

EL DERECHO UNA REALIDAD CAMBIANTE

*Milagros Otero Parga**

Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Santiago de Compostela
España
oteropar@usc.es

Resumen

El Derecho tiene la finalidad de organizar la vida del ser humano en sociedad, tendiendo hacia un ideal de justicia. Para lograr este objetivo, se sirve del ordenamiento jurídico, concebido como el conjunto de normas jurídicas por las que se rige el comportamiento social en un lugar y tiempo determinado. El presente estudio analiza la incidencia del cambio social en este proceso. Comienza definiendo el concepto y alcance del “cambio” para ocuparse, a continuación, de establecer cómo influye éste en los distintos modos de producción del derecho. La conclusión a la que llega constituye una llamada a la prudencia y al equilibrio. El cambio en sí mismo denota la inquietud de una sociedad que busca su progreso. Sin embargo éste no es ni bueno ni malo a priori sino, únicamente, en función de la mayor cota de justicia, certeza y seguridad que proporcione a los administrados.

Palabras clave: Derecho, cambio social, estabilidad, cambio, ordenamiento jurídico.

LAW, A CHANGING REALITY

Abstract

The purpose of Law is to organize the life of human beings in a society, having an ideal of justice. In order to accomplish this objective, legal codes are used and are conceived as the group of legal norms by which social behavior is governed at a determined place and time. This study analyzes the incidence of social change on this process. It begins by defining the

* Doctora en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela. España. Autora de diversos artículos. Invitada permanente de la Universidad de Toluca. México.

concept and reach of “change” and then deals with establishing how it influences the different manners in which laws are made. The conclusion reached constitutes a call to prudence and equilibrium. Change itself denotes the uneasiness of a society seeking progress. However, it is not good or bad a priori, but only in terms of the greater level of justice, certainty and security it provides those being administered justice.

Key words: Law, social change, stability, change, legal codes.

1) Introducción

El derecho se configura como una forma de organización social que, a través de un complejo sistema de normas jurídicas, pretende asegurar la vida del ser humano en sociedad, tendiendo hacia un ideal de justicia. En esta relación influyen distintos elementos que configuran el ordenamiento particular de cada lugar y de cada momento¹. Cada sociedad produce una serie de normas de conducta dirigidas a sus miembros, distintos, en cada momento. La finalidad es siempre la misma. Se concreta en garantizar tanto la convivencia común, como la subsistencia de la sociedad².

En esta relación que se manifiesta como inescindible, es preciso aquilatar algunos conceptos que, de ordinario, tienden a confundirse. No es correcto equiparar la ley con el derecho. La ley es una expresión del derecho y como tal su concepto es mucho más reducido que aquel. El conjunto de normas que regulan los comportamientos humanos se agrupan en lo que técnicamente se conoce como ordenamiento jurídico. El Derecho es mucho más que eso. Es mucho más que la ley puesto que encuadra dentro de sí otras manifestaciones jurídicas como la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia o la equidad, por citar algunas de ellas³.

Tampoco es correcto entender el derecho como un conjunto de normas cuya finalidad es “castigar” las conductas de aquellos seres humanos que realizan acciones contrarias a las leyes. Es indudable que parte de la finalidad de las normas es esa, pero dista mucho de ser la única. Es más, en la mayoría de los casos, el ordenamiento jurídico se ocupa de regular las relaciones sociales con la finalidad de evitar los conflictos. La función preventiva, se manifiesta como de máxima utilidad y gran incidencia en la regulación de las acciones humanas.

Al lado de esta función de prevención y completándola, existen otras, sin las cuales sería imposible, y en todo caso muy empobrecedor, entender cualquier tipo de sistema jurídico. Entre ellas cabe citar la certeza, seguridad, cambio progresivo, legitimación, limitación del poder público etc. Como decía Recaséns, “las necesidades que origina la creación del derecho pueden ser tipificadas en dos: la necesidad de orden y de organización social; y la necesidad de que ese orden satisfaga el sentido de la justicia y de los demás valores implicados por la justicia (dignidad, libertad y autonomía personales, bienestar general) etc”⁴.

Tampoco es concebible, o al menos satisfactoria, desde el punto de vista de la Filosofía jurídica, una noción de derecho que no tenga en cuenta la posibilidad de asegurar la efectiva realización de la libertad de los individuos que integran la sociedad de referencia. En ese sentido son esclarecedoras las palabras de Kant en tanto en cuanto afirmaban que “es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales”. De esta afirmación puede extraerse su famosa *regla áurea o regla universal de derecho* que se expresa diciendo “obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal”⁵.

El Derecho como realidad práctica, puede presentar distintas facetas. De todas ellas prefiero la que concibe éste desde un punto de vista más completo. Consecuentemente, desecho la visión restrictiva del Derecho como “policía” de la sociedad en su conjunto. Sin desconocer la necesidad de esta función, prefiero enfocar este trabajo desde una perspectiva más “constructiva”. Por una vez, y sin cerrar los ojos a la sociedad y a las otras “realidades”, quisiera presentar “la otra faceta” del derecho. Aquella que ya manifestaba Aristóteles cuando pensaba en la necesidad de guiar al ser humano en sociedad, y educarlo para que su vida, al igual que la de sus semejantes, sea lo más satisfactoria posible, tendiendo hacia el bien común⁶.

Esa es la visión del derecho que pretendo aportar en este momento. Eso no quiere decir, en modo alguno, que deban desconocerse las otras. Sencillamente priorizo una que me parece “la cara más amable de la moneda”. Desde este punto de vista, me ocuparé de la mutabilidad del derecho en relación con los

cambios sociales. Entiendo el derecho como un producto hecho en, por, y para, la sociedad. Por eso es preciso que sepa adaptarse a ella. Si no consigue este propósito corre el riesgo, el grave riesgo, de ser absolutamente ineficaz y causar con ello un daño mucho mayor a la sociedad que pretende regular.

