

PRESENTACIÓN:  
LA GRAMÁTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Javier Barnes



## PRESENTACIÓN: LA GRAMÁTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Javier Barnes

**E**L concepto de dogmática jurídica puede resultar algo confuso o ambivalente, a consecuencia de las distintas versiones o variantes que ésta ha experimentado a lo largo del tiempo. De ahí que convenga, a los efectos de la presentación de este libro, explicar, primero, cuál es el sentido contemporáneo de la dogmática del Derecho que aquí interesa (I); segundo, qué la caracteriza al proyectarse sobre el Derecho Administrativo (II); y, tercero, qué nos aporta la renovada dogmática jurídico-administrativa que el autor nos propone para nuestro tiempo (III-IV).

### I. ¿QUÉ SE ENTIENDE AQUÍ POR “DOGMÁTICA JURÍDICA”?

#### 1. LA ORGANIZACIÓN DEL MATERIAL JURÍDICO PARA UN USO PROFESIONAL DEL DERECHO

El Derecho es un saber práctico: nace para ser aplicado. Pero su extensión, complejidad, constante movimiento y multiforme variedad obligan a servirse de una metodología apropiada que lo haga comprensible y manejable. La dogmática jurídica representa un conocido medio a este propósito, porque organiza el material jurídico para un uso profesional -práctico- del Derecho; lo hace aprehensible y utilizable en su interpretación y aplicación.

En ese sentido hace las veces de la *gramática* de una lengua o las de un *sistema operativo*<sup>1</sup>. La dogmática a la que se alude está orientada a la práctica<sup>2</sup>.

A tal fin extrae e induce del ordenamiento jurídico los principios rectores y los conceptos fundamentales, de conformidad con la concepción jurídica dominante; esto es, forma una estructura de conceptos e instituciones que se obtienen por abstracción a partir del Derecho positivo. La dogmática no es, pues, autónoma del Derecho, como tampoco lo es la gramática respecto de una lengua.

Ahora bien, la dogmática no se queda en la interpretación y aplicación de las normas singulares o aisladamente consideradas. Así, en el caso del Derecho Administrativo, pretende organizar el conjunto más allá del dato jurídico individual y, por tanto, por encima del panorama fragmentado de la legislación sectorial, sin limitarse tampoco al estudio de las leyes generales -como la de procedimiento administrativo<sup>3</sup>, por más que represente en tantos ordenamientos uno de los ejes en torno a los que gira la disciplina-. La dogmática aspira a formar una capa o nivel de construcción jurídica y un estilo de argumentación entre la norma y su aplicación capaz de garantizar la operatividad del Derecho y la coherencia del sistema<sup>4</sup>.

---

[1] Ambos -gramática y sistema operativo- constituyen como la dogmática medios que operan “en segundo plano”, aunque resulten indispensables para el entendimiento de la lengua o el procesamiento de la información, respectivamente. Se asemejan también a la dogmática porque definen los límites: lo que la gramática no contempla no es expresable; o lo que no se incorpora al sistema operativo queda fuera de la aplicación.

[2] *Infra* “Prólogo para la Edición española” y Parte Primera. Del mismo autor también “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo” en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo, 2.0* (editado por J. Barnes), Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, p. 83; Andreas Voßkuhle, “Sobre el método del Derecho Administrativo” en la misma obra colectiva, pp. 149, 154. Martin Eifert, “Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft” en *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts* (editado por G. Kirchhof, S. Magen und K. Schneider), Mohr Siebeck, 2012, pp. 79 y ss., 96.

[3] Véase Daria de Pretis, “A proposito di ‘verwaltungsrechtliche Dogmatik’ di Eberhard Schmidt-Aßmann. Una dogmatica riformata del Diritto amministrativo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2015/1, p. 10.

[4] Martin Eifert, “Conceptualizing Administrative Law – Legal Protection versus Regulatory Approach”, en *Debates in German Public Law* (edited by Hermann Pündler and Christian Waldhoff, Oxford and Portland, Oregon, p. 214.

Lo específico de la dogmática, en efecto, será hacer operativo el ordenamiento jurídico, sea este considerado en sí mismo o en su apertura o entrelazamiento con otros, como sucede con el Derecho Internacional o en el ámbito europeo, con el Derecho de la Unión, lo que tendrá consecuen-

En la tradición alemana, a las ramas del Derecho que se ocupan del Derecho positivo se les llama “disciplinas dogmáticas” (Derecho Privado, Penal, Público). Y, a las demás, “disciplinas básicas” o “fundamentales” (historia del Derecho, filosofía del Derecho...)<sup>5</sup>. Sólo las primeras están urdidas a sistematizar y ordenar el Derecho en vigor por elementales razones prácticas, y a hacerlo además al compás de la evolución del ordenamiento. Por el contrario, el análisis histórico, económico, politológico o sociológico del Derecho, entre otros, no requiere de una dogmática jurídica, aunque en muchos casos la presupone<sup>6</sup>.

