

SILVIA DÍEZ SASTRE

# LA FORMACIÓN DE CONCEPTOS EN EL DERECHO PÚBLICO

**Un estudio de metodología académica:  
definición, funciones y criterios  
de formación de los conceptos jurídicos**

Prólogo de  
José María Rodríguez de Santiago

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	13
<b>PRÓLOGO</b> .....	15
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	27
I. OBJETO DE ESTUDIO .....	27
II. LA FORMACIÓN DE CONCEPTOS COMO MÉTODO ACADÉMICO..	31
III. EL MÉTODO DE LOS ESTUDIOS METODOLÓGICOS .....	35
IV. SESGOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	37
V. ESTRUCTURA.....	41

## CAPÍTULO PRIMERO

### **PRESUPUESTOS DE LA INVESTIGACIÓN**

I. PLANTEAMIENTO .....	45
II. PRESUPUESTOS METAJURÍDICOS .....	46
1. Bases de una teoría general de los conceptos.....	46
1.1. Los conceptos como unidades del pensamiento .....	46
1.2. Estructura básica de los conceptos.....	48
1.3. Clases de conceptos .....	51
1.4. Taxonomías conceptuales .....	52
2. Los conceptos como expresión y límite de creatividad .....	53
3. Las diferencias conceptuales en los distintos ámbitos de conocimiento .	56

	Pág.
III. PRESUPUESTOS JURÍDICOS .....	57
1. Las exigencias del Derecho.....	57
1.1. Cuestiones generales .....	57
1.2. Seguridad jurídica .....	58
1.3. Igualdad.....	60
1.4. Coherencia y argumentación.....	60
2. Derecho público y Derecho privado .....	61
2.1. El sentido de la distinción .....	62
2.2. Diferencias metodológicas.....	64
2.3. Las exigencias del Derecho público .....	65
IV. PRESUPUESTOS HISTÓRICOS .....	68
1. La evolución histórica del método jurídico.....	68
1.1. Conceptualismo y constructivismo .....	69
1.1.1. El punto de partida: la Escuela Histórica del Derecho ....	69
1.1.2. Jurisprudencia conceptual .....	72
1.2. Positivismo jurídico y garantía de pureza .....	75
1.3. La superación del Derecho puro .....	76
1.4. La aspiración al sistema .....	80
2. La evolución metodológica del Derecho público.....	83
2.1. El método jurídico en la construcción del Derecho público .....	83
2.1.1. El modelo del Derecho civil.....	83
2.1.2. Administración y Poder Judicial.....	89
2.2. Constitucionalización.....	90
2.3. Europeización .....	92
2.4. La Escuela de la Reforma .....	95

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

I. PLANTEAMIENTO.....	99
II. LA DEFINICIÓN DE CONCEPTO JURÍDICO.....	100
1. Conceptos jurídicos y Derecho .....	101
2. Conceptos jurídicos más allá del Derecho .....	105
III. TIPOLOGÍA DE FORMAS DEL PENSAMIENTO CONCEPTUAL EN EL DERECHO PÚBLICO.....	108
1. Instituciones .....	109
1.1. Acepciones del concepto de institución .....	109

	Pág.
1.2. Evolución del pensamiento institucional .....	111
1.3. Los peligros de la construcción institucional .....	114
2. Conceptos clasificatorios .....	118
2.1. Caracterización general .....	118
2.2. En especial, las categorías jurídicas .....	122
2.3. Aplicación binaria .....	123
3. Tipos .....	125
3.1. Caracterización general .....	125
3.2. Clases de tipos .....	127
3.3. Los tipos como instrumento de renovación metodológica .....	129
4. Principios .....	130
5. Conceptos clave .....	133
6. Conceptos puente .....	137
7. Iconos jurídicos .....	140
IV. LAS FUNCIONES DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS .....	142
1. Descriptiva y clasificatoria .....	144
2. Analítica y explicativa .....	146
3. Creadora y legitimadora .....	147
4. Prescriptiva y directiva .....	149
5. Heurística y puente .....	150
V. CONCEPTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICA JURÍDICA .....	151

**CAPÍTULO TERCERO**  
**LA FORMACIÓN DE CONCEPTOS**  
**EN EL DERECHO PÚBLICO**

I. PLANTEAMIENTO .....	155
II. LA ORIENTACIÓN FUNCIONAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS ...	156
III. ASPECTOS FUNDAMENTALES EN LA FORMACIÓN DE LOS CON- CEPTOS JURÍDICOS .....	160
1. Características del material jurídico .....	160
1.1. Estabilidad .....	161
1.2. Densidad .....	163
2. El contexto: la relación entre la Parte General y la Parte Especial .....	165
2.1. El origen de la distinción .....	165
2.2. La formación de conceptos en clave general y especial .....	168
3. Los sesgos en la formación de conceptos .....	169

	Pág.
IV. LOS PROCESOS DE FORMACIÓN CONCEPTUAL .....	170
1. La definición como forma de creación conceptual .....	170
1.1. La selección de los atributos del concepto .....	171
1.2. La definición <i>per genus proximum et differentiam specificam</i> ....	175
2. Herramientas para la formación de conceptos .....	179
2.1. Inducción.....	179
2.2. Deducción .....	181
2.3. Recepción.....	183
2.3.1. Derecho comparado.....	184
2.3.2. Otras disciplinas .....	188
3. Directrices en la formación de conceptos .....	190
3.1. Transparencia .....	190
3.2. Argumentación.....	191
V. CRITERIOS DE CORRECCIÓN EN LA FORMACIÓN DE CON- CEPTOS .....	192
1. Criterios generales.....	193
1.1. En relación con el término .....	193
1.2. En relación con el contenido.....	196
2. Criterios jurídicos.....	198
2.1. Respeto al Derecho positivo .....	198
2.2. Adecuación de la estructura del concepto a su función .....	200
 <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	 203

## PRÓLOGO

Este libro de Silvia Díez, que se sitúa —a mi juicio— fuera de los estándares normales de lo que se publica en materia de Derecho administrativo, trata sobre la seriedad y el rigor del trabajo académico con el Derecho público. Si la metodología jurídica consiste en el discurso sobre las reglas de racionalidad con las que debe trabajarse con el Derecho para alcanzar resultados científicamente aceptables, y si con el Derecho puede trabajarse seriamente y con rigor para aplicarlo (metodología *aplicativa*) o para construirlo sistemáticamente (metodología *académica*) (*vid. infra*, § 10), esta obra se centra en este segundo ámbito de los estudios sobre el método, sin duda, menos tratado que el primero.