Sentar las bases de la necesidad de cambio progresivo en el derecho, con ser un paso importante, no soluciona el problema de la mutabilidad al cual nos enfrentamos. Debemos aprender a detectar los cambios sociales, determinar aquellos frente a los cuales el derecho debe reaccionar y separarlos de aquellos otros en relación con los cuales tiene que permanecer inactivo; establecer la adecuada secuencia de la manifestación del cambio y, por último, arbitrar las medidas para que éste se produzca de una forma lógica y jurídicamente correcta. Esto es, tendente hacia la justicia. No pretendo abordar todos y cada uno de estos problemas. Ello excedería, con mucho, los límites impuestos para este trabajo.

Quiero ofrecer un resultado mucho más modesto. Analizaré las formas de producción del derecho y trataré de ver la incidencia de los cambios sociales en cada una de ellas. Y todo ello tratando de responder a una pregunta final ¿debe adelantarse el derecho a los cambios sociales o, por el contrario, debe esperar a que éstos se produzcan, para evitar así una excesiva movilidad tendente a la inseguridad?

Dedicaré las siguientes páginas al análisis de este interrogante. Iniciaré mi estudio poniendo en relación las dos realidades que quiero analizar. Esto es, derecho y cambio social.

2) Derecho y cambio social

El derecho como realidad universal, y el ordenamiento jurídico como especificación concreta en cada tiempo y lugar de ese orden, no pueden entenderse sin el individuo. El ser humano se configura como el enlace imprescindible entre el producto y el resultado. Entre lo que se quiere alcanzar y los medios para lograrlo. La humanidad, tanto considerada en su conjunto, como de forma particular centrándose en cada hombre o mujer, constituyen no sólo el nexo causal del derecho sino, fundamentalmente, su razón de ser. El derecho y con él las normas, se configuran como un elemento al servicio del ser humano para regular su convivencia de forma justa y pacífica respetando, en el mayor grado posible, el pluralismo social.

En este ejercicio la norma jurídica tiene que limitar, necesariamente, la libertad humana. No podría ser de otro modo ya que su razón de ser es evitar el triunfo del más fuerte únicamente por el hecho de serlo. Decía Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, que “la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y no en estar obligado a hacer lo que no se debe querer”⁷. El derecho, a través del ordenamiento jurídico, tiene la finalidad de asegurar al hombre el verdadero ejercicio de su libertad.

Esta afirmación puede resultar, en principio, un poco contradictoria, habida cuenta de que la ley lleva dentro de sí la posibilidad de la coacción. Esto es, de ser impuesta por la fuerza. Sin embargo esta posibilidad real es la única que asegura el triunfo contra el más fuerte únicamente basado en su posibilidad de imponerse⁸.

En todo caso, y pensando en un hipotético “estado de naturaleza”⁹ es innegable el hecho de que la norma coarta, al menos en principio, la libertad individual y social. Por ello es esencial que el legislador conozca perfectamente la sociedad a la que va dirigida la norma que crea, y sea capaz de responder, de la mejor manera posible, a las expectativas que la cesión de sus “derechos absolutos” ha creado en los individuos que la realizaron.

La norma jurídica debe atender a la sociedad y especialmente a los individuos que la forman. Y debe estar, por consiguiente, permanentemente pendiente de sus cambios. El protagonista de todo cambio es el ser humano. Como dice Moore, “un sistema social requiere que las unidades sean personas, más propiamente actores o seres que desempeñen un papel, y cuya interacción esté gobernada por reglas o normas”¹⁰. Es más, el factor del cambio tiene que ser individual, pues únicamente el individuo tiene capacidad para crear nuevas formas de existencia, que después trasladará a la sociedad en su conjunto¹¹.

Una vez admitida la coincidencia del sujeto activo del cambio, con su homónimo en relación con el derecho, la pregunta inmediata que surge es ¿cuál es la razón de ser de esta mutabilidad? ¿por y para qué cambia el individuo, arrastrando con él todo el sistema jurídico y la marcha de la sociedad en la que se integra?. Creo que la respuesta está en el progreso.

Esta afirmación no quiere decir que todo cambio suponga siempre un progreso. A veces, lamentablemente es un retroceso. En todo caso la intención de quien lo propugna es aportar un avance. Coincido con Recaséns en que para

progresar el ser humano necesita dos requisitos: 1) ser capaz de aprovechar el pasado, de beneficiarse con los requisitos logrados por sus predecesores y 2) tener la capacidad de hacerse libre de lo que fue ayer, para estar en franquía de ser de otro modo, es decir, de corregir y aumentar la herencia cultural recibida¹².

Todavía podría decirse más, en el sentido de que como recuerda Gardner “la renovación de las sociedades —si es que puede lograrse— corre a cargo de los pueblos que creen en algo, se interesan en algo, defienden algo”¹³. Pero para que esa renovación surja de forma espontánea, y beneficie a la sociedad, es preciso que exista “cierto consenso”, en cuanto a lo que los individuos integrantes de ella, quieren para sí. No es necesario que este consenso sea absoluto. No podría esperarse, en modo alguno, el momento en que todos los individuos, aunque tomásemos como muestra una comunidad pequeña, se pusieran de acuerdo sobre alguna cosa, aún bien intrascendente. En una sociedad diversificada, el consenso debe existir en lo que llamamos “nivel medio de valores”¹⁴.

Pese a lo dicho, la sociología del cambio jurídico no se pregunta cómo debe ser éste, sino como es realmente. Los sociólogos del derecho se dividen entre quienes entienden que el derecho es renuente al cambio social y los que por el contrario opinan que él es, en sí mismo, un factor de cambio.

