

REALISMO JURÍDICO Y CONCEPTOS DOGMÁTICOS*

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO**

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo, a partir de las críticas a las tesis de Alf Ross, ofrecer una descripción realista de la formación, función y uso que se da de los conceptos dogmáticos. Se estructura en cinco apartados. El primero trata de delimitar el ámbito de los conceptos dogmáticos, distinguiéndolos de otros tipos de conceptos presentes en el lenguaje jurídico. En segundo lugar, se analiza y critica la reconstrucción de Alf Ross de los conceptos dogmáticos para, en tercer lugar, abordar cómo se formulan aquellos. La cuarta sección analiza las funciones que frecuentemente cumplen aquellos dentro de la ciencia del derecho. A continuación, se analizan los problemas que encuentra el uso y formulación de dichos conceptos. Se finaliza con unas breves conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Conceptos dogmáticos, tû-tû, normas constitutivas apócrifas, tesis de relevancia, sistema.

LEGAL REALISM AND DOGMATIC CONCEPTS

ABSTRACT: The present work constitutes an attempt of reformulation, in iusrealistic terms, of the theory of the dogmatic concepts. It is structured into five sections. The first is about trying to delimit the scope of dogmatic concepts, distinguishing them from other types of concepts present in legal language. Second, we analyze and criticize the reconstruction of Alf Ross of dogmatic concepts, to thirdly address how they are formulated. The fourth section deals with the functions frequently performed by those within the science of law. It

* Fecha de recepción: 1 de febrero de 2017.
Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2017.

** Profesor de Teoría del derecho de la Universidad Austral de Chile. Doctor en *Filosofía del Diritto e Bioetica Giuridica* por la *Università degli Studi di Genova*. Flavia Carbonell, María Beatriz Arriagada, Claudio Agüero, Andrej Kristan, Giovanni Battista Ratti, Daniel González Lagier y Gonzalo Vera realizaron comentarios a versiones previas de este trabajo, y a quienes solo puedo estar agradecido por señalarme problemas de versiones anteriores.

concludes with an analysis of the problems encountered in the use and formulation of these concepts.

KEY WORDS: Dogmatic concepts; tû-tû; constitutive apocryphal norms; thesis of relevance; system

Sumario: Introducción. 1) Los conceptos Jurídicos Dogmáticos. (1.1.) Conceptos dogmáticos vs. Conceptos teóricos. (1.2.) Conceptos de origen dogmático vs. Conceptos de origen legislativo. 2) La configuración de Alf Ross de los conceptos dogmáticos. 3) Formación de los conceptos dogmáticos. (3.1.) La inducción y la tesis de relevancia. (3.2.) La sistemática en la construcción de conceptos dogmáticos. 4) Funciones de los conceptos dogmáticos. (4.1.) Funciones descriptivas. (4.1.1.) Presentar de manera ordenada una parte del ordenamiento. (4.1.2.) Explicación de la presencia de normas. (4.2.) Funciones normativas. (4.2.1.) Función modelo. (4.2.2.) Función justificativa. (4.2.3.) Función interpretativa. (4.2.4.) Función integradora. 5) Problemas relativos a la construcción y al uso de conceptos dogmáticos. (5.1.) Problemas teóricos de la construcción de los conceptos dogmáticos. (5.2.) Problemas prácticos sobre el uso de conceptos dogmáticos. (5.2.1.) Problemas de aplicabilidad externa. (5.2.2.) Problemas derivados de su uso como razones concluyentes. (5.2.3.) Problemas de vaguedad. 6) Conclusión. Bibliografía citada.

INTRODUCCIÓN

Los conceptos jurídicos son uno de los principales instrumentos del método de los juristas y, sin duda, una de las herramientas fundamentales de los científicos del derecho. Son los elementos más importantes y fundamentales de las llamadas “teorías generales” de una parte del ordenamiento: del acto administrativo, del delito, del tributo, etc. Sin embargo, la teoría analítica del derecho no ha prestado, en mi opinión, suficiente atención a la formación y uso en el razonamiento jurídico de los conceptos dogmáticos¹: a la elaboración y empleo de conceptos, ins-

¹ Quienes mayor interés han mostrado por la teoría de los conceptos dogmáticos han sido aquellos filósofos del derecho que parten de una perspectiva histórica, especialmente cuando analizan la aportación de la escuela historicista, la jurisprudencia de conceptos y la pandectística. Ejemplo excelente de ello es LARENZ, Karl (2001) *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel. Hay, no obstante, algunos excelentes ejemplos de análisis de condiciones de uso de los conceptos dogmáticos por parte de estudiosos del derecho positivo. Véase, por ejemplo, GALGANO, Francesco (2010) *Dogmi e dogmatica nel diritto*. Padova: Cedam; Díez SÁNCHEZ, Silvia (2015). “La formación de los conceptos (dogmáticos) en el Derecho público”. *Revista Jurídica de la UAM*, 31, pp. 105-131; CANARIS, Claus-Wilhelm (1995)

titutos o instituciones tales como “propiedad”, “tributo”, “delito” o “acto administrativo”. Por supuesto, no es que no se haya prestado atención², sino que todavía parece un campo fructífero de investigación, en especial en relación a su formulación y a cómo los juristas derivan normas a partir de aquello donde, me parece, aún queda bastante por decir³. El objetivo del trabajo es aclarar algunos aspectos sobre la formación y el uso de estos conceptos dogmáticos desde el punto de vista analítico. Se trata de una aproximación realista⁴ debido a tres razones: en primer lugar, toma como eje fundamental la concepción de Alf Ross sobre los conceptos; en segundo lugar, porque –partiendo precisamente de la obra de Ross– trata de presentarse una reconstrucción de cómo emplean y formulan realmente los estudiosos del derecho los conceptos dogmáticos; en tercer lugar, por-

Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas, Madrid: Civitas; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). “Instituciones jurisprudenciales en el Código Civil chileno”. En Martinic, María Dora; Tapia, Mauricio; Ríos, Sebastián (Editores). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Tomo I. Santiago de Chile: LexisNexis; NIETO, Alejandro (2003) *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Trotta.

² La literatura es sin duda abundante, especialmente en los últimos años en relación al problema de la formulación del concepto de derecho. No obstante, aquí no voy a abordar el problema desde dicha perspectiva puesto que aquella se encuentra mediada por múltiples problemas acerca de la finalidad de la teoría del derecho. Sobre este tema, véase ALEXEY, Robert; BULYGIN, Eugenio; RAZ, Joseph (2007) *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, especialmente el estudio introductorio de Bouvier, Gaido y Sánchez Brígido. Véase también, BAYÓN, Juan Carlos (2012). “¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?”. En Ferrer, Jordi; Moreso, Jose Juan; Papayannis, Diego (Editores). *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons; HIMMA, Kenneth Einar (2015). “Conceptual Jurisprudence, An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory”. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*. 26. Disponible en: <https://revus.revues.org/3351>, pp. 65-92; LEITER, Brian (2012). “El problema de la demarcación en la teoría del derecho: una razón más en favor del escepticismo”. En Ferrer, Jordi; Moreso, Jose Juan; Papayannis, Diego (Editores). *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 223-278; y SCHAUER, Frederick (2012). “Necesidad, importancia y naturaleza del derecho”. En Ferrer, Jordi; Moreso, Jose Juan; Papayannis, Diego (Editores). *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 41-60.

³ Es necesario, en este sentido, hacer además expresa excepción a la aproximación inferencialista en el ámbito de la teoría de los conceptos jurídicos, que ha tenido desarrollos fructíferos en los últimos años pero que, debido a sus presupuestos teóricos, requeriría de un tratamiento individualizado que aquí no puedo desarrollar. Véase SARTOR, Giovanni (2009). “Legal Concepts: An Inferential Approach”. En Hage, Jaap; Von Der Pfordten, Dieter (Editores). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, pp. 35-54., pero también HAGE, Jaap (2009). “The Meaning of Legal Status Words”. En Hage, Jaap; Von Der Pfordten, Dieter (Editores). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, pp. 65-66. La forma de tratar los conceptos dogmáticos como reglas inferenciales, si bien extremadamente útil a los fines de este trabajo, sitúa la cuestión en un marco teórico diferente que, como digo, requeriría de un tratamiento autónomo.

⁴ Aquí con la expresión realismo jurídico me estoy refiriendo a aquella tradición que engloba a los realismos estadounidense (autores como Llewellyn, Frank o Cohen), escandinavo (Hagstrom, Olivecrona o Lundstedt) e italiano (Tarello, Guastini o Comanducci). Para una reconstrucción del realismo jurídico, me permito remitir a NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2012). “Ciencia jurídica realista: modelos y justificación”. *Doxa*. 35.

que en el último apartado se desarrollan algunas críticas ya apuntadas por autores realistas a la formulación y uso de tales conceptos.

1) LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DOGMÁTICOS

El ámbito del derecho está poblado de una infinidad de conceptos, no teniendo todos ellos el mismo estatus ni estructura. En el ámbito del discurso jurídico manejamos conceptos con muy diferentes niveles de abstracción y forma: “norma”, “sanción”, “tributo”, “interpretación”, “delito”, “contrato”, “expropiación”, etc.⁵. Dado que aquí me referiré únicamente a los conceptos dogmáticos, es preciso distinguir aquellos de los conceptos propios de la teoría general del derecho (aunque desde luego sería perfectamente posible trazar otras distinciones relevantes). Trataré de caracterizar los conceptos dogmáticos mediante dos propiedades con el fin de diferenciarlos tanto de los conceptos teóricos como de algunas normas provenientes del legislador que parecen jugar un papel similar a los conceptos dogmáticos.

(1.1). CONCEPTOS DOGMÁTICOS VS. CONCEPTOS TEÓRICOS

Los conceptos dogmáticos, a diferencia de los conceptos teóricos, son conceptos que hacen referencia directamente a algún comportamiento que es calificado jurídicamente, o que se considera que debería estar calificado⁶, por algún ordenamiento jurídico. Es decir, siendo los conceptos dogmáticos similares a las definiciones⁷, en los conceptos dogmáticos el

⁵ Véase HAGE (2009); VON DER PFORTDEN, Dierten (2009). “About Concepts in Law”. En Hage, Jaap; Von Der Pfordten, Dieter (Editores). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, pp. 17-33.

⁶ Podría sostenerse que dichos conceptos resultan, caracterizados de este modo, indistinguibles de los conceptos propios de la filosofía política. Sin embargo, es posible trazar una distinción entre ambos en la medida en que los conceptos dogmáticos que califican un comportamiento aún no regulado por el ordenamiento jurídico fundamentan la necesidad de regulación en (el conjunto de) razones jurídicas; esto es, en el conjunto de razones que se considera que ya forman parte del derecho. De este modo, cuando se formula un concepto dogmático nuevo (en este sentido), se hace porque se considera que existen razones jurídicas que lo fundamentan o requieren, cosa que no sucede en los conceptos filosófico-políticos. Por supuesto, la frontera de las razones jurídicas depende, empíricamente, de cada ordenamiento, por lo que la distinción no es fácil de trazar.