Que un sistema teórico en el ámbito del Derecho se desarrolle y sea capaz de incorporar nuevo conocimiento depende, en gran medida, de la existencia de un conjunto ordenado de conceptos («unidades de pensamiento», dice la autora, § 9) de calidad, con ayuda de los cuales todos los miembros de la comunidad científica de que se trate tienen la confianza de estar hablando el mismo idioma, y con los que se hace posible el control intersubjetivo de las aportaciones de cada uno de esos científicos, así como poner en común sus esfuerzos en el trabajo académico colectivo y, como resultado, avanzar elevando nuevos estratos sobre lo que otros ya construyeron. Obviamente, el trabajo bien organizado de muchos (y en el Derecho «organizan» bien los conceptos) llega más lejos que la brillantez (por muy acusada que sea) de personalidades aisladas. Esto lo sabe bien, por ejemplo, la intelectualmente disciplinada comunidad académica alemana del Derecho público. De la calidad de los conceptos (sobre los que, por descontado, puede y debe discutirse) depende seguramente la calidad del sistema jurídico al que aquellos pertenecen.

Yo creo que muchos problemas teóricos complejos del Derecho no «pacificados» tienen su origen en la ausencia de ese sistema de conceptos elementales

común a todos los miembros de la comunidad científica. Por supuesto, cualquiera de esos miembros puede discrepar de la versión dominante de un concepto y construir el edificio utilizando la suya propia, pero la existencia de esa «versión dominante» (y por todos conocida) permitirá identificar y hacer transparente en la argumentación, desde el principio, de dónde parte la discrepancia. Muchos desacuerdos doctrinales deberían examinarse prestando atención a las diferencias entre los conceptos elementales de los que parte cada uno de los participantes en la controversia. Cuando no se examinan las diferencias en las unidades elementales en las que se descompone el problema, al final, apenas puede entenderse por qué están tan distantes las distintas opiniones sobre la solución correcta. La polémica se sitúa al final de las cadenas argumentativas, cuando sería necesario centrar el debate sobre los orígenes.

Este prólogo me presta la oportunidad, en primer término, de hacer referencia a una cuestión de actualidad en la que yo detecto con especial intensidad un problema con esa estructura: necesidad de examinar las diferencias en las unidades elementales en las que se descompone una cuestión compleja como vía de alcanzar un mayor consenso en la solución del problema. Me refiero a la cláusula de prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho autonómico regulada en el art. 149.3 CE.

El art. 149.3 CE dispone que las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas». Esta regla apenas ha sido utilizada expresamente por el Tribunal Constitucional para resolver conflictos normativos hasta que ha aparecido en las recientes SSTC 102/2016, de 25 de marzo; 116/2016, de 20 de junio; 127/2016, de 7 de julio; 204/2016, de 1 de diciembre, y 1/2017, de 16 de enero. Estas decisiones han estimulado un debate doctrinal que se había vuelto a despertar durante los últimos años<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Me refiero, en especial, al sólido y audaz trabajo de M. REBOLLO PUIG, «En busca de la prevalencia perdida», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 93, 2015, pp. 13-61. La bibliografía sobre la cláusula de prevalencia aparecida durante los últimos años es muy extensa: M. Á. RUIZ LÓPEZ, «La cláusula de prevalencia del Derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 192, 2013, pp. 137-178; J. GARCÍA LUENGO, «El desplazamiento de la normativa autonómica por la legislación básica estatal», en M. ESTEPA MONTERO (COORD.) y J. E. SORIANO GARCÍA (DIR.), *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 1, Madrid, Iustel, 2014, pp. 185-209; J. GARCÍA TORRES, «Ceci a tué cela: la doctrina de la inconstitucionalidad mediata y la prevalencia de las normas estatales», en L. ARROYO JIMÉNEZ, M. BELADIEZ ROJO, C. ORTEGA CARBALLO y J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *El juez del Derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 235-261; M. A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Sobre los efectos de la legislación básica sobrevenida en la normativa autonómica de desarrollo», en M. REBOLLO PUIG, E. CARBONELL PORRAS y M. LÓPEZ BENÍTEZ (COORDS.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Madrid, Iustel, 2015, pp. 200-213; A. M. GONZÁLEZ SANFIEL, «Desplazamiento *versus* inconstitucionalidad sobrevenida (la lucha encubierta entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional)», en J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN (COORD.) *et al.*, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 2, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016,

La cláusula de prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico es una regla para resolver conflictos normativos entre normas válidas del Estado y de una Comunidad Autónoma. Se da un conflicto normativo cuando una norma estatal y otra autonómica vinculan a un mismo supuesto de hecho consecuencias jurídicas distintas, de forma tal que no es posible decidir un caso real aplicando ambas normas, que conducen a resultados distintos. Es evidente que la igualdad de los supuestos de hecho de la norma y la diferencia de las consecuencias jurídicas pueden ser totales o parciales. Lo relevante es que el caso de la realidad sobre el que hay que decidir se subsuma en el ámbito de intersección de los supuestos de hecho y que, conforme a cada una de las normas en conflicto, al caso real hubiera que vincular una consecuencia jurídica distinta e incompatible con la de la otra norma. Para despejar la cuestión relativa a los supuestos en que puede producirse un conflicto de este tipo entre una norma válida del Estado y otra, también válida, de una Comunidad Autónoma ya es necesario alcanzar el consenso sobre los conceptos de validez e invalidez.