Entre los partidarios de la primera postura se manifestó en 1999 el Colegio de registradores de España por boca de su decano-presidente, Antonio Pau Pedrón. Afirmaba que los cambios sociales, y consecuentemente los producidos en las normas jurídicas, si se suceden con mucha celeridad son “síntoma de decadencia del ordenamiento jurídico, de la organización social y quizá de la sociedad misma. Por el contrario, la claridad y la estabilidad de las leyes revela una sociedad mejor organizada y más segura de su propia conducta”¹⁵.

Esta afirmación lejos de sorprender, parece absolutamente lógica, habida cuenta de que procede del representante de un colectivo cuya función más importante es la de proporcionar certeza y seguridad al tráfico jurídico¹⁶. Cualquier elemento que de modo alguno pueda perturbar o dificultar esta labor debe ser, lógicamente, evitado.

Otros autores son más partidarios del cambio. Entre ellos Cotterrell advierte incluso de la posibilidad de fomentar o aumentar el cambio social, e incluso

moldearlo, diría yo, a través del derecho¹⁷. En el intento de explicar de forma más completa su postura añade que “un estudio profundo del derecho debe tener en cuenta tanto su realidad como instrumento de gobierno, como su dependencia de condiciones sociales y culturales que escapan a su control. La autonomía del derecho emana de la sociedad en la que vive, su naturaleza y límites no pueden ser entendidos sino analizando el derecho como aspecto de la sociedad, en otras palabras, en términos de una teoría social del derecho”¹⁸. Entiendo la postura que muestra este autor, en tanto en cuanto parece querer entrelazar inescindiblemente el derecho como reflejo de la sociedad y del cambio que ésta experimenta de forma continua, pero creo que es necesario recomendar prudencia. Indudablemente el derecho y la sociedad están unidos. Es más, la existencia de uno de ellos sin tener en cuenta al otro, es poco menos que impensable, pero es necesario establecer límites.

Es necesario predeterminar hasta dónde es correcto llegar por el bien de la propia sociedad y de los valores que ésta defiende. Las preguntas que surgen son muchas. Veamos algunas de ellas: ¿está legitimada la sociedad para imponer cualquier tipo de cambio y exigir que éste sea regulado por el derecho? ¿podría esa misma sociedad imponer un cambio por la fuerza y sin contar con el derecho? ¿qué cantidad de miembros de una sociedad son necesarios para proponer un cambio?

Las respuestas a estos interrogantes no son unívocas. Hoy en día es innegable que el “roll” del cambio presenta una cara mucho más agradable a la sociedad que aquella otra postura que recomienda prudencia. No es de extrañar. La evolución de los tiempos así lo demanda. La sociedad actual avanza muy de prisa. La era informática nos desborda, las comunicaciones nos hacen sentir vértigo y en general la tendencia social no es inmovilista. Yo tampoco lo soy, pero abogo por una postura intermedia entre el cambio rápido e ininterrumpido y el inmovilismo. Creo que existen más posibilidades y más interesantes.

Soriano habla en su obra sobre *Sociología del derecho*, de una postura intermedia. Considero dice, que la relación cambio/derecho se concreta generalmente de esta manera: 1) el derecho es una variable dependiente en un marco general, pues es el reflejo de los intereses dominantes de grupos sociales y 2) el derecho tiene cierta autonomía y capacidad de cambio¹⁹.

En la misma línea no me manifiesto, como ya he dicho, en contra del cambio, pero entiendo que éste debe realizarse con cautelas. La organización de la

sociedad a través de un sistema de normas tendentes a la realización de la justicia, es un asunto demasiado importante y afecta a demasiadas personas, como para ser sometidas a los dictámenes de las “modas”. Los cambios sí deben producirse, pero cuando sean necesarios, cuando la modificación que se pretende sea beneficiosa, o al menos así se crea, y con la adecuada organización. Hacerlo de otro modo me parece oportunista e irresponsable.

En los cambios sociales, según Soriano, es importante tener en cuenta tres elementos, a saber: intensidad del cambio, zonas o esferas de actuación y ritmo de cambio. Yo creo con Brufau Prats, que también hay que atender a otros factores como el medio físico y el factor biológico de la sociedad, el factor demográfico, el científico-técnico, el económico, el axiológico, el ideológico y el polémico y conflictual, por citar algunos más²⁰.

Sea como fuere, el jurista tiene una preocupación por el cambio social distinta que la del sociólogo o que la del historiador. Los juristas tienen que asegurar la adecuada relación del cambio social con lo que ésta sociedad precisa en relación con los valores que persigue. Como dice Brufau Prats “el orden social demanda un adecuado equilibrio armónico y, a la vez, postula la conjunción de la estabilidad con el ritmo del cambio; todo ello de una manera flexible y adaptada a las variaciones que este ritmo puede presentar”²¹. Al jurista le interesa observar y conocer, pero también prever futuros problemas de convivencia, así como solucionarlos si éstos se producen. Por eso me uno a la opinión manifestada por Pérez Luño en cuanto advierte de lo que él llama el “desbordamiento de las fuentes del derecho” y cuya consecuencia es la inseguridad de los ciudadanos que no son capaces, ni siquiera, de conocer una “tromba” de leyes, que le son exigibles²².