⁷ Los conceptos no son entidades lingüísticas, sino contenidos de significado (normalmente) de definiciones. No obstante, también pueden ser empleados en otro tipo de enunciados, como enunciados prescriptivos, llegando a convertirse en ocasiones en el único contenido de significado de enunciados normativos, expresando en tales casos normas constitutivas. “Se llama ‘definición’ [...] al enunciado mediante el cual se determina el significado de un término o de una expresión compuesta” (GUAISTINI, Riccardo (2014) *Interpretar y argumentar*.

definiens hace referencia a una acción o estado de cosas regulado por algún ordenamiento jurídico⁸.

Por conceptos teóricos, por el contrario, entenderé aquellos conceptos que no hacen referencia directamente a comportamientos calificados jurídicamente por algún ordenamiento (ni que nadie pretende que sean regulados), sino a la estructura del derecho o a la actividad de los operadores jurídicos. Son ejemplos de conceptos teóricos aquellos de derecho, norma, sanción, interpretación, estructura dinámica, estructura estática, etc., mientras que serían conceptos propiamente dogmáticos tributo, contrato, expropiación o delito⁹.

La diferencia tiene una importante relevancia práctica: mientras que nadie pretende extraer consecuencias normativas del hecho de que un determinado comportamiento o hecho forme parte de la extensión de un concepto teórico, sucede lo opuesto en relación a los conceptos dogmáticos. Es decir, cuando nos encontramos con un hecho o acción que instancia o ejemplifica un concepto dogmático, entonces se asocia a aquel –o se pretende asociar– consecuencias normativas. Por ejemplo, si definimos “interpretación” como atribución de significado, no se sigue ninguna consecuencia normativa (concepto teórico); en cambio, si definimos contrato –mediante una extrema simplificación– como acuerdo de voluntades que genera obligaciones para las partes, entonces, del hecho de que algo sea (cuenta como) un contrato, se generan consecuencias normativas. Ello debido simplemente a que los con-

Madrid: CEPC, pp. 42-43). “La definizione è un enunciato a livello metalinguistico concernente l’espressione definita, che è, rispetto ad essa, al livello del linguaggio-oggetto” (SCARPELLI, Uberto (1985). *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*. Milano: Giuffrè, p. 52). Para la tesis según la cual las definiciones no son entidades lingüísticas, véase GUPTA, Anil (2015). “Definitions”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/definitions/>

⁸ Como se verá más adelante, los conceptos dogmáticos son formulados con base en la observación de un conjunto de normas –constitutivas o prescriptivas– de, al menos, un ordenamiento jurídico. En este sentido, los conceptos dogmáticos hacen referencia a comportamientos regulados –o que alguien desea que sean regulados– por algún ordenamiento. Por supuesto, es posible que un determinado concepto, por ejemplo “consumidor”, no encuentre ningún reflejo en un ordenamiento diferente a aquel con base en el cual fue formulado, sencillamente porque el comportamiento al que hace referencia el concepto no ha sido aún regulado en otro ordenamiento.

⁹ Dicho de otro modo: mientras que los conceptos dogmáticos son metanormativos respecto de las normas de uno o varios ordenamientos, los conceptos teóricos son metametanormativos. Otra forma de concebir la distinción entre conceptos dogmáticos y conceptos teóricos es afirmando que entre ellos existe una relación de mayor o menor generalidad, siendo los conceptos dogmáticos menos generales que aquellos teóricos. Esta es la estrategia de VON DER PFRODTEN (2009). Ello remite en realidad al problema de la relación entre dogmática jurídica y teoría del derecho. Véase en este sentido, GUASTINI, Riccardo (2011) *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli, pp. 7 ss. Véase también FRÄNDBERG, Ake (2009). “An Essay on Legal Concept Formation”. En Hage, Jaap; Von Der Pfordten, Dieter (Editores). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, pp. 1-16, pp. 8 ss., quien distingue entre cuatro tipos de conceptos en el ámbito jurídico.

tratos están regulados por el derecho, no porque los contratos tengan alguna característica intrínseca que los haga obligatorios.

No obstante, es posible que algunos conceptos sean primero formulados como conceptos dogmáticos para, a continuación, ser redefinidos por la teoría del derecho como, por ejemplo, el concepto de interpretación como aclaración del significado (dogmático) y como atribución de significado (teórico). Y, al contrario: la teoría del derecho define ciertos conceptos que son posteriormente asumidos por la dogmática, como el concepto de derecho subjetivo como posiciones subjetivas hohfeldianas (teórico). Es decir, es posible que haya conceptos que aparentemente formen parte de ambas categorías como el concepto de interpretación¹⁰. Sin embargo, en tales casos estaremos no frente a un único concepto, sino a dos –uno teórico y otro dogmático– de contenido diferente.

(1.2.) CONCEPTOS DE ORIGEN DOGMÁTICO VS. CONCEPTOS DE ORIGEN LEGISLATIVO

La segunda característica de los conceptos dogmáticos es que son conceptos elaborados por los estudiosos del derecho positivo. En este sentido, es importante señalar que los conceptos dogmáticos son elaborados con el objetivo de servir como instrumentos para calificar jurídicamente comportamientos. Es decir, si bien los conceptos dogmáticos cumplen también otras funciones, todas ellas parecen dependientes de la calificación normativa de casos, que parece ser la función principal de la ciencia del derecho¹¹.

Los conceptos dogmáticos son contenidos de significado que definen tipos de acciones a las que el ordenamiento asocia (o alguien desea que el ordenamiento asocie) consecuencias normativas (acto administrativo, contrato, sindicato, referéndum, etc.). Tales contenidos de significado pueden formar parte del contenido de significado tanto de enunciados descriptivos como normativos (forman parte de su frástico, o son su único contenido de significado)¹².

¹⁰ Algo parecido sucede con los conceptos formulados por el legislador. Véase, no obstante, más abajo, la relación entre conceptos de la dogmática jurídica y aquellos de origen legislativo. Véase FRÄNDBERG (2009) 7.

¹¹ Véase NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2013). “Five Models of Legal Science”. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*. 10. Disponible en <https://revus.revues.org/2449>, p. 60.

¹² Sobre cómo influye el aspecto normativo en la interpretación del frástico, véase TARELLO, Giovanni (2011). “La semántica del néustico”. En Ferrer, Jordi; Ratti, Giovanni Battista (Editores). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons. y MUFFATO, Nicola (2007) *La semantica delle norme*. Genova: ECIG.

Cuando son empleados en enunciados de carácter descriptivo, tales contenidos de significado suelen expresar definiciones. Cuando forman parte del contenido proposicional de enunciados usados para dirigir el comportamiento, aquellos pueden funcionar de dos maneras diferentes. En primer lugar, pueden ser fragmentos de normas, es decir, formar parte del antecedente de una norma. En segundo lugar, si son el único contenido proposicional de la norma expresada por el enunciado, ellos mismos son normas constitutivas: normas que correlacionan casos genéricos, no con soluciones normativas, sino con otros casos genéricos¹³.

Sin embargo, es preciso señalar que en la medida en que dichas normas no satisfagan los criterios de validez del ordenamiento, es posible calificarlas como normas apócrifas¹⁴. Es decir, si el único contenido de significado expresado por un enunciado que pretende dirigir el comportamiento es el concepto dogmático, ello no implica que se trate de una norma válida sino, precisamente, de una norma de formación dogmática.

Nada impide, por supuesto, que tales conceptos dogmáticos sean asumidos posteriormente por el legislador o por los tribunales. Sin embargo, a fin de no confundir los conceptos dogmáticos con otros elementos del sistema jurídico, es preciso distinguir con nitidez entre el lenguaje de la dogmática y el lenguaje del legislador¹⁵. Al menos *prima facie*, es posible distinguir el lenguaje de la dogmática jurídica respecto de aquel del legislador, en la medida en que se trata de dos lenguajes que mantienen entre sí una relación de metalenguaje (lenguaje de la ciencia del derecho) y lenguaje objeto (lenguaje del legislador). En este sentido, es posible afirmar que mientras que los

¹³ Es importante aclarar que cuando uso la expresión “norma constitutiva” lo estoy haciendo únicamente en sentido estructural, más allá de la generación de algún tipo de práctica social. Es decir, como una norma que correlaciona un caso genérico con otro caso genérico. Véase MORESO, Juan José; VILLAJOSANA, Josep María (2004) *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, p. 73. Agradezco a Daniel González Lagier por una conversación en la que surgió que aquí estaba presuponiendo esta noción de norma constitutiva.

¹⁴ Mi tesis aquí es diferente de aquella de GUASTINI (2011) 436, de quien tomo la expresión “normas apócrifas”, quien llama así a aquellas normas derivadas, entre otras, a partir de dichos conceptos dogmáticos. Por el contrario, usaré dicha expresión para referirme a los propios conceptos dogmáticos, los cuales considero que funcionan, al menos en algunos casos, como normas o fragmentos de normas. Guastini llama normas apócrifas a aquellas normas implícitas que los dogmáticos (pero también los tribunales) introducen en el ordenamiento jurídico, mientras que yo reservo la expresión únicamente para los conceptos jurídicos dogmáticos a partir de los cuales se introducen normas en el ordenamiento.

Uno de los evaluadores de este trabajo señala que la expresión normas apócrifas puede no ser adecuada en el ámbito de una teoría realista. Sin embargo, su utilidad radica precisamente en servir para dar cuenta de la creación intersticial del derecho: aquellas normas creadas por sujetos no competentes pero que son igualmente consideradas jurídicas.

¹⁵ Pero sobre la relación entre los conceptos dogmáticos y las definiciones legislativas, véase SCARPELLI (1985) esp. parte segunda, y TARELLO, Giovanni (2013) *La interpretación de la ley*. Palestra, Lima. cap. IV.

textos del legislador son reconocidos como textos autoritativos¹⁶, los enunciados de la ciencia jurídica carecen de tal característica.

Podemos por tanto concluir que los conceptos dogmáticos son contenidos de significado empleados en enunciados (descriptivos o normativos) que se refieren a tipos de hechos, acciones o estados de cosas, a los que algún ordenamiento atribuye alguna consecuencia jurídica (y/o tales consecuencias normativas), y son elaborados por la dogmática jurídica o ciencia del derecho. Más allá de que sean aquellos desde el punto de vista ontológico, cuando los conceptos dogmáticos son empleados en funciones prescriptivas o normativas, pueden ser configurados como fragmentos de normas o como el único contenido de significado de normas constitutivas definitorias (o constitutivas). Se trata en tales casos, no obstante, de normas apócrifas en la medida en que no son formuladas mediante los procedimientos establecidos para la creación de normas válidas dentro de ningún (con la excepción del derecho romano) ordenamiento (aunque nada impide que luego sean adoptados, como sucede con cierta frecuencia, por el legislador o por los tribunales). Cuando, por el contrario, aquellos son empleados en enunciados de tipo descriptivo, no dejan de cumplir la misma función que las definiciones.