El concepto de validez hace referencia (así lo entiendo yo) a la compatibilidad de un acto jurídico (en sentido amplio: puede tratarse de una norma) con el Derecho que lo regula o limita su contenido en el momento en que dicho acto se produce: el acto se ha dictado siguiendo las reglas establecidas de competencia y procedimiento, el acto es conforme con normas vinculantes para él, etc. El juicio sobre la validez se fija en el momento originario del acto jurídico de que se trate. Y, como consecuencia lógica, el juicio sobre la invalidez (o nulidad, para las normas) también. Una norma que nació válida puede después ser derogada o desplazada, por ejemplo, pero no puede devenir inválida (nula) por contrariedad con una norma posterior.

De acuerdo con este concepto, la norma estatal que (originariamente) se dicta contraviniendo una norma vigente y vinculante para él del bloque de la constitucionalidad (art. 28.1 CE) —por ejemplo, la parte del Estatuto de Autonomía que enumera las competencias de la Comunidad Autónoma— es inconstitucional e inválida (nula). La norma autonómica que vulnera (originariamente) cualquier norma del bloque de la constitucionalidad [el Estatuto de Autonomía, una ley de armonización (art. 150.3 CE) o una norma básica estatal] es también inconstitucional e inválida (nula). Ningún conflicto de este tipo se resuelve con ayuda de la cláusula de prevalencia, que tiene como presupuesto el conflicto entre normas válidas.

Existe una amplia gama de supuestos en los que, por el contrario, sí es posible el conflicto normativo entre una norma estatal y una norma autonómica dictadas ambas válidamente. La ley autonómica en materia de urbanismo dis-

---

pp. 1617-1639; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «¿Puede el juez inaplicar la ley autonómica por razón de la prevalencia del Derecho estatal?: estado actual de la cuestión», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 186, 2017, pp. 47-82; M. J. ALONSO MAS, «De nuevo sobre la prevalencia del Derecho estatal y la inaplicación judicial del Derecho autonómico», *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017, pp. 235-265.



pone que la Comunidad Autónoma puede suspender licencias municipales, y la posterior norma básica estatal en materia de régimen local (art. 149.1.18 CE) establece que la suspensión cautelar de cualquier acto municipal corresponde solo a un órgano judicial (este es, en síntesis, el supuesto resuelto por la STC 213/1988, de 11 de noviembre, pero —incorrectamente, a mi juicio— sin hacer uso de la regla de la prevalencia del art. 149.3 CE). La ley urbanística autonómica establece un porcentaje de cesión de aprovechamiento urbanístico del 15 por 100 en cualquier clase de suelo, y después, una condición básica estatal para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad (art. 149.1.1 CE) dispone que no habrá cesiones en suelo urbano (un caso parecido al de la STC 178/2004, de 21 de octubre, en especial FJ 7). Una regulación sectorial autonómica en materia de vivienda o turismo deviene incompatible con una base estatal en materia de ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE) o de protección medioambiental (art. 149.1.23 CE). Las diferencias normativas entre Comunidades Autónomas en la regulación de una materia de competencia exclusiva de estas han alcanzado tal grado que se considera necesario para el interés general que el Estado armonice esas disposiciones normativas autonómicas (art. 150.3 CE) con algunos principios que son incompatibles con la disciplina vigente en varias de las Comunidades Autónomas; el conflicto normativo y la prevalencia de la ley estatal armonizadora puede decirse que pertenecen a la esencia de la regulación del art. 150.3 CE. En todos estos casos (y en cualquier otro en que el resultado sea un conflicto normativo entre reglas válidas del Estado y de la Comunidad Autónoma), la regulación estatal prevalece sobre la de la Comunidad Autónoma, que es válida, pero dejará de ser aplicable a un caso real en el que la norma estatal y la autonómica condujeran a decisiones distintas. Nótese que el conflicto normativo y su solución a través de la cláusula de prevalencia no solo se da, ni mucho menos, en el caso puro del reparto de poder conforme al esquema de las bases estatales de una determinada materia y el desarrollo autonómico de esa misma materia<sup>2</sup> (función pública, por ejemplo, en el caso de la STC 1/2003, de 16 de enero, también resuelto —incorrectamente, a mi juicio— sin utilizar la cláusula de prevalencia), aunque este sea el tipo de supuestos que más frecuentemente han conducido al debate sobre esta regla del art. 149.3 CE.

Y aquí es necesario hacer referencia a otro concepto elemental del que —a mi juicio— también depende en gran medida la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre lo que significa la cláusula de prevalencia: el concepto de inconstitucionalidad. La «inconstitucionalidad» es, en puridad, solo el resultado de un juicio sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre dos enunciados normativos; típicamente, entre uno de la Constitución y otro de una norma de rango inferior a ella. Por lo que se ha expuesto arriba, si se trata de una ley dictada estando en vigor la Constitución, la inconstitucionalidad de esa ley determinará, con carácter general, su invalidez y nulidad. Pero los conceptos de inconsti-

---

<sup>2</sup> Así, M. REBOLLO PUIG, «En busca...», *op. cit.*, p. 32, *passim*.

tucionalidad e invalidez no van siempre unidos. Si la norma incompatible con la Constitución (inconstitucional, por tanto) es anterior a ella, el día en que la Constitución entró en vigor quedó derogada aquella, porque la Constitución se atribuyó fuerza activa (la derivada del superior rango jerárquico) para derogarla. Esa ley inconstitucional no es inválida o nula. La inconstitucionalidad sobrevenida no da lugar a la invalidez, sino a la derogación de la ley preconstitucional. No comparto, por eso, el planteamiento de la STC 4/1981, de 2 de febrero, cuando se refiere a «la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente *invalidez*». A mi juicio, debería decir: «inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente *derogación*».