El riesgo es grave y se concreta especialmente en la falta de seguridad de los ciudadanos en el derecho. Por eso me reafirmo en mi idea, ya manifestada en otros trabajos, de la importancia de encontrar un equilibrio adecuado entre la estabilidad y la necesidad de cambio. La sociedad no está parada y por lo tanto el derecho tampoco puede estarlo. Pero todo el entramado jurídico debe ser analizado en su conjunto, a fin de conseguir el fin último del derecho²³. Fin último que no dudo que es la justicia, a la que algunos autores como Cotta, añaden otros como la igualdad de los sujetos, la simetría de actuaciones, la reciprocidad sobre la base de la simetría derecho-deber, la atención a la proporcionalidad que implica la diferenciación y la imparcialidad²⁴. No tengo nada que objetar a este añadido.

El mundo de lo jurídico es complicado en sí mismo, y como tal, debe ser abordado. Las simplificaciones excesivas son una trampa en la cual es muy fácil caer, pero cuyas consecuencias son imprevisibles e inasumibles, por quienes tienen a su cargo el cuidado de la comunidad.

A continuación pasaremos a analizar, brevemente, cómo influyen estos cambios en el comportamiento jurídico y cómo se regulan. Para ello nos referiremos a los distintos modos de expresión del derecho en la actualidad, tratando de incidir en la importancia del cambio y el particular modo de funcionamiento del mismo, en cada uno de ellos. Trataremos de buscar un equilibrio, una armonía entre cambio social y normativo para que el derecho pueda seguir cumpliendo su función rectora de la vida del hombre en sociedad.

3) Modos de manifestación de “lo jurídico”

Bajo el rótulo, deliberadamente amplio, de “lo jurídico” queremos agrupar los distintos modos de manifestación del derecho. Siendo fieles a la afirmación de que la ley es distinta del derecho entendemos, como ya queda dicho, que ésta, la ley, es únicamente una manifestación de aquel, el derecho, mucho más completo en sí mismo.

El Derecho comprende todas las manifestaciones de lo jurídico que se producen en la sociedad. Pero no todas las relaciones del ser humano en sociedad incumben al derecho. El ser humano debe tener, tiene que tener, una esfera de vida personal en relación con la cual el derecho debe quedar al margen. En ese sentido entiendo que en la actualidad estamos asistiendo a una excesiva “juridificación” de la realidad social. Por un lado exigimos derecho a la intimidad en sus diversas manifestaciones y por otro, queremos que el derecho establezca normas que diriman, y a poder ser de la forma que más nos beneficie, todos y cada uno de los problemas que la vida real presenta constantemente. La sociedad parece buscar, aún sin ser plenamente consciente de ello, un derecho “paternalista” que aporte soluciones para todos los problemas que se le presentan. Creo que es un error, aunque muy habitual. La esfera de lo jurídico es muy amplia, pero con serlo, no es omnicompreensiva. El ser humano necesita de un espacio de decisión de sus propias acciones en el cual el derecho no debe meterse. Negar esta posibilidad sería tanto como privar a la humanidad de su derecho al ejercicio de la responsabilidad en el manejo de su propia vida. Sería cercenar la naturaleza racional del individuo que, como tal,

tiende a manifestarse guiando las riendas de su propia vida. No es deseable que el derecho lo regule “todo” sino únicamente aquello frente a lo cual tenga competencia.

Hecha esta salvedad es preciso aclarar que “lo jurídico” constituye una parcela muy amplia de las relaciones sociales. Con el fin de intentar aquilatar al máximo la extensión de la misma, procederé al estudio de los modos de manifestación del derecho.

Según el ordenamiento jurídico español el modo jerárquicamente superior de manifestación de la norma jurídica es la ley²⁵. En el lenguaje jurídico, el término ley tiene varias acepciones²⁶. En nuestros textos legales, suele emplearse en tres sentidos distintos. El amplio la entiende como norma, el estricto como derecho estatal y el técnico en cuanto norma estatal primordial. Hoy en día habría que añadir todo lo referente a las disposiciones con rango de ley, emanadas de otros entes como estados federales, comunidades autónomas, tratados internacionales, etc²⁷.

Las leyes jurídicas pueden ser estudiadas desde dos perspectivas. De un modo universal, distinguiendo entre preceptos naturales y positivos; o de un modo particular ocupándose en este caso de la individualización de cada una de las ramas del derecho. Surgiría así el derecho penal, civil, mercantil, etc.

La ley jurídica, recibe el nombre técnico de norma y se configura como un precepto de derecho establecido “normalmente” por el poder legislativo²⁸ y cuyo contenido lo constituyen un conjunto de reglas abstractas y generales, perfectamente formuladas. Su elemento formal viene determinado por la forma constitucional de declaración de voluntad del Estado²⁹.

Existen distintos tipos de leyes que a su vez están jerárquicamente organizadas. Cada país puede tener un orden relativamente distinto. En el caso español, la norma de mayor rango legal es la Constitución.

En ausencia de ley aplicable a un caso concreto es preceptivo el uso de la segunda forma de producción del derecho establecida en el Código Civil. Es la costumbre. Para que se produzca costumbre jurídica es precisa la repetición constante de actos o comportamientos avalada por la persuasión, existente en la comunidad, de que esa conducta es obligatoria. Es decir, que los demás pueden exigirla y no depende del mero arbitrio subjetivo.

No constituye costumbre, desde el punto de vista legal, la mera repetición de una forma de comportamiento. Para que ésta forma de manifestación del derecho surja, es precisa la conjunción de dos elementos. Uno extrínseco, que se concreta en la duración o reiteración en el tiempo de determinada forma de comportamiento; y otro intrínseco, que se refiere al elemento psicológico de sentirse obligado³⁰. Sólo la confluencia de ambos elementos, que en la práctica a veces resulta de difícil apreciación, produce el nacimiento de la costumbre.

Otros autores añaden a estos elementos, la racionalidad, la concordancia del uso con los principios generales del derecho, la ausencia de contradicciones con la ley, moral y orden público e incluso la aprobación expresa o tácita del uso por los órganos estatales³¹.

