de la realidad<sup>14</sup>. La Ciencia jurídica también debe incardinar las soluciones y realidades jurídicas en un orden de “compatibilidad y conexión valorativas”<sup>15</sup>. Ese orden se ha materializado tradicionalmente en la noción de sistema. El concepto de sistema en el Derecho se introdujo por la Escuela Histórica sobre los antecedentes de la dialéctica escolástica<sup>16</sup>. Posteriormente, se teorizó por Karl LARENZ en sus dos formas fundamentales: sistema externo o abstracto conceptual y sistema interno o principal<sup>17</sup> [*infra* §§ 25, 32]; y, seguidamente, en el Derecho público, se ha flexibilizado en la acepción de “idea ordenadora” de Eberhard SCHMIDT-AßMANN<sup>18</sup>— *A través de la idea de sistema el material jurídico se hace manejable*. Adquiere racionalidad formal en la forma de conceptos, figuras, técnicas, instituciones y principios generales que permiten realizar, entre otras, algunas operaciones articuladas sobre un esquema binario: legal-ilegal, público-privado, etc.<sup>19</sup>. Asimismo, conecta lo especial con lo general y establece un equilibrio entre las generalizaciones —propias del trabajo especulativo, dogmático— y las individualizaciones o concreciones —propias del trabajo empírico y descriptivo—<sup>20</sup>.

8. Esta tarea se ha vinculado tradicionalmente a múltiples ventajas, como la estabilización del material jurídico y su simplificación a través de conceptos y principios, que facilitan su control y la resolución de conflictos<sup>21</sup>. Sin embargo, esta aproximación está ligada a algunos peligros. Quizás el más importante sea la perspectiva parcial desde la que necesariamente se formula el sistema<sup>22</sup> —aunque ese peligro se matiza en función del

<sup>13</sup> Claus-Wilhelm CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995, p. 28.

<sup>14</sup> Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., p. 13.

<sup>15</sup> Cándido PAZ-ARES, “Prólogo”, en Claus-Wilhelm Canaris, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 12-21, p. 13.

<sup>16</sup> Harold J. BERMAN, *La formación...*, cit., pp. 266 ss.

<sup>17</sup> Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 437, 465.

<sup>18</sup> Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Inap, Madrid, 2003.

<sup>19</sup> Andreas VOßKUHLE, “Sobre el método del Derecho Administrativo”, traducido por Javier Barnes y Manuel Gámez Mejías, en Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2ª. ed. renovada y ampliada, INAP, Global Law Press, Sevilla, 2012, pp. 141-188, p. 146.

<sup>20</sup> Peter BADURA, *Die Methoden...*, cit., p. 55.

<sup>21</sup> Andreas VOßKUHLE, “Sobre el método...”, cit., p. 147.

<sup>22</sup> Peter BADURA, *Die Methoden...*, cit., p. 55.

carácter más o menos abierto del modelo de sistema que se maneje—. En cualquier caso, parece que *la idea de sistema –entendida de forma abierta y móvil, como una estructura ordenadora flexible<sup>23</sup>– permite trabajar sobre las disposiciones y decisiones jurídicas de forma pautada*, configurando formas abstractas y encuadrándolas en líneas de desarrollo más amplias<sup>24</sup>. Sus ventajas parecen superar, a mi parecer (de momento), a las desventajas.

#### 4. Los conceptos como unidad mínima del pensamiento abstracto

9. El pensamiento humano opera a través de la abstracción para simplificar y manejar la realidad. El fruto de esa abstracción son conceptos: unidades básicas del pensamiento que permiten encapsular fenómenos o realidades concretas y, de ese modo, conducir a generalizaciones. Cualquier actividad intelectual requiere la elaboración y utilización de conceptos. Desde esta perspectiva los conceptos son objeto de análisis desde la psicología y la neurología. Para la filosofía de la ciencia *los conceptos son representaciones mentales concretas que forman parte del pensamiento lógico y que contribuyen a la generación de conocimiento<sup>25</sup>*. Los conceptos se caracterizan de este modo como los bloques con los que se construye la ciencia<sup>26</sup>. Son abstracciones que permiten la comunicación, la simplificación de la realidad y, por tanto, la transmisión de conocimiento. Puede decirse, por tanto, que los conceptos son los significados de las palabras o definiciones de los objetos del pensamiento<sup>27</sup>. De manera que hay que distinguir a los términos –entendidos también como los nombres– y los problemas terminológicos de los conceptos y los problemas conceptuales<sup>28</sup> –aunque los conceptos también se hayan definido como los nombres de clases de objetos<sup>29</sup>–. La conexión entre el pensamiento (el concepto) y el símbolo (el término) es puramente convencional y no natural<sup>30</sup>.

10. Esta definición básica de los conceptos es suficiente a los efectos de este trabajo –sin perjuicio del extenso desarrollo que se ha dedicado a esta cuestión desde un punto de

<sup>23</sup> Cándido PAZ-ARES, “Prólogo”, cit., p. 13.

<sup>24</sup> Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche...*, cit., p. 4.

<sup>25</sup> Jerry A. FODOR, *Concepts...*, cit., p. 3; en relación con los conceptos jurídicos, Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Civitas, Madrid, 1981, p. 67.

<sup>26</sup> Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., p.1.

<sup>27</sup> Bernd RÜTHERS, Christian FISCHER, y Axel BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 6ª ed., C.H. Beck, München, 2011, p. 104; Jerry A. FODOR., *Concepts...*, cit., p. 6.

<sup>28</sup> Åke FRÄNDBERG, “An Essay...”, cit., p. 2; Atilano DOMÍNGUEZ, “Introducción”, en Platón, *Cratilo o del lenguaje*, editado y traducido por Atilano Domínguez, Trotta, Madrid, 2002, p. 13; como ejemplo, la defensa de este método en Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “El método en el Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 22, 1957, pp. 11-97, pp. 72 ss.

<sup>29</sup> Así, Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., pp. 57 ss.

<sup>30</sup> PLATÓN, *Cratilo o del lenguaje*, editado y traducido por Atilano Domínguez, Trotta, Madrid, 2002, pp. 75, 84. Rolf WANK, *Die juristische...*, cit., p. 10.

vista filosófico<sup>31</sup>-. A partir de ella *se puede diferenciar entre un concepto de “concepto común” –que también se denomina noción o definición– y otro de “concepto metodológico”*. El objeto de este trabajo es el segundo. Importan los conceptos como herramienta metodológica en el ámbito del Derecho, no como unidad de pensamiento. En este último sentido, todas las unidades de pensamiento podrían considerarse conceptos. Sin conceptos no se puede pensar<sup>32</sup>. Existe un concepto de “principio jurídico”, “institución”, “ley”, “acto administrativo”, “tributo”, etc. Sin embargo, como se explica a continuación, los conceptos en sentido metodológico-jurídico se corresponden con una forma concreta de pensamiento jurídico que tiene una determinada estructura y que cumple ciertas funciones. El pensamiento jurídico articulado a través de conceptos, en sentido metodológico, se diferencia de otras formas de pensamiento –como los principios y los tipos–. Ello influye en la manera en que la Ciencia jurídica condiciona la realidad jurídica y las tareas de aplicación del Derecho por otros juristas.

## 5. Los conceptos jurídicos como herramienta metodológica

### A. Aproximación histórica: la jurisprudencia de conceptos

11. La dogmática se considera el método por antonomasia de la Ciencia jurídica tradicional<sup>33</sup>. Sus creadores la consideraban como el medio único que el propio Derecho suministra para comprender su estructura<sup>34</sup>. Su origen directo se encuentra en el Siglo XIX, cuando se introdujo una actitud científica en la aproximación al Derecho que se había gestado en las Universidades europeas desde finales del siglo XI sobre la base del método escolástico<sup>35</sup>. Este cambio metodológico fundamental puede personalizarse en Friedrich C. von SAVIGNY, que introduce un cambio epistemológico, un nuevo paradigma en el que –aunque con matices– aún está inmersa una parte importante de la Ciencia jurídica: *el Derecho no se compone únicamente de normas; también incluye relaciones e instituciones decantadas a lo largo del tiempo*. Para la Escuela Histórica de SAVIGNY, el Derecho romano ofrece un material y un método excepcionales en el estudio de ese conjunto de elementos jurídicos<sup>36</sup>. La intervención de los juristas se considera esencial para completar el Derecho a través de

<sup>31</sup> Referencias ulteriores a la configuración de los conceptos en las distintas corrientes filosóficas, en Dietmar VON DER PFORDTEN, “Über Begriffe...”, cit., pp. 442 ss.

<sup>32</sup> Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 71.

<sup>33</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia...*, cit., p. 11.

<sup>34</sup> Rudolf VON JHERING, *El espíritu...*, cit., p. 178.

<sup>35</sup> Andreas VOßKUHLE, “Sobre el...”, cit., p. 145; Harold J. BERMAN, *La formación...*, cit., pp. 141 ss.; Theodor VIEHWEG, *Tópica y filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2011, p. 71.

<sup>36</sup> Rudolf VON JHERING, *El espíritu del Derecho romano*, abreviado por Fernando Vela, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 34; Ricardo PANERO, *Formación de los conceptos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

la creación de un “cielo de conceptos” que se eleva sobre el material jurídico disperso de origen romano a partir del espíritu del pueblo (*Volksgeist*)<sup>37</sup>.

