



EL CONTENIDO IMPLÍCITO DEL DERECHO

Francisco B. López-Jurado

Resumen: *Toda época asiste a cambios culturales y sociales. En algunos momentos como los actuales parece que esos cambios aumentan su velocidad. El Derecho es a la vez instrumento y manifestación de esos cambios. En el presente trabajo se pone de manifiesto cómo detrás de cualquier regulación jurídica late un contenido implícito. Desentrañarlo enriquece el análisis estrictamente jurídico, a la vez que sirve de fundamento al diálogo interdisciplinar entre estudiosos del Derecho y cultivadores de otras disciplinas, sin abdicación de los métodos propios de cada ciencia.*

Palabras clave: Derecho, contenido implícito, metodología jurídica.

Sumario: 1. Un punto de partida, 2. La apertura del normativismo, 3. La posición de los distintos agentes, 4. La idea implícita de lo que el Derecho sea, 5. El contenido implícito del Derecho, 6. Desentrañar el contenido implícito del Derecho.

1. UN PUNTO DE PARTIDA

Se suele partir de la idea de que el Derecho lo integran los programas normativos diseñados y aprobados por el legislador competente, en vigor en un ámbito territorial y temporal determinado. El Derecho sería, así, algo artificial –en la mejor acepción de la palabra–, puesto, un producto cultural, fruto del debate político y, en las sociedades democráticas, basado fundamentalmente en el consenso de los ciudadanos. Esa concepción, que podríamos llamar normativista del Derecho, sin embargo, no da razón completa de lo

que éste sea. El Derecho es eso pero no puede ser sólo eso. Distintas consideraciones lo ponen de manifiesto aún sin necesidad de recurrir al análisis de los implícitos contenidos y a las consecuencias que se derivan de una postura exclusivamente normativista.

La consideración del Derecho desde la perspectiva de lo que HOFFMANN-RIEM denomina “ámbito de la solución del problema” (*Problemlösungsbereich*)¹ muestra cómo el Derecho también “se descubre” en el marco de factores relevantes de decisión que, en parte, desbordan la perspectiva de un concreto programa normativo y condicionan la solución “jurídica” a adoptar. El Derecho de esta forma tendría también un contenido racional, que cabría “extraer” u “obtener”² de la realidad que condiciona cada ámbito de regulación y cada problema necesitado de solución jurídica. Este contrapeso de la concepción meramente normativista del Derecho antes expuesta nos acercaría levemente a posiciones sociologistas.

Validez y legalidad son irrenunciables en cualquier Estado de Derecho; pero la aplicación de éste nos muestra que, en realidad, hay una pluralidad de factores de decisión ajenos a la estricta consideración del programa normativo que se dice aplicar, que inciden en la determinación del sentido del Derecho en casos concretos. Esos factores no pueden ser pasados por alto a la ligera. Junto a validez y a legalidad, la eficacia ocupa un papel importante en el modo de entender el Derecho en un Estado administrativo, por más que la determinación de lo que sea “eficacia” presente grandes problemas³.

1. En “Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft”, en *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, Wolfgang HOFFMANN-RIEM (eds.), Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 11 y 32-34.

2. En el sentido empleado por Martin KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Dunker & Humblot, Berlin, 1976.

3. Como afirmara James M. BUCHANAN el criterio de eficacia implica un explícito juicio de valor. Así en “Good Economics-Bad Law”, *Virginia Law*

La concepción normativista del Derecho viene exigida por el respeto a quienes en cada momento ostentan las diversas funciones de determinación del Derecho en el seno de una comunidad política. La consideración de factores no incluidos expresamente en programas normativos es, sin embargo, también necesaria para no cerrar los ojos a la realidad de cómo se aplica el Derecho, para atender a la realidad de que el Derecho, en el Estado administrativo, opera como límite e instrumento de control, pero también cauce para la realización de políticas públicas y para el logro de objetivos sociales; así como por el hecho de que existen distintos planos de determinación del Derecho: el de los diseñadores de políticas públicas, el de los legisladores, el de los órganos judiciales, el de las Administraciones públicas, el de las empresas y los ciudadanos, ninguno de los cuales puede ser marginado sin empobrecer el debate jurídico y democrático.