## 2. LA DOGMÁTICA, SITUADA EN UN PUNTO INTERMEDIO O DE INTERCAMBIO ENTRE CIENCIA Y PROFESIÓN

### A) LENGUA COMÚN ENTRE ESTUDIADOSOS Y PRÁCTICOS

En el estudio del Derecho, son muchas las actuaciones que pueden llevarse a cabo: interpretar las normas, detectar incoherencias, contradicciones o lagunas, observar desviaciones, proponer reformas... También son plurales las actitudes que cabe adoptar: desde la de mero observador, pasando por la defensa y promoción de determinadas propuestas, hasta la reconstrucción de la gramática y de los conceptos que utilizan el legislador, la Administración y los tribunales. Es esta última la que nos importa ahora. En este caso se presume que los operadores jurídicos -quienes legislan, interpretan y aplican el Derecho- prestan atención a la teoría y que los estudiosos tienen en cuenta la práctica real, qué normas se aprueban, cómo se resuelven los conflictos. Desde esta perspectiva, es claro que unos y otros habrán de hablar una lengua común que ponga en relación el enfoque siste-

---

cias en la teoría de las fuentes del Derecho, del procedimiento administrativo, de la tutela judicial, entre otras, que ya no podrán construirse en clave “nacional” exclusivamente. De ello se da cuenta en el libro.

[5] Véase el informe del Consejo Federal de la Ciencia en Alemania “Perspectivas de la ciencia del Derecho en Alemania. Situación, análisis, recomendaciones” (2012) ([https://tu-dresden.de/gsw/phil/irget/copy2\\_of\\_ressourcen/dateien/news/Perspektiven-der-Rechtswissenschaft-in-Deutschland.pdf?lang=de](https://tu-dresden.de/gsw/phil/irget/copy2_of_ressourcen/dateien/news/Perspektiven-der-Rechtswissenschaft-in-Deutschland.pdf?lang=de)).

[6] La dogmática, como la gramática o el sistema operativo, representa un método básico, que puede ser luego enriquecido con otras perspectivas. La dogmática constituye un fundamento sólido, una labor genuinamente jurídica, la plataforma desde la que cabe “poner en contexto” las aportaciones de otras disciplinas o aproximaciones.

mático y conceptual del Derecho con las normas positivas y las resoluciones administrativas y judiciales, y todo ello a un nivel de abstracción intermedio<sup>7</sup>. En eso consiste el discurrir doctrinal o dogmático.

La dogmática jurídica hace, pues, de puente entre la teoría y la práctica<sup>8</sup>, entre la ciencia jurídica y la aplicación administrativa y judicial del Derecho. Tal es el primer rasgo que aquí quiere subrayarse: la dogmática se halla “en tránsito” -o en permanente diálogo- entre la ciencia jurídica y la aplicación; participa de ambas esferas sin identificarse por entero con ninguna de las dos.

## B) DOS EXPLICACIONES CONVERGENTES DE DOGMÁTICA

Expresado “a la alemana”, cabe afirmar que la dogmática jurídica pretende ordenar el Derecho positivo para guiar el trabajo del jurista y dar así respuesta a las cuestiones que se suscitan en la práctica. Se esfuerza por cribar y estabilizar las ideas y las concepciones que subyacen al ordenamiento jurídico. Y lo hace mediante la formación de conceptos, la búsqueda de matices y diferencias, la elaboración de figuras o principios. Examina la aplicación práctica y las resoluciones que se dictan (sean judiciales o administrativas), incorpora las innovaciones y evalúa la necesidad de cambio que de ellas se deriva, las identifica y las hace avanzar<sup>9</sup>.

En palabras de E. Schmidt-Aßmann, la dogmática jurídica representa un estrato o nivel intermedio entre el texto jurídico y la aplicación del Derecho, y en cuya virtud se hace operativo el primero en la segunda -a través de la actividad que realiza la Administración (ejecución o aplicación del Derecho) y los tribunales (jurisprudencia)<sup>10</sup>-. La dogmática forma un entra-

---

[7] *Vid.* Eifert, “Conceptualizing Administrative Law...” cit. en nota 4, p. 205; Andreas Voßkuhle y Thomas Wischmeyer, “The ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’ ...”, en *The Oxford Comparative Administrative Law* (edited by Peter Cane, Herwig Ch. Hofmann, Eric C IP and Peter L. Lindseth), OUP, Dec. 2020.

[8] *Infra* “Prólogo para la Edición Española”, núm. I.

[9] Cfr. C. Bumke, *Rechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, 2017, pp. 1-2. Y añade: de este modo, la dogmática atesora conocimientos útiles para la práctica; contribuye a la capacidad de aprendizaje del trabajo jurídico práctico; y fomenta la racionalización y, por lo tanto, la legitimación del Derecho.