2) LA CONFIGURACIÓN DE ALF ROSS DE LOS CONCEPTOS DOGMÁTICOS¹⁷

En 1956, Alf Ross publicó un trabajo irónicamente titulado “Tù-tù” en el que analizaba la estructura de los conceptos jurídicos. En dicho trabajo, que ha tenido una importancia fundamental en la teoría del derecho analítica posterior, Ross presentaba la tesis según la cual los conceptos dogmáticos carecían de significado propio al carecer de referente empírico¹⁸,

¹⁶ Por textos autoritativos entiendo aquellos textos con base en los cuales los jueces pueden –en el sentido normativo– utilizar para justificar sus decisiones de manera suficiente. No obstante, bien visto, la distinción no puede basarse en los discursos o lenguajes, puesto que los conceptos no son entidades lingüísticas. Parece, pese a ello, que la distinción se puede mantener referida a los significados expresados por ambos discursos.

¹⁷ Soy consciente de que Ross estaba pensando, en primer lugar, no en los conceptos de origen dogmático, sino más bien en aquellos formulados por el legislador. No obstante, hay dos buenas razones para imputar las tesis de Ross a una teoría de los conceptos dogmáticos. La primera es que el trabajo de Ross no versa solo sobre tales conceptos, sino también sobre cómo deben ser usados por los dogmáticos. En segundo lugar, en un texto posterior (Ross, Alf (1961) *On the concepts “state” and “state organs” in constitutional law*. Stockholm: Almqvist and Wiksell.) entra a matizar algunas de las posiciones defendidas en “Tù-tù” (Ross, Alf (1956-1957). “Tù-tù”. En *Harvard Law Review*. 70. 5, pp. 812-825), pero dicho texto versa precisamente sobre el uso de conceptos en dogmática constitucional.

¹⁸ Se ha dado en los últimos tiempos una controversia sobre la traducción e interpretación del pasaje de Ross. Se afirma en este sentido que Ross no sostendría que términos como

funcionando únicamente como conectores (o, al menos, esta ha sido la interpretación estándar de las tesis de Ross). Conceptos tales como derecho subjetivo, fraude o arrendamiento carecían de contenido de significado propio (ni sentido ni referente), sirviendo únicamente como medios para conectar determinados supuestos de hecho contemplados por las normas de algún ordenamiento, con la consecuencia jurídica asociada a aquellos¹⁹.

Esta tesis constituye un intento de respuesta a la crítica que desde el realismo jurídico escandinavo se había formulado contra los conceptos jurídicos como restos del pensamiento mágico religioso, carentes de referente empírico y, por tanto, metafísicos²⁰. La respuesta de Ross tiene sin duda el mérito de recuperar aquellos como instrumentos metodológicos ya que, aunque careciesen de sentido, eran extremadamente útiles a la hora de dar cuenta de un número elevado de normas y presentarlas de manera abreviada y ordenada.

Sin embargo, la reconstrucción rossiana de los conceptos dogmáticos no resulta del todo satisfactoria por diferentes razones²¹. La razón que aquí me interesa subrayar es que, más allá de que aquellas hagan o no referencia a entidades que no existan²², lo cierto es que los conceptos dogmáticos no son empleados únicamente por parte de los dogmáticos —o de todos los operadores jurídicos— para presentar de manera abreviada un conjunto de normas²³. Aquí presentaré únicamente dos argumentos en contra de la tesis de que conceptos dogmáticos son empleados solo como formas abreviadas para hacer referencia a normas de un determinado or-

“propiedad” carecerían de sentido. La controversia versa sobre si de lo que carecen es, según Ross, totalmente de significado o solo de referencia. Esta nueva interpretación me parece que ignora hasta cierto punto la propia corrección de Ross a esta tesis (Ross (1961)).

¹⁹ Para una reconstrucción más elaborada sobre la posición de Ross a este respecto, véase NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2016a). “Los conceptos dogmáticos como normas apócrifas (o sobre la creación dogmática del Derecho). Primera aproximación”. En Lariguet, Guillermo (Editor). *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*. Córdoba: Brujas, pp. 365-378.

²⁰ LUNDSTEDT, Vilhelm (1956) *Legal Thinking Revised*. Stockholm: Almqvist & Wiksell. cap. I; OLIVECRONA, Karl (1980) *El derecho como hecho* (2ª edición). Barcelona: Labor. caps. VI y VII.

²¹ Véase SARTOR (2009) y BROZEK, Bartosz (2015). “Sobre tû-tû”. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*. 27. Disponible en <https://revus.revues.org/3428>, pp. 25-34. Para un análisis de los problemas derivados de la semántica reduccionista adoptada por Ross, véase PINTORE (1990). 54 ss; SCARPELLI (1985) 153 ss; HAGE (2009) 57 ss.; VON DER PFORDTEN (2009) 31-32.

²² Es posible discutir la idea de que efectivamente Ross (1956), en “Tû-tû”, sostenga que los términos carentes de referente, no tengan —por esta sola razón— significado. Un análisis específico de la cuestión no resulta posible llevarlo aquí a cabo. No obstante, parece que se podría sostener ambas tesis, probablemente porque Ross no fue internamente coherente sobre este punto. Véase PINTORE (1990) 58.

²³ Véase SCARPELLI (1985) 155. Pero véase también las críticas de Anna Pintore a las tesis de Ross sobre este punto: PINTORE (1990) 73 ss.

denamiento (o al menos, que no es así como los emplean los operadores jurídicos en general, y los dogmáticos en particular), que espero servirán para arrojar luz sobre la formación de conceptos dogmáticos²⁴. Así pues, ambas críticas, si se quiere, están orientadas a señalar una misma limitación de la aproximación de Ross: los dogmáticos en particular, y los operadores jurídicos en general, usan los conceptos de este tipo de una forma muy diferente a la indicada por Ross. Si bien desde el punto de vista prescriptivo las tesis de Ross revisten un indudable valor, no nos sirven para dar cuenta de cómo se utilizan tales conceptos en la práctica. Resulta, en este sentido, poco realista²⁵.

a) La primera es que, en realidad, siguiendo con el ejemplo de Ross (1956), el concepto de *tû-tû* no hace referencia a todos aquellos comportamientos, y solo a aquellos, que son castigados en tal comunidad, como parece desprenderse de las tesis de Ross. En efecto, para Ross *tû-tû* no es otra cosa que el conjunto de casos genéricos y consecuencias normativas conectadas por tal término, ya que aquel carece de un significado propio (no tienen extensión ni intensidad)²⁶. Para explicar este punto es suficiente con pensar en un cambio en la consideración de aquellos comportamientos que son considerados *tû-tû*, es decir, que algún comportamiento deje de ser considerado *tû-tû*, y que algún otro pase a serlo. Pues bien, resulta extraño pensar que el cambio en la consideración de uno de los comportamientos como *tû-tû* implique el cambio del concepto de *tû-tû*²⁷. Es, dicho brevemente, como si tuviéramos que cambiar la noción de delito cada vez que un comportamiento es despenalizado o uno nuevo considerado como delito²⁸.

²⁴ Para una crítica más elaborada sobre la reconstrucción de Ross de estos conceptos, remito a NÚÑEZ VAQUERO (2016a).

²⁵ Se podría argüir que esta crítica es injusta porque Ross solo pretendía dirigir el comportamiento de los operadores jurídicos, no dar cuenta de cómo aquellos realmente operan. Sin embargo, una teoría realista de los conceptos dogmáticos debe dar cuenta de las operaciones de creación intersticial del derecho. El problema de Ross no es exactamente ser únicamente prescriptivo (lo que no sería un problema), sino que su crítica parte de o presume una descripción parcial de lo que hacen los estudiosos del derecho con estos conceptos.

²⁶ A decir verdad, Ross también se deshace de esta tesis. En efecto, Ross descarta esta posibilidad al afirmar que aquellos son empleados en silogismos concatenados. Sin embargo, *tû-tû* no podría tener el mismo significado en ambos silogismos puesto que o bien se trata de un enunciado puramente analítico o bien de una anfibología. Véase ROSS (1956) 815-816.

²⁷ SCARPELLI (1985) 155; GUIBOURG, Ricardo (1984). "Propiedad y otras interpretaciones". *Revista de Ciencias Sociales*. vol. II. 25. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, p. 458; HAGE (2009) 66. Hay que mencionar también la estrategia de Frändberg, quien distingue entre conceptos cuyo contenido es completamente dependiente del ordenamiento de aquellos que son parcialmente independientes. Véase FRÄNDBERG (2009) 5-7.

²⁸ Esto de ningún modo permite concluir, ni pretendo sostener yo aquí, que existe un núcleo de significado necesario de los conceptos como, por ejemplo, pensó Scarpelli (Véase SCAR-

b) La segunda razón es que juristas de diferentes ordenamientos utilizan dichos conceptos para reconocer una parte de otros ordenamientos como regulaciones de comportamientos más o menos similares. Es importante subrayar en este sentido que el concepto dogmático de mayoría de edad, o el de propiedad, no equivale a la norma del derecho español, chileno o alemán que establece la mayoría de edad en un determinado momento de la vida. El problema de la reconstrucción de Ross de este tipo de conceptos consiste en que, si los conceptos de propiedad o delito fueran relativos a cada ordenamiento particular, entonces sería imposible reconocer instituciones como la propiedad o el delito en ordenamientos diferentes al nuestro²⁹. Es decir, la reconstrucción rossiana no da cuenta de cómo emplean los dogmáticos del derecho este tipo de conceptos jurídicos.

Para entender esto es suficiente con imaginar cómo un jurista argentino y otro chileno pueden, por ejemplo, discutir sobre si la regulación del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico chileno es conveniente o justa. Si la noción de propiedad que manejan ambos juristas coincidiera respectivamente con la normativa chilena y con la normativa argentina sobre el derecho de propiedad, evidentemente no podrían ni siquiera estar entendiéndose. Como veremos más adelante (§3), la construcción de los conceptos dogmáticos consiste en escoger solo algunas de las propiedades previstas en los antecedentes de las normas que definen, en diferentes ordenamientos, qué es la mayoría de edad (o cualquier otro concepto).

Pero, si lo anterior es cierto, entonces el concepto de propiedad no puede ser reconstruido (o no solo) como una forma de abreviar las normas del derecho chileno, español o italiano sobre la propiedad: con que hubiera una norma diferente respecto de la transmisión de la propiedad en el derecho argentino, no podríamos identificar en la regulación argentina algo como la propiedad en el ordenamiento jurídico chileno, italiano o español. Ello salvo que estemos dispuestos a afirmar que cuando dos juristas de diferentes ordenamientos discuten sobre el derecho de propiedad o sobre el concepto de delito, en realidad no se están entendiendo, lo que no parece muy plausible. Por tanto, el concepto de propiedad no se refiere

PELLI (1989) 155). Antes bien, lo único que sostengo es que los estudiosos del derecho, la dogmática, sí parece atribuirle un contenido relativamente estable a los mismos. Para una tesis no ontológicamente comprometedora acerca del contenido estable de los conceptos, véase VON DER PFORDTEN (2009) 26. Me parece que el propio Raz incurre en problemas similares en su forma de análisis conceptual modesto. Véase ALEXI/BULYGIN/RAZ (2009).