2. LA APERTURA DEL NORMATIVISMO

La realidad nos dice que incluso la función de aplicación del Derecho más predeterminada por la programación normativa, la judicial, no puede evitar el recurso a elementos, en el mejor de los casos, sólo indirectamente, incluidos en dicha programación. En cita de alguien poco sospechoso de sociologismo como el juez Felix FRANKFURTER, “se puede decir que la más problemática fase

Review, 60 (1974), p. 485. Se trata de la recensión crítica de BUCHANAN al posteriormente muy citado e influyente libro de Richard B. POSNER, *Economic Analysis of Law*. Es posible asomarse a los problemas prácticos que presenta de determinación de lo que sea mayor eficacia, a pesar de los esfuerzos del autor, leyendo la obra de Richard O. ZERBE Jr., *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edgard Elgar, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), 2001. Demoleedor respecto de la elevación del criterio de eficacia a punto central de la determinación del sentido del Derecho: Arthur Allen LEFF, “Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism”, *Virginia Law Review*, 60 (1974), pp. 939-941.

de la interpretación es la determinación de en qué medida (con qué alcance) la infiltración de documentación extraña y circunstancias externas puede llegar a ser admitida en el texto (de la ley) con la teoría de que formaban parte de ella, escritas en tinta perceptible por el ojo del juez⁴.

El empleo del Derecho como cauce de acción social propia del Estado administrativo, conlleva la generalización de preceptos que contienen una programación finalista (*Zweckprogramm*) mediante la que se determinan objetivos. Esos preceptos son distintos de aquellos que contienen programaciones condicionales (*Konditionalprogramm*) mediante la que se establecen concretas consecuencias jurídicas una vez verificado un supuesto de hecho⁵. La programación finalista se concreta en mandatos de optimización, caracterizados por ordenar la realización de algo en la mayor medida en que sea factible, atendidas las distintas posibilidades jurídicas y fácticas. El esquema de la programación finalista es el más adecuado para la formulación de determinaciones de objetivos estatales que contienen algunas Constituciones⁶. Proliferan también esas programaciones en las normativas sectoriales como la medioambiental, la de protección de la salud, la de regulación económica, la urbanística, la de protección de datos de carácter personal, etc.

La existencia y abundancia de normas que contienen ese tipo de programación finalista supone un desafío, en concreto, para la

4. "Some Reflections on the Reading of Statutes", *Columbia Law Review*, 47 (1947), p. 529.

5. En el conocido par conceptual propuesto por Niklas LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Dunker & Humblot, Berlin 1966, p. 36. En España, distingue entre normas de programación condicional y final, por todos, Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2ª ed., Ariel, Barcelona 1988, pp. 43-44.

6. En ese sentido, Karl-Peter SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, pp. 359-362.

concepción tradicional del Derecho administrativo como correa de transmisión de los mandatos y las soluciones previamente diseñadas por el legislador⁷. A la vez, convierte en objeto de estudio los factores relevantes de decisión externos al programa normativo directamente aplicado⁸.

3. LA POSICIÓN DE LOS DISTINTOS AGENTES

En las democracias occidentales, los distintos agentes que forman la comunidad política, determinan el Derecho de distinta forma. Esa determinación de sentido ha perdido el carácter unitario que en algún momento se le pudo atribuir como actuación materialmente judicial de solución de un conflicto dado a partir de una norma en vigor o de un *case law* asentado. La metástasis de centros de producción normativa, de ámbitos materialmente judiciales y la variedad de tareas confiadas a las administraciones públicas; determinan otras tantas funciones de determinación del sentido del Derecho, cada una con un alcance y unos condicionamientos específicos. No se puede prescindir de la existencia de esos distintos planos ni del hecho de que en cada uno se determina el sentido del Derecho sin reducir el ámbito de análisis y de enseñanza del Derecho.

Ciertamente cada uno esos planos debe distinguirse de los otros con rotundidad, pues la legitimación para el ejercicio de las correspondientes funciones es distinta, y sólo esa distinción es garantía de correcto funcionamiento de las instituciones democráti-

7. Describe ese modelo, exponiendo su fundamento en la teoría política de la Ilustración (especialmente John LOCKE y el pactismo), señalando algunas causas de su parcial quiebra, Richard B. STEWART, "The Reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review*, 88 (1975), pp. 1669 y ss.