12. El primer JHERING contribuyó a la depuración y sofisticación de este planteamiento de la denominada jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*). Posteriormente, el Derecho de Pandectas desarrolló en la práctica esta forma de comprender la Ciencia jurídica<sup>38</sup>. Para JHERING “[l]as reglas del Derecho surgen de la abstracción de las relaciones de la vida”<sup>39</sup>-. A su juicio *la técnica jurídica se compone de tres etapas: el análisis jurídico, la concentración lógica y la construcción jurídica*<sup>40</sup>. Las dos primeras tareas corresponden a la jurisprudencia inferior. Se desarrollan tanto por el jurista práctico, como por la Ciencia jurídica. La tercera, por el contrario, es exclusiva de la jurisprudencia superior y, por ende, tarea de la Ciencia jurídica.

a) El *análisis* consiste en la descomposición y simplificación de los elementos generales y singulares del material jurídico –tal y como se desarrolló en el Derecho de Pandectas: compraventa → contrato → negocio jurídico<sup>41</sup>-. Se trata de descomponer la química o el “alfabeto del Derecho”; de extraer los elementos simples que permiten crear generalizaciones para evitar dar un trato distinto a lo que es igual<sup>42</sup>. El Derecho cumple de este modo una función cognoscitiva y explicativa.

b) A continuación, en la *síntesis*, deben *concentrarse de forma lógica* los elementos descompuestos previamente. Esta labor se lleva a cabo a través de la identificación de los principios que unifican el material jurídico gracias a la formación de definiciones –conceptos– que constituyen un precipitado de las reglas jurídicas. De esta manera, una definición (concepto) bien hecha puede abarcar el contenido de numerosas reglas anteriores. Por esa razón, los conceptos así formados se consideran más importantes que las reglas, porque cumplen una función heurística<sup>43</sup>. En concreto, estos conceptos se forman por abstracción y por pares en oposición, a través de su individualización –buscando notas diferenciadoras– y de su integración –buscando notas comunes– a partir de su estructura (sujeto, objeto y contenido)<sup>44</sup>. De esta forma se reducen las relaciones jurídicas a conceptos básicos que tendrán por objeto los supuestos de hecho de los derechos –negocio jurídico, contrato,

<sup>37</sup> Francisco VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, prólogo de Alfredo Gallego Anabitarte, Tecnos, Madrid, 1996, p. 44. Bernd RÜTHERS, Christian FISCHER, y Axel BIRK, *Rechtstheorie...*, cit., p. 285.

<sup>38</sup> Bernhard WINDSCHEID, *Tratado de Derecho Civil Alemán (Derecho de Pandectas)*, traducido por Fernando Hinestrosa, Tomo I, volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987, p. 91. De forma crítica Ernst STAMPE, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung: Studien*, Verlag von Julius Abel, Greifswald, 1907, p. 1.

<sup>39</sup> Rudolf VON JHERING, *El espíritu...*, cit., pp. 35, 40.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 183 ss.

<sup>41</sup> Bernhard WINDSCHEID, *Tratado...*, cit., p. 91.

<sup>42</sup> Rudolf VON JHERING, *El espíritu...*, cit., p. 184.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 40, 189; Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia...*, cit., pp. 31 ss.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 34. Rudolf VON JHERING, *El espíritu...*, cit., p. 37.

testamento, etc.— o los derechos y lo que de ellos se predica —propiedad, usufructo, obligación, derecho de tanteo, etc.—<sup>45</sup>. Las definiciones ordenadas en el sistema reconstruyen el Derecho y lo reproducen, engendrando nuevos conceptos jurídicos, de manera que las combinaciones son inagotables<sup>46</sup>. Con ese proceso es posible elaborar supraconceptos (*Oberbegriffe*) por inducción, partiendo de los conceptos jurídicos ya formados, logrando la unidad del Derecho<sup>47</sup>. Sobre el Derecho positivo se solidifican, así, distintas capas de “estratificaciones conceptuales”<sup>48</sup>.

c) Tras el análisis y la concentración lógica acontece la operación fundamental del pensamiento dogmático —y, por tanto, de la llamada jurisprudencia superior—: la *construcción jurídica*. Esta tarea se monopoliza por la Ciencia jurídica<sup>49</sup>. Su finalidad consiste en vertebrar el material jurídico a través de “individualidades lógicas de seres jurídicos”; esto es, mediante instituciones jurídicas. Para la Escuela Histórica las instituciones son organismos preexistentes al Derecho legislado que se han decantado a lo largo de la historia. El legislador, por tanto, tiene un margen limitado de creación de Derecho: descubre más de lo que crea; y, en esa labor, ha de someterse a las formas generales del pensamiento jurídico<sup>50</sup>. Para esta concepción de la dogmática jurídica, el Derecho que elabora se articula a través de un sistema autopoiético, que tiene prioridad sobre el material jurídico de la realidad<sup>51</sup>.

13. La fascinación provocada por esta forma de construcción del Derecho reinó entre los civilistas hasta bien entrado el siglo XX, asentándose también en el Derecho público. En el concreto ámbito del Derecho administrativo, la dogmática jurídica se empleó, además, como un medio de reafirmación de la ciencia jurídico-administrativa frente a la Ciencia de la Administración —destacando su carácter puramente jurídico y relegando a las ciencias auxiliares a una posición secundaria<sup>52</sup>—. Conforme a la dogmática jurídica tradicional la Ciencia del Derecho debe interpretar, construir y sistematizar el Derecho a través de la

<sup>45</sup> Bernhard WINDSCHEID, *Tratado...*, cit., p. 92.

<sup>46</sup> Rudolf VON JHERING, *El espíritu...*, cit., pp. 41, 196. Como ejemplo, de arriba a abajo: derechos subjetivos que pueden ser de dominio o de configuración. Los de dominio a su vez pueden ser absolutos o relativos. Tanto los absolutos como los relativos pueden ser patrimoniales o no patrimoniales. Los patrimoniales a su vez pueden ser derechos sobre cosas o sobre bienes inmateriales y así sucesivamente. En Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 64.

<sup>47</sup> José CASTÁN TOBEÑAS, “La ordenación sistemática del Derecho Civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril-mayo, 1954, ed. Reus, Madrid, p. 7.

<sup>48</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia...*, cit., p. 50.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>50</sup> Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960, p. 77; Fernando GARRIDO FALLA, *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (método jurídico y ciencia de la Administración)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1961, p. 60.

<sup>51</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia...*, cit., p. 44.

<sup>52</sup> Como ejemplo, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “El método...”, cit., p. 42; también Fernando GARRIDO FALLA, *Dos métodos...*, cit., p. 5. En torno a este fenómeno, Andreas VOßKUHLE, “Sobre el método...”, cit., p. 147.

formación de conceptos jurídicos, apoyándose en las instituciones<sup>53</sup>. Posteriormente, la fuerza expansiva lógica del Derecho existente permite resolver cualquier nuevo fenómeno que surja en la vida social a través de un proceso puramente lógico de subsunción y deducción de las normas existentes. En esos casos, el Derecho simplemente se descubre<sup>54</sup>. *En esta dinámica, no importa tanto cómo se hicieron los conceptos. Lo que importa es la imagen fija que proporcionan de la realidad.* Una vez que se ponen en circulación, se olvida la manera en que surgieron, se convierten en parte del material jurídico<sup>55</sup>. Lo importante es su exposición entrelazada en un sistema que dote de unidad al Derecho, permitiendo la visión de elementos comunes, evitando repeticiones, abreviando, simplificando el material jurídico para permitir su examen rápido, con claridad y rigor, y permitiendo la resolución uniforme de un número infinito de casos<sup>56</sup>.

### B. Críticas a la utilización de los conceptos como instrumento metodológico

14. La belleza lógico-formal de la jurisprudencia de conceptos no impidió una fuerte reacción crítica frente a su principal perversión: *la construcción del sistema se apoya en abstracciones que nunca logran ofrecer una visión completa del Derecho y que pueden ir demasiado lejos, olvidando la realidad social y los postulados de la justicia*<sup>57</sup>. El propio JHERING –en su segunda etapa (sociológica)– criticó duramente la construcción dogmática tal y como la había modelado anteriormente: “la vida no está al servicio de los conceptos, sino los conceptos al servicio de la vida”. Sin embargo, no fue capaz de reformular una metodología alternativa<sup>58</sup>.

15. Las principales críticas a la utilización metodológica de los conceptos por la Escuela Histórica pueden articularse en torno a dos ejes de distinto carácter, metodológico y sociológico-político, respectivamente:

- a) En primer lugar, destaca el peligro de suplantación de la realidad por los conceptos derivado de lo que la jurisprudencia de intereses (*Interessenjurisprudenz*) denominó “proceso de inversión” (*Inversionsverfahren*). *En la jurisprudencia de conceptos, las proposiciones jurídicas y las decisiones se derivan de los conceptos jurídicos, al revés de como debería ser: el sistema y los conceptos se abstraen mediante inducción del material jurídico.* Esta forma de razonar conduce a un razonamiento circular. Se formulan nuevas proposiciones jurídicas a través de la subsunción, conforme a las

<sup>53</sup> Como exponente en este sentido: José CASTÁN TOBEÑAS, “La ordenación...”, cit., pp. 8, 91.

<sup>54</sup> De forma crítica: Ernst STAMPE, *Unsere Rechts...*, cit., p. 2.

<sup>55</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia...*, cit., p. 67.

<sup>56</sup> José CASTÁN TOBEÑAS, “La ordenación...”, cit., p. 18.

<sup>57</sup> Theodor VIEHWEG, *Tópica...*, cit., pp. 72 ss.; José CASTÁN TOBEÑAS, “La ordenación...”, cit., p.