[10] Primera Parte, Introducción, A.

mado de conceptos y de institutos abstractos inducidos del ordenamiento jurídico<sup>11</sup>. La dogmática registra los cambios que experimenta el ordenamiento; lleva inventario de su acervo jurisprudencial. Ordena ese material y lo vertebra a través de los hilos conductores, de las ideas-fuerza que surcan el ordenamiento: desde los principios constitucionales (Estado de Derecho, Estado democrático, Estado social), hasta los principios que la legislación ordinaria dispone para la relación entre la Administración y el individuo<sup>12</sup>.

La dogmática, en fin, no exige la construcción de un conjunto “jerarquizado” de conceptos, que presuponga un sistema rígido y cerrado, del que quepa extraer consecuencias o hacer deducciones con precisión matemática. Los patrones o modelos de argumentación de que ésta se sirve tienen por finalidad hacer posible la comparación y extraen su legitimidad de su contraste con principios constitucionales, como el de igualdad<sup>13</sup>.

### 3. ¿LA LUCHA CONTRA UNA DENOMINACIÓN?

La marca “dogmática jurídica” parece obligada a combatir dos prejuicios que la lastran:

De acuerdo con el primero, la dogmática implicaría un exceso de conceptualismo; en la búsqueda de conceptos abstractos y atemporales, con pretensiones de validez en cada tiempo y lugar<sup>14</sup>.

En virtud del segundo, la dogmática aportaría un sistema jurídico cerrado y autorreferencial, no abierto a la interdisciplinariedad, hasta el punto de que si se complementa con otros enfoques, perdería su carácter dogmático<sup>15</sup>.

---

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.*

[13] *Infra* “Prólogo a la edición española”.

[14] Ciertamente, el originario movimiento pandectístico del siglo XIX, vinculado al Derecho Romano, trabajó en la construcción de conceptos abstractos exclusivamente jurídicos, válidos en cada tiempo y lugar, para construir una suerte de Derecho Romano común. Sin embargo, ese método no resultó de aplicación al Derecho Público. Véase Fabio Merusi, “A proposito di verwaltungsrechtliche Dogmatik di Eberhard Schmidt-Assmann. Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo”, en *Rivista Trimstralle di Diritto Pubblico*, 1/2015, pp. 18.

[15] Fabio Merusi, “A proposito di verwaltungsrechtliche Dogmatik...” cit. en nota 14, pp. 17 y ss.

La obra de E. Schmidt-Aßmann se opone a esa comprensión; la dogmática que nos sugiere no es ajena a la evolución del Derecho positivo, antes al contrario, e incorpora otras perspectivas extrajurídicas. Muy brevemente:

#### A) TEORÍA Y DOGMÁTICA

En primer término, dogmática jurídica no es sinónimo sin más de teoría jurídica, de construcción doctrinal o de mera formación de conceptos<sup>16</sup>, aunque no sean ajenas a ella<sup>17</sup>. Es algo más y algo distinto.

“Hacer dogmática del Derecho -dirá E. García de Enterría- no es hacer conceptualismo horro, o entrar en el ‘cielo de los conceptos jurídicos’, que Ihering describió jocosamente. Es capacidad de construir un entramado institucional complejo, ordenándolo alrededor de unos cuantos vectores arraigados en la naturaleza profunda de la institución de que se trata y dirigiendo toda la operación en función de los valores jurídicos materiales que están presentes en dicha institución. Esta tarea es inexcusable en la ciencia jurídica, y contrasta con los trabajos puramente descriptivos o clasificatorios de normas, sentencias u opiniones ajenas, o con el convencional comparatismo de contrastar soluciones diversas en los distintos sistemas jurídico-positivos. Es una tarea inexcusable porque sólo la dogmática es capaz de alumbrar los elementos estructurales profundos de las instituciones y su articulación dinámica en servicio de los principios generales del Derecho que sostienen y animan a dichas instituciones para que alcancen su mayor funcionalidad”<sup>18</sup>.

---

[16] *Infra* “Prólogo a la edición española”.

[17] Véase sobre este tema Martin Eifert, “Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft” cit. en nota 2, pp. 79 y ss. Para una visión panorámica actualizada en España, vid. Luciano Parejo Alfonso, “Ensayo de caracterización de la dogmática jurídico-pública y, en concreto, administrativa española a la luz de su referencia principal, la dogmática jurídica alemana”, en el *Libro homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, magistrada de la Corte Suprema de Venezuela (en prensa), señaladamente núm. III.