²⁹ Se podría pensar que un concepto así, interordenamientos, es el usado solo por los iuscomparativistas. No obstante, lo cierto es que la mayoría de los juristas entienden así los conceptos dogmáticos, sin haber realizado necesariamente estudios de derecho comparado.

a todas las normas de un ordenamiento sobre la propiedad, sino únicamente a alguna de ellas, o algunos elementos considerados definitorios de aquella.

Los conceptos jurídicos dogmáticos funcionan pues como una lengua franca³⁰. En este sentido, no es posible afirmar que los conceptos dogmáticos son meros conectores que sirven para hacer referencia a conjuntos de normas de un determinado ordenamiento.

3) FORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS DOGMÁTICOS

Aunque debemos rechazar la idea rossiana de los conceptos como conectores sin significado propio, lo cierto es que la intuición de Ross sobre que aquellos sirven para hacer referencia a conjuntos de normas es un buen punto de partida. Una vez que hemos descartado, por la razón apenas vista, que los conceptos dogmáticos coincidan en el lenguaje de los juristas sin más con el conjunto de normas que regulan, por ejemplo, la propiedad en un determinado ordenamiento, es preciso explorar la posibilidad de que aquellos se refieran no a todas las normas que regulan a aquella, sino únicamente a algunas de ellas (o a algunas de sus propiedades). Es decir, que los conceptos dogmáticos sean generalizaciones a partir de la observación de uno o varios conjuntos de normas. Pues bien, parece que en efecto los conceptos dogmáticos son contruidos (la mayoría de las veces)³¹

³⁰ Aquella nos permite preguntarnos por el sentido de algunas prácticas asentadas en nuestras comunidades académicas, como la formación de estudiantes e investigadores en el extranjero, o los congresos mundiales de determinadas ramas del derecho. Si no existiera tal lengua franca, compuesta por el significado atribuido por la dogmática jurídica a los términos definidos mediante los conceptos dogmáticos, tales prácticas carecerían completamente de sentido.

Podría, no obstante, pensarse en un concepto argentino, italiano, o chileno de propiedad que prevea todas las condiciones para adquirir la propiedad y las consecuencias de aquella. Ahora bien, no es esta la forma en la que normalmente los operadores jurídicos emplean los conceptos dogmáticos. Cuando se toma un texto de un autor extranjero entendemos perfectamente qué quiere decir el término “propiedad”, aunque no se conozcan los detalles del ordenamiento de referencia.

³¹ La mayoría de las veces porque en otras resultan de la combinación de algunos conceptos ya existentes y/o de algún principio del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la noción de “consumidor” con anterioridad a las normas de derecho del consumidor parece ser producto de la combinación de varias nociones ya existentes en la dogmática del derecho civil de contratos previa. También es posible que se incorporen conceptos que vengan a desarrollar las mismas funciones que los conceptos dogmáticos, pero no constituyan de ningún modo una generalización a partir de la observación de las normas de ningún ordenamiento. Se trata en este caso de conceptos provenientes de otras disciplinas, especialmente de la filosofía, la teoría y la ciencia política, la sociología o la economía. Para una perspectiva diferente sobre la transposición de conceptos de otras disciplinas en la dogmática jurídica, véase DÍEZ SÁNCHEZ (2015).

mediante un razonamiento inductivo, partiendo de la consideración de un determinado conjunto de normas³².

Sin embargo, afirmar que los conceptos dogmáticos son formulados mediante razonamientos inductivos, aunque no incorrecto, puede conducir a dos malentendidos, dejando en penumbra dos aspectos importantes de su formulación.

El primero de ellos es que se podría pensar que los conceptos dogmáticos constituyen el máximo común divisor de la normativa, por ejemplo, acerca de la propiedad de varios ordenamientos observados, es decir, el sustrato o características comunes de la regulación de la propiedad en diferentes ordenamientos. Desde este punto de vista, el concepto de propiedad estaría compuesto por las propiedades comunes previstas por las normas sobre la propiedad de diferentes ordenamientos. Sin embargo, esta no parece una buena idea por cinco razones. La primera es que los estudiosos del derecho no parecen dedicarse a buscar las características comunes de una institución dentro de diferentes ordenamientos. En segundo lugar, porque el contenido de aquellos sería muy escaso, resultando probablemente poco interesante y útil. En tercer lugar, porque en muchas ocasiones los dogmáticos definen conceptos dogmáticos o institutos introduciendo en ellos alguna propiedad que no es prevista por normas de algún ordenamiento (considerando a estos como ordenamientos defectuosos). En cuarto lugar, porque ya se necesitaría un concepto previo para poder identificar cuáles serían, de todas las propiedades seleccionables, aquellas efectivamente comunes. Y, en quinto lugar, si así fuera, sería imposible dar cuenta de conceptos dogmáticos que se refieren a comportamientos aún no regulados en ningún ordenamiento.

Si bien los conceptos dogmáticos de hecho en ocasiones son contruidos con base en diferentes conjuntos de normas (sincrónica o diacrónicamente considerados) mediante un razonamiento por generalización, son solo algunas de las características previstas por las normas sobre la propiedad las que son consideradas relevantes para delinear el concepto de propiedad. En este sentido, es perfectamente posible que una característica de una regulación –por ejemplo, de la mayoría de edad– presente en diferentes ordenamientos no sea considerada como un elemento carac-

Por último, hay que señalar que nada impide que una dogmática creativa elabore conceptos dogmáticos sin ningún tipo de apoyo en normas previas, si bien no se trata del caso más frecuente. No obstante, para que sea un concepto dogmático debería todavía haber sido formulado con base en el conjunto de razones jurídicas pues, en otro caso, se trataría de un concepto propio del ámbito de la filosofía política.

³² Es importante señalar que un concepto dogmático puede estar basado en la consideración exclusivamente de normas prescriptivas, de normas constitutivas o en un conjunto de normas de ambos tipos.

terístico del concepto³³. Pero, si ello es verdad, se muestra como necesaria (no posible no utilizar) alguna tesis de relevancia para elegir cuáles de todas las propiedades contempladas en las normas de referencia formarán parte del concepto.

El segundo malentendido es que, si bien las ideas de inducción y de sistema no son en absoluto incompatibles, afirmar que los conceptos dogmáticos se desarrollan mediante un razonamiento por generalización o inductivo, puede llevar a pensar que los conceptos dogmáticos son contruidos en un vacío teórico. Las cosas son, por el contrario, bien distintas: la definición o delimitación de cada concepto depende de las propiedades que constituyen el resto de conceptos que conforman la red o sistema conceptual en el que se inscribe³⁴.

A continuación, se presentará la razón por la que es necesario adoptar alguna tesis de relevancia a la hora de determinar el contenido de los conceptos dogmáticos. Sin embargo, como se verá, es preciso prestar atención también a la noción de sistema jurídico puesto que la selección de las propiedades del concepto depende también del resto de conceptos que conforman el sistema del dogmático.

(3.1.) LA INDUCCIÓN Y LA TESIS DE RELEVANCIA

El momento de mayor esplendor del método jurídico que coloca en el centro de la tarea de la ciencia jurídica la formación y uso de conceptos dogmáticos fue sin duda aquel de la pandectística, la escuela histórica y la jurisprudencia de conceptos del siglo XIX alemán. Estos juristas (Puchta, Savigny, el primer Jhering, Windscheid, por nombrar solo algunos de los más conocidos) no se limitaron a asumir los conceptos elaborados por los juristas del derecho romano, ya que aquellos no se adaptaban a la legislación ni a las costumbres vigentes provenientes del derecho germánico, por lo que no podían ser sin más transpuestos. Requerían, por el contrario, ser reelaborados y adaptados a la realidad jurídica de su tiempo.

³³ Imaginemos que todos los ordenamientos consideren que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años. Pues bien, es perfectamente posible que, pese a ser un rasgo presente en todos los ordenamientos, no se considere una característica constitutiva de la noción de mayoría de edad.

³⁴ Se trata desde luego de una tesis controvertida en teoría de los conceptos. Véase en este sentido de nuevo MARGOLIS, Eric; LAURENCE, Stephen (2011). "Concepts". *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/concepts/>. No obstante, me parece que esta es la forma que mejor da cuenta del modo en que los dogmáticos jurídicos construyen sus teorías. Véase en este sentido, NINO, Carlos Santiago (1989) *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM, esp. cap. IV.

Esta brevísima referencia histórica sobre la formación de los conceptos dogmáticos sirve para alumbrar una parte del proceso de elaboración de los conceptos dogmáticos. En concreto, que los conceptos dogmáticos no se forman con base exclusivamente en un conjunto de normas de un determinado ordenamiento sincrónicamente considerado, sino que normalmente se hace con base en la observación de las normas de más de un sistema jurídico diacrónicamente observados.

Como ya se ha señalado, sería un error considerar que la construcción de conceptos dogmáticos implicara exclusivamente la búsqueda del sustrato común de la normativa sobre la propiedad a lo largo del tiempo. Por el contrario, la formación de los conceptos dogmáticos supone la selección de algunas propiedades de las normas contempladas, lo que implica necesariamente alguna tesis de relevancia³⁵. Es posible, en este sentido, diferenciar entre dos tipos diferentes de tesis de relevancia: tesis de relevancia descriptivas y tesis de relevancia normativas.

Estamos frente a una tesis de relevancia descriptiva toda vez que el estudioso del derecho elige un criterio para seleccionar las propiedades constitutivas del concepto que dependen de la realidad empírica en algún sentido, es decir, se refiere a algún hecho. Por ejemplo, el estudioso del derecho podría seleccionar como tesis de relevancia los usos lingüísticos dominantes, lo que estén presuponiendo los jueces cuando utilizan el concepto en cuestión, su función económica, etc.³⁶. O, como pensaron (erróneamente) algunos estudiosos de la jurisprudencia de conceptos, lo que constituía la “esencia” misma de cada concepto dogmático, la naturaleza del instituto en cuestión³⁷.

³⁵ Cuando nos preguntamos acerca de la tesis de relevancia empleada en la selección de las propiedades a tener en cuenta a la hora de construir un concepto dogmático, no estamos haciendo referencia a nada diferente a lo que se refieren los filósofos de la ciencia cuando se preguntan sobre las condiciones materiales de adecuación de los conceptos en las teorías científicas.

No obstante, hay que añadir que los criterios de adecuación de los conceptos pueden ser entendidos como aquello que serviría para seleccionar una u otra tesis de relevancia. Es decir, las tesis de carácter normativo acerca de cómo deben ser o para qué deben servir nuestros conceptos es aquello que determinaría la tesis de relevancia. Agradezco a Daniel González Lagier por esta precisión.

³⁶ Se podría decir que la selección de cualquier tesis de relevancia, también descriptiva, constituye una elección práctica y, en este sentido, serían todas normativas. No obstante, aunque la elección de cualquier tesis de relevancia fuera una elección normativa, no lo sería necesariamente la propia tesis de relevancia, que puede no hacer referencia a ningún valor o norma.

³⁷ En este último caso, parece que la tesis de relevancia, antes que descriptiva, sería normativa puesto que no existe nada como la naturaleza de los conceptos o institutos. Sin embargo, me interesa señalar que, en la medida en que se considere que existen algo así como las “esencias” o “naturaleza” de los conceptos, la inclusión de propiedades dentro de un concepto sería concebida como una actividad descriptiva.