89. En igual sentido, Fernando GARRIDO FALLA, Fernando, *Dos métodos...*, cit., p. 59.

<sup>58</sup> Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 67.

reglas de la lógica formal<sup>59</sup>. Las argumentaciones apoyadas en la naturaleza jurídica o en la estructura del concepto de alguna figura jurídica son siempre sospechosas de incurrir en esta perversión metodológica<sup>60</sup>. Este es el denominado “constructivismo”, que conduce a un Derecho autorreferencial y alejado de la práctica. Los conceptos han de cumplir un papel instrumental. No pueden desplazar a la realidad del Derecho que es, simplemente, un conjunto de proposiciones jurídicas<sup>61</sup>. Deben ayudar a formular problemas, a descubrir problemas similares a otros ya identificados y a introducir soluciones coherentes y razonadas<sup>62</sup>.

- b) Desde otro punto de vista, hay que tener en cuenta que la creación de un sistema jurídico con una estructura cerrada, clara y cierta era idónea en una sociedad moderna, cuya preocupación fundamental consistía en proteger al individuo frente a las injerencias del Estado –y en la que el Derecho ocupaba, aún, un espacio limitado en la ordenación social–. En ese escenario, el Derecho podía explicarse a partir de una idea suprema, el derecho subjetivo, que se convirtió en el eje en torno al que pivota la formulación de proposiciones jurídicas. Además, la elaboración y exposición de un cuerpo ordenado de instituciones y de conceptos jurídicos por parte de la Ciencia jurídica permitía ocupar una parte importante del espacio de producción de Derecho, limitando la actividad del legislador en un momento en el que aún no existía una Constitución –como la entendemos hoy–. Sin embargo, en el posmodernismo –en el que nos encontramos inmersos– rechaza los reduccionismos del individualismo e impone una nueva manera de entender el papel de la Ciencia jurídica<sup>63</sup>. Se reconocen múltiples centros de poder que engendran diversos ordenamientos jurídicos, compuestos por enunciados jurídicos de distinta procedencia –*hard law*, *soft law*, jurisprudencia de distintos tribunales, normas privadas, etc.–. Al tiempo, se produce una expansión del Derecho a nuevas realidades que suponen una ruptura de las reglas contenidos en Códigos, así como la aparición de sectores especiales<sup>64</sup>. Estos fenómenos se acentúan, aún más, por el proceso de internacionalización y globalización del Derecho. De forma casi simultánea, en el Derecho público se pasa de una perspectiva de control a una nueva perspectiva de dirección y análisis de la eficacia del Derecho, que no puede articularse en torno a conceptos cerrados de aplicación binaria<sup>65</sup>. En este *contexto*

<sup>59</sup> Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 438; Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 64; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “El método...” cit., p. 73.

<sup>60</sup> Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 71.

<sup>61</sup> Ernst STAMPE, *Unsere Rechts-...*, cit., p. 2.

<sup>62</sup> Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 71.

<sup>63</sup> Al respecto, sin referirse explícitamente al método jurídico: Paolo GROSSI, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, traducción de Clara Álvarez, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 21 ss.

<sup>64</sup> Paolo GROSSI, *El novecientos...*, cit., p. 41.

<sup>65</sup> Luciano PAREJO ALFONSO, “Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España”, en Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2ª. ed. renovada y ampliada, INAP, Global Law Press, Sevilla, 2012, pp. 379-611, p. 403.

*de pluralidad y dispersión del Derecho, la articulación del material jurídico en torno a un único eje a partir de un proceso de abstracción lógico-formal se presenta como una tarea inabarcable, insatisfactoria y, en consecuencia, inde-seable. La racionalidad y razonabilidad del Derecho no es única, de modo que su tratamiento por parte de la Ciencia jurídica no puede abordarse con un método único y cerrado. La realidad jurídica exige concreción, dinamismo y elasticidad, frente al culto a la abstracción, la estabilidad y la rigidez decimonónicas<sup>66</sup>.*

C. *Elaboración de una propuesta sobre la formación de conceptos en una metodología jurídica contemporánea*

16. Como se ha expuesto brevemente, los conceptos alcanzaron su más alto grado de sofisticación metodológica de la mano de los representantes de la jurisprudencia de conceptos [§§ 11 ss.]. Sin embargo, las justificadas críticas a esta corriente han conducido a una imagen denostada de la construcción jurídica conceptual. *El modelo tradicional de elaboración de pares de conceptos conectados entre sí en la forma de un sistema abstracto gobernado por un grupo reducido de categorías generales (e incluso a una única idea rectora) no cabe en la actualidad.* No satisface las exigencias de la comunidad científica y tampoco se ajusta al complejo entramado de legitimidades del Derecho. La utilización metodológica de los conceptos en la historia de la Ciencia jurídica tiene en su trasfondo una lucha por el poder de producción de Derecho. Esto explica las particularidades del análisis del trabajo conceptual en comparación con otras ciencias sociales.

17. Ahora bien, las críticas a la jurisprudencia de conceptos no pueden llevar a obviar la relevancia de este instrumento metodológico en la Ciencia jurídica. El Derecho no puede reducirse a un conjunto de normas, reglas y principios. Los conceptos y otros elementos abstractos son una parte fundamental de la Ciencia del Derecho, incluso en su concepción más pura<sup>67</sup>. Ciertamente, la dogmática jurídica –en su diseño originario conforme al método histórico– es incapaz de adaptarse a los cambios y la complejidad de la realidad. *Los conceptos entendidos como realidades estáticas permanentes, antagónicas, que aprehenden los fenómenos y relaciones jurídicas en una foto fija no son útiles.* Otras formas del pensamiento jurídico como los principios o los tipos, que permiten gradaciones de los fenómenos jurídicos y que pueden introducir con mayor facilidad consideraciones valorativas se consideran más funcionales. No obstante, los conceptos continúan cumpliendo una función esencial de ordenación y explicación de la realidad jurídica. De hecho, la Ciencia jurídica continúa considerándose impelida a formar conceptos en su tarea diaria de explicación del Derecho y de resolución de problemas. Los conceptos

<sup>66</sup> Bernd RÜTHERS, Christian FISCHER, y Axel BIRK, *Rechtstheorie...*, cit., p. 286; Paolo GROSSI, *El novecientos...*, cit., pp. 51, 59.

<sup>67</sup> Dietmar VON DER PFORDTEN, “Über Begriffe...”, cit., p. 439. Son la estática jurídica de Hans J. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2002, pp. 123 ss.

permiten abstraer realidades con un cierto grado de estabilidad, pudiéndolas poner en conexión entre sí –de forma más o menos simétrica y con mayor o menor intensidad–, identificando problemas jurídicos comunes y estructuras regulatorias en distintos sectores y ramas del ordenamiento jurídico. Por esa razón, la formación de conceptos y el interés en la misma no puede verse inexorablemente como una resurrección de la jurisprudencia de conceptos; sino como una exigencia fundamental de la metodología jurídica que debe someterse a un proceso de adaptación a las exigencias de la comunidad científica contemporánea<sup>68</sup>. El primer paso en esta tarea debe ser, entonces, la redefinición del concepto metodológico de “concepto”.

18. Con esa finalidad, *se propone una distinción entre el “concepto dogmático”, cuyos atributos o notas características responden a las exigencias actuales de la Ciencia jurídica; y el “concepto histórico”, cuyo desarrollo en el seno del método histórico se ha expuesto con anterioridad [§§ 11 ss.].* De este modo, los conceptos –en clave metodológica– se vinculan a una dogmática jurídica renovada, entendida como un conjunto de elementos y de conexiones de sentido que se apoyan en el Derecho positivo, pero que no dependen de su existencia<sup>69</sup>. Esta aproximación se justifica por sus funciones de racionalización del Derecho –que permite la adopción de decisiones previsibles, calculables y, por tanto, controlables–; de legitimación –al maximizar la vinculación a la Ley–; y de integración del material jurídico. Y se apoya en un intento de superación de las doctrinas clásicas de la unidad, subsunción y vinculación a las formas jurídicas en la construcción jurídica, a favor de un nuevo tratamiento del material jurídico basado en la diferenciación, la conexión y la garantía de coherencia<sup>70</sup>.

19. En esa dogmática jurídica contemporánea hay “elementos metodológicos” que se vinculan de alguna manera entre sí<sup>71</sup>. Desde esta perspectiva, los conceptos no pueden elaborarse (solo) a través de la oposición entre distintas realidades (por ejemplo: derecho absoluto/derecho relativo), sino partiendo de las conexiones de sentido existentes entre ellas (por ejemplo: tutela primaria y tutela secundaria). Tampoco pueden elaborarse partiendo de una concepción orgánica del Derecho como una realidad ideal estable e inmanente. *Los conceptos deben ajustarse a la realidad jurídica, a los problemas y atender tanto a la finalidad de las normas, como a las funciones de las distintas figuras jurídicas.* Esta funcionalización y orientación teleológica de la formación de conceptos supone la incorporación de una perspectiva metodológica que acerca el Derecho a otras ciencias, como la sociología, y le aleja de la perspectiva tradicional dogmática basada en la reconducción del conocimiento a conceptos supremos inmutables. Se supera, así, el enfrentamiento entre el Derecho y otras

<sup>68</sup> Rolf WANK, *Die juristische...*, cit., p. 1.

<sup>69</sup> Christoph MÖLLERS, “Methoden”, en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann y Andreas Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 1ª ed., Tomo I, C.H. Beck, München, 2006, pp. 121-175, p. 154.

<sup>70</sup> Walter KREBS, “Die juristische Methode im Verwaltungsrecht”, en Eberhard Schmidt-Aßmann y Wolfgang Hoffmann-Riem (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 209-221, pp. 217; también, Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche...*, cit., pp. 3, 18.