[18] Cfr. “Prólogo” al libro de Alejandro Huergo, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Ed. Civitas/Universidad de Oviedo, Madrid, 1998. A lo que añade: “Pero no es sólo un método inexcusable de tratar el Derecho; es, seguramente, el método más alto, cuando la labor constructiva es capaz de alumbrar perspectivas nuevas para el mejor rendimiento de las instituciones del Derecho. La *inventio* de nuevos principios, la resolución de aparentes contradicciones, la *distinctio* de soluciones diversas inexcusablemente confundidas, la elimina-



La dogmática versa sobre el Derecho positivo (lo que incluye desde luego la práctica administrativa y la jurisprudencia) y requiere tanta sistematización como sea necesaria para cumplir su finalidad “organizadora” a efectos aplicativos y de perfeccionamiento. El grado de abstracción, en otras palabras, del trabajo dogmático suele situarse a un nivel intermedio y más bajo que el de la pura teoría general<sup>19</sup>. Sistematización y dogmática resultan diferenciables, aunque ésta necesite naturalmente de aquélla<sup>20</sup>.

La sistematización del trabajo dogmático irá, pues, tan lejos como sea necesario para aprehender la realidad. La gramática es a una lengua lo que la dogmática al Derecho. Su objeto es la lengua viva y la realidad jurídico-positiva, respectivamente. Ahora bien, la gramática no agota la lingüística, es sólo una parte de ella; de la misma manera que la dogmática no absorbe por entero la ciencia jurídica. Pero una y otra constituyen actividades científicas imprescindibles para hablar bien una lengua y para manejar el Derecho.

## B) DOGMÁTICA Y CONOCIMIENTO EXTRAJURÍDICO

La dogmática que aquí se plantea no constituye un sistema encerrado en categorías jurídicas formales. Está además abierta a trabajar con conceptos no jurídicos que el Derecho establece<sup>21</sup> y propone fórmulas de comuni-

---

ción de prejuicios o mitos inexplicados y reiterados por simple inercia, la edificación de un sistema institucional capaz de explicar todas sus reglas y de hacerlas jugar en el sentido de su mejor función social, son obra de la dogmática, no de la mera práctica o de las simples ocurrencias.” (*ibid.*).

[19] Se puede, por hipótesis, hacer una teoría general del procedimiento administrativo, nutrida no ya sólo del ordenamiento jurídico vigente, sino de la historia del Derecho y del análisis comparado, que requiera, sin embargo, una adaptación para transformarse en dogmática a los efectos indicados.

[20] Por sistematización cabe entender la formación de un sistema coherente del ordenamiento jurídico positivo, libre de contradicciones irreductibles, reconducible en última instancia a unos axiomas, y basada en razonamientos deductivos. Cfr. C. Möllers, “Methoden”, en *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, 2ª edición, Beck, 2012, núm. marg. 36.

[21] Por ejemplo: tutela judicial ha de ser “efectiva”; el crecimiento, “sostenible”; la restricción de los derechos, “necesaria” por no existir otra menos gravosa e igualmente efectiva; el procedimiento se tramita con “economía, celeridad y eficacia”; la acción administrativa ha de ser “eficaz”; etc.

cación con otras ciencias por medio de diversas estrategias<sup>22</sup> y a través de los conceptos-puente<sup>23</sup>.

#### 4. FUNCIÓN DESCRIPTIVA Y NORMATIVA

Hacer dogmática reclama, en primer término, un profundo conocimiento del Derecho establecido y aplicado. Es objeto inmediato de esa descripción, primero, el texto jurídico de toda clase y condición (desde un tratado internacional a una ley; desde un contrato a un reglamento, sin excluir el Derecho blando), y, segundo, la aplicación efectiva de esos textos jurídicos, lo que incluye la producción de toda clase de actos jurídicos. Tan inabarcable tarea obliga a una selección inteligente de los componentes más representativos del Derecho Administrativo contemporáneo –“sectores de referencia”, los llamará E. Schmidt-Aßmann<sup>24</sup>, de modo que pueda obtenerse un retrato fiel, que no exhaustivo, de los problemas y soluciones más sobresalientes de la parte especial (que es donde está la realidad)<sup>25</sup>. Esa vi-

---

[22] Un resumen en Andreas Voßkuhle y Thomas Wischmeyer, “The ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’ ...”, cit. en nota 7, p. 95. En español, Andreas Voßkuhle, “Sobre el método del Derecho Administrativo” cit. en nota 2.

[23] Sobre ello se abunda más abajo en el núm. IV.1 de esta Introducción. Véase la Primera Parte de este libro.

Una de las estrategias de diálogo con otras ciencias en un contexto multidisciplinar que utiliza la dogmática renovada es el “concepto-puente”, o “concepto-clave”. En Derecho los conceptos que elabora la dogmática –por ejemplo, de acto administrativo– se asocian a específicas consecuencias jurídicas. Sin embargo, cuando la dogmática se plantea proponer, guiar o asesorar, los conceptos cumplen una función adicional y distinta en la medida en que pretenden aludir a un problema de regulación. Un ejemplo paradigmático es el de “Administración compartida” en el seno de la Unión Europea, o el de “sociedad de la información”. Hacen de puente en cuanto que cruzan las fronteras de distintas disciplinas científicas; y son claves porque aportan luces que ayudan a una visión interdisciplinar. Sobre el tema, además de las referencias que se hacen en este libro y en la bibliografía en español, pueden verse Martin Eifert, “Conceptualizing Administrative Law ...”, cit. en nota 4, *in totum*, y Andreas Voßkuhle y Thomas Wischmeyer, “The ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’...”, cit. en nota 7 p. 96.