Estamos frente a una tesis de relevancia normativa cuando la razón para considerar una propiedad como relevante o no del concepto en cuestión se refiere a alguna propiedad valorativa³⁸. Las razones normativas funcionan eliminando o incluyendo algún elemento del concepto porque ello supondría que se apliquen determinadas consecuencias normativas que se consideran deseables o indeseables a un conjunto de casos. Por ejemplo, podría considerarse que, por definición de acto administrativo, aquellos son solo anulables, y no nulos, porque en otro caso se pondría en riesgo el interés común o la seguridad jurídica³⁹.

Ahora bien, la naturaleza de la tesis de relevancia seleccionada no debe ser confundida con la dirección de ajuste de los enunciados que emplean conceptos dogmáticos⁴⁰. Por dirección de ajuste de los enunciados que expresan conceptos dogmáticos entiendo aquel conjunto de condiciones que hace plausible el uso de un concepto dogmático en un acto lingüístico. Se trata de dos momentos diferentes en el quehacer con estas entidades: el momento de su formulación (tesis de relevancia), y el momento posterior de su uso en un enunciado lingüístico (dirección de ajuste).

De este modo, tendremos enunciados con dirección de ajuste descriptiva toda vez que aquel pretenda dar cuenta de cómo razonan efectivamente los operadores jurídicos o el contenido del derecho. Tendremos, por el contrario, un enunciado con dirección de ajuste normativa toda vez que sea empleado para modificar cómo razonan dichos operadores jurídicos (o modificar el contenido del derecho), es decir, empleado en funciones normativas.

Un concepto dogmático construido mediante una tesis de relevancia descriptiva puede perfectamente operar en un enunciado con una dirección de ajuste normativa, impidiendo por ejemplo cambios normativos. Por ejemplo, afirmando que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer partiendo de una tesis de relevancia descriptiva (lo que normalmente se entiende en un momento determinado por matrimonio), y que no es posible –ni aun cuando lo desease el legislador– el matrimonio

³⁸ KÄHLER, LORENZ (2009). “The Influence of Normative Reasons on the Formation of Legal Concepts” En Hage, Jaap; Von Der Pfordten, Dieter (Editores). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, pp. 81 ss.

³⁹ Hay que señalar que cuando se hace referencia a una tesis de relevancia normativa normalmente se emplea en relación a las propiedades contempladas por algún sistema normativo. Desde luego, puede tenerse una tesis de relevancia normativa basada en una norma. En tal sentido, se podría afirmar que, no obstante, la introducción de una propiedad como relevante en el concepto es una cuestión dependiente de una proposición normativa descriptiva acerca de las normas de un sistema. Agradezco a Giovanni Battista Ratti por haberme hecho precisar esta cuestión.

⁴⁰ En términos similares, FRÄNDBERG (2009) 3-4

entre personas del mismo sexo (siendo empleado en un enunciado con una dirección de ajuste normativa).

Y, al contrario, un concepto construido mediante una tesis de relevancia normativa puede ser empleado en un enunciado con dirección de ajuste descriptiva en la medida en que el concepto formulado de esta manera puede servir para dar cuenta efectivamente de cómo es el derecho —cuál es su contenido— en un momento posterior. Por ejemplo, la noción de daño moral fue formulada por la dogmática al considerarse que este tipo de daño debería ser indemnizado (tesis de relevancia normativa), pero hoy en día puede ser empleado para dar cuenta descriptivamente del contenido del derecho de diferentes ordenamientos, al menos allí donde este tipo de daños son indemnizables.

Los conceptos pueden desarrollar, en este sentido, tanto funciones de tipo normativo como de tipo descriptivo. Ello no quiere decir que los conceptos dogmáticos tengan efectivamente dirección de ajuste, o que los enunciados que los expresan o emplean deban adaptarse tanto a cómo es el mundo como tratar de moldearlo al mismo tiempo⁴¹. Antes bien, el mismo contenido de significado —el concepto dogmático en cuestión— puede ser utilizado tanto en enunciados en función normativa como en función meramente descriptiva. Los conceptos dogmáticos en sentido estricto no tienen ninguna dirección de ajuste, sino que la dirección de ajuste puede ser predicada solo de los actos lingüísticos que los emplean: los conceptos dogmáticos pueden ser usados tanto para intentar dar cuenta de cómo está efectivamente el mundo o para intentar modificarlo.

(3.2.) LA SISTEMÁTICA EN LA CONSTRUCCIÓN DE CONCEPTOS DOGMÁTICOS

Ya se ha señalado que existen diferentes formas en las que se puede construir un concepto dogmático. Sin embargo, aquí me interesa una forma que, en cierto sentido, podría ser calificada como creación *ex novo* de conceptos dogmáticos. Con ello quiero referirme a la formación de conceptos dogmáticos cuando todavía no se ha producido la sistematización de una parte del ordenamiento, entendiendo por sistematización la

⁴¹ NARVÁEZ MORA, Maribel (2006). “Las Expresiones de lege lata en tanto que creencias ajustadas a derecho”. En Courtis, Christian (Editor). *Observar la ley*. Madrid: Trotta, pp. 231-258. Desde luego, un enunciado puede intentar, al mismo tiempo, describir cómo está el mundo y cómo debería ser. Sin embargo, parece que no va a satisfacer ambas direcciones de ajuste al mismo tiempo. O, si las satisface, lo más probable es que estemos no frente a un enunciado, sino a dos, cada uno con una dirección de ajuste diferente.

primera creación de los conceptos que organizan una parte del ordenamiento jurídico.

Dichas sistematizaciones configuran las así llamadas teorías generales de una parte del ordenamiento⁴² o sistemas conceptuales científicos (o dogmáticos). Lo que me interesa en este contexto es, en concreto, el momento de primera formulación de la teoría general de una parte del ordenamiento (teoría general del delito, del acto administrativo, del derecho ambiental, etc.), si bien lo que se dirá también es aplicable a las modificaciones posteriores de dichas teorías. Además de mostrar algunos aspectos importantes de su formulación, este punto es importante también para entender la forma en la que se utilizan aquellos.

Como se ha dicho, el momento de mayor esplendor de la dogmática conceptualista está vinculado a la tesis del derecho como sistema. Elaboraciones posteriores a la jurisprudencia de conceptos han concebido el sistema como un conjunto estructurado de normas⁴³, pero lo cierto es que en aquella formulación los elementos constitutivos del sistema no eran las normas que pertenecían al ordenamiento jurídico, sino precisamente los conceptos dogmáticos formulados por la dogmática jurídica⁴⁴: contenidos de significado empleados en función normativa (como fragmentos de normas o como normas constitutivas), en efecto, pero no normas formuladas por el legislador, sino por la dogmática. Esto, a decir verdad, ha generado no poco estupor entre algunos teóricos del derecho⁴⁵. Ahora bien, siendo los conceptos dogmáticos contenidos de significado que pueden ser empleados tanto en funciones descriptivas como en funciones normativas, aquellos podrán configurar, en el segundo caso, sistemas normativos⁴⁶ ya que se trataría sencillamente de conjuntos de normas constitutivas⁴⁷.

⁴² Buen ejemplo de conceptos construidos *a posteriori* de esta primera “teorización” se encuentra en DOMÍNGUEZ (2005). Buen ejemplo de la primera sistematización de una parte del ordenamiento se encuentra en TARELLO, Giovanni (2002) *Teorías e ideologías del derecho sindical*. Granada: Comares. Véase también LARIGUET, Guillermo (2003). “Acerca de las llamadas ‘Teorías’ ‘Generales’ del Derecho”, En *Analisi e Diritto* 2002-2003, pp. 141-182.

⁴³ Por todos, RATTI, Giovanni Battista (2008) *Sistema giuridico e sistematizzazione del Diritto*. Torino: Giappichelli.

⁴⁴ Este punto, cómo consideraba la jurisprudencia de conceptos aquellos, debería ser objeto de mayores investigaciones. No obstante, aquí daré por hecho que consideraban que eran normas.

⁴⁵ MORESO/VILLAJOSANA (2004) 96-97.

⁴⁶ Véase ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio (2012) *Sistemas normativos*, Buenos Aires: Astrea.

⁴⁷ La ambigüedad, por decirlo de algún modo, de las teorías dogmáticas, que cumplen tanto funciones descriptivas como normativas, se debe precisamente a la posibilidad de usar los conceptos dogmáticos tanto en enunciados descriptivos como normativos.

Es posible identificar dos formas en las que se relacionarían los elementos de estos sistemas dogmáticos: una de carácter material (o relativa a las propiedades que constituyen los conceptos) y una segunda de carácter formal.

- a. El primer modo en el que se relacionarían los elementos del sistema, de carácter material, hace referencia a una conexión orgánica entre los diferentes conceptos o instituciones. Aquí no abordaré dicho tipo de relación, pues requeriría un análisis demasiado amplio que no es posible analizar aquí. No obstante, parece que la forma más plausible de entender esta relación es como coherencia entre las razones subyacentes que justifican cada institución; es decir, la relación entre conceptos de propiedad y posesión se basaría en las razones que justifican cada una de dichas instituciones⁴⁸.
- b. La segunda forma en la que se pueden relacionar los conceptos dogmáticos como elementos del sistema es de manera formal. Dependiendo de cuál sea la estructura del sistema, pueden darse dos tipos de relación. Con base en dichos tipos de relaciones, el sistema puede adoptar, metafóricamente, la forma de un círculo o la forma de una pirámide.
 - b.1. Si concebimos el sistema como un círculo, el tipo de relación que subsiste entre todos los elementos del conjunto es una misma relación horizontal. Creo que la forma más plausible de reconstruir esta noción de círculo, donde los elementos del sistema normativo mantienen relaciones horizontales, es mediante la idea de partición (al menos cuando el sistema está bien construido desde un punto de vista formal). Una partición es una división que permite agrupar todos los elementos de un conjunto bajo una serie de categorías definidas de tal modo que todos los elementos pertenecen a una y solo a una de dichas categorías, y no hay ninguna categoría en la que no recaiga algún elemento (no hay ningún concepto vacío)⁴⁹. Es decir, no hay ningún caso que no sea una instanciación de uno de los conceptos (y solo de uno), ni ningún concepto que no tenga alguna instanciación.
 - b.2. Cuando el sistema se concibe como una pirámide, subsiste entre los elementos del sistema una relación vertical⁵⁰. Cuando

⁴⁸ No obstante, es preciso tener en cuenta que esta relación de coherencia de las razones subyacentes es dependiente de la identificación de un primer concepto primitivo y originario, y de sus razones subyacentes, como criterio para la construcción del resto de conceptos.

⁴⁹ ALCHOURRÓN/BULYGIN (2012) 41; véase también VON DER PFORDTEN (2009) 32.

⁵⁰ VON DER PFORDTEN (2009) 27.

tenemos conceptos entre los que subsiste una relación vertical, se da entre ellos una relación de especialidad, de género a familia a especie. Este tipo de relación es fácilmente comprensible si pensamos en los conceptos jurídicos como un predicado condicional en cuyo antecedente figuran una serie de propiedades que un elemento debe satisfacer para ser considerado como parte de una clase. Habrá una relación vertical o de género a especie cuando entre los elementos del sistema haya dos conceptos que tengan en su antecedente las mismas condiciones, pero uno de ellos tenga además alguna otra propiedad adicional (relación de especialidad)⁵¹.