<sup>71</sup> Andreas VOßKUHLE, “Sobre el método...”, cit., p. 150.

ciencias sociales<sup>72</sup>. Y, de forma simultánea, se recupera la tarea de construcción del Derecho Administrativo como ciencia<sup>73</sup>.

20. A continuación se realiza una propuesta de distinción entre distintos elementos o formas del pensamiento jurídico abstracto desde un punto de vista metodológico. De este modo se pretende definir el “concepto dogmático” –tomando la denominación, con modulaciones, de LARENZ<sup>74</sup>– y su utilidad en un contexto de pluralidad de formas abstractas de construcción o elaboración jurídica (III.). Seguidamente se hace un esfuerzo por discernir los ámbitos idóneos para la formación conceptual y por identificar algunas pautas fundamentales en la tarea de elaboración de conceptos dogmáticos (IV.).

### III. ELEMENTOS METODOLÓGICOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO ABSTRACTO

21. “En una nueva ordenación metodológica, hay que incorporar otros modos de pensamiento, además de los conceptos dogmáticos”<sup>75</sup>. A continuación se realiza un esfuerzo en este sentido. Ahora bien, en ningún momento el resultado es exhaustivo; tampoco sistemático. No es lo que se pretende (ni, posiblemente, se puede). Simplemente *se propone una ordenación o aclaración conceptual útil, con el fin de delimitar qué son los conceptos dogmáticos, dentro de un catálogo abierto de herramientas metodológicas*. El punto de referencia en esta labor es el ámbito específico del Derecho Administrativo, donde los instrumentos de la dogmática tradicional se complementan con otros de cuño más reciente. Junto a los conceptos y las instituciones jurídicas aparecen los conceptos clave y los conceptos puente, los principios y los tipos o modelos. Ello sucede porque su finalidad se extiende más allá de la interpretación de las normas en casos concretos. Busca soluciones y explicaciones de carácter más amplio y diverso<sup>76</sup>. A continuación se propone una forma de comprender el contenido y las funciones de cada uno de estos elementos.

#### 1. Instituciones o institutos jurídicos

22. Las instituciones jurídicas son una piedra angular de la construcción dogmática tradicional. Desde esa perspectiva, la construcción jurídica se realiza mediante conceptos que se incardinan u ordenan a través de cuerpos jurídicos: las instituciones que conforman

<sup>72</sup> Niklas LUHMANN, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, Universidad Iberoamericana, México, 2010, p. 81.

<sup>73</sup> Luciano PAREJO ALFONSO, “Transformación...”, cit., p. 404.

<sup>74</sup> Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 439.

<sup>75</sup> Ídem.

<sup>76</sup> Andreas VOßKUHLE, “Sobre el método...”, cit., p. 149.

el esqueleto del Derecho<sup>77</sup>. *Las instituciones se definen* –desde esta perspectiva– *como realidades concretas, socialmente arraigadas y articuladas, que dotan de sentido a la ordenación jurídica y la condicionan* (por ejemplo: familia, propiedad, matrimonio, persona...)<sup>78</sup>. Las instituciones no son, por tanto, meras abstracciones conceptuales. Por esa razón, las normas no pueden apoderarse de ellas, ni el legislador puede modularlas a su antojo. En este sentido, son un elemento metodológico conservador<sup>79</sup>. Tienen un trasfondo detrás que las sostiene y explica<sup>80</sup>. Esto hace que –para la dogmática clásica– las instituciones no puedan definirse a partir de su finalidad –que se considera un elemento ajeno a ellas–. Las instituciones deben analizarse conforme a su anatomía: sujeto, objeto, contenido, efecto y acción. En ese análisis no se produce una mera deducción lógica. Entran en juego la regla de unidad sistemática y la “ley de la belleza jurídica” –según la cual, la construcción es más perfecta, cuanto más sencilla es-<sup>81</sup>.

23. Esta concepción tradicional de las instituciones no es compatible con la comprensión actual del papel de la Ciencia jurídica y de la estructura del sistema jurídico. El legislador puede modular la realidad jurídica libremente, dentro de los límites impuestos por la Constitución y (en nuestro caso) el Derecho europeo. Las instituciones –también llamadas institutos o figuras jurídicas– constituyen entramados normativos que están sometidos a un cierto grado de consistencia con la realidad social (por ejemplo, propiedad, familia). Cumplen una función de contacto con la realidad social<sup>82</sup>. Sin embargo, *su utilización como herramienta metodológica ha de estar precedida de su reconocimiento en el material jurídico-positivo* –como sucede a través de la idea de garantía institucional reconocida por el Tribunal Constitucional– y debe someterse, por tanto, a juicios de ponderación con otros elementos del sistema. Dicho de otro modo, las instituciones no pueden sustentar por sí mismas juicios de corrección jurídica, porque ello escondería el mero voluntarismo del intérprete jurídico (por ejemplo, la institución de la responsabilidad civil justifica *per se* una interpretación de las reglas de responsabilidad patrimonial de la Administración en clave de justicia conmutativa). Esta crítica se desarrolla posteriormente, al analizar la formación teleológica de los conceptos dogmáticos y los peligros de los razonamientos esencialistas [§§ 44 ss.].

<sup>77</sup> Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 70; Rudolf VON JHERING, *El espíritu...*, cit., pp. 40, 190.

<sup>78</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia...*, cit., p. 76. Una definición muy similar en José CASTÁN TOBEÑAS, “La ordenación...”, cit., p. 13: “conglomerados de actos típicos de la vida social que el Derecho y su Ciencia conciben como un todo orgánico”.

<sup>79</sup> Sobre el carácter conservador del método histórico, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “La discusión...”, cit., p. 17.

<sup>80</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia...*, cit., p. 77.

<sup>81</sup> Rudolf VON JHERING, *El espíritu...*, cit., pp. 191 ss.

<sup>82</sup> Niklas LUHMANN, *Los derechos...*, cit., p. 85.

## 2. Principios

24. A diferencia de las instituciones, los principios se configuran como máximas de optimización con una trascendencia axiológica esencial. Contienen las bases éticas del Derecho. En la realidad, *se generan en un proceso de abstracción de los valores que hay en juego tras una regla o un entramado de reglas*. No se trata, por tanto, de la abstracción de los atributos característicos de una realidad jurídica (por ejemplo, contrato o precedente), sino de los mandatos o valores que subyacen a esa realidad jurídica (principio de autonomía de la voluntad o principio de igualdad en la aplicación de la Ley). Sus funciones son de carácter interpretativo y heurístico –de descubrimiento de relaciones y conexiones de sentido entre distintos enunciados o proposiciones jurídicas–. Ofrecen una explicación esencialmente dinámica del Derecho que permite distintas conexiones de sentido entre múltiples elementos. En este sentido, se separan de los conceptos dogmáticos, que explican el material jurídico de forma más estática.

25. Metodológicamente, los principios se han vinculado tradicionalmente al *sistema interno* de Karl LARENZ. A diferencia del sistema externo elaborado a partir de conceptos abstractos que ofrecen una panorámica (*Überblick*) de un determinado complejo o fenómeno jurídico, el sistema proporciona comprensión (*Einsicht*) del mismo. Ahora bien, *los principios así considerados por LARENZ no son máximas de optimización*. Se trata de ideas jurídicas generales que han de concretarse en supuestos específicos. En este sentido, el sistema interno de LARENZ puede vertebrarse en torno a un principio, entendido como un mandato de optimización –como pueden ser el principio de igualdad o el principio de confianza legítima–. Pero también otras formas del pensamiento jurídico que no tienen la condición de principio pueden servir como eje vertebrador de este tipo de sistema. Es el caso de los conceptos clave y los conceptos puente, que se analizan en seguida<sup>83</sup>.

## 3. Conceptos clave y conceptos puente

26. Los conceptos clave (*Schlüsselbegriffe*) no son abstracciones jurídicas incardinadas en un sistema con el fin de exponer de forma simplificada el material jurídico y de dar respuesta a posibles problemas. Tienen el carácter deductivo, propio de las ideas, más que inductivo, característico de los conceptos<sup>84</sup>. *No se trata, por tanto, de una clase especial de “conceptos dogmáticos”* (ejemplos de conceptos clave son: europeización, constitu-

---

<sup>83</sup> Así, los ejemplos de principios de LARENZ son: Estado de Derecho, Estado social, dignidad humana, etc. No se trata, por tanto, de principios en el sentido dworkiniano del término: Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 465.

<sup>84</sup> Esta distinción en Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “El método...”, cit., p. 32.

cionalización<sup>85</sup>, globalización, subjetivización del Derecho<sup>86</sup>, cooperación, desregulación, privatización, entre otros<sup>87</sup>).

27. La idea de “concepto clave” surge en el Derecho administrativo de la mano de las transformaciones de la teoría de la dirección. La complementación de la perspectiva del control (*ex post*) con una perspectiva de dirección (*ex ante*) exige el análisis de las condiciones de eficacia del Derecho. En esa tarea la tradicional conformación de instituciones, figuras y conceptos, desde el punto de vista dogmático, resulta insuficiente<sup>88</sup>. La ordenación binaria en torno a la validez o invalidez de la actuación administrativa no basta cuando hay que explicar el grado y las condiciones de eficacia del Derecho. En este contexto, *los conceptos clave sirven para trazar rutas de análisis de la Ciencia jurídica*. Son conceptos integradores que ofrecen una visión general de cómo se articulan distintos elementos entre sí. También se han definido como palabras clave (*Stichworte*), estrechamente vinculadas con los símbolos gráficos<sup>89</sup>. En este sentido, constituyen la evidencia de las posibles revoluciones científicas<sup>90</sup>; el cambio de paradigma va acompañado de cambios en la estructura de este tipo de conceptos. Los conceptos clave formulan un planteamiento holístico, pero no resuelven problemas concretos. No cumplen una finalidad teórica. Esto abre un amplio margen de discrecionalidad en su utilización, que puede conducir a la confusión y disfuncionalidad como guías e inspiración en la actividad científica<sup>91</sup>.