8. Desarrolla esa idea Wolfgang HOFFMANN-RIEM, "Methoden einer...", cit. pp. 31 y ss.

cas en su conjunto. Los *check and balances* necesarios para posibilitar el control del poder no serían posibles sin distinguir la tarea de los legisladores, de los tribunales, de los gobiernos, etc. Desde otra perspectiva, el análisis y enseñanza del Derecho dirigida fundamentalmente a la solución de litigios entre partes mediante la determinación autorizada del sentido de un programa normativo, es sólo una parte del vasto ámbito de la determinación del sentido del Derecho en las democracias occidentales en su fase de Estados administrativos.

Importa destacar tanto el hecho de que todos los agentes antes mencionados determinan el sentido del Derecho como el dato de que sus posiciones respectivas difieren radicalmente. No se puede ignorar lo primero sin caer en visiones reduccionistas del Derecho; ni confundir lo segundo sin alterar el equilibrio de poderes sobre el que se asienta una comunidad política y que es frecuentemente garantía de su estabilidad democrática. La posición en la comunidad política del agente jurídico condiciona su determinación del sentido del Derecho. Es claro que la determinación del Derecho a realizar por el legislador es cualitativamente distinta a la que realiza un Tribunal Constitucional y la de éste difiere de la de los jueces ordinarios, dentro de estos últimos difiere la posición del juez penal a la del juez administrativo cuando este último resuelve litigios referidos al ejercicio de potestades discrecionales. Por ejemplo, el que el Tribunal Constitucional valore la presencia de vicios de legalidad ordinaria en disposiciones o actos administrativos en conflictos positivos de competencia, no le permite declarar la invalidez de dichos actos o disposiciones. Ésta sólo podrá declararse en dicha sede, mediante dicho procedimiento, si se aprecia vulneración del orden constitucional de distribución de competencias. Los ejemplos podrían multiplicarse.

La diferencia de posiciones entre los distintos agentes jurídicos que surge de la respectiva legitimación, se manifiesta en el alcance y pretensión de eficacia de la determinación del Derecho que cada uno realiza. La posición de los distintos agentes jurídicos

cos condiciona el marco en el que “encontrar” el Derecho aplicable, y los elementos que legítimamente pueden emplear para la solución de los problemas jurídicos que les han sido planteados.

La principal crítica que James M. BUCHANAN dirige al *Economic Analysis of Law* de POSNER, es precisamente la de no captar la diferente posición institucional de legisladores y jueces, confundiendo el papel de unos y otros. Ese fracaso en trazar la vital distinción entre distintos cometidos funcionales, lleva a considerar a los jueces como legisladores, encargados de diseñar políticas públicas, más que de aplicar modestamente el Derecho que descubren, fundamentalmente, en los programas normativos diseñados por quienes tienen atribuida esa función dentro de la comunidad política⁹.

Los distintos planos de determinación del Derecho debieran tener reflejo en la enseñanza del Derecho, evitando cuidadosamente su confusión. Ya no es suficiente una enseñanza orientada al mero control litigioso de legalidad (enseñar para ser jueces ordinarios); es necesario enseñar para desempeñar las distintas posiciones que en la comunidad política ocupan los agentes jurídicos. Esa enseñanza debiera marcar con claridad las distintas posiciones porque la posición condiciona dónde se podrá legítimamente buscar el Derecho a aplicar y qué elementos se pueden emplear legítimamente para resolver los problemas jurídicos que les han sido planteados.

4. LA IDEA IMPLÍCITA DE LO QUE EL DERECHO SEA

Tratamos lo que nos rodea conforme a la idea que de las distintas realidades tenemos. La determinación del sentido del Derecho está condicionada por la idea que de Derecho se tenga. A la

9. Así en “Good Economics-Bad Law”, cit. pp. 489-491.

vez, cada determinación del sentido del Derecho presupone o implica una noción de Derecho. Se podría calificar como un “hecho” que la previa comprensión de lo que sea el Derecho condiciona la determinación de su sentido. Si entendiéramos la interpretación jurídica exclusivamente como exégesis de textos, estaríamos ignorando que –lo queramos o no– vivimos en un Estado administrativo, donde el papel del Derecho no es el de mero límite externo o mero instrumento de resolución de conflictos; sino que es instrumento, cauce, herramienta para el logro de objetivos sociales.