[24] *Vid. infra* Parte Primera, B.I.

[25] Conviene salir al paso de un error que se desliza en no pocos manuales. Y es confundir la ley general de una institución (por ejemplo, del procedimiento administrativo) con la “parte general”, como si la ley agotara en su regulación la institución, esto es, sin percibir que esa ley puede no ser suficientemente representativa (del procedimiento, por ejemplo) y, en consecuencia, no integrar propiamente la parte general. Y ello, por mantener el mismo ejemplo, porque deje fuera los procedimientos cuya instrucción recae sobre el sujeto privado; porque no cubra la producción de otros actos jurídicos; etc.). La mirada atenta a los sectores especiales es irremplazable.

sión de conjunto -con su fuerza inspiradora- aportará muchas luces, lo que se pondrá de manifiesto en el “modo” prescriptivo que a la postre asume la dogmática.

A esa descripción se añade, en efecto, una función normativa que discurre por distintos planos. Así, la dogmática adopta, de un lado, un enfoque binario (de licitud o ilicitud)<sup>26</sup>; de otro, identifica insuficiencias, incoherencias o contradicciones a la luz de distintos parámetros<sup>27</sup>. Pero también podrá postular la reforma de una institución en términos jurídicos<sup>28</sup>, o facilitar el asesoramiento jurídico -y no sólo la defensa en juicio-.

Podría hallarse una cierta analogía entre el papel que desempeña la dogmática y la función que cumplen algunos mapas (de una región, de un litoral, de un país...), que puede ser a un tiempo descriptiva y prescriptiva, como demuestra la historia de la cartografía. Es sabido que los mapas no sólo describen la realidad y nos ayudan a entenderla, a establecer límites y fronteras, a comprender nuestro lugar en el mundo. Lo cual no es poco. También hacen propuestas. Por ejemplo, un mapa ha de orientarse hacia uno de los puntos cardinales (norte, sur, este y oeste) para indicarnos dónde estamos y cómo podemos alcanzar un determinado objetivo. Ahora bien, la elección del que dibuja el mapa en relación con los puntos cardinales no es

---

[26] Por ejemplo, la dogmática jurídica permite determinar si la acción administrativa ha alcanzado o no el nivel de legitimación democrática requerido (*vid.* Tercera Parte, B.II).

En este punto la dogmática se diferencia, a juicio del autor, de la teoría de la gobernanza, elaborada en las ciencias sociales, por cuanto ésta se limita a describir o explicar la acción de los distintos actores, pero sin hacer proposiciones normativas, por lo que no dice nada acerca, por ejemplo, de si la acción administrativa posee la suficiente legitimación democrática (Tercera Parte, A.II). Desde esa perspectiva, en el pensamiento del autor, si el administrativista se limita a describir determinadas operaciones, a analizar conflictos y a pronosticar riesgos para los “valores” en juego (como se hace a menudo, especialmente bajo el epígrafe de “gobernanza global”), aun cuando se realice una investigación interesante, en paralelo a la de otros científicos sociales -de ordinario mejor equipados-, la específica aportación normativa del Derecho Administrativo quedaría desatendida.

Sin embargo, ha de reconocerse, a nuestro juicio, que el postulado de la gobernanza es susceptible de describir un cuadro muy rico en matices, sobre todo en lo que hace a la posición que en la gobernanza global ocupa el actor privado. Y de ahí se cabría enlazar en ciertos casos sin mayor dificultad con una dimensión prescriptiva (véase la nota 74).

[27] Por ejemplo, la Constitución ofrece un referente valorativo obligado con efectos multiplicadores, lo que permitirá determinar si se han extraído o no las consecuencias derivables del principio de legalidad o de la reserva de ley.

[28] A partir, por ejemplo, de principios o conceptos jurídicos comúnmente admitidos, o de soluciones arbitradas en sectores de la parte especial cargados de experiencia.

una decisión objetiva, sino que puede estar condicionada por factores culturales o sociales. En nuestro caso, por referentes jurídicos estructurantes. El mapa de la ciudad puede estar orientado hacia el oeste y no hacia el norte (y así sucede aún hoy en algunas ciudades). Las primeras comunidades cristianas ponían el este en la parte superior, simbolizando la luz y la vida. Hubo un tiempo en que el norte estaba abajo y el sur arriba<sup>29</sup>. Las distintas culturas han modificado su concepción del mundo y de su lugar en él. Y ello lo han plasmado en los mapas, que recogen no sólo los conocimientos geográficos o las creencias, sino también los valores propios de cada época. En ese sentido, puede decirse también que la dogmática describe la realidad, al tiempo que la “orienta” hacia determinados puntos cardinales (Constitución, cartas de derechos humanos, valores ínsitos en las estructuras profundas de las instituciones, la lógica de la consecución de los fines democráticamente establecidos...) y descubre nuevos ángulos y espacios desconocidos.