28. A partir de esta función, los conceptos clave se han definido como “ideas ordenadoras omnicomprendivas que buscan la fructificación de algunos contextos argumentativos y que reúnen, estructuran y hacen comprensible un conjunto de datos y pensamientos en un único término”<sup>92</sup>. Se trata, por tanto, de *ideas vertebradoras o inspiradoras (Leitideen) que sirven como fuente de inspiración para introducir nuevas perspectivas de análisis y asociaciones para el futuro*. En esa línea, pueden ayudar a la creación de supraconceptos o de ideas ordenadoras superiores (*overarching concepts*), que puedan utilizarse en distintos contextos y que permitan el trabajo en red cuando los conceptos aún no están maduros<sup>93</sup>.

---

<sup>85</sup> Rainer WAHL, *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 153 ss.; aparecen como ideas rectoras de la construcción dogmática en Jens KERSTEN y Sophie-Charlotte LENSKI, “Die Entwicklungsfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts”, *Die Verwaltung*, 42, 2009, Heft 4, pp. 501-534, pp. 511-512.

<sup>86</sup> Jens KERSTEN y Sophie-Charlotte LENSKI, “Die Entwicklungsfunktion...”, cit., p. 511.

<sup>87</sup> Andreas VOßKUHLE, “«Schlüsselbegriffe» der Verwaltungsreform”, *VerwArch*, núm. 92, 2001, Heft 2, pp. 184-215, pp. 203 ss.

<sup>88</sup> Andreas VOßKUHLE, ibídem, pp. 190 ss.; también en “Sobre el método...”, cit., pp. 156 ss.

<sup>89</sup> Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 61.

<sup>90</sup> Al respecto, aunque sin referencia a los conceptos clave del Derecho, Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., p. 16; y sobre los cambios en las estructuras de pensamiento, Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, traducido por Carlos Solís, 4ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 2012, pp. 212 ss.

<sup>91</sup> Andreas VOßKUHLE, “Sobre el método...”, cit., pp. 155-156.

<sup>92</sup> Andreas VOßKUHLE, “«Schlüsselbegriffe»...”, cit., p. 196.

<sup>93</sup> Andreas VOßKUHLE, “Sobre el método...”, cit., pp. 176.

Esta caracterización de los conceptos clave permite apreciar las diferencias con los conceptos dogmáticos. En realidad no se trata de conceptos –en sentido metodológico– sino de ideas generales –en el sentido que utiliza Karl LARENZ los principios [§ 25]–. Esas ideas generales inspiran el trabajo científico y, en algunos casos pueden servir de base para la elaboración de tipos –cuya definición se expone un poco más adelante [§§ 30 ss.]–.

29. Junto a los conceptos clave se sitúan los conceptos puente (*Brücken- o Verbundbegriffe*). Al igual que los conceptos clave no se trata de conceptos dogmáticos, sino de ideas vertebradoras sobre las que repensar las instituciones jurídicas, los conceptos y los modelos regulativos existentes. También cumplen una función heurística y orientadora. Ahora bien, a diferencia de los conceptos clave, *los conceptos puente se caracterizan por su procedencia de otras ciencias o de otras ramas del Derecho*. Así, son conceptos puente las ideas de red, riesgo, gobernanza o *accountability*. Junto a las funciones propias de los conceptos clave, los conceptos puente refuerzan el tráfico entre distintas ciencias y entre las distintas ramas jurídicas y contribuyen a la construcción integradora del Derecho<sup>94</sup>.

#### 4. Tipos o modelos

30. Los tipos constituyen otra forma del pensamiento jurídico abstracto que no siempre se diferencia de los conceptos dogmáticos. De hecho, se afirma que la tipificación es una de las formas más comunes de construcción de conceptos<sup>95</sup>; y que los conceptos dogmáticos son “tipos ideales” que simplifican la realidad, de modo que no tienen por qué cuadrar exactamente con la realidad. A los efectos de este trabajo, *se propone una diferenciación entre los conceptos de tipo y de concepto dogmático*; sin perjuicio de las conexiones que puede haber entre ellos y con otros elementos, como principios y conceptos clave –en este sentido, hay que tener en cuenta que algunos tipos se elaboran a partir de conceptos que ya no explican suficientemente la realidad y que necesitan abrirse (*Begriffslöckerung*) y que los tipos pueden representar concreciones de conceptos clave o conceptos puente–.

31. Los tipos son modelos, imágenes muy gráficas de la realidad –en ese sentido, se acercan a los conceptos clave<sup>96</sup>–. Se engendran por abstracción, mediante la selección de una serie de atributos típicos de una realidad. Ahora bien, a diferencia de los conceptos dogmáticos –[*vid. infra* 32 c)]–, *los atributos de los tipos no tienen que darse necesariamente de forma cumulativa y simultánea*. Basta con que concurren unos u otros con la suficiente intensidad como para poder identificar cierta realidad<sup>97</sup> (por ejemplo, Estado compuesto y Estado unitario, Estado garantía y Estado prestador, procedimiento administrativo

<sup>94</sup> Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche...*, cit., p. 24; Andreas VOßKUHLE, “Sobre el método...”, cit., pp. 171 ss.

<sup>95</sup> Christoph MÖLLERS, “Methoden”, cit., p. 157.

<sup>96</sup> Andreas VOßKUHLE, “Sobre el método...”, cit., p. 179; Atilano DOMÍNGUEZ, “Introducción”, cit., p. 18.

<sup>97</sup> Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., p. 14.

competitivo, procedimiento administrativo sancionador). En este sentido, puede decirse que los tipos encierran en su estructura sistemas móviles, porque engloban una serie de elementos enlazados entre sí mediante criterios de distinta naturaleza y con vínculos de diversa intensidad. Además, los tipos no se articulan sistemáticamente por pares como los “conceptos históricos”. Pueden elaborarse series o escalas de tipos y no hay un número fijo para ello<sup>98</sup>. Son muy versátiles desde el punto de vista metodológico y, probablemente, son el elemento o herramienta metodológica más exitosa para el desarrollo de las tareas de la Ciencia jurídica en la actualidad.

## 5. Conceptos dogmáticos

32. El reconocimiento de diversos elementos o formas del pensamiento jurídico abstracto no implica que se abandonen los conceptos dogmáticos –sin perjuicio de la necesidad de redefinirlos conforme a las nuevas exigencias de la Ciencia jurídica<sup>99</sup>. Los conceptos dogmáticos constituyen abstracciones realizadas a partir del material jurídico. Conforme a la metodología de Karl LARENZ *los conceptos dogmáticos conforman el sistema externo; esto es, un “sistema de conceptos generales abstractos formado según las reglas de la lógica formal, que sirve de base a la sistemática de numerosas leyes”*. De los supuestos de hecho y de las consecuencias jurídicas de las normas se separan determinados elementos y se generalizan. A partir de ellos se configuran conceptos genéricos que se ordenan entre sí, de forma que añadiendo o sustrayendo notas distintivas específicas particulares pueden alcanzarse distintos grados de abstracción. Los conceptos inferiores se subsumen bajo los superiores hasta llegar a una serie de categorías, de conceptos supremos<sup>100</sup> –los conceptos están al servicio de la abstracción–.

33. Los conceptos parecen ser, entonces, definiciones extraídas del material jurídico observado. Sin embargo, *una definición legal cualquiera no constituye per se un concepto dogmático*. Los conceptos dogmáticos exigen un cierto grado de abstracción. Así, hay que diferenciar entre:

Licencia (definición) → Acto administrativo autorizatorio (concepto)

Es posible que algunas definiciones legales conformen conceptos dogmáticos. Esto es lo que sucede con un cierto grado de habitualidad en el Derecho de la Unión Europea; porque está obligado de partida a realizar abstracciones para introducir sus mandatos en la realidad jurídica de 28 Estados Miembros y respetar el sistema competencial –especialmente, el carácter limitado y tendencialmente funcional o finalista de las bases jurídicas que le atribuyen competencias y el principio de subsidiariedad–. En esos casos las definiciones legales ofrecen conceptos dogmáticos, que pueden entrelazarse con otros conceptos, tanto

<sup>98</sup> Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 439, 444, 462.

<sup>99</sup> Andreas VOßKUHLE, “«Schlüsselbegriffe»...”, cit., p. 215.

<sup>100</sup> Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 438, 441.

a nivel europeo, como nacional (es el caso, por ejemplo, del concepto de poder adjudicador, de entidad adjudicadora, de operador económico o de contrato público). En otros supuestos –que a nivel nacional suelen ser mayoría– las definiciones legales no son más que eso, definiciones que permiten interpretar mejor las normas contenidas en una Ley, pero no constituyen conceptos dogmáticos (por ejemplo, cuando se regulan las instrucciones internas de contratación). Las definiciones legales pueden ser objeto, por tanto, de un trabajo de abstracción posterior para formar un concepto jurídico que permita conectar esa realidad jurídica con otras, poniendo de manifiesto conexiones de sentido entre ellas guiadas, muchas veces, por principios o por conceptos clave y conceptos puente.

