

Una aproximación al concepto de Derecho de Álvaro d' Ors

Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño

Licenciado en Derecho con mención honorífica (Universidad Panamericana), Diplomado en Filosofía (Universidad Panamericana), Doctor en Derecho *cum laude* (Universidad de Navarra), miembro del Instituto internacional de Derecho Indiano. Profesor de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (rortizt@derecho.unam.mx)

SUMARIO: I. Semblanza biográfica de Álvaro d'Ors y planteamiento introductorio; II. *IUS* y *iuris prudentia*; III. La dualidad *auctoritas* y *potestas*; IV. Derecho es lo que dicen los jueces; V. Conclusiones.

Resumen: Álvaro d'Ors, ha sido uno de los romanistas más importantes del siglo XX. Su doctrina se concentra en el Derecho privado romano clásico, tomando como ejes la *iuris prudentia* producto de la *auctoritas* (saber socialmente reconocido) de los *iuris prudentes*, lo cual es cognoscible en el Digesto promulgado por Justiniano en el 533, y las acciones procesales. Durante la etapa clásica romana, las sentencias eran dictadas por jueces privados, a éstos correspondía la *iuris dictio*, decir lo que corresponde a cada quién, definiendo así el *ius suum* o lo justo concreto. Es interesante la visión orsiana del Derecho público, donde d'Ors no pudo distanciarse de su identidad con el tradicionalismo carlista lo cual le ponía en guardia frente al Estado constitucional de derecho de origen liberal.

ABSTRACT: *Álvaro d'Ors, has been one of the most important Romanists of the twentieth century. His doctrine concentrates on classical Roman private law, taking as axes the iuris prudentia product of the auctoritas (socially recognized knowledge) of the prudent iuris, which is knowable in the Digest promulgated by Justinian in 533, and forensic actions. During the classical Roman period, the sentences were dictated by private judges, to these corresponded the iuris dictio, to say what corresponds to each one, thus defending the ius suum or the just concrete. It is interesting the Orsian vision of public law, where d'Ors could not distance himself from his identity with Carlist traditionalism which put him on guard against the constitutional rule of law of liberal origin.*

Palabras clave: 1 Derecho, 2 Jurisprudencia romana, 2 Auctoritas, 3 Potestas, 4 Iuris dictio, Estado constitucional.

Keywords: 1 Law, 2 Roman jurisprudence, 2 Auctoritas, 3 Potestas, 4 Iuris dictio, Constitutional state.

1. Semblanza biográfica de Álvaro d'Ors y planteamiento introductorio.

En 1991 el profesor Alvaro d' Ors Pérez-Péix publicó un pequeño libro titulado *Cartas a un joven estudiante*. En efecto, el texto se integra por 22 cartas con el propósito de "...aconsejarte en tu camino como estudiante que vas a ser de la universidad. El camino, esto es lo que importa."¹ Como puede verse, es el inicio prometedor de la conversación con un estudiante imaginario, además, viene de un hombre que hacía del caminar una actividad tan cotidiana como su lectura ávida y su infatigable escritura. Rafael Domingo Oslé, uno de sus discípulos más brillantes comentó: "(d'Ors) Escribía con una facilidad admirable, en ocasiones seguidas, de un tirón, sin necesidad de separar, más allá de lo imprescindible, la pluma o el bolígrafo del papel. Testigo soy de que así sucedió, cumplidos ya los setenta años..."² Quien esto escribe, también puede dar testimonio que casi octogenario y en su último año como profesor honorario de Derecho romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, redactó de su puño y letra su última lección magistral, en dicha ocasión se trató de una disertación acerca de Theodor Mommsen, en diciembre de 1993. Pero por ahora, debemos retomar las *Cartas a un joven estudiante*, donde d'Ors confiesa lo siguiente: "...empecé a estudiar Derecho, ... pero pronto comprendí que debía completar el estudio jurídico con el de la Antigüedad Clásica, en la Facultad de Letras, y me parece que, por ese camino aparentemente rectilíneo, llegué a acertar con el estudio en que iba a encontrar mayor satisfacción y rendir mejor resultado, dentro de mis limitadas posibilidades."³

¹Alvaro d' ORS PÉREZ-PÉIX, *Cartas a un joven estudiante*, Pamplona, EUNSA, 1991, p. 22.

²Rafael DOMINGO OSLÉ, "Álvaro d'Ors. "Una aproximación a su obra", en *Nuestro Tiempo*, Revista Mensual de cuestiones actuales. *Alumni Magazine*, Pamplona, Universidad de Navarra, Septiembre 2005, Año LX, No. 615, pp. 18-19.

³Alvaro d' ORS PÉREZ-PÉIX, op. cit., Pamplona 1991, p. 57.

La Real Academia de la Historia (España) sitúa a d'Ors como: "Romanista, epigrafista, papirólogo e historiador del Derecho."⁴ Pero, la amplitud de la obra del destacado profesor barcelonés, también permiten calificarle como filósofo y teórico del derecho. Para cumplir con el propósito de las presentes líneas (situar el concepto de derecho en el pensamiento orsiano), una obra será central, a saber: "Nueva introducción al estudio del derecho"⁵, sin que esto excluya, desde luego, la necesidad de recurrir a otras fuentes producto de su generosa pluma.

Por otra parte, el contexto biográfico es imprescindible para comprender el pensamiento jurídico orsiano. Con el objeto de tener presentes las coordenadas donde se gesta su teoría-filosofía jurídica, es menester tener en consideración las aportaciones del psicólogo cognitivo Howard Gardner en su obra "Mentes Creativas. Una Anatomía de la Creatividad"⁶. *Grosso modo*, la tesis central de dicha obra consiste en que los individuos creativos se forjan (partiendo de la premisa de tener personalidad e inteligencia poco comunes) en determinadas circunstancias, así como de quienes son sus maestros y formadores.

Alvaro d' Ors y Pérez-Peix nació en Barcelona el 14 de abril de 1915. Su cuna fue poco común, para empezar, su padre fue el novecentista Eugenio d'Ors Rovira. Don Eugenio estudió Derecho, pero queda claro que Álvaro seguiría sus huellas (un jurista inclinado por las artes liberales). Don Eugenio destacado director del Museo del Prado y literato, desde joven fue un espíritu inquieto. Un espíritu con gran inclinación por lo bueno, lo bello y lo verdadero. Destacó como activo tertuliano que debatió con pensadores como Juan Valera, Menéndez

⁴Voz: "Alvaro d' Ors Pérez-Péix" en: <https://dbe.rah.es/biografias/38118/alvaro-d-ors-perez-peix>

⁵Alvaro d' ORS