## 5. “LA” DOGMÁTICA O “LAS” DOGMÁTICAS JURÍDICAS

No hay una forma única de hacer dogmática. Como acontece con la gramática de una lengua, que admite muchos tipos, también la dogmática es variada y plural. Se podría hablar de una “dogmática cotidiana”, “de consumo”, “científica”..., en función de la finalidad (información, reflexión, crítica, cambio), de las diversas perspectivas que se adopten, del género literario<sup>30</sup>, y, desde luego, de las necesidades de cada tiempo y lugar, que urgirán a trabajar en un ámbito o en otro. La cultura en la que se inserta el Derecho ejercerá igualmente un notable influjo en el estilo, finalidad y características de la respectiva dogmática.

La pluralidad se nutre además de otros factores. Piénsese, por ejemplo, en el hecho de que el trabajo dogmático constituye una tarea comunitaria, en la que participan todos los operadores jurídicos (jueces, funcionarios, abogados, estudiosos y académicos...), cada uno con sus específicas aportaciones. O

---

[29] Es el caso conocido del Mapamundi de Fra Mauro (*Il Mapamondo di Fra Mauro*), c. 1450 (representado en la cubierta del libro). Su orientación está invertida: el sur aparece en la parte superior del mapa, como era habitual en los mapas musulmanes, en oposición al modelo ptolemaico, en el que el norte está en la parte superior.

[30] *Vid. infra* “Prólogo a la Edición Española”.

en la impronta que cada cultivador le imprima, lo que, todo sumado, enriquece el resultado. Nadie ostenta el monopolio sobre la dogmática, ni ésta es elaborada por una única instancia. Al autor le gusta hablar de la dogmática como un “espacio” o “foro abierto” de comunicación compartida, que presenta muchas caras, y se expresa a través de distintos géneros literarios<sup>31</sup>.

Podemos convenir, eso sí, en que la dogmática implica una “forma de pensar” y una “forma de trabajar” que le son propias y características<sup>32</sup>, pero de ahí no se sigue una “plantilla única” para llevarla a cabo.

## 6. LA IRRENUNCIABILIDAD DE LA DOGMÁTICA

Con independencia de los fundamentos en que se asiente en cada caso una dogmática jurídica, de las ideas-directrices y perspectivas que la articulen, de cuáles sean su denominación o sus equivalentes funcionales, o de otras variables, resulta tan necesaria como lo es una gramática, un sistema operativo o un mapa. La dogmática proporciona un “código” para descifrar el Derecho, para fijar una lengua común.

Siquiera sea con carácter colateral, de esa irrenunciable exigencia da prueba el hecho de que, respecto de muchos institutos, conceptos, derechos, principios y elementos, si no hay “producción propia” de dogmática jurídica en un ordenamiento dado, se acaba en la importación desde otros ordenamientos, más o menos fiel, como ha sido el caso de la dogmática de los derechos fundamentales, del principio de proporcionalidad, o de la actividad administrativa de policía, por citar tan sólo algunos ejemplos. Eso sí, como ocurre con las importaciones, sobre todo cuando son acríicas o descontextualizadas, llegan con sus respectivas impurezas, raíces, duplicidades y patógenos, así como con sus grandezas. Y también lo hacen con sus eventuales errores de concepto -bien por la indebida comprensión del importador, bien del ulterior aplicador, o bien, más sencillamente, porque el tejido trasplantado crece y se desarrolla de manera autónoma en un cuerpo distinto, generan-

---

[31] *Ibid.* núm. II. Para una comparación con los *restatements* del Derecho Privado en el mundo estadounidense, *vid.* nota núm. 82 de la presente obra.

[32] Cfr. Bumke, *Rechtsdogmatik*, cit. en nota 9, p. 4.

do en todo caso efectos imprevistos, positivos o negativos<sup>33</sup>. Para importar dogmática -y valga la paradoja- es necesario disponer a su vez de una cierta base dogmática y de juristas que la cultiven. La dogmática es necesaria para importar dogmática; también para mantenerla y ajustarla<sup>34</sup>.