La diferencia entre el caso de la ley preconstitucional incompatible con la Constitución y los supuestos a los que es aplicable la cláusula de prevalencia es que en estos lo que cambia, después de que la norma autonómica haya nacido válida, no es la Constitución, sino alguna norma del bloque de la constitucionalidad (art. 28.1 LOTC). La Constitución presta cobertura a estas normas del bloque de la constitucionalidad para que cumplan con una función que no realizó ella misma y actúen como canon de la constitucionalidad de leyes de las Comunidades Autónomas (y, en otros casos que ahora no interesan, también del Estado). La norma autonómica que nació válida deviene contraria a una norma estatal que le sirve de canon de la constitucionalidad dictada posteriormente. Por eso habla el Tribunal Constitucional de «inconstitucionalidad sobrevenida indirecta o mediata». Y la consecuencia jurídica que para ese supuesto prevé la Constitución en el art. 149.3 CE es que la norma estatal tiene prevalencia aplicativa.

Ningún problema supone —en mi opinión— para la interpretación que aquí se está haciendo el tenor literal que utiliza el art. 149.3 CE para regular la prevalencia del Derecho estatal: las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas *en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas*». En general, la tendencia ha sido la de interpretar esa redacción como si fuera equivalente a la siguiente: las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas *salvo en las materias de la exclusiva competencia de estas*». Esta formulación es, a mi juicio, artificialmente simplificadora. En primer lugar, parece que parte de la idea de que el reparto de *materias* impide que se produzcan solapamientos entre *regulaciones*, lo que es sencillamente incorrecto. Por otra parte, esta interpretación también ha conducido a entender que en el ámbito de materias de competencia autonómica exclusiva (típicamente, urbanismo, vivienda, turismo...) no rige la cláusula de prevalencia. Y, después, la sombra de la inseguridad se ha proyectado sobre cualquier otro ámbito de aplicación de dicha cláusula, porque es igualmente muy inseguro determinar el criterio conforme al cual una competencia autonómica puede calificarse como *exclusiva*. El concepto de competencia exclusiva es casi un concepto imposible. Todas las competencias de la Comunidad Autónoma son exclusivas porque son suyas, podría decirse...

Yo creo que es más correcta la argumentación que lleva a sostener que la expresión constitucional es equivalente a lo siguiente: las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas *en toda regulación que no esté atribuida a la exclusiva competencia de estas*». O, dicho de otra forma: las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas *salvo en los casos en que la regulación solo pueda proceder de estas*». Lo que, en primer término, significa reconocer que, con normalidad, a pesar del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pueden producirse conflictos normativos entre una regulación estatal y una autonómica: por ejemplo — como ya se ha dicho —, entre un precepto urbanístico autonómico («se pueden suspender administrativamente las licencias municipales ilegales») y una base estatal en materia de régimen local («la suspensión de los actos administrativos municipales, en principio, solo puede acordarla un órgano judicial»). Y, en segundo término, implica exigir que, para que prevalezca la regulación estatal del supuesto de hecho, es necesario que esa regulación esté apoyada válidamente en un título competencial del Estado<sup>3</sup> (una condición básica del art. 149.1.1 CE, una base transversal como las de la ordenación de la economía del art. 149.1.13 CE, la invocación de la necesidad de armonizar prevista en el art. 150.3 CE, etc.). Si la regulación en cuestión solo puede ser dictada válidamente por la Comunidad Autónoma, no rige la cláusula de prevalencia. El Estado necesita de un título competencial que dé válida cobertura a su regulación para que esta prevalezca sobre la autonómica con la que entre en conflicto.

La jurisprudencia constitucional ha conseguido no aplicar la regla de prevalencia del art. 149.3 CE porque, en términos generales, ha negado la existencia de conflictos normativos y los ha transformado sistemáticamente en conflictos competenciales. Otro problema conceptual. En lugar de aceptar que, con toda normalidad, el reparto de materias competenciales entre el Estado y la Comunidad Autónoma puede dar lugar a zonas en que las regulaciones de aquel y estas se solapan y entren en concurrencia, ha decidido habitualmente seguir la vía argumentativa de considerar que, si había un conflicto entre normas, es porque o el Estado o la Comunidad Autónoma se había excedido en el ejercicio de su competencia. Para el Tribunal Constitucional, el reparto competencial no admitiría el conflicto normativo. Si hay conflicto normativo, el asunto se convierte en un conflicto competencial, se utiliza, con carácter general, la competencia más específica y se anula la norma que se dictó con apoyo en la competencia que pierde la batalla. La decisión sobre la norma prevalente se transforma entonces en la decisión sobre la competencia prevalente, que suele ser (aunque no siempre) la más específica.

Se puede observar con detalle esta manera de proceder en el supuesto — ya mencionado — de la STC 213/1988, de 11 de septiembre. Cataluña aprueba en 1984 un precepto que prevé que el consejero podrá suspender el programa de

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 31.

urbanización y, después, impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. A mi juicio, es obvio que esto es un precepto en materia de urbanismo. El Estado aprueba en 1985 la LBRL, según la cual, en principio, la suspensión de acuerdos municipales ha de acordarla un órgano judicial. En mi opinión, no cabe duda de que esta regla puede considerarse una base del régimen local. Pero el Tribunal Constitucional se niega a resolver el caso como un conflicto entre normas válidas y decide elegir entre uno de los títulos competenciales invocados, para afirmar que, en este caso, el título prevalente es el de régimen local (en contra, por cierto, del criterio general del título más específico), por lo que se anula el precepto autonómico por incompetencia (FJ 3). Yo creo que lo correcto hubiera sido decir que los dos preceptos se dictaron válidamente en el ámbito competencial del Estado (base del régimen local) y de la Comunidad Autónoma (urbanismo), y que la base posterior es prevalente. Carece de sentido que, a través de esta forma de decidir por el Tribunal Constitucional, se quede sin aplicar el precepto de la Constitución que expresamente previó cómo se resolvían los conflictos normativos (la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE) y las controversias se resuelvan con una doctrina jurisprudencial (la del título prevalente que, muchas veces, es el más específico, pero no siempre) que carece de apoyo constitucional. Así lo reconoce, con toda claridad, el Tribunal: «En los supuestos en que con apoyo en títulos competenciales distintos Comunidad Autónoma y Estado aprueban productos normativos incompatibles, el conflicto planteado se resuelve, sin traer a colación el art. 149.3 CE, en favor del título competencial considerado más específico» (STC 102/2006, de 25 de marzo, FJ 6, y la jurisprudencia allí citada).