34. A partir de esta distinción y de la caracterización realizada de las instituciones, los principios, los tipos y los conceptos clave y conceptos puente, puede decirse que los conceptos dogmáticos se definen por los siguientes atributos:

- a) Los conceptos dogmáticos son generalizaciones o simplificaciones de la realidad con un grado de abstracción suficiente. Van más allá de las meras definiciones del Derecho positivo. El Derecho se ocupa de explicar artefactos sociales –por ejemplo, instituciones de gobierno que están predefinidos en la sociedad o en las normas– e ideas jurídicas –como ley, validez, etc., que son ideas puras, normalmente ligadas a normas éticas, a ideologías o al Derecho–. Por encima de ellas hay ideas no jurídicas abstractas y por debajo hay artefactos materiales y objetos<sup>101</sup>. En ese margen el *concepto ideal ha de ser razonablemente estrecho como para ser necesario y suficiente para simplificar cierto material jurídico y considerablemente amplio como para reunir una parte relevante de la realidad jurídica*<sup>102</sup>. La abstracción debe responder a una finalidad establecida a través de un principio o intuida mediante un concepto clave y debe vincularse a una realidad jurídica concreta. No debe referirse a la mera articulación orgánica de elementos dentro del sistema jurídico entendido como un organismo vivo con una lógica de funcionamiento propia [al respecto, más adelante §§ 44 ss.]. Además, *el grado de abstracción de los conceptos dogmáticos ha de ser óptimo, en virtud de la función que se pretenda con su elaboración* (esto se hace especialmente palpable en el caso del Derecho europeo, donde el nivel óptimo de abstracción está claramente vinculado a la garantía de su eficacia). En cualquier caso, el Derecho nunca llega a un nivel máximo de abstracción. Necesita de conceptos metajurídicos para ordenar sus elementos y dotarlos de existencia (como los conceptos de sistema y de ser). Tampoco llega a un nivel mínimo de abstracción, donde la realidad analizada es puramente empírica (como los conceptos de vegetal o rojo). La clave está en determinar el nivel óptimo de abstracción para ordenar cierto material jurídico. Esto hay que medirlo en relación con el fin u objetivo que se persigue: poner la atención sobre una nueva realidad, explicar mejor un problema jurídico, distin-

<sup>101</sup> Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., pp. 22 ss.

<sup>102</sup> En relación con los conceptos en la Ciencia Política, ibídem, p. 13.

guir una realidad de otra con el fin de aplicar un régimen jurídico determinado, legitimar una nueva solución jurídica para ciertos problemas, etc.

- b) Los conceptos dogmáticos deben, además, estar penetrados suficientemente por el Derecho. El Derecho tiene que tener una capacidad de modulación del contenido del concepto que ha de ser plena o mayoritaria, frente a los conceptos técnicos de otras ciencias o los conceptos del lenguaje común que no admiten modulación por el Derecho y que simplemente se asumen por él. En este sentido, en el *continuum* existente entre los conceptos técnicos y los conceptos vulgares, *los conceptos dogmáticos deben situarse en la mitad cercana al lenguaje jurídico*. Esta nota característica de los conceptos dogmáticos conecta directamente con la exigencia de abstracción. Si el Derecho no puede modular el concepto no es posible la tarea de abstracción desde una perspectiva jurídica.
- c) Asimismo, este tipo de conceptos ha de tener un grado de precisión suficiente como para ordenar la realidad dentro o fuera del concepto. Los conceptos que no están bien definidos son disfuncionales<sup>103</sup>. *Deben operar mediante una dicotomía aplicativa equiparable a la de las reglas* (por ejemplo, o se está ante un acto administrativo autorizador o no) y que les diferencia de los principios –entendidos como máximas de optimización que se pueden realizar en mayor o menor medida–, de los tipos y de los conceptos clave y conceptos puente. Esto no significa que los conceptos dogmáticos no admitan un cierto grado de indeterminación. Pueden existir zonas grises que exijan una tarea de argumentación, como sucede en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados.
- d) En último lugar, *los conceptos dogmáticos han de ser susceptibles de integración en la Parte General de la rama jurídica de que se trate*, cumpliendo una función ordenadora y estabilizadora. La Parte General formula, así, un lenguaje común para la correspondiente rama jurídica, que puede entablar diálogo con las Partes Generales de otras ramas<sup>104</sup>. Ahora bien, el encuadramiento de los conceptos dogmáticos en la Parte General no implica que su ordenación deba llevarse a cabo mediante pares opuestos –al estilo de la clásica jurisprudencia de conceptos–. Los conceptos dogmáticos pueden aparecer de forma aislada, mostrando conexiones de sentido útiles con otros conceptos dogmáticos o con otros elementos del pensamiento dogmático (por ejemplo, los conceptos de título habilitante, contrato público y ayuda pública). Tampoco puede interpretarse la Parte General como una resurrección de la jurisprudencia de conceptos, que conduzca a derivar parámetros de análisis de corrección sobre la Parte Especial –alejando a la construcción conceptual de la realidad viva del Derecho–. La Ciencia jurídica debe llevar a cabo un proceso constante de renovación de la Parte General a través de las novedades introducidas

<sup>103</sup> Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., p. 4.

<sup>104</sup> Jens KERSTEN y Sophie-Charlotte LENSKI, “Die Entwicklungsfunktion...”, cit., p. 524.

en la Parte Especial (en esta tarea, la selección de los sectores de referencia ha de ser cuidadosa, puesto que supone dejar de lado posibles novedades de interés introducidas en otros sectores). Un concepto de la Parte General que no sirva para explicar ya los fenómenos y realidades de la Parte Especial debe someterse a un procedimiento de revisión (y posible redefinición).

#### IV. LA FORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS DOGMÁTICOS

##### 1. Circunstancias que justifican la formación de conceptos dogmáticos

35. Tal y como se han definido, los conceptos dogmáticos son herramientas que describen, explican y ordenan la realidad para permitir pensar mejor sobre ella. Para cumplir esas funciones han de ser suficientemente precisos [§ 32 c)]. Ello exige una tarea continua de adaptación o reformulación de los conceptos existentes que se consideran obsoletos<sup>105</sup>—porque las zonas grises han crecido demasiado y ya no son explicativos, exigiendo numerosos matices en su definición (como el concepto de servicio público)— y también, según las circunstancias, de creación de nuevos conceptos (como el de adjudicación de recursos escasos)<sup>106</sup>. En esos casos, *será útil formar conceptos dogmáticos nuevos o reformular los ya existentes cuando exista un nuevo contexto jurídico*, determinado por un cambio normativo que introduce nuevos regímenes jurídicos para distintas realidades o por una modificación de las circunstancias sociales, políticas o económicas que tenga repercusión en el Derecho.

36. Los conceptos clave y los conceptos puente ponen sobre la pista de la existencia de nuevas realidades que pueden provocar cambios en el universo conceptual de la dogmática. En este sentido, *las ideas de constitucionalización, europeización y globalización aluden precisamente a la existencia de procesos de transformación del Derecho que llevan aparejado una renovación de los conceptos dogmáticos* (por ejemplo, el concepto de *ius variandi* como prerrogativa pública ha debido reelaborarse a la luz de los cambios impuestos por el Derecho europeo, tanto por el legislador como por la Ciencia jurídica). En otro plano, y con carácter permanente, la relación existente entre la *Parte General* y la *Parte Especial* de una rama jurídica implica una continua observación de sectores de referencia de la Parte Especial con el fin de analizar la posible abstracción de conceptos susceptibles de incardinarse en la Parte General<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., p. 16; Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 56; Åke FRÄNDBERG, “An Essay...”, cit., p. 1.

<sup>106</sup> Rolf WANK, *Die juristische...*, cit., p. 7.

<sup>107</sup> Jens KERSTEN y Sophie-Charlotte LENSKI, “Die Entwicklungsfunktion...”, cit., pp. 528 ss.

## 2. Ámbito idóneo para la formación de conceptos dogmáticos

37. Como se ha señalado anteriormente, no existe un único método jurídico, sino una pluralidad de métodos jurídicos que deberán adaptarse a las características del material jurídico analizado y a los fines establecidos por el Derecho. La formación de conceptos no es idónea, por tanto, para abordar el trabajo científico ante cualquier situación. *Los conceptos explican bien realidades tendencialmente estables* (por ejemplo: norma, contrato, acto administrativo). Por esa razón, se adapta con facilidad a aquellas ramas jurídicas o sectores de referencia del Derecho público que se ocupan de *actuaciones jurídicas de carácter formal, duraderas y estables en el tiempo*. Así sucede, por ejemplo, en el caso del Derecho financiero que es estable y (razonablemente) limitado en sus fines y comprende una actuación formal de la Administración. En el ámbito del Derecho administrativo los conceptos también son útiles para explicar y ordenar las actuaciones formales de la Administración (por ejemplo, acto, reglamento, contrato), especialmente en el ámbito del Derecho de policía<sup>108</sup>. Pero habrá ámbitos específicos de actuación pre eminentemente material de la Administración –como sucede en el caso de la Administración del Estado social–, donde los conceptos resultarán rígidos –y, por tanto, devendrán rápidamente obsoletos– o demasiado abstractos –transformándose en conceptos clave–. En esos casos, la operacionalización del material jurídico se llevará a cabo con un mayor éxito explicativo a través de conceptos clave y conceptos puente, principios y, fundamentalmente, de tipos o modelos (como pueden ser: responsabilidad estatal, Administración aseguradora y Administración prestadora)<sup>109</sup>.