De su necesidad también da cuenta el análisis comparado. En ocasiones se advierte que, aun con entramados y contextos normativos análogos, en un determinado sistema nacional se apuran y extraen todas las consecuencias de un texto -desde un derecho fundamental a un principio general, desde el reconocimiento de la autonomía local a la universitaria- gracias al trabajo dogmático de jueces y tribunales<sup>35</sup>, de profesores y estudiosos, de funcionarios y abogados-, mientras que en otros ordenamientos, sin embargo, la situación se presenta deficitaria, cuando no desviada, por superficial o irreflexiva<sup>36</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la dogmática extraída en torno al derecho a la tutela judicial efectiva en Alemania, especializada en la tutela frente al poder ejecutivo y la Administración. La dogmática allí no se ha limitado a la vertiente más simple y elemental -el acceso a la jurisdicción-, ni aceptado doctrinas o reformas “defensivas” inducidas por los propios tribunales para evitar la sobrecarga de trabajo, sino que se ha ocupado, entre

---

[33] Más problemático resulta acudir a caladeros muy alejados culturalmente aun cuando se hallen próximos geográficamente. Por lo mismo, a falta de un “mantenimiento” propio del producto importado, éste puede devenir obsoleto o quedar infrautilizado con el paso del tiempo.

[34] Por ejemplo, la regulación económica de los sectores regulados -importada en unos casos directamente del modelo norteamericano y en otros, como en Europa, a través de la Unión- constituye un ejemplo de una forma distinta de entender el servicio público tradicional (o “a la francesa”). Su correcta comprensión requiere de una elaboración dogmática adecuada.

[35] La contribución e influencia de los Altos Tribunales alemanes en la construcción del Derecho Administrativo es proverbial. La más conocida, aunque no exclusiva, es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. No es ajeno a ello, primero, la alta cualificación de los jueces en general, y, en particular, la presencia en el Tribunal Constitucional de los expertos más cualificados en Derecho (desde luego, de Derecho Público en primer lugar, que incluye el Derecho Administrativo), con una relevante formación y trayectoria, y una nutrida representación del mundo académico, imprescindible en un tribunal de esta naturaleza.

[36] Ilustrar con ejemplos la afirmación del texto excedería en mucho del propósito de una introducción al servicio de una obra principal. Baste, sin embargo, notar que a ello no es ajeno el rigor y exigencia de los estudios de Derecho en cada país, como tampoco lo es que el estudioso trabaje en el seno de un modelo universitario de investigación, en la que el responsable de cada cátedra cuente con un grupo de colaboradores y ayudantes, por ejemplo, o en un modelo de universidad de docencia más o menos escolar.

otros extremos, de la intensidad del control judicial para satisfacer las exigencias mínimas de aquel derecho<sup>37</sup>.

Por lo demás, la dogmática resulta igualmente útil para la enseñanza del Derecho<sup>38</sup> y para proveer de una sólida formación en tres planos profesionales característicos: la aplicación e interpretación del Derecho; la elaboración de normas (señaladamente, en el ámbito de la Administración); y el asesoramiento<sup>39</sup>.

## II. UNA NOTA SOBRE LA SINGULARIDAD DE LA DOGMÁTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### 1. LA ORGANIZACIÓN DE LA VIDA EN SOCIEDAD

Cada rama del Derecho positivo requiere una dogmática específica, en función de su respectivo objeto, naturaleza, dinámica o espíritu. Así, en lo que hace al Derecho Administrativo, no cabe olvidar que es la rama del Derecho que se responsabiliza de un modo más directo y generalizado de organizar la vida en sociedad dentro de un hábitat constitucional bien definido y de conformidad con lo que el Derecho disponga. A la postre, un Estado es lo que su Administración. De ahí se extraen por fuerza los primeros rasgos que destacan en el Derecho Administrativo: se diferencia, primero, por su vasta extensión y heterogeneidad, casi carece de fronteras definidas (recuérdese que no es posible definir a la Administración por las actividades materiales que despliega); y, segundo, por su dinamismo o falta de estabilidad. Tal finalidad de organizar la vida en sociedad -y la consiguiente posición asimétrica de la Administración respecto del individuo- terminan por dar un peso relativo y una naturaleza específicos al instrumental jurídico de que se sirve, aun cuando en tantos casos traigan su origen del Derecho Privado (como sucede, por ejemplo, con el contrato, la responsabilidad extracontractual o el acto jurídico unilateral).

---

[37] La obra de referencia sobre tal derecho es el comentario de E. Schmidt-Aßmann al art. 19.IV LF: *Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)*, en Maunz/Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, 2020, Beck.

[38] Las Facultades de Derecho son facultades profesionales: son la sede de la teoría y de la práctica, de la ciencia y de la profesión.

[39] Véase el documento “Perspectivas de la ciencia del Derecho en Alemania. Situación, análisis, recomendaciones”, citado nota 5, p. 5, en la que se insiste en la necesidad de formar en la preparación de decisiones.