La determinación del contenido del Derecho varía sustancialmente según se entienda a éste como mero límite e instrumento de control o, también, como instrumento para el logro de objetivos sociales. Parece claro que no se entenderá igual la determinación del sentido del Derecho si se parte de una idea del Derecho estrictamente normativista, o de posiciones sociológicas, o de otras que se pudieran calificar de intermedias. La postura normativista o formalista, a grandes rasgos, pasa por entender el Derecho como conjunto de reglas y principios puestos por el legislador o aquilatados por el *case law*, autónomo y autosuficiente cuya tarea consiste en la elaboración lógica o sistemática de esas reglas y principios. Lo importante sería la validez del Derecho. El sociologismo, por su parte, entiende el Derecho como abierto a la sociedad en la que ese Derecho vive y se aplica. La apertura, sin embargo, corre el peligro de confundir las distintas posiciones de los agentes jurídicos, a la vez que plantea la cuestión de las relaciones del Derecho con las disciplinas no jurídicas y/o con los datos que proporciona la realidad de las cosas.

Las preguntas clave que podrían centrar el debate en torno a la noción de Derecho y que condicionan la determinación de su sentido en las distintas posiciones que ocupan los agentes jurídicos serían: ¿Dónde encuentran el Derecho los distintos agentes? ¿Qué elementos pueden ser tenidos en cuenta para dar solución a los problemas jurídicos? ¿En qué medida pueden otras disciplinas no jurídicas auxiliar la tarea de los agentes jurídicos? Desde otra



perspectiva: ¿Es Derecho sólo el puesto por quien en cada momento tiene a su cargo la comunidad política o también se descubre? Analizando las determinaciones del Derecho que los distintos agentes jurídicos realizan es posible descubrir el modo implícito en que dan respuesta a esas preguntas sobre la noción de Derecho.

La determinación del sentido del Derecho realizada por los distintos agentes jurídicos dentro de una comunidad política, se ve condicionada por la idea que dichos agentes tienen del Derecho. A la vez, la determinación del sentido del Derecho realizada en casos concretos por los distintos agentes, expresa una concepción implícita de lo que sea el Derecho.

5. EL CONTENIDO IMPLÍCITO DEL DERECHO

Si es cierto que tratamos cuanto nos rodea conforme a la idea que de esas realidades tenemos, entonces bastará analizar cuál es el trato que a esas realidades dispensamos para descubrir qué consideración nos merecen. El Derecho supone un “tratamiento” de la realidad en la medida en que orienta y dirige las conductas de seres humanos. En la medida en que el Derecho en parte es “puesto”, analizándolo llegaremos con facilidad a la idea de ser humano, de sociedad, de comunidad política, que laten en su interior. Las ideas sobre la realidad condicionan el Derecho “puesto” en cada comunidad política a la vez que el análisis del Derecho “puesto” permite alcanzar la idea que de esas realidades late tras una concreta regulación. Al igual que detrás de toda teoría política descansa sobre una idea de lo que es el ser humano y su conducta¹⁰;

10. Edward L. RUBIN, “Public Choice, Phenomenology, and the Meaning of the Modern State”, *Cornell Law Review*, 87 (2002), pp. 309-311, destaca como toda teoría política está fundamentada en una psicología, poniendo los ejemplos de Tomás DE AQUINO, de HOBBS, de KANT o MONTESQUIEU.

también detrás de cada regulación late una idea acerca de lo que sea el objeto regulado.

No es indiferente para el Derecho ni para su determinación que se considere que hombre es un lobo para el hombre, o como individuo autónomo no sujeto a más leyes que aquellas que se ha dado a sí mismo, o como ser caracterizado fundamentalmente por detentar posesiones, o un ser cuyo rasgo decisivo es la autopreferencia, o por ser un momento en el proceso de evolución de la materia, o un maximizador del propio interés, un creador de sentido; o un ser vivo sintiente no esencialmente distinto de otros seres vivos, o un ser irrepetible dotado de una dignidad inalienable. Esas ideas están presentes y condicionan la determinación del sentido del Derecho.

A la vez las regulaciones concretas expresan ideas políticas, filosóficas, económicas, ecológicas, etc. sobre la realidad objeto de regulación. Por ejemplo, detrás de normas sobre funcionarios públicos que establezcan como único y exclusivo incentivo para la mejora y promoción profesional una mejora del sueldo, late una visión del hombre como maximizador del propio interés. Detrás de una regulación favorecedora del divorcio Express es fácil descubrir una visión de la persona como incapaz de compromisos duraderos, una visión negativa —como cercenadora de la libertad— de cualquier compromiso y una concepción de la libertad centrada exclusivamente en la capacidad de opción, desprovista de toda relación con la verdad.

6. DESENTRAÑAR EL CONTENIDO IMPLÍCITO DEL DERECHO

Se ha afirmado previamente que la determinación del sentido del Derecho realizada en casos concretos por los distintos agentes, expresa una concepción implícita de lo que sea el Derecho así como una idea de lo que sea el objeto de regulación; en muchos casos el propio ser humano y la sociedad. Además, toda determi-

nación del sentido del Derecho procede de un agente jurídico cuya posición en la comunidad política condiciona el resultado de dicha determinación.

Hacer explícitas en el debate jurídico las ideas presentes en la determinación y aplicación del Derecho es, en algunos casos, cuestión de honradez intelectual, manifiesta los fundamentos que condicionan las concretas opciones adoptadas por los agentes jurídicos, les aporta elementos de juicio relevantes para el desempeño de su tarea, facilita la transparencia y enriquece el debate democrático, evitando que se hurten a ese debate decisiones claramente políticas.

Del estudio del contenido implícito del Derecho pueden extraerse consecuencias sobre lo que el Derecho es y sobre la idea del hombre y de la sociedad que fundamenta su determinación de sentido. Descubrir ese trasfondo enriquece la tarea del agente jurídico a la vez que permite alcanzar una idea realista del Derecho y de la función social que desempeña. El Derecho aparece así como fuertemente dependiente de las decisiones de la comunidad política en que se integra y condicionado por la realidad de las cosas tal y como la muestran las distintas ciencias. Así se descubre un claro punto de encuentro, sin renunciar a la metodología y a los modos de hacer propios de cada disciplina, entre el quehacer de los estudiosos del Derecho y el trabajo de los cultivadores de otras ciencias.

El conocimiento más ajustado de lo que el Derecho sea, implica una concepción modesta de lo jurídico como realidad que aparece condicionada. En decir de HAYEK respecto del ser humano: “sólo el reconocimiento de los límites hace posible al hombre potenciar al máximo sus facultades”¹¹. El agente jurídico, cualquie-

11. Friedrich A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política* (1973), vol. I, Chicago University Press, Chicago, 1973, traducción al español publicada en Unión Editorial, Madrid 1978, p. 20.

ra que sea su posición, gana teniendo en cuenta las limitaciones del objeto de su trabajo; siendo consciente que, de hecho, el Derecho y su aplicación descansan sobre un contenido no meramente volitivo fruto del consenso, sino también racional descubierto por la razón. También se gana considerando que el Derecho “puesto” por el legislador, fruto del consenso necesario al decidir si da relevancia pública a unas u otras conductas, y qué relevancia pública les da; lleva implícitos juicios éticos en el sentido de referidos al bien o mal de conductas, técnicas, actuaciones.

Además, la indagación del contenido implícito del Derecho, permite detectar principios éticos compartidos que, de hecho, sirven como criterios básicos para legislar; detecta la separación respecto de esos criterios éticos, su sustitución por otros distintos y traza el cuadro de consecuencias que se pudieran seguir del cambio de dichos criterios básicos.

La indagación del contenido implícito no es tarea propia sólo ni fundamentalmente de la filosofía del Derecho, sino que implica a todas las áreas jurídicas pues presupone conocimientos especializados en dichas áreas. Es, en este sentido, una técnica transversal llamada a influir en el modo de entender, de investigar y de enseñar el Derecho en los próximos años.