Llegados es este punto es conveniente distinguir entre costumbres y usos sociales. Esta necesidad se hace patente en tanto en cuanto ambas figuras se asemejan. Sin embargo los efectos que producen en el ámbito jurídico son muy distintos. Se asemejan en el sentido de que ambos tipos de comportamiento pueden ser libremente adoptados por una sociedad como modelo de conducta. Se diferencian, en la función que cumplen. Los usos tienen una finalidad reguladora, integradora e interpretativa. Mientras que la costumbre se desarrolla como fuente del derecho a la vez subsidiaria e independiente de la ley³². Además, mientras que el uso puede tener o no efectos jurídicos, la costumbre siempre los tiene, una vez probada, aunque su alcance pueda ser limitado³³.

No obstante lo dicho, en el sentido de la trascendencia jurídica que en ausencia de ley presenta la costumbre como fuente del derecho, y como modo de expresión del mismo, es preciso advertir del hecho de que no todas las costumbres tienen la misma trascendencia en derecho. Para aclarar este extremo, conviene acudir a una clasificación de los diferentes tipos de costumbres a fin de agilizar metodológicamente, la comprensión del funcionamiento jurídico de las mismas.

No existe una opinión unánime en cuanto a las clases de costumbres se refiere. Albadalejo como estudioso del tema, ofrece un amplio catálogo de posibilidades. Entre ellas establece diferencias en cuanto a la difusión territorial, clasificándolas de regionales, generales o locales; o por la materia regulada, dividiendo en este caso el ámbito de lo consuetudinario, en general o especial.

No obstante lo dicho, creo, que la clasificación más usualmente seguida de costumbre es la que se establece en función de la relación de ésta con la ley. Desde este punto de vista se puede hablar de costumbre *extra legem*, *contra legem* y *praeter legem*³⁴. Una costumbre es *contra legem* cuando establece una conducta social en oposición a lo establecido por una ley. El ordenamiento jurídico español prohíbe de forma expresa la utilización de este tipo de costumbre

La *secundum legem* no plantea problema alguno, puesto que es la que está de acuerdo con lo establecido por la ley. Y la *praeter legem*, es la que está fuera de la ley. Ni a favor ni en contra, sino que, por el contrario, regula aquellos actos no previstos por la ley. Esta es la que presenta mayor importancia desde el punto de vista legal, puesto que hace referencia a situaciones no previstas, de modo que no ha sido ni incorporada ni contradicha por la propia legislación. Su misión es completar las lagunas de la ley convirtiéndose en fuente supletoria de la misma.

La última de las fuentes del derecho reconocidas en el art.1 del Código Civil español la constituyen los principios generales del derecho. Su definición, así como su posterior determinación, ha sido una preocupación constante en el ámbito de lo jurídico. Cuando nos referimos a ellos estamos pensando en criterios o valores que ni han sido legislados, ni aparecen en el derecho consuetudinario. Según Dworkin, en la mayoría de los casos se utilizarán para referirse a todo el conjunto de estándares que no son normas, pero que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque constituyen una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad³⁵. Quizá ahí es donde reside su fuerza, así como la necesidad de su utilización, que ha sido mostrada en numerosas ocasiones por la historia³⁶.

Hoy en día estos principios podrían ser considerados la base axiológica de las normas jurídicas. Existen en todas las legislaciones y, a pesar de las dificultades que su utilización entraña, creo que son perfectamente asumibles. Podrían concretarse en los célebres "*tria iura precepta*" del Derecho Romano³⁷, que se referían a vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no dañar al prójimo. Sin embargo, yo concretaría un poco más mencionando, de forma expresa, otros, como el respeto por la dignidad de las personas, el deber de indemnizar los daños culposamente causados, el deber de restituir el enriquecimiento in-

justo o el ejercicio de los derechos de acuerdo con su función social, por citar sólo algunos de ellos³⁸. La entidad que trasluce la pequeña muestra ofrecida indica que un ordenamiento jurídico que quiera ser eficaz, además de válido y que sustente una intención de permanencia y estabilidad, no debe mostrarse insensible frente a ellos.

Con el breve repaso que ahora se concluye en relación con los modos de producción del derecho, especialmente referidos, aunque no exclusivamente, al ámbito del ordenamiento jurídico español, podría parecer que ley, costumbre y principios generales del derecho constituyen un “*numerus clausus*”, una lista cerrada en cuanto a las fuentes del derecho se refiere. Nada más lejos de la realidad. El art. 1 del Código Civil español, al que se ha hecho referencia en multitud de ocasiones a lo largo de este estudio, ofrece otras posibilidades, si bien les otorga un rango jerárquico inferior.

Dentro de ellas creo que es preciso conceder un papel más importante a la jurisprudencia. Su mayor o menor relevancia variará en función del hecho de que el ordenamiento de referencia sea más o menos próximo al sistema anglosajón de “*case law*”. El ordenamiento jurídico español está bastante alejado de este sistema. Otorga a la jurisprudencia la función de “complementar al ordenamiento jurídico en ausencia de ley, costumbre y principios generales del derecho”³⁹.

Resta únicamente, referirse a otros modos de producción del derecho que creo que sí pueden ser calificados de menores, aunque no por ello deban ser omitidos. Me refiero a la doctrina, la equidad, la negociación colectiva, la autonomía de la voluntad, el derecho natural o la naturaleza de las cosas, el ordenamiento jurídico comunitario (en los casos en los que exista), etc⁴⁰.

Llegados a este punto entiendo que es el momento idóneo para una recapitulación que relacione, en su justa medida, los modos de producción de lo jurídico con el cambio social. Con esta intención abordaremos la última parte de este trabajo.