Para comprender la anterior idea basta con tomar cualquier manual de derecho civil, en el que la noción de contrato mantiene relaciones verticales con la noción de acto jurídico (descendiente, siendo el contrato solo un tipo de acto jurídico) y con los diferentes tipos de contrato (ascendente, habiendo diferentes tipos de contratos). Por supuesto, es posible (y frecuente) que entre los elementos del sistema científico o conceptual se den tanto relaciones horizontales como verticales, constituyendo un sistema mixto⁵².

4) FUNCIONES DE LOS CONCEPTOS DOGMÁTICOS

Los conceptos dogmáticos cumplen dos tipos de funciones en el que hacer de los estudiosos del derecho positivo: unas de carácter descriptivo y otras varias de carácter normativo. Dentro de las operaciones de carácter normativo es posible distinguir entre diferentes funciones, si bien el término “normativo” adopta significados diversos cuando se predica de cada una de estas funciones.

Antes de pasar a analizar las funciones que desarrollan los conceptos dogmáticos es preciso distinguir, sin embargo, de la manera más precisa posible entre el sistema científico de conceptos del dogmático y el sistema normativo del legislador, porque si bien ambos pueden tener elementos

⁵¹ Pero sobre las relaciones de especialidad entre normas, véase ZORETTO, S (2010) *La norma speciale*, Pisa: ETS.

⁵² Es preciso señalar que estas relaciones formales entre los elementos del sistema no son nada más que aquellos que suelen ser considerados como los criterios de adecuación formal de los conceptos en filosofía de la ciencia. Esto es, antes que las propiedades que necesariamente predicamos de cualquier conjunto de conceptos dogmáticos, dichas relaciones entre los conceptos subsistirán toda vez que estemos, desde este punto de vista, frente a una buena construcción conceptual.

comunes, se trata de dos sistemas diferentes. En efecto, mientras que el sistema científico del dogmático está compuesto por todos aquellos elementos que el dogmático considera pertinente introducir (según los criterios de adecuación empleados y la correspondiente tesis de relevancia empleada para construir el sistema dogmático), forman parte del sistema del legislador exclusivamente aquellos elementos que satisfacen los criterios de validez del sistema jurídico.

Lo que me interesa subrayar en este contexto es precisamente que se trata de sistemas diferentes, y que la pertenencia de un concepto dogmático al sistema del legislador depende de que aquel satisfaga dichos criterios de pertenencia, es decir, los criterios de validez de un determinado ordenamiento. De este modo, algunas de las principales operaciones que desarrollan los dogmáticos con base en conceptos dogmáticos –la interpretación y la derivación de normas implícitas– estarán justificadas jurídicamente en la medida en que se considere que dichos conceptos forman parte del derecho –son normas válidas– o sean al menos normas aplicables.

(4.1.) FUNCIONES DESCRIPTIVAS

(4.1.1.) Presentar de manera ordenada una parte del ordenamiento

La primera función descriptiva que cumplen los conceptos dogmáticos es, mediante la sistematización, presentar de manera ordenada una parte del ordenamiento. Sistematizar el derecho consiste, en este ámbito, en exponer el –una parte del– derecho mediante categorías o conceptos dogmáticos. Sin duda alguna, los mejores ejemplos de este uso descriptivo de conceptos dogmáticos son los manuales dirigidos al uso de estudiantes, que de una manera ordenada y bajo epígrafes como negocio jurídico, acto administrativo, contrato, arrendamiento, etc., exponen primero qué son cada una de estas nociones (instituciones), y después presentan el tratamiento normativo que reciben en el ordenamiento de referencia⁵³.

⁵³ Que cumpla funciones descriptivas quiere decir que pretende dar cuenta de cómo está el derecho. Ahora bien, dichas elaboraciones no son construidas exclusivamente mediante operaciones de carácter descriptivo. En primer lugar, porque dichas sistematizaciones presuponen actos de interpretación, los cuales siempre son discrecionales en algún sentido (que aquí no puedo desarrollar). En segundo lugar, porque toda ordenación tiene efectos derogatorios, como ya mostraron Alchourrón y Makinson. Véase ALCHOURRÓN, Carlos; MAKINSON, David (1981). “Hierarchies of Regulation and Their Logic”. En Hilpinen, Risto (Editor). *New Studies in Deontic Logic*, Synthese Library. Turku: University of Turku, pp. 125-149. Agradezco a Giovanni Battista Ratti por haberme señalado estas tesis.

Esta sistematización del ordenamiento jurídico parece cumplir primariamente una función didáctica en el sentido de que facilitan la comprensión del contenido normativo de los ordenamientos jurídicos. Si bien las reconstrucciones del derecho mediante conceptos dogmáticos podrían ser funcionales a la resolución de casos difíciles (como se verá más adelante), el uso de conceptos para la resolución de este tipo de casos parece presuponer una actividad previa de reconstrucción de carácter descriptivo⁵⁴.

Es preciso señalar, no obstante, que el uso exclusivo de conceptos dogmáticos no permite exponer la totalidad del contenido de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico. Como ya sabemos, los conceptos dogmáticos no coinciden siempre con la totalidad de normas que regulan un determinado instituto (propiedad, tributo, etc.), sino que contemplan entre sus propiedades solo algunas de las previstas en las normas que regulan el instituto constituido por el concepto. Por tanto, una presentación exhaustiva del contenido de un ordenamiento requeriría del uso no solo de conceptos dogmáticos, sino también de proposiciones normativas que den cuenta directamente del contenido de las normas presentes en el ordenamiento⁵⁵.

(4.1.2.) Explicación de la presencia de normas

Una segunda función descriptiva atribuible a los conceptos dogmáticos es la explicación de la presencia de normas dentro de un ordenamiento jurídico. Es decir, es posible explicar un determinado conjunto de normas con base en la preponderancia de una determinada teoría de una parte del ordenamiento en una comunidad jurídica. Pero ello, precisamente, porque dichos conceptos justificarían la positivización de un determinado conjunto de normas. Por ejemplo, es posible explicar la presencia de una norma de interpretación intencionalista de los contratos si es dominante dentro de una comunidad jurídica una teoría subjetivista del contrato.

⁵⁴ No obstante, es preciso señalar que algunos conceptos dogmáticos son formulados precisamente en el contexto de la resolución –en realidad, propuesta de resolución– de un caso difícil. En tales casos, la selección de las propiedades relevantes como elementos definitorios del concepto dependerá de las consecuencias que se sigan en el caso concreto. De este modo, la definición o construcción del concepto no será una actividad previa, sino precisamente posterior, aunque sea presentada como una tarea anterior descriptiva del contenido del concepto.

⁵⁵ De hecho, es frecuente que en los manuales de derecho se distinga entre los institutos –o conceptos dogmáticos– y las especificidades o particularidades del ordenamiento de referencia. Un manual que solo presentara los conceptos dogmáticos sería por ello mismo considerado insuficiente, al menos para superar un examen de los respectivos cursos universitarios.

(4.2.) FUNCIONES NORMATIVAS

El segundo tipo de funciones que cumplen los conceptos son aquellas de carácter normativo. Aquí haré referencia a cuatro funciones de carácter normativo que pueden desarrollar, y de hecho desarrollan (o han desarrollado), los conceptos dogmáticos, si bien no son las únicas que pueden desarrollar.

(4.2.1.) Función modelo

La primera función normativa que pueden cumplir los conceptos dogmáticos es como modelo o esquema para la legislación. En efecto, los conceptos dogmáticos son constitutivos de la cultura jurídica de una comunidad y, por decirlo de algún modo, son el límite de aquello que se puede pensar y regular. Dicho mediante un ejemplo banal, resultaría imposible en este sentido tratar de regular la actividad de funcionarios públicos sin tener un concepto de función pública.

Además, los encargados de redactar los documentos normativos suelen ser juristas formados en aquella misma cultura jurídica, estando su formación jurídica frecuentemente basada en el aprendizaje de conceptos jurídicos, por lo que su forma de concebir el derecho o partes del ordenamiento jurídico viene generalmente determinada por tales conceptos. Es más, en ocasiones se encarga directamente a estudiosos del derecho positivo la redacción de los textos normativos, quienes normalmente presuponen sus propios esquemas o sistemas conceptuales o dogmáticos, plasmándolos en la legislación.

(4.2.2.) Función justificativa

La segunda función que cumplen los conceptos dogmáticos es la justificación de normas positivas, es decir, normas que son producto de la interpretación de algún enunciado puesto por el legislador. Resulta fácil entender esta función mediante un ejemplo: si consideramos que un delito tiene que ser una acción típica culpable antijurídica, entonces parece plausible o justificado incorporar al ordenamiento una norma que exima de responsabilidad penal a todo movimiento humano que produce daño, pero en el que no concurre ningún tipo de intención⁵⁶.

⁵⁶ Me señala Daniel González Lagier que, para que la tesis fuese plausible, se requeriría una cláusula de cierre permisiva (todo lo que no sea delito está permitido). Tengo mis dudas al respecto porque se podría considerar que imponer sanciones es un acto que los jueces pueden realizar, por las normas de competencia que les habilitan para hacerlo, solo en aquellos

(4.2.3) Función interpretativa

La tercera función normativa es aquella interpretativa. Los conceptos jurídicos juegan un papel decisivo en la interpretación del derecho en la medida en que funcionan como reglas de interpretación, que no indican un criterio interpretativo a emplear, sino que señalan directamente qué interpretación-producto hay que preferir. Funcionan, en este sentido, del mismo modo que las definiciones legales, si bien son definiciones apócrifas⁵⁷. Con base en un determinado concepto dogmático, se elegirá aquella interpretación que es conforme a las propiedades consideradas por el intérprete como necesarias del concepto o institución.

(4.2.4) Función integradora

La cuarta función normativa consiste en el uso de conceptos dogmáticos para colmar lagunas del ordenamiento (o para resolver antinomias) mediante la derivación de normas implícitas. Es preciso señalar que aquí no me estoy comprometiendo con la idea de que dichas operaciones estén justificadas, sean válidas, correctas o rigurosas, sino que simplemente pretendo dar cuenta de cómo son empleados los conceptos dogmáticos para colmar lagunas⁵⁸.

Por derivación de normas implícitas entiendo en este contexto aquella actividad que consiste en la producción de normas mediante operaciones de carácter paralogico que no son producto de la interpretación de ningún enunciado normativo, ni concretización de ningún principio jurídico, ni son consecuencia lógica de otras normas que pertenecen al ordenamiento jurídico. Son producto de la construcción o creación dogmática.

Para entender cómo se pueden formular normas derivadas a partir de conceptos para colmar lagunas del ordenamiento (o resolver antinomias) es preciso retomar una de las formas en las que pueden funcionar los conceptos dogmáticos: como normas constitutivas de estructura condicional en cuyo antecedente figurarían las propiedades (condiciones de uso del concepto) que tiene que satisfacer una entidad para formar parte de la clase designada⁵⁹.

casos en los que algo es un delito. Si algo no es delito, entonces la sentencia sería inválida porque ha excedido sus competencias. Pero esta es otra discusión.