Y otra curiosa vía a través de la cual el Tribunal Constitucional ha evitado el uso de la cláusula de prevalencia es su doctrina sobre el *canon de la constitucionalidad que debe utilizarse en los recursos de inconstitucionalidad* interpuestos frente a leyes autonómicas: el de las leyes estatales que estén vigentes en el momento de dictar sentencia y no el de las que lo estaban cuando se impugnó la ley autonómica (por todas, SSTC 1/2003, de 16 de enero, FJ 2, y 178/2004, de 21 de octubre, FJ 5). Esta doctrina permitió, por ejemplo, en el caso de la citada STC 1/2003, de 16 de enero, declarar que unos preceptos legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura sobre función pública eran inconstitucionales y nulos por ser contrarios a las bases estatales dictadas posteriormente. Yo comparto la tesis del conocido voto particular que se formuló con respecto a esa sentencia, según la cual hubiera sido necesario considerar que la ley autonómica era «perfectamente compatible con la legislación básica estatal en el momento en que fue promulgada», aplicar al caso la cláusula de prevalencia y no declarar la nulidad de la ley extremeña, sino su desplazamiento para resolver los casos en que entre en conflicto con la posterior ley estatal. A través de esa doctrina constitucional sobre el canon en el recurso de inconstitucionalidad, las bases estatales sobrevenidas se convierten (artificialmente) en canon de constitucionalidad *originario* de los preceptos legales autonómicos. Es preciso destacar, además, que esta operación de contraste de la ley autonómica con la posterior estatal muchas veces la hace el Tribunal de oficio y sin audiencia de las partes, en los casos en

que esa ley estatal se aprueba cuando el proceso constitucional ya está tramitado y solo pendiente de que se dicte sentencia.

¿Qué concretos efectos cabe deducir de la cláusula de prevalencia para la norma estatal válida y concurrente en su regulación con la de una norma autonómica también válida y anterior? Es obvio, a estas alturas, que no comparto la tesis de la doctrina constitucional para el específico caso de las normas autonómicas de desarrollo incompatibles con las bases estatales posteriores, según la cual la «inconstitucionalidad sobrevenida indirecta o mediata» determina la nulidad de la ley autonómica y solo puede ser declarada por el Tribunal Constitucional (por todas, STC 102/2016, de 25 de mayo, FJ 2).

La cláusula de prevalencia solo contiene una orden de no aplicar a ningún caso sobre el que tenga que resolver un órgano aplicativo del Derecho la regulación incompatible con la que goza de prevalencia, y la orden paralela de resolver el caso según la regulación de esta segunda. A mí me parece claro que la cláusula que se comenta del art. 149.3 CE es un precepto constitucional dirigido a cualquier órgano (administrativo o judicial) aplicador del Derecho para el caso de que se encuentre con un conflicto entre normas válidas del Estado y de la Comunidad Autónoma, que autoriza a ese órgano a seleccionar la norma estatal como aplicable y a dejar inaplicada la norma autonómica incompatible. Lo único que estrictamente exige la cláusula de prevalencia es eso (y no hay por qué llegar más lejos): que en ningún caso real que pueda subsumirse bajo dos normas en conflicto se decida conforme a la autonómica que no tiene la prevalencia, sino conforme a la estatal que la tiene. En primer término, claro está, habrá que hacer un intento de acomodar ambas regulaciones con una interpretación conforme. Desde el punto de vista de la relación entre la norma estatal y la autonómica puede decirse que, para resolver cada caso en que ambas normas entren en conflicto, la primera *desplaza* la segunda. Desde la perspectiva de lo que la cláusula de prevalencia ordena al aplicador del Derecho puede decirse que la ley autonómica es *inaplicable* para resolver esos casos. Hasta ahí, no más, llega el mandato derivado de la cláusula comentada del art. 149.3 CE.

Otra cosa es que se acepte (yo pienso que es así) que el principio de lealtad institucional obliga a la Comunidad Autónoma a adaptar su ordenamiento a la realidad normativa sobrevenida, derogando la norma autonómica desplazada e inaplicable en caso de conflicto, y sustituyéndola por otra que asegure la correcta aplicación de la ley estatal. Un mandato parecido rige en las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros (art. 4.3 TUE) y puede deducirse sin gran esfuerzo argumentativo del principio de colaboración y lealtad institucional implícito en la regulación constitucional de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas [STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 6 a)]. Por supuesto, la lealtad institucional impone sus exigencias también al Estado, por lo que igualmente tiene sentido entender que, con carácter general, con el objeto de posibilitar una ordenada sucesión normativa, la legislación estatal dotada de prevalencia aplicativa, pero que necesita del concurso del ejercicio de la facultad legislativa por la Comunidad Autónoma, debe prever plazos de entrada en

vigor suficientemente amplios para que esta pueda aprobar las normas correspondientes. Ya existen ejemplos de esto en la práctica legislativa estatal<sup>4</sup>.