38. Hay que tener en cuenta que la incorporación de una perspectiva de dirección (*Steuerungsmodell*) en el análisis del Derecho administrativo descubre la insuficiencia del método de formación conceptual. La perspectiva del control permite articular la realidad jurídica en torno a juicios de validez que tienen una estructura necesariamente binaria: algo es válido o no lo es, algo es un contrato o no lo es. Esa cualidad de los juicios de validez hace idónea la estructura de conceptos, puesto que los conceptos dogmáticos tienen una estructura de aplicación que también es dicotómica: el fenómeno o realidad jurídica analizada se ajusta al concepto o no: una norma es una ley o no. *La incorporación de una perspectiva complementaria de dirección, centrada en la eficacia, demuestra la insuficiencia de las estructuras conceptuales dogmáticas*. Una norma no es eficaz o no. La eficacia admite gradaciones: la norma puede ser más o menos eficaz. En ese sentido, la ordenación del material jurídico a través de principios parece más adecuada, así como la ordenación de la realidad en tipos que también permiten distintos niveles en la clasificación de la realidad<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche...*, cit., p. 14.

<sup>109</sup> José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

<sup>110</sup> Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche...*, cit., p. 15.

### 3. Pautas para la elaboración de conceptos dogmáticos

39. La dogmática jurídica tradicional muestra los conceptos ya constituidos, ocultando su proceso de formación. Se crea, así, la apariencia de la existencia de un universo conceptual inmanente, que más que elaborarse por los juristas, se descubre por ellos. Sin embargo, *el método de formación de conceptos dogmáticos es necesariamente un proceso discursivo que exige la formulación de proposiciones y juicios*. Sin la exposición abierta de ese proceso, el análisis de los conceptos es meramente ontológico y no lógico-discursivo, por lo que su utilidad argumental es limitada<sup>111</sup>. A continuación se identifican una serie de pautas fundamentales que deberían gobernar ese proceso.

#### A. Determinación de la funcionalidad del concepto

40. Los conceptos –comunes y también dogmáticos– se componen de definiciones y atributos y cumplen distintas funciones de carácter puramente cognitivo y operativo. *Las funciones cognitivas consisten en la descripción y explicación de la realidad*. Permiten identificar la realidad definida por el concepto (por ejemplo, la definición de fútbol como deporte en el que se marcan goles a través de las patadas que se dan a un balón de cuero, permite identificar esa actividad y diferenciarla de otras similares). La ciencia básica se centra en este tipo de funciones: estudian las realidades preexistentes (por ejemplo, describir la estructura de los cromosomas). *Las funciones operativas, por el contrario, van más allá y permiten controlar la realidad e, incluso, construir sobre ella y modificarla* (por ejemplo, describiendo las partes funcionales del corazón para establecer conexiones causales de posibles disfunciones que, de ese modo, podrán corregirse). Las ciencias aplicadas cumplen con esta tarea de creación de nuevas realidades (por ejemplo, manipulando los cromosomas para evitar enfermedades congénitas). Aunque ambas funciones son interdependientes entre sí<sup>112</sup>.

41. Estas afirmaciones deben modularse cuando se trata de analizar el trabajo puramente intelectual que opera sobre realidades creadas por el hombre. Eso es lo que sucede en el *Derecho*, la Ciencia política y la Economía, entre otras disciplinas. La formación de conceptos en estos casos tendrá funciones limitadas. *Difícilmente un mismo concepto podrá cumplir una función descriptiva, explicativa y prescriptiva*. Lo común será que presente debilidades y fortalezas en cada una de ellas. Ahora bien, en cualquier caso, los conceptos deberán ofrecer definiciones claras, que den confianza, con el fin de poder cumplir su función y permitir la comunicación en la comunidad científica de que se trate<sup>113</sup>.

42. La primera decisión que hay que tomar, por tanto, en la formación (o reformulación) de un concepto dogmático, es la función (o funciones) que va a desempeñar: descripti-

<sup>111</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia...*, cit., p. 80.

<sup>112</sup> Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., pp. 5 ss.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 7.

va, explicativa o prescriptiva. La función o funciones correspondientes estarán determinadas por los límites de la actividad científica concreta –vinculados a los medios materiales a disposición del investigador–, así como por los problemas jurídicos concretos que se deban resolver. En este sentido, hay que tener en cuenta que *la formación de conceptos jurídicos ha de ser siempre una tarea teleológica dirigida a la solución de problemas específicos*<sup>114</sup>. De lo contrario, el peligro de sumergirse en un proceso de argumentación invertida y de constructivismo jurídico [*vid. supra* § 15 a)] es prácticamente ineludible. Para evitar esta distorsión en el proceso de formación de conceptos, es fundamental poner de manifiesto abiertamente cuáles son las funciones pretendidas, con el fin de permitir la crítica y réplica de la comunidad científica.

43. Así, por ejemplo, en el ámbito de la Administración de reparto de recursos escasos, la delimitación del concepto de reparto –en el que todos los participantes reciben parte del bien apetecido– y de adjudicación –en el que solo algunos son beneficiarios tras un procedimiento de selección– cumple una función explicativa, ordenadora de un amplio material jurídico disperso en distintas normas de varios sectores de referencia. Al mismo tiempo, supone una propuesta de delimitación de un marco de análisis de problemas jurídicos comunes a las realidades que se subsuman bajo uno u otro concepto, que tiene un cierto carácter prescriptivo.

#### B. Selección de los atributos del concepto dogmático

44. La selección de los atributos definidores de un concepto constituye el núcleo duro del proceso de formación de conceptos. Si se quiere definir qué es un contrato público, hay que elegir aquellos elementos que caracterizan a esa figura. La selección de unos atributos y no de otros implica irremediabilmente una discriminación. *La formación de conceptos selecciona una parte de la realidad y deshecha otra*. Es un tipo de “taquigrafía mental” que necesariamente supone una reducción o simplificación de una realidad compleja. El efecto es la configuración de un espacio vacío que es funcionalmente necesario porque no podemos aprehender de una vez toda la realidad<sup>115</sup>.

45. El problema está en la determinación de la forma de seleccionar los atributos del concepto. En el modelo clásico de análisis conceptual se diferencia entre tres tipos esenciales de definiciones:

- a) El primero es la definición *per genus proximum et differentiam specificam*. Este modo de articulación de conceptos parte de la existencia de escalas conceptuales ordenadas de menor a mayor abstracción: especies, géneros y categorías. Los conceptos pueden elaborarse, por tanto, a través de un proceso deductivo partiendo

<sup>114</sup> Rolf WANK, *Die juristische...*, cit., p. 1.

<sup>115</sup> En torno a este proceso, en detalle, Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., pp. 11, 13, 14, 39.

de los conceptos superiores más próximos<sup>116</sup>. Este tipo de definición conceptual se critica porque no sirve para los conceptos más elevados –*summa genera*– ni para los términos normativos.

- b) El segundo es la definición a través de los conceptos inferiores, más concretos –es la llamada *determinatio*–, que implica un proceso de razonamiento inductivo.
- c) Por último, está la *determinatio ex partibus*, esto es, la definición de un concepto a partir de la abstracción inductiva de los elementos o piezas que componen un objeto de la realidad<sup>117</sup>.

46. Estas formas de definir los conceptos plantean una alternativa en torno a los métodos de selección de atributos conceptuales a través de la deducción o de la inducción. Esta dialéctica se ha criticado al entender que los conceptos no deben ser objeto de definición, sino de explicación con criterios de exactitud, semejanza, facilidad y rendimiento<sup>118</sup>. Lo que se ha asumido, en general, entre los juristas anglosajones<sup>119</sup>. Además, con carácter general, *en el ámbito jurídico el problema no está en la necesidad de optar por una u otra forma de proceder (ambas son adecuadas, según las circunstancias), sino en la determinación del grado de abstracción que es útil en un momento dado*<sup>120</sup>. Un concepto demasiado abstracto no será útil debido a su escaso contenido, mientras que un concepto excesivamente concreto no tendrá suficiente capacidad explicativa y ordenadora. En este sentido, la existencia de un sector densamente juridificado y cambiante dificulta la construcción conceptual y su ordenación en un sistema –como sucede en el Derecho administrativo<sup>121</sup>–. Se obliga a elevar el grado de abstracción de los conceptos, lo que puede llevar a su pérdida de contenido y, en consecuencia, de utilidad.

47. Siendo esto así, *la selección de atributos debe llevarse a cabo en atención a los criterios teleológicos marcados por el Derecho* –pese a la dificultad que esto entraña– *de forma argumentada* –esto es, dando a conocer el esquema de razonamiento que conduce a la elección de unos atributos y no de otros–. En esa tarea no hay por qué ajustarse al esquema clásico de elaboración de pares conceptuales<sup>122</sup> (por ejemplo, el concepto de Administración mixta se elabora con el fin de identificar una realidad de distorsiones competenciales y no se opone a un concepto concreto). La selección de atributos apoyada inmediatamente sobre

<sup>116</sup> Esta manera de formar conceptos se elabora por Platón y se refina por ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (El Órganon)*, 13ª ed., Porrúa, México, 2011, p. XLVI. Posteriormente, se incorporó por la dialéctica escolástica a la Ciencia del Derecho en el siglo XII (Harold J. BERMAN, *La formación...*, cit., pp. 143 ss.).

<sup>117</sup> Dietmar VON DER PFORDTEN, “Über Begriffe...”, cit., p. 447.

<sup>118</sup> Rudolf CARNAP, *La construcción lógica del mundo*, Universidad Nacional Autónoma, México, 1988, *passim*.

<sup>119</sup> Al respecto, de forma crítica, Neil MACCORMICK, *Instituciones del Derecho*, traducido por Fernando Atria y Samuel Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 348.

<sup>120</sup> Peter BADURA, *Die Methoden...*, cit., p. 56.

<sup>121</sup> Christoph MÖLLERS, “Methoden”, cit., p. 156.