⁵⁷ TARELLO (2013) 158 ss; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2016b): "Regulación de la interpretación". *Eunomía*. 11.

⁵⁸ GUASTINI (2011) 430.

⁵⁹ La norma, en este sentido, no establece una relación de identidad, sino una relación de inclusión debido a que el caso no agota necesariamente todo el universo posible del caso genérico con el que se correlaciona.

Lo característico del uso de conceptos dogmáticos –cuando son empleados como normas definitorias, pero aquellas no son consideradas normas válidas– para resolver lagunas consiste en lo siguiente: cuando un comportamiento regulado por el ordenamiento satisface parte de las propiedades necesarias para formar parte de la clase designada por un concepto dogmático, pero la normativa –las normas formuladas del sistema del legislador– es lagunosa respecto de alguna de aquellas propiedades⁶⁰, se predicen la totalidad de propiedades constitutivas del concepto dogmático para dicho instituto, afirmando que hay norma implícita que así lo dispone.

Dicho en términos más técnicos: tenemos un concepto dogmático C, cuyas propiedades son c1, c2 y c3. Las dos primeras (c1 y c2) son contempladas por el ordenamiento, pero aquel nada dice sobre la propiedad c3. Tenemos, por otro lado, un caso que satisface las propiedades c1 y c2, pero surgen dudas sobre si para contar como C debe satisfacer c3. Lo que se hace en estos casos, cuando se responde afirmativamente a la pregunta, es introducir una norma implícita que considera c3 como condición necesaria para que algo cuente como C.

Por ejemplo: imaginemos que la legislación de un país guarda silencio sobre la duración máxima de los arrendamientos urbanos. Lo que nos interesa saber es si un contrato de arrendamiento que expresamente fija que es un contrato de arrendamiento a perpetuidad sin que las partes puedan renunciar a aquel puede ser un contrato válido.

⁶⁰ El carácter de este tipo de lagunas puede ser determinado desde dos puntos de vista diferentes. En primer lugar, visto exclusivamente desde el punto de vista del ordenamiento, si la normativa no prevé una determinada propiedad, la laguna debe ser considerada sin más como una laguna ideológica o axiológica. Ahora bien, en segundo lugar, si se considera que existe alguna relación de dependencia entre conceptos dogmáticos y la normativa efectivamente vigente en un ordenamiento jurídico (debiendo adaptarse la segunda a los primeros porque aquellos reflejarían la estructura profunda del derecho o alguna naturaleza jurídica), entonces se podría afirmar que estaríamos frente a algún tipo de laguna –que a falta de mejor nombre llamaré– “técnico-dogmática”. Tal relación de dependencia consistiría en que la legislación no podría no adaptarse a lo previsto por los conceptos dogmáticos, es decir, la legislación debería adoptar las nociones formuladas en sede dogmática debido a que no cabe otra alternativa racional.

Desde este segundo punto de vista, es posible afirmar que entre la norma de origen dogmático y la norma que regula un comportamiento que se considera que forma parte de la clase designada por el concepto, subsiste una relación jerárquica –que a falta de mejor nombre llamaré– “técnica” toda vez que se considere que la legislación es defectuosa al no adaptarse a la reconstrucción de la dogmática.

Cosa por supuesto diferente es la consecuencia jurídica que se desee derivar de la constatación de que la norma o el ordenamiento son defectuosos. Desde luego, no estoy sosteniendo que el derecho prevea este tipo de relaciones jerárquicas, sino que aquellas son construidas por los intérpretes. Me parece que es así como podemos entender que un ordenamiento haya sido considerado defectuoso en la medida en que regulaba de manera diferente a lo previsto por estos conceptos dogmáticos determinados institutos.

Lo que tendríamos aquí es la derivación de una norma implícita que viene a resolver el caso lagunoso⁶¹: el contrato de arrendamiento a perpetuidad. La forma de razonar en este caso operaría mediante la comparación de un comportamiento con una red o sistema de conceptos dogmáticos: si el arrendamiento fuera a perpetuidad –se argumentaría desde este punto de vista– en realidad sería más similar a un contrato de compra-venta con el pago diferido; es decir, satisfaría más propiedades de la definición de compra-venta que del concepto de arrendamiento. De este modo, se considera que hay una norma implícita que considera inválidas las cláusulas que fijan contratos de arrendamiento indefinido y, dado que las partes afirman haber firmado un contrato de arrendamiento, dicha cláusula será inválida. Ello porque en otro caso sería una compra-venta, y habría que atribuir a aquel todas las propiedades que se predicen de tal tipo de contratos⁶².

No obstante, podría discutirse que en el ejemplo anterior estemos frente a la derivación de una norma implícita a partir de un concepto dogmático, y no directamente frente a la consideración del propio concepto dogmático de arrendamiento –que incluiría la propiedad de la temporalidad– como norma válida. En efecto, tal razonamiento podría ser construido de ambas maneras. Sin embargo, reconstruir este caso como la derivación de una norma implícita o como la consideración del concepto como norma válida tiene importantes consecuencias en el plano de la derogación.

5) PROBLEMAS RELATIVOS A LA CONSTRUCCIÓN Y AL USO DE CONCEPTOS DOGMÁTICOS

A continuación, identificaré dos tipos de problemas que pueden surgir en la elaboración y uso de conceptos dogmáticos como instrumentos para derivar normas implícitas que vengan a colmar lagunas. El primero de ellos tiene carácter teórico, y se refiere justamente a los problemas relativos a la selección de la tesis de relevancia para definir las propiedades que constituyen el concepto (construcción de conceptos dogmáticos). El segundo problema, o conjunto de problemas, se refiere a su uso para colmar lagunas en el derecho (uso de conceptos dogmáticos).

⁶¹ Lagunoso en el sentido de la nota anterior.

⁶² Que se opte por la compra-venta o por el arrendamiento es una operación dogmática discrecional, que dependerá de las consecuencias normativas que se quieran derivar.

(5.1.) PROBLEMAS TEÓRICOS DE LA CONSTRUCCIÓN DE LOS CONCEPTOS DOGMÁTICOS

El primer grupo de dificultades se refiere a la construcción de los propios conceptos dogmáticos. Ya hemos visto que la elaboración de conceptos dogmáticos implica un razonamiento por generalización. Cuando realizamos un razonamiento por generalización es preciso emplear alguna tesis de relevancia para establecer cuáles son las propiedades que deben formar parte del concepto dogmático. Sin embargo, no parece que dispongamos de ningún criterio de justificación última (de carácter jurídico, epistémico ni normativo)⁶³ para elegir una como la mejor tesis de relevancia (o condición de adecuación de nuestros conceptos). Por tanto, la construcción de los conceptos dogmáticos resulta ser una actividad, cuanto menos, discrecional.

No obstante, es posible pensar que el hecho de que tales conceptos configuren un sistema puede aportar un criterio para establecer cuáles deben ser las propiedades esenciales de los conceptos dogmáticos. En efecto, si los conceptos dogmáticos mantienen relaciones verticales (especialidad) y horizontales (partición), entonces podría concluirse que cuáles son las propiedades mediante las que debemos definir un concepto es algo que viene dado por las propiedades del resto de elementos del sistema.

Esto último es ciertamente correcto. El problema es que esta solución implica trasladar el problema al momento de la primera formulación del sistema: a cuando se elaboran los primeros conceptos que forman parte del sistema. Ello debido a que serían perfectamente posibles sistemas alternativos diferentes que tuvieran en cuenta otras propiedades como relevantes, a partir de una construcción diferente de sus primeros conceptos (o conceptos primitivos del sistema), y no tenemos ningún criterio de justificación último para identificar cuál de ellos es mejor.

Por otro lado, cabría preguntarse si, en la medida en que se requiere de una tesis de relevancia, las sistematizaciones del derecho con base en conceptos jurídicos puede ser una tarea útil, o si no es, por el contrario, el producto del mero capricho o arbitrariedad. Aquellos, en efecto, son perfilados sobre la base de elecciones de los estudiosos del derecho que, como acabamos de ver, no pueden ser justificadas en última instancia mediante ningún criterio último.

⁶³ No se trata, por supuesto, de que no tengamos ningún criterio de adecuación para elegir entre las diferentes tesis de relevancia. El problema es que no tenemos ningún criterio que pueda ser ulteriormente justificado sin hacer referencia a consideraciones relativas al agente, es decir, a sus preferencias.

Ahora bien, una simple mirada a otras disciplinas, incluso a las disciplinas científicas duras, permite darse cuenta de que este es un problema no propio de la dogmática jurídica, sino, sencillamente, de todas las disciplinas y, más en general, del conocimiento humano. En efecto, los objetos a los que nos referimos mediante conceptos tienen innumerables propiedades, siendo los estudiosos quienes eligen y determinan cuáles de aquellas son más relevantes⁶⁴. Es decir, si se trata de un problema no es ni mucho menos exclusivo de todas las disciplinas científicas, sino de todas las disciplinas.

Sin embargo, lo anterior no debe hacernos perder de vista que, efectivamente, la formación de conceptos dogmáticos es una actividad discrecional. La elección de una (cualquier) tesis de relevancia, incluso aunque aquella sea descriptiva, es una actividad para la que no podemos encontrar un criterio de justificación último. Solo podremos evaluar una conceptualización como más o menos interesante (juicio que parece revestir un importante carácter subjetivo), o más o menos plausible con base en los objetivos que aquella persiga (los que parecen en última instancia, al menos en el ámbito jurídico, son dependientes de las preferencias de los sujetos). A ello hay que añadir que en las disciplinas científicas la elección de las propiedades relevantes para la construcción de un concepto está mediada por un claro objetivo –el mayor rendimiento explicativo (predictivo) de la teoría – cosa que no sucede en el ámbito de la dogmática jurídica⁶⁵.

(5.2.) PROBLEMAS PRÁCTICOS SOBRE EL USO DE CONCEPTOS DOGMÁTICOS

En este segundo apartado quiero señalar algunos problemas relativos al uso de los conceptos dogmáticos en funciones normativas.

(5.2.1.) Problemas de aplicabilidad externa

El primer grupo de problemas que surgen al momento de emplear los conceptos dogmáticos como instrumento para colmar lagunas (o para

⁶⁴ Cabe, sin embargo, añadir algún criterio ulterior que permita establecer una tesis de relevancia. En este sentido, desde un punto de vista pragmatista, se podría decir que –además de criterios tales como que el concepto no sea innecesariamente complejo o que no esté basado en asunciones empíricas falsas– los conceptos deben ser útiles a los objetivos de la investigación que se pretende llevar a cabo. He argumentado este punto en NÚÑEZ VAQUERO (2016a). Pero, por supuesto, ello no permite elegir entre los fines que debe perseguir la investigación.