Como ya se ha dicho, en mi opinión, la prevalencia de la norma estatal y la inaplicabilidad de la norma autonómica al caso sobre el que haya de decidirse puede constatarla, también si la norma autonómica es una ley, cualquier órgano judicial y administrativo, en la fase de selección de la norma aplicable (en este caso, selección entre dos normas aplicables válidas que entran en conflicto) y en aplicación directa de la ordenación constitucional del sistema de fuentes (art. 149.3 CE). No se ve afectado (en contra de lo que, por ahora, sigue afirmando la jurisprudencia constitucional) el monopolio del Tribunal Constitucional para enjuiciar la ley y declararla, en su caso, inconstitucional e inválida. El Tribunal Constitucional es el único que puede dirigirle al legislador, que tiene detrás una legitimidad democrática de primer grado, el reproche de haberse extralimitado al aprobar una ley y no haberse atendido a los límites que la Constitución (o el bloque de la constitucionalidad) le imponen. Pero esto no es lo que sucede aquí. La ley autonómica nació válida y se dictó con respeto a todos los límites que vinculaban al legislador. El problema es, como ya se ha dicho, del todo semejante al de la «inconstitucionalidad sobrevenida». Nada cabe reprocharle a la ley en su momento originario. Lo que determina la inconstitucionalidad (aquí, la simple constatación de que el texto de la ley autonómica es incompatible con el de otra norma posterior que se integra en el bloque de la constitucionalidad) es que ha cambiado sobrevenidamente el canon de enjuiciamiento. Se han denominado estos casos como de inconstitucionalidad sobrevenida «indirecta o mediata», porque lo que ha sido modificado no es la misma Constitución, sino una norma a la que esta atribuye la función de servir de criterio de la constitucionalidad de otras. El nuevo canon de enjuiciamiento puede determinar el desplazamiento y la inaplicabilidad de la ley autonómica, que ha devenido inconstitucional (por comparación con el nuevo canon), pero, ni mucho menos, inválida.

La semejanza con la inconstitucionalidad sobrevenida permite dar a este caso la misma solución que el Tribunal Constitucional dio, desde los primeros años de su actividad, al problema de la ley preconstitucional incompatible con la Constitución (por todas, SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1; 17/1981, de 1 de julio, FJ 1, y 83/1984, de 24 de julio, FJ 2). Cualquier órgano judicial o administrativo podía constatar esta incompatibilidad como problema relativo a la selección de la norma vigente aplicable, aunque al órgano judicial se le permitía, además, para conseguir una declaración con efectos *erga omnes*, plantear la cuestión de inconstitucionalidad. De la misma manera, cualquier órgano judicial

---

<sup>4</sup> La DF 11 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, previó que, para las Comunidades Autónomas que contaran con legislación en esa materia, la ley estatal tendría una *vacatio* de un año, con el objeto de que aquellas adaptaran su legislación a la nueva ley del Estado. Sobre los problemas que suscitaba el último inciso de este precepto («no obstante, las Comunidades Autónomas podrán optar por realizar una remisión en bloque a esta ley, que resultará de aplicación en su ámbito territorial como legislación básica y supletoria») puede verse la STC 53/2017, de 11 de mayo, FJ 18, donde se argumenta la inconstitucionalidad de ese inciso.



o administrativo puede inaplicar la ley autonómica que entra en conflicto con una ley estatal posterior prevalente. Pero si el órgano judicial (no el administrativo) tiene dudas sobre la incompatibilidad entre ambas leyes o sobre la constitucionalidad (validez) de la ley estatal posterior puede, a través de la cuestión, remitir el pronunciamiento al Tribunal Constitucional. Si el órgano judicial no tiene dudas sobre que existe un conflicto entre dos normas válidas incompatibles para resolver el caso sobre el que tiene que decidir y, en concreto, no duda sobre la constitucionalidad de la ley estatal que va a desplazar a la autonómica en la resolución de ese caso, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ni el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), cuando resuelve el caso inaplicando la ley autonómica sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional, como ya se ha dicho, ha comenzado a romper su mutismo sobre la cláusula de prevalencia en las recientes SSTC 102/2016, de 25 de marzo; 116/2016, de 20 de junio; 127/2016, de 7 de julio; 204/2016, de 1 de diciembre, y 1/2017, de 16 de enero. Todas ellas se refieren únicamente a la incompatibilidad entre leyes autonómicas y estatales dictadas en el marco de un esquema del tipo bases estatales-desarrollo autonómico. La dirección del cambio jurisprudencial es, a mi juicio, la correcta. Pero es innegable que el Tribunal no explica suficientemente por qué establece la nueva doctrina para unos supuestos tan singulares (leyes repetidas e inexistencia de bases estatales) y no para otros. Sería deseable una clarificación de la nueva posición del Tribunal con respecto a la cláusula de prevalencia, establecida como resultado de un planteamiento conceptualmente transparente, sistemático y general de la cuestión.

\* \* \*

Dice Silvia Díez en su introducción que las razones para correr el riesgo de adentrarse en el estudio de un tema de metodología jurídica solo cobran sentido en el espacio académico e intelectual creado por el magisterio del profesor Alfredo GALLEGO ANABITARTE, del que ella ha participado indirectamente. Silvia me permite que aproveche también este prólogo para dirigir hacia él el recuerdo a los pocos meses de su fallecimiento. Alfredo GALLEGO ha sido —a mi juicio— un intelectual excepcional, vinculado a lo que —de forma flexible, pero precisa a la vez— se puede llamar pensamiento occidental. Paco VELASCO y yo hemos comentado algunas veces cómo nos sorprendió, siendo muy jóvenes, ver en su biblioteca una incontable multitud de libros leídos (enteros), subrayados y llenos de notas de veinticinco siglos de pensamiento, de *La República* de PLATÓN al *Poder de organización* de BÖCKENFÖRDE. Pero es indudable también que el profesor GALLEGO admiraba y practicaba la metodología académica alemana; esa forma disciplinada y analítica de trabajar con el Derecho que conecta ideas y conceptos con el cuidado del ingeniero y que, como él decía a veces, «domina el lenguaje». A mí me advirtió en alguna ocasión, seguramente exage-

rando: «Chema, de Alemania tome solo el método; en la sustancia ponga usted otra cosa, lo español, por ejemplo, que no tiene nada que envidiar a lo alemán». Para otra ocasión ha de quedar una valoración más detallada y profunda de su espléndida obra. Descanse en paz.

Por lo que a mí respecta, estoy encantado de reconocer en esta obra un buen ejemplo de que el rigor metodológico permite sumar esfuerzos, construir sobre lo existente y llegar más lejos y subir más alto que la generación anterior.