<sup>122</sup> Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 75.

la naturaleza jurídica de la institución, del concepto o de la estructura conduce al procedimiento de inversión, a los conceptos referidos al estatus, a los conceptos ontológicos, a los infraconceptos (*Unterbegriffe*) y, en general, a los problemas de la jurisprudencia de conceptos<sup>123</sup>. Es muy fácil incurrir en esos vicios porque cuando algo se define se puede empezar a pensar sobre esa realidad en sí misma, alejándose de la realidad: el concepto reemplaza a la cosa y el deseo y la voluntad se apoderan de los pensamientos. De modo que al final se olvida a qué tipo de objetos reales se refería el concepto en origen<sup>124</sup>. Los argumentos apoyados en la esencia del objeto esconden, de este modo, otros argumentos detrás que no se exponen, lo que conduce a una conclusión no motivada. *La finalidad debe erigirse entonces como filtro de los elementos de análisis de los conceptos: sujeto, objeto, eficacia* (en este sentido, el concepto europeo de poder adjudicador es un buen ejemplo de definición finalista. El sujeto y el objeto se definen para un fin concreto, la garantía de los principios del mercado interior cuando el poder público se dirige al mercado para proveerse de bienes y servicios)<sup>125</sup>. De este modo, además, se introducen elementos valorativos en la tarea de construcción conceptual.

48. La finalidad permite escoger, además, los atributos *necesarios y suficientes para definir la realidad objeto de abstracción*. De modo que la eliminación de cualquiera de los elementos escogidos suponga la imposibilidad de identificar la realidad abstraída<sup>126</sup>. También define la estructura de los atributos, entendida como *la conexión lógica que vincula a los atributos internamente*, que puede tener distintas intensidades y naturalezas (por ejemplo, como partes que conforman un todo, o como la conexión entre medios y fines).

### C. Importación de conceptos

49. Los conceptos no siempre se construyen *ex novo*. Es común que *se importen algunos conceptos procedentes de otras ramas jurídicas, de los ordenamientos de países vecinos o de referencia y de otras ciencias*<sup>127</sup> –como la sociología, la ciencia política y la economía– [aunque en este último caso, los conceptos importados no suelen tener carácter dogmático; por regla general se configuran como conceptos puente (ver arriba § 29)]. En este sentido, la permanente interacción entre la Parte General y la Parte Especial de una determinada disciplina no puede considerarse importación de conceptos, puesto que forma parte del proceso natural de formación de conceptos dogmáticos. La Ciencia jurídica debe realizar continuamente una tarea de ordenación de la Parte Especial a través de los conceptos dogmáticos decantados en la Parte General. Al mismo tiempo, la Parte Especial debe nutrir de posibles nuevos conceptos dogmáticos a la Parte General.

<sup>123</sup> Rolf WANK, *Die juristische...*, cit., p. 151.

<sup>124</sup> Klaus F. RÖHL, y Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine...*, cit., p. 72.

<sup>125</sup> Sobre la importancia de los fines sobre los conceptos tradicionales, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “El método...”, cit., p. 29.

<sup>126</sup> Jürg MARTIN GABRIEL, “Political...”, cit., p. 12.

<sup>127</sup> Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche...*, cit., p. 10.

50. El problema de la importación de conceptos está en su posible descontextualización y desconexión con la realidad. *La importación de conceptos se hace, en ocasiones, en un plano meramente abstracto, que desconoce los condicionantes que explicaron el proceso de formación de cada concepto*. Las funciones y finalidades del concepto pueden ser muy distintas. Lo que explica la asimetría conceptual en las distintas ramas jurídicas y en el Derecho comparado. Los conceptos se vinculan a los problemas que pretenden resolver que, a su vez, están condicionados por las circunstancias históricas, políticas, sociales y económicas de cada sector del ordenamiento o del Derecho de cada país. Por esa razón, si no se realiza un análisis en profundidad de los problemas jurídicos a los que se vincula la elaboración del concepto, no puede apreciarse si es necesario realizar ajustes en la recepción del concepto.

51. En el intenso proceso de importación de conceptos, categorías e instituciones del Derecho privado al Derecho público se aprecian algunos de estos problemas. Se produjo un trasplante de conceptos fundamentales creados por el Derecho privado siguiendo el método de la Pandectas<sup>128</sup>. Numerosos conceptos del Derecho privado se crearon en un contexto anterior a la existencia de una Ciencia jurídico-pública, por lo que no se ajustan bien a los fines del Derecho público<sup>129</sup>. *Cualquier importación conceptual desde el Derecho privado requiere un minucioso examen de entrada en el sistema jurídico-público*, que implica comprender en profundidad el proceso de formación del concepto.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (El Órganon)*, 13ª ed., Porrúa, México, 2011.
- BADURA, P., *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*, Palm & Enke, Erlangen, 1959.
- BERMAN, H.J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, 1ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- CANARIS, C.W., *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995.
- CARNAP, R., *La construcción lógica del mundo*, Universidad Nacional Autónoma, México, 1988.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., “La ordenación sistemática del Derecho Civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril-mayo, 1954, ed. Reus, Madrid.
- DOMÍNGUEZ, A., “Introducción”, en Platón, *Cratilo o del lenguaje*, editado y traducido por Atilano Domínguez, Trotta, Madrid, 2002.

<sup>128</sup> Francisco VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas...*, cit., p. 46.

<sup>129</sup> Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho...*, cit., p. 24.

- FODOR, J.A., *Concepts. Where cognitive science went wrong*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- FRÄNDBERG, Á. “An Essay on Legal Concepts Formation”, en Hage, Jaap C. y von der Pfordten, Dietmar (eds.), *Concepts in Law*, Springer, Heidelberg, London, New York, 2009, pp. 1-16.
- GALLEGO ANABITARTE, A., “La discusión sobre el método en Derecho público durante la República de Weimar”, *REDC*, núm. 46, 1996, pp. 11-37.
- GARRIDO FALLA, F., *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (método jurídico y ciencia de la Administración)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1961.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El método en el Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 22, 1957, pp. 11-97.
- GROSSI, P., *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Clara Álvarez (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2011.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Civitas, Madrid, 1981.
- JHERING, R., *El espíritu del Derecho romano*, abreviado por Fernando Vela, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- KELSEN, H.J., *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2002.
- KERSTEN, J. y LENSKI, S.C. “Die Entwicklungsfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts”, *Die Verwaltung*, 42, 2009, Heft 4, pp. 501-534.
- KREBS, W., “Die juristische Methode im Verwaltungsrecht”, en Eberhard Schmidt-Aßmann y Wolfgang Hoffmann-Riem (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 209-221.
- KUHN, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*, traducido por Carlos Solís, 4ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 2012.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- LUHMANN, N., *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, Universidad Iberoamericana, México, 2010.
- MACCORMICK, N., *Instituciones del Derecho*, Fernando Atria y Samuel Tschorne (trads.), Marcial Pons, Madrid, 2011.
- MARTIN GABRIEL, J., “Political Science Concept Formation (Part I). Definitions Matter”, disponible *on line* en la SSRN, pp. 1-42.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960.
- MÖLLERS, C., “Methoden”, en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann y Andreas Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 1ª ed., Tomo I, C.H. Beck, München, 2006, pp. 121-175.
- PANERO, R., *Formación de los conceptos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PAREJO ALFONSO, L., “Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España”, en Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2ª. ed. renov. ampl., INAP, Global Law Press, Sevilla, 2012, pp. 379-611.
- PAZ-ARES, C., “Prólogo”, en Claus-Wilhelm Canaris, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 12-21.
- PFORDTEN, D., “Über Begriffe im Recht”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 98, 2012, pp. 439-456.
- PLATÓN, *Cratilo o del lenguaje*, editado y traducido por Atilano Domínguez, Trotta, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “Sistema, tópica y argumentación en la metodología del Derecho administrativo actual”, en *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el Siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, MAP, INAP, BOE, Madrid, 2002, pp. 1281-1308.
- RÖHL, K.F. y RÖHL, H.C., *Allgemeine Rechtslehre*, 3ª. ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2008.
- RÜTHERS, B., FISCHER, C. y BIRK, A., *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 6ª ed., C.H. Beck, München, 2011.
- SCHMIDT-AßMANN, E., *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- SCHMIDT-AßMANN, E., “Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft – Perspektiven der Systembildung”, en Eberhard Schmidt-Aßmann y Wolfgang Hoffmann-Riem (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2004.
- SCHMIDT-AßMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Inap, Madrid, 2003.

- STAMPE, E. *Unsere Rechts- und Begriffsbildung: Studien*, Verlag von Julius Abel, Greifswald, 1907.
- VELASCO CABALLERO, F., *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, 2014.
- VELASCO CABALLERO, F., *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, prólogo de Alfredo Gallego Anabitarte, Tecnos, Madrid, 1996.
- VIEHWEG, T., *Tópica y filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2011.
- VOßKUHLE, A., “Sobre el método del Derecho Administrativo”, Javier Barnes y Manuel Gámez Mejías (trads.), en Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2ª. ed. renovada y ampliada, INAP, Global Law Press, Sevilla, 2012, pp. 141-188.
- VOßKUHLE, A., “«Schlüsselbegriffe» der Verwaltungsreform”, *VerwArch*, núm. 92, 2001, Heft 2, pp. 184-215.
- WAHL, R. *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- WANK, R., *Die juristische Begriffsbildung*, C.H. Beck, München, 1985.
- WINDSCHEID, B., *Tratado de Derecho Civil Alemán (Derecho de Pandectas)*, Fernando Hinestrosa (trad.), Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987.