⁶⁵ Sobre la pluralidad de fines que puede tener la ciencia jurídica, remito a NÚÑEZ VAQUERO (2013).

interpretar enunciados normativos) son aquellos relativos a su aplicabilidad externa cuando no son normas válidas. Hay que recordar que aquellos son normas que no pertenecen al ordenamiento jurídico, es decir, se trata de normas apócrifas elaboradas por la doctrina, no válidas. Desde este punto de vista, resulta plausible preguntarse cuál es la justificación para introducir normas o variar la interpretación de los enunciados normativos con base en normas que no pertenecen al sistema.

(5.2.2.) Problemas derivados de su uso como razones concluyentes

El segundo problema se refiere a que frecuentemente los conceptos dogmáticos no solo funcionan como mecanismos externos al ordenamiento para completar el derecho, sino que, además, son considerados como razones concluyentes –o, incluso, que incorporan razones excluyentes de segundo grado– para decidir un caso. En efecto, para buena parte de la dogmática conceptualista, el hecho de que un concepto pueda ser empleado para colmar una laguna, constituye una razón justificativa concluyente para dar por buena dicha solución. Es más, para algunos autores, dado que el sistema de conceptos dogmáticos constituía la estructura profunda del derecho, la derivación de normas implícitas mediante aquellos excluía cualquier otra consideración, siendo la única respuesta jurídicamente posible.

El problema consiste en que, usados de este modo, la calificación normativa de un comportamiento depende de que se considere que los conceptos forman parte del derecho o que reflejan su estructura profunda. Sin embargo, esta tesis resulta implausible por diferentes razones.

En primer lugar, ya hemos visto que resulta poco plausible afirmar que los conceptos dogmáticos son normas válidas, ya que lo son solo contingentemente. Si el concepto es una norma considerada como válida, entonces la laguna sencillamente no se produciría⁶⁶. Pero si el concepto no es una norma válida, entonces estaríamos resolviendo el caso lagunoso mediante un criterio extra-jurídico de creación dogmática.

Afirmar, en segundo lugar, que los conceptos reflejan la estructura profunda del derecho es una tesis que presupone que existe algo como “estructuras profundas” de las cosas, lo que parece bastante implausible y debería disparar todas las alarmas de afirmaciones metafísicas incontrovertibles. La naturaleza de las cosas o su estructura profunda no es otra cosa que aquellas propiedades que los estudiosos consideran como condiciones de uso de sus conceptos, cuya identificación, como ya hemos visto, es una

⁶⁶ O, al menos, el propio ordenamiento ya incorporaría los criterios para ser colmada.

actividad con un alto margen de discrecionalidad. Pero, si así están las cosas, entonces la plausibilidad de estas operaciones dependería únicamente de preferencias subjetivas⁶⁷.

(5.2.3.) Problemas de vaguedad

El tercer problema se refiere a las condiciones de aplicabilidad interna de las normas derivadas a partir de los conceptos dogmáticos, o de los propios conceptos dogmáticos; en particular, a su indeterminación. En efecto, los conceptos dogmáticos son frecuentemente vagos, haciendo referencia a propiedades cuya concurrencia no es posible constatar de manera objetiva, bien porque se refieren a propiedades valorativas (“buen” padre de familia), bien porque se trata de propiedades empíricas cuya presencia no podemos constatar objetivamente (intención), bien porque hacen referencia a propiedades graduales. Ello hace que el uso de conceptos dogmáticos dependa, en última instancia, de las preferencias del operador jurídico⁶⁸.

6) CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo ha sido modesto: ofrecer una mirada realista sobre la formulación y uso (junto con los problemas asociados a ambos) de los conceptos dogmáticos. Para ello se ha comenzado tratando de distinguir los conceptos dogmáticos de aquellos teóricos y de los formulados por el legislador. A continuación, se ha tomado como contrapunto la reconstrucción de Alf Ross de aquellos, mostrando algunas de sus limitaciones, dando cuenta de cómo aquellos no son empleados en la práctica jurídica como pretende Ross. Posteriormente se ha tratado de arrojar luz sobre el proceso de construcción de aquellos para, a continuación, mostrar para qué son empleados. Finalmente se han mostrado algunas dificultades asociadas tanto al uso como a la formulación de estos conceptos por parte de estudiosos del derecho positivo.

Si bien el uso de los conceptos dogmáticos ha perdido la preponderancia que tuvo en el pasado, ello no permite concluir todavía que no

⁶⁷ No se trata, dicho sea de paso, de otra cosa que, de la advertencia, sobre la que insistieron HART, Herbert (1983). “Definition and Theory in Jurisprudence”. En *Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press. el propio ROSS (1956) y BULYGIN, Eugenio (1961) *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot sobre el esencialismo en materia de conceptos jurídicos.

⁶⁸ COHEN, Félix (1962) *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot. y TARRELO, Giovanni (1962) *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè.

sigan siendo elementos fundamentales del razonamiento de los estudiosos del derecho positivo. Su uso, aunque de diferente intensidad en distintas partes del estudio del derecho, no ha perdido su vigencia. Pero una teoría realista del derecho debe tener como objetivo dar cuenta de la creación intersticial del derecho por parte de los estudiosos del derecho positivo, y parece que todavía queda trabajo por hacer en esta dirección.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio (2012) *Sistemas normativos*, Buenos Aires: Astrea.
- ALCHOURRON, Carlos; MAKINSON, David (1981). "Hierarchies of Regulation and Their Logic". En Hilpinen, Risto (Editor). *New Studies in Deontic Logic*, Synthese Library. Turku: University of Turku, pp. 125-149.
- ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio; RAZ, Joseph (2007) *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- BAYÓN, Juan Carlos (2012). "¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?". En Ferrer, Jordi; Moreso, Jose Juan; Papayannis, Diego (Editores). *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- BROZEK, Bartosz (2015). "Sobre tû-tû". *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*. 27. Disponible en <https://revus.revues.org/3428>, pp. 25-34.
- BULYGIN, Eugenio (1961) *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CANARIS, Claus-Wilhelm (1995) *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Madrid: Civitas.
- COHEN, Félix (1962) *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Silvia (2015). "La formación de los conceptos (dogmáticos) en el Derecho público". *Revista Jurídica de la UAM*, 31, pp. 105-131.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). "Instituciones jurisprudenciales en el Código Civil chileno". En Martinic, María Dora; Tapia, Mauricio; Ríos, Sebastián (Editores). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Tomo I. Santiago de Chile: LexisNexis.
- FRÄNDBERG, Ake (2009). "An Essay on Legal Concept Formation" En Hage, Jaap; Von Der Pfordten, Dieter (Editores). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, pp. 1-16.
- GALGANO, Francesco (2010) *Dogmi e dogmatica nel diritto*. Padova: Cedam.

- GUASTINI, Ricardo (2011) *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.
- GUASTINI, Ricardo (2014) *Interpretar y argumentar*. Madrid: CEPC.
- GUIBOURG, RICARDO (1984). "Propiedad y otras interpretaciones". *Revista de Ciencias Sociales*. vol. II. 25. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, pp. 453-460.
- GUPTA, Anil (2015). "Definitions". *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/definitions/>
- HAGE, Jaap (2009). "The Meaning of Legal Status Words". En Hage, Jaap; Von Der Pfordten, Dieter (Editores). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, pp. 55-66.
- HART, Herbert (1983). "Definition and Theory in Jurisprudence". En *Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press.
- HIMMA, Kenneth Einar (2015). "Conceptual Jurisprudence, An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory". *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*. 26. Disponible en: <https://revus.revues.org/3351>, pp. 65-92.
- KÄHLER, Lorenz (2009). "The Influence of Normative Reasons on the Formation of Legal Concepts" En Hage, Jaap; Von Der Pfordten, Dieter (Editores). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, pp. 81-98.
- LARENZ, Karl (2001) *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
- LARIGUET, Guillermo (2003). "Acerca de las llamadas 'Teorías' 'Generales' del Derecho", En *Análisis e Derecho* 2002-2003, pp. 141-182.
- LEITER, Brian (2012). "El problema de la demarcación en la teoría del derecho: una razón más en favor del escepticismo" En Ferrer, Jordi; Moreso, Jose Juan; Papayannis, Diego (Editores). *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 223-278.
- LUNDSTEDT, Vilhelm (1956) *Legal Thinking Revised*. Stockholm: Almqvist & Wiksell. cap. I; OLIVECRONA, Karl (1980) *El derecho como hecho* (2ª edición). Barcelona: Labor. caps. VI y VII.
- MARGOLIS, Eric; LAURENCE, Stephen (2011). "Concepts". *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/concepts/>
- MORESO, Juan José; VILLAJOSANA, Josep María (2004) *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- MUFFATO, Nicola (2007) *La semantica delle norme*. Genova: ECIG.
- NARVÁEZ MORA, Maribel (2006). "Las Expresiones de lege lata en tanto que creencias ajustadas a derecho". En Courtis, Christian (Editor). *Observar la ley*. Madrid: Trotta, pp. 231-258.
- NIETO, Alejandro (2003) *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Trotta.
- NINO, Carlos Santiago (1989) *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM.

- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2012): “Ciencia jurídica realista: modelos y justificación”. *Doxa*. 35.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2013) “Five Models of Legal Science”. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*. 10. Disponible en <https://revus.revues.org/2449>, pp. 53-81
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2016a). “Los conceptos dogmáticos como normas apócrifas (o sobre la creación dogmática del Derecho). Primera aproximación”. En Lariguet, Guillermo (Editor). *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*. Córdoba: Brujas, pp. 365-378.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2016b): “Regulación de la interpretación”. *Eunomía*. 11.
- OLIVECRONA, Karl (1980) *El derecho como hecho* (2ª edición). Barcelona: Labor.
- PINTORE, Anna (1990) *La teoria analitica dei concetti giuridici*. Cagliari: Università di Cagliari.
- RATTI, Giovanni Battista (2008) *Sistema giuridico e sistematizzazione del Diritto*. Torino: Giappichelli.
- ROSS, Alf (1956-1957). “Tü-tü”. En *Harvard Law Review*. 70. 5, pp. 812-825.
- ROSS, Alf (1961) *On the concepts “state” and “state organs” in constitutional law*. Stockholm: Almqvist and Wiksell.
- SARTOR, Giovanni (2009) “Legal Concepts: An Inferential Approach”. En Hage, Jaap; Von Der Pfordten, Dieter (Editores). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, pp. 35-54.
- SCARPELLI, Uberto (1985) *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*. Milano: Giuffrè.
- SCHAUER, Frederick (2012) “Necesidad, importancia y naturaleza del derecho”. En Ferrer, Jordi; Moreso, Jose Juan; Papayannis, Diego (Editores). *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 41-60.
- TARELLO, Giovanni (1962) *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè.
- TARELLO, Giovanni (2002) *Teorías e ideologías del derecho sindical*. Granada: Comares.
- TARELLO, Giovanni (2011). “La semántica del néustico”. En Ferrer, Jordi; Ratti, Giovanni Battista (Editores). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- TARELLO, Giovanni (2013) *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra.
- VON DER PFORDTEN, Dierten (2009). “About Concepts in Law”. En Hage, Jaap; Von Der Pfordten, Dieter (Editores). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, pp. 17-33.
- ZORZETTO, S (2010) *La norma speciale*, Pisa: ETS.