Cantoblanco, noviembre de 2017.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO



# INTRODUCCIÓN

## I. OBJETO DE ESTUDIO

En nuestros días el reto fundamental de la investigación jurídica no ha cambiado respecto a hace dos centurias. El debate sobre el método jurídico sigue abierto<sup>1</sup>. No siempre sabemos bien qué es lo que hacemos o qué tendríamos que hacer. En consecuencia, tampoco tenemos claro cómo deberíamos proceder<sup>2</sup>. Nos siguen faltando herramientas que nos ayuden a centrar el objeto de nuestro trabajo y el modo de llevarlo a cabo. *El intento decimonónico de instaurar un único método, la dogmática jurídica, fracasó hace ya mucho tiempo*. La reconducción del Derecho positivo a un sistema conceptual cerrado y completo, que se explica con las reglas de la lógica-formal, está desfasada. Del mismo modo, se ha demostrado que la elaboración de un Derecho puro sin consideraciones extrajurídicas no es posible, y que ni siquiera es deseable<sup>3</sup>. Estas premisas están

1

---

<sup>1</sup> *Ex multis*, en el siglo XVIII, M. GRÜNHUT, «Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht», *Recht und Staat*, núm. 41, 1926, pp. 4-30, esp. p. 4. En la actualidad, entre otros, W. HOFFMANN-RIEM, «Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft», en E. SCHMIDT-ABMANN y W. HOFFMANN-RIEM (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2004, pp. 9-72, esp. pp. 13 y ss.; E. GUILLÉN LÓPEZ, «Metodología del Derecho constitucional europeo. Un Derecho constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico», *ReDCE*, núm. 12, 2009, pp. 151-170, esp. p. 152.

<sup>2</sup> H. M. PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes*, Heidelberg, C. F. Müller, 1981, pp. 1 y ss.; F. REIMER, «Was ist die Frage, auf die die Juristische Methodenlehre eine Antwort sein will?», en F. REIMER (ed.), *Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 11-34, esp. pp. 11 y ss.

<sup>3</sup> La aspiración está representada especialmente por la obra de H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. por R. J. Vernengo, 12.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2002, pp. 15 y ss.

desbordadas por una realidad jurídica compleja, con nuevos retos que exigen una aproximación moderna y plural al Derecho.

- 2 En contraste con estos planteamientos superados, los estudios contemporáneos sobre el método se centran, principalmente, en el análisis económico o empírico del Derecho<sup>4</sup>, o, más recientemente, en las aportaciones de la neurociencia al Derecho. A diferencia de lo que sucedía en el pasado, los juristas se orientan decididamente hacia los conocimientos de otras disciplinas<sup>5</sup>. El análisis jurídico del Derecho, sin más atributos, no parece ser suficiente en el contexto académico actual o, al menos, no es fácil identificar una corriente preocupada por la formalización y desarrollo de un método o métodos jurídicos. *Sin la aportación metodológica de otras disciplinas, da la sensación de que el Derecho se ha quedado inerte* frente a los problemas que plantean una sociedad, unas instituciones públicas y una economía cambiantes y diversas.
- 3 Esta situación encierra una contradicción importante, porque los juristas tenemos aún hoy, en general, una formación muy similar a la que tenían los juristas que desarrollaron y se educaron en el paradigma de la dogmática jurídica diseñada en el siglo XIX. Esto dificulta el trabajo con métodos procedentes de otras disciplinas. Los juristas continentales todavía ordenamos nuestro pensamiento en torno a conceptos, instituciones o principios que tratan de condensar el contenido de las normas de Derecho positivo, los pronunciamientos jurisprudenciales o la práctica administrativa (entre otros elementos) y que nos ayudan a construir planteamientos teóricos con fines descriptivos, explicativos e incluso prescriptivos. Sin que muchas veces nos demos cuenta, *nuestra educación jurídica es el resultado de aquellos planteamientos que consideramos obsoletos e inadecuados*. Siendo esto así, parece necesario realizar un esfuerzo de análisis de las herramientas metodológicas propias del Derecho con el fin de determinar si siguen siendo útiles y, en su caso, si requieren alguna adaptación a nuestras necesidades presentes<sup>6</sup>. Esto no implica, por supuesto, renunciar a los nuevos métodos procedentes de otras disciplinas.
- 4 Los conceptos jurídicos se presentan como una de las herramientas clásicas y esenciales en la elaboración del Derecho. Ningún jurista puede preciarse de serlo si no conoce con cierto detalle conceptos como persona jurídica, negocio jurídico, Estado, propiedad, derecho subjetivo o contrato. La racionalidad pro-

<sup>4</sup> Sobre el análisis económico del Derecho *vid.*, por todos, G. DOMÉNECH PASCUAL, «Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho», *RAP*, núm. 195, 2014, pp. 99-133, *passim*.

<sup>5</sup> A. B. KAISER, «Multidisziplinäre Begriffsverwendungen. Zur verwaltungsrechtswissenschaftlichen Umgang mit sozialwissenschaftlichen Konzepten», en I. AUGSBERG (ed.), *Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht. Analysen und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 99-117, esp. p. 100.

<sup>6</sup> Sobre la necesaria actualización de los métodos jurídicos, L. PAREJO ALFONSO, «Transformación y ¿reforma? del Derecho administrativo en España», en J. BARNES (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed. renovada y ampliada, España, INAP-Global Law Press, 2012, pp. 379-611, esp. p. 441, y también S. CASSESE, *La globalización jurídica*, trad. por L. Ortega, I. Martín Delgado e I. Gallego Córcoles, Madrid, Marcial Pons-INAP, 2006, p. 190.

pia de la tradición occidental está ligada a la utilización de conceptos. SÓCRATES, PLATÓN y ARISTÓTELES formulan propuestas de definición de conceptos que han de estructurar el pensamiento sobre el mundo que nos rodea<sup>7</sup>. Y no hay prácticamente ningún filósofo reseñable en la historia que no se haya pronunciado sobre la naturaleza de los conceptos, sus funciones y su formación. *Los conceptos son, así, imprescindibles para el desarrollo del pensamiento*<sup>8</sup>. Ayudan a concentrar y diferenciar los distintos fenómenos que nos rodean. Nos obligan a distinguir, trazar barreras que no existen en la realidad y construir un pensamiento disyuntivo<sup>9</sup>. En el ámbito jurídico, nos permiten elaborar argumentos y teorías<sup>10</sup>. Puede afirmarse sin miedo a equivocarnos que no existe una sola teoría que se haya formulado sin la ayuda de conceptos abstractos<sup>11</sup>. Traducido al mundo jurídico, esto significa que no puede pensarse en Derecho sin conceptos<sup>12</sup>.