## 2. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL

Mientras la dogmática del Derecho Privado y la del Derecho Penal se ocupan esencialmente de acciones, la del Derecho Administrativo lo hace en primer término de instituciones o, más exactamente, de una estructura institucional compleja, a saber, la Administración pública. De ahí podrían derivarse dos consecuencias:

- El Derecho Administrativo sirve de vehículo para hacer realidad las coordinadas constitucionales que gobiernan el entramado institucional que forman las Administraciones; utiliza su acervo para materializar el principio de legalidad y de vinculación a la ley y al Derecho; la legitimación democrática de la Administración; la división de poderes; el respeto y atención de los derechos; la realización a través de las políticas públicas de los fines del Estado... Ello explica la extraordinaria relevancia que tiene la Constitución para el Derecho Administrativo desde su misma base y fundamento y, por tanto, para su dogmática. No es casualidad, en opinión del autor, que la llamada “constitucionalización” del ordenamiento -y que hoy se extiende a todas las ramas del Derecho- diera comienzo precisamente con el Derecho Administrativo -entendido como desarrollo y plasmación del Derecho Constitucional-<sup>40</sup>. Con todo, las intensas relaciones “Constitución-Derecho Administrativo” no acaban ahí: primero, porque la Constitución ejerce una función civilizadora del Derecho Administrativo -que deja de ser así una mera correa de transmisión del poder para girar en torno a la dignidad de la persona y sus derechos en la satisfacción de los intereses generales-; segundo, porque el Derecho Administrativo hace de puente entre buena parte de la Constitución y la realidad; tercero, porque el Derecho Administrativo desempeña una función de vigilancia o de “alerta rápida”, en cuanto “ciencia de trinchera”, no sólo para detectar desviaciones de la Constitución -análisis este que excede en mucho de lo que puede advertirse en un proceso constitucional-, sino también para orientar en positivo la extensión de los valores constitucionales a los nuevos fenómenos de nuestro tiempo<sup>41</sup>.

---

[40] E. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, capítulo primero, núm. marginal 17 y ss.

[41] Sobre el tema, me remito a mis trabajos “Verfassung und Verwaltung. Zum 40. Jahrestag der spanischen Verfassung von 1978” en *Verfassungsentwicklungen im Vergleich* (editado por H.J. Blanke y otros), Duckler & Humblot, Berlin, 2021, pp. 237 y ss.; “*La interacción entre la Consti-*



- Una segunda e inmediata consecuencia de la dimensión institucional es la relevante posición que ocupa el régimen jurídico de la organización administrativa en la moderna dogmática del Derecho Administrativo, en contraste con lo que acontece en el Derecho Privado, donde la organización posee relevancia sólo en algunas áreas, y en el Derecho Penal. La comprensión de la Administración como organización representa una característica de la moderna dogmática jurídico-administrativa, como se pone de manifiesto -con notable originalidad- en la Tercera Parte del libro<sup>42</sup>.

La referida dimensión institucional no agota, desde luego, la dogmática jurídica del Derecho Administrativo, pero sí constituye un elemento propio y diferenciador, que ha de ser debidamente atendido.

### 3. LA INTRÍNSECA INESTABILIDAD: EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PERPETUO PROCESO DE CAMBIO

Del Derecho Administrativo se dijo en el siglo XIX que “se ha consolidado verdaderamente como un pilar de la modernidad” (Francia)<sup>43</sup>. Y, más tardíamente, en el seno de la familia del *common law*, se afirmaría igualmente que constituye “la novedad jurídica más extraordinaria del siglo XX” (EE.UU.)<sup>44</sup>.

Esa creciente relevancia del Derecho Administrativo adquirida en la sociedad de nuestro tiempo no significa, sin embargo, que su contenido se

---

tución y el Derecho Administrativo: límites y patologías”, en *La constitucionalización del Derecho Administrativo*, XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (Editores: Alberto Montaña y Andrés F. Ospina), Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 499-533.

[42] El volumen cuarto de la serie de reforma del Derecho Administrativo se dedicó a la organización: E. Schmidt-Aßmann – W. Hoffman-Riem, *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsresource*, Nomos, 1997.

Por su parte, las *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (editado por W. Hoffinan-Riem – E. Schmidt-Aßmann – A. Voßkuhle), dedican una cuarta parte del volumen I a la “Administración como organización” (Beck, Munich, 2ª edición, 2012).

Ciertamente, podrían destacarse otras notas distintivas de la dogmática del Derecho Administrativo. A nuestro juicio, una de especial trascendencia reside en la relación que ésta guarda con las distintas modalidades de gobierno y administración (entendidos estos términos en sentido objetivo). A ello aludo más abajo en el núm. II.4.

[43] Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, Ed. By Lewis Coser. London, Macmillan, 1997, p. 101 (1st ed. Paris 1893).

[44] Cfr. Vanderbilt, en el prólogo a la obra de B. Schwartz, *French Administrative Law*, 1953, p. XIII.