4) Relaciones entre los modos de producción del derecho y el cambio social

El origen de esta reflexión que ahora concluimos, arranca de la preocupación por establecer la relación entre el derecho y el cambio social. Más concreta-

mente, se trataba de evaluar la incidencia del cambio, en cada una de las formas de producción de lo jurídico. Para ello fue preciso, en primer lugar, situar la reflexión en el cambio, como factor indisolublemente unido al desenvolvimiento de la vida del ser humano en sociedad.

A continuación, nos centramos en cada una, o al menos las más relevantes, de las formas de producción del derecho en la actualidad. Ya sólo resta el paso final, el que nos dará la razón, o por el contrario, mostrará un estrepitoso fracaso en torno a la relación que quisimos establecer entre derecho y cambio social.

Con independencia del hecho de que el juicio final sobre la cuestión propuesta corresponde a cada una de las personas que lean este trabajo, entiendo que es impensable el planteamiento de cualquier ordenamiento jurídico, válido y especialmente eficaz, que no tenga en cuenta el cambio social, así como el conjunto de relaciones temporales que lo acompañan.

Además, y una vez formulado este aserto básico, me reafirmo en la necesidad de procurar una clara armonía, así como un equilibrio estable entre ambas realidades. Es más, entiendo con Brufau que “toda política legislativa deberá tener presente que en el cambio social pueden incidir factores cuya fuerza sea incontenible para cualquier forma de control social. No tener eso en cuenta puede llevar a la creación de tensiones disfuncionales, a la formación de efectos contrarios a los fines esenciales del derecho, y a la construcción de todo un edificio jurídico cuya eficacia estará de antemano minada por los mismos presupuestos que le sirven de punto de arranque”⁴¹.

Ningún ordenamiento jurídico debe vivir de espaldas a la sociedad ni a ninguna de sus manifestaciones. No obstante, cada una de las formas de producción del derecho se mostrarán más o menos próximas o relacionadas con el cambio social. De las fuentes tradicionales que aquí se han analizado, entiendo que la menos vulnerable al cambio, es la que recoge los principios generales del derecho. Por el contrario, considero que la ley es la fuente de producción del derecho que presenta mayor vulnerabilidad.

Creo que es así por la propia esencia de lo que cada una de estas fuentes representa. Si entendemos que los principios generales del derecho constituyen la base axiológica que sirve de fundamento a las leyes de cada sociedad, es lógico pensar que su movilidad será, al menos, más lenta en la mayoría de

los casos. Excepto en las situaciones de crisis, que como tales deben ser abordadas, los valores de un pueblo tienden a perpetuarse en la conciencia de sus nacionales. Precisamente por eso adquieren el carácter de bases de sustento de las normas por las que éste se rige.

El resultado de esos principios se traslada a las normas. Éstas, por su esencia, son más mutables, puesto que tienen que descender, de forma precisa, a la situación concreta⁴². Por tanto son más vulnerables a cualquier condicionamiento externo.

La costumbre se sitúa en un punto de encuentro. No en vano se configura, en muchos casos, como el vehículo intermedio que gusta de utilizar el pueblo para trasladar sus intereses y hasta diría que sus sentimientos, a las futuras leyes que, de forma concreta e inexcusable han de regular, con carácter general e igualitario, su vida en comunidad.

La pregunta que resta por contestar se refiere a una cuestión de orden que, como casi todas las de este tipo, encierran dentro de sí consideraciones mucho más importantes. ¿Debe ir por delante el cambio social o el derecho? No puedo dar una respuesta, pero sí puedo explicar el motivo de ello. Creo que de nuevo se impone un equilibrio que tienda a adaptarse a las necesidades sociales evitando, en la medida de lo posible, los desajustes que una situación de este tipo engendra.

Si la evolución jurídica es más rápida que el cambio social y se adelanta excesivamente a éste, puede producir un efecto poco deseable que se concretaría en encauzar de forma subliminal la voluntad de la propia sociedad.

Por el contrario, si el ordenamiento jurídico está siempre por detrás del cambio social, la situación resultante tampoco es adecuada porque aparecen desfases y retrasos de la norma legal en relación con la realidad social que debe regular.

¿Cuál es entonces la solución? Me temo que repetir la necesidad de equilibrio, con ser real y adecuada, puede parecer un poco decepcionante para quien lee estas líneas. Todo jurista, tanto por su formación como especialmente por la misión que está llamado a desempeñar en la sociedad, debe proporcionar soluciones una vez detectado un problema. Yo no me desentenderé de esta obligación, aunque soy consciente de los riesgos que ello implica.

En este momento de mi particular evolución jurídica, estoy mucho más próxima a las cuestiones axiológico-jurídicas. Mi prioridad tiende hacia la búsqueda de valores y consecuente protección de los mismos. En ese orden de cosas, y siendo consciente del hecho de que existen argumentos a favor y en contra de conceder preeminencia a cualquiera de las dos posturas, me decanto por la búsqueda prioritaria de la justicia y la seguridad, frente al cambio. No quiero decir que el cambio implique injusticia. Es más, soy plenamente consciente de que se podría rebatir mi argumento afirmando que el cambio continuado es el único garante de la justicia.

Además la tendencia de la sociedad actual es claramente proclive a primar el cambio frente a la estabilidad. Consciente de todo ello me reafirmo en mi opinión. La consideración de lo que es justo o injusto es muy subjetiva. La justicia es posiblemente un bien inalcanzable. Consecuentemente, el cambio constante cara a su búsqueda podría traer como consecuencia inevitable, un rosario ininterrumpido de modificaciones. El resultado no sé si sería alcanzar o no un mayor grado de justicia. Siempre sería discutible, pero, en todo caso produciría falta de certeza y de seguridad de los individuos. Uno de los principales objetivos del derecho quedaría así absolutamente cercenado. Creo que eso no sería adecuado en ningún caso.

Por tanto, me gustaría alcanzar el equilibrio entre la estabilidad y el cambio, de forma que éste se produjera exclusivamente cuando el resultado del mismo fuese garantizar un mayor grado de justicia a los administrados. No desecho el cambio en sí mismo. Hacerlo así, no sólo sería un suicidio impropio de quien observa la sociedad en la que vive sino que, además, produciría involución más que simple estancamiento. Me manifiesto a favor de que el ordenamiento jurídico observe a la sociedad y plantee soluciones “inmediatas” a los requerimientos que, en aras al logro de la justicia y demás valores que informan el ordenamiento jurídico, ésta les demande.

La receta ni es absoluta, ni necesariamente permanente. Es más, soy consciente de que otras posiciones en torno al mismo asunto son perfectamente defendibles desde el punto de vista jurídico. También asumo que la constante evolución a la que está sometida la mente del ser humano, puede llevarme a alcanzar otra conclusión en el futuro.

Esta confesión hecha *a priori* creo que muestra, de forma inequívoca, tanto la envergadura del problema como la dificultad de llegar a una fórmula de solu-

ción inapelable. Habrá que dar tiempo al tiempo y esperar que de las mentes en constante evolución de los juristas, sensibilizadas por las legítimas demandas de la sociedad a la que están llamados a servir, surja una mejor solución.

Santiago de Compostela, 3 de julio de 2001.

Notas

¹ Como dice NÚÑEZ ENCABO, M: *El derecho, ciencia y realidad social*. Ed. Universitas, Madrid, 1993, p. 161, “lo más importante no es que unos actos objeto de normas se den en una determinada sociedad, sino que a través de las normas se haga posible la vida social de cualquier sociedad”.

² RODRÍGUEZ MOLINERO, M: *Introducción a la Ciencia del derecho*. Librería Cervantes, Salamanca, 1991, p.54.

³ Más información sobre este tema en OTERO PARGA, M: *Las fuentes del Derecho*. Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2001.

⁴ Continúa diciendo, “se debe todavía añadir la siguiente observación. El derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. El derecho trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social”. RECASENS SICHES, L: *Introducción al estudio del derecho*. 7ª ed, Porrúa, México, 1985, p. 119.

⁵ KANT, I: *Principios metafísicos del derecho*. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873, p. 43.

⁶ ARISTÓTELES: *Política*, VII-2 &1324, en *Obras completas*. Aguilar, Madrid, 1982.

⁷ MONTESQUIEU, Ch: *El espíritu de las leyes*, XI-III. Tecnos, Madrid, 1987, p. 106. Para ilustrar mejor este aserto continúa diciendo en el mismo lugar que “hay que tomar consciencia de lo que es la independencia y de lo que es la libertad. La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad”.

⁸ Más información en OTERO PARGA, M: *Valores constitucionales*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1999, p. 65.

⁹ En el cual yo no creo a no ser como una forma de explicación del origen del derecho como necesidad social. Sin embargo grandes juristas a lo largo de la historia han defendido la existencia de este “estado”. Entre ellos ROUSSEAU, J. J: *El contrato social o principios de derecho público*. Tecnos, Madrid, 1988, p.14. En un sentido

muy distinto, aunque aludiendo al mismo tema, HOBBS, T: *Del ciudadano y Leviatán*. Tecnos, Madrid, 1993, p.123.

¹⁰ MOORE, W. E: *Cambio social*. Unión tipográfica editorial hispano-americana, México, 1966, p. 9.

¹¹ RECASÉNS SICHES, L: *Sociología*. 26ª ed, Porrúa, México, 1998, p. 273. Con esta afirmación se pretende llamar la atención sobre la importancia del ser humano individualmente considerado. Entenderlo de otro modo conduciría a una tremenda despersonalización y a una lamentable pérdida del valor intrínseco del ser humano.

¹² RECASÉNS SICHES, L: *Sociología*, op. cit, p. 266. Ambas características parecen absolutamente racionales. Sin embargo son difíciles de alcanzar. La experiencia cotidiana nos muestra continuamente gobiernos a los que su mandato no les da tiempo de avanzar, porque se pasan sus primeros años intentando deshacer todo lo que hicieron otros antes. En cuanto a la capacidad de hacerse libre, todavía es más difícil de alcanzar puesto que, en muchos casos, quien no la tiene lo desconoce, con la consecuente dificultad que ello entraña cara a la posibilidad de corregir dicha carencia.

¹³ GARDNER, J W: *Evolución constante: el individuo y la sociedad*. Libreros mexicanos unidos, México, 1965, p. 163.

¹⁴ GARDNER, J. W: *Evolución constante...*, op. cit, p. 166. El autor en una muestra creo que loable de conocimiento profundo de la sociedad, no se hace excesivas ilusiones en relación con la búsqueda de estos valores y señala la libertad y la justicia, entendiendo que forzar el consenso en las más hondas creencias sería algo intolerable. Por ello la sociedad que goza de pluralidad, procura —según entiende este autor— establecer el consenso en las profundidades medias.

¹⁵ VV.AA: *Seguridad jurídica y codificación*. Centro de estudios registrales, Madrid, 1999, p.9.

¹⁶ OTERO PARGA, M: *La experiencia jurídica del registrador*, en PUY MUÑOZ, F (coord.), *Manual de Filosofía del Derecho*. Colex, Madrid, 2000, pp.161-169.

¹⁷ COTERRELL, R: *Introducción a la sociología del derecho*. Ariel-Derecho, Barcelona, 1991, p. 56.

¹⁸ COTTERRELL, R: *Introducción...*, op. cit, p. 69.

¹⁹ SORIANO, R: *Sociología del derecho*. Ariel, Barcelona, 1997, p. 311.

²⁰ BRUFAU PRATS, J: *Introducción al derecho*. Gráficas Europa, Salamanca, 1980. pp. 146 ss. Afirma que la realidad social ni es dinamismo puro, ni estructura inerte. Es algo que se desarrolla sin parar a medida que se construye y deja ver múltiples y cambiantes interacciones recíprocas que se establecen entre los diversos elementos constitutivos del complejo tejido de la vida en sociedad.

²¹ BRUFAU PRATS, J: *Hombre, vida social y derecho*. Tecnos, Madrid, 1987, p. 77.

²² PEREZ LUÑO, A. E: *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Real Academia de Sevilla de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993. Esta obra, escrita con motivo del ingreso de este jurista en la real Academia de Sevilla, es muy interesante en todo su conjunto para ilustrar la afirmación realizada. Por ello prescindiré de citar páginas concretas.

²³ OTERO PARGA, M: “Notas sobre la estabilidad en el ordenamiento jurídico”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII-XIV (nueva época), 1996-97, pp. 621-635.

²⁴ COTTA, S: *¿Qué es la justicia?* Rialp, Madrid, 1979, pp.139-141.

²⁵ El art. 1 del Código civil español que data de 1889 dice en su párrafo 1, “ las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Completa esta visión el párrafo 2 del mismo artículo en cuanto señala la jerarquía normativa con las siguientes palabras: “carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”.

²⁶ Ver LÓPEZ & MONTÉS, (coord.): *Derecho civil*, 3ª ed, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 99; DE CASTRO Y BRAVO, F: *Derecho civil de España*. T.I. Ed. Casa Martín, Madrid, 1942, p. 286; ESPÍN CANOVAS, D: *Manual de derecho civil español*, vol I, 5ª ed, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 105 y ALBADALEJO, M: *Derecho civil. Introducción y parte general*, vol I, 9ª ed, Bosch, Barcelona, 1983, p. 90.

²⁷ Más información en OTERO PARGA, M: *Las fuentes del derecho*. Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2001.

²⁸ Utilizamos la expresión “normalmente” para llamar la atención sobre el hecho de que en circunstancias concretas, previa y restrictivamente establecidas, otros poderes pueden tener la facultad de creación de normas. Nos referimos especialmente al poder ejecutivo que se arroga esta posibilidad haciendo uso de su poder reglamentario, mediante las figuras de decretos-ley y decretos-legislativos. Otro ejemplo de norma jurídica con fuerza de ley para las partes, que no emana del poder legislativo, la constituyen los convenios colectivos en el ámbito del derecho del trabajo.

²⁹ Más información sobre este tema en CLEMENTE DE DIEGO, F: *Instituciones de derecho civil español*, T.I, s/e, Madrid, 1959, p. 102.

³⁰ Otros autores establecen como requisitos para el nacimiento de costumbre jurídica los siguientes: 1) *inveterada consuetudo*, es decir arraigo durante tiempo en el grupo social y 2) convicción de que dicho comportamiento obliga como regla. Su nombre técnico es *opinio iuris seu necessitatis*. Entre los que prefieren esta fórmula que, como puede apreciarse, difiere más en la forma que en el fondo, se encuentran VILLORO TORANZO, M: *Introducción al estudio del derecho*. 9ª ed, Porúa, México, 1990, p.

164; ESCOBAR DE LA SERNA, L: *Introducción a las ciencias jurídicas*. Dykinson, Madrid, 1999, p. 105 y ESPÍN CANOVAS, D: *Manual de derecho civil español*, vol I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 125.

³¹ Para una información más completa sobre este extremo ver CASTÁN TOBEÑAS, J: *Derecho civil español, común y foral*, T.I, vol I, 12ª ed, Reus, Madrid, 1991, p. 387. También SIERRA GIL DE LA CUESTA, I (coord.), *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 347.

³² Más información en DÍEZ PICAZO, L & GULLÓN, A: *Sistema de derecho civil*, vol I, 9ª ed, Tecnos, Madrid, 1998, p. 130.

³³ En algunos casos puede ser necesario probar su existencia, ya que en relación con ella no rige el aforismo, *Iuris novit curia*.

³⁴ ALBADALEJO, M: *Derecho civil. Introducción y parte genera*, vol I, 9ª ed, Bosch, Barcelona, 1983, p. 100 y ss.

³⁵ DWORKIN, R: *Los derechos en serio*. Ariel-Derecho, Barcelona, 1984, p. 72.

³⁶ En Grecia, al lado de la ley escrita se admitió una no escrita, “*ágrafos nomos*” derivada de la naturaleza. Este concepto fue heredado por Roma en donde se acuñó la idea del derecho “*more et aequitas*”. En la Edad Media se admitieron como parte de un derecho natural, cuya finalidad fundamental era la preocupación por la integración de las lagunas.

³⁷ *Digesto*, 1-1-1-10.

³⁸ DIEZ PICAZO, L & GULLÓN, A: *Sistema de derecho civil*, op. cit, p. 141.

³⁹ Está recogido en el art 1-6 del Código Civil que dice “la jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

⁴⁰ Más información sobre este extremo en: OTERO PARGA, M: *Las fuentes del Derecho*, op. cit, pp. 111-123.

⁴¹ BRUFAU PRATS, J: *Hombre, vida social y derecho*. Tecnos, Madrid, 1987, pp.91-92.

⁴² Por el contenido que regulan son más variables las normas de derecho penal, financiero o laboral, frente a las de derecho mercantil, procesal o civil que se mantienen.