Los juristas discuten habitualmente sobre conceptos. Es común encontrar trabajos que se detienen en la definición de contrato, convenio, responsabilidad o acto administrativo. Pero no suelen dar cuenta del método utilizado para formar esos conceptos<sup>13</sup>. Apenas existen estudios que examinen los conceptos jurídicos en general, como forma del pensamiento jurídico, o que establezcan pautas de formación conceptual: cuáles son los pasos que deben darse y qué orientaciones o criterios han de guiar esa tarea<sup>14</sup>. Esta situación se certificaba en los albores del siglo XX y continúa siendo una constante en la actualidad<sup>15</sup>. La evolución histórica del método jurídico y, en especial, los abusos de la jurisprudencia de conceptos han llevado a considerar negativamente el trabajo con conceptos<sup>16</sup>. Pero los conceptos son imprescindibles para la actividad intelectual

5

<sup>7</sup> F. LARROYO, «Estudio introductivo», en ARISTÓTELES, *Tratados de lógica. El Órganon*, 13.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2011, pp. XI-LIV, esp. pp. XX y ss.

<sup>8</sup> P. OERTMANN, *Interesse und Begriffe in der Rechtswissenschaft*, Leipzig, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. W. Scholl, 1931, p. 5.

<sup>9</sup> G. RADBRUCH, «Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores del pensamiento jurídico», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 11, 2009, p. 2.

<sup>10</sup> A. AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien-New York, Springer, 1979, p. 12, esp. p. 13.

<sup>11</sup> S. GU, *The Boundaries of Meaning and the Formation of Law. Legal Concepts and Reasoning in the English, Arabic and Chinese Tradition*, New Baskerville, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 190.

<sup>12</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. Metodología técnica operatoria en Derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1947, p. 351; *id.*, *La ordenación sistemática del Derecho civil*, Madrid, Reus, 1954, p. 8; O. LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*, München, C. H. Beck, 1993, p. 7; A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Madrid, Civitas, 1994, p. 63.

<sup>13</sup> R. WANK, *Die juristische Begriffsbildung*, München, C. H. Beck, 1985, p. 1.

<sup>14</sup> D. VON DER PFORDTEN, «Über Begriffe im Recht», *ARSP*, núm. 98, 2012, pp. 439-456, esp. p. 456.

<sup>15</sup> P. ETZBACHER, *Über Rechtsbegriffe*, Berlin, J. Guttentag, 1900, p. 1.

<sup>16</sup> P. OERTMANN, *Interesse und...*, *op. cit.*, p. 1.

tual<sup>17</sup>. No tenemos más remedio que seguir utilizándolos. Una vez desechadas las aproximaciones decimonónicas a los conceptos no se han ofrecido planteamientos que las sustituyan. *El objeto de este trabajo consiste precisamente en analizar la formación de conceptos jurídicos*. En concreto, se quiere identificar una serie de pautas mínimas que puedan guiar la manera de elaborar conceptos en la investigación jurídica. Con ese fin habrá que determinar qué son los conceptos jurídicos en la actualidad y cómo se forman en el marco del estudio académico del Derecho.

6 Para lograr este objetivo no se toman en consideración todos los conceptos jurídicos. Eso supondría una tarea probablemente inabarcable. Solo interesan los conceptos que sean útiles desde un punto de vista metodológico. Esto significa que a los efectos de este estudio no es relevante cualquier concepto jurídico que aparece en una norma o que se utiliza para la formulación de una proposición jurídica. *Los conceptos importan en la medida en que sean valiosos metodológicamente*. Así, por ejemplo, sin perjuicio de que puedan aparecer en algunas normas de Derecho positivo, el concepto de negocio jurídico es fundamental para articular el pensamiento jurídico. Los conceptos de persona jurídica, derecho subjetivo o acto administrativo también lo son. En torno a estas nociones se concentra un denso material jurídico en forma de normas, decisiones judiciales y administrativas. Interesan, así, los conceptos que estructuran el pensamiento jurídico, las teorías (entendidas en un sentido muy laxo) que cumplen funciones en el marco del razonamiento jurídico y que, por tanto, son herramientas metodológicas. A lo largo del trabajo se propondrán ejemplos de conceptos jurídicos con esta funcionalidad.

7 Por otro lado, hay que aclarar que la formación de conceptos no debe entenderse únicamente como la creación de conceptos *ex novo*. En muchos casos, probablemente la mayoría, puede tratarse de la *reformulación de conceptos ya existentes con el fin de ajustarlos a la realidad o a una nueva propuesta teórica*. En el ámbito jurídico no es raro que el Derecho positivo emplee conceptos con distintas acepciones y connotaciones en distintas áreas de conocimiento (por ejemplo, el concepto de propiedad en el Derecho público y el Derecho privado). Además, en ocasiones existen discusiones sobre la definición y el uso de los conceptos entre distintas escuelas o tradiciones intelectuales<sup>18</sup>. A ello hay que sumar la inestabilidad del material jurídico, cambiante en razón tanto de circunstancias sociales como económicas y políticas<sup>19</sup>. El producto de estos factores es una tarea inacabable de construcción, reconstrucción o, incluso, de

<sup>17</sup> A. HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid, Civitas, 1981, p. 78.

<sup>18</sup> Al respecto, en las ciencias sociales, J. GERRING, «What Makes a Concept Good? A Criterial Framework for Understanding Concept Formation in the Social Sciences», *Polity*, vol. 31, núm. 3, 1999, pp. 357-393, esp. p. 360.

<sup>19</sup> Con respecto a esta característica del Derecho como objeto de estudio *vid.* J. GONZÁLEZ PÉREZ, «El método en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 22, 1957, pp. 11-97, esp. p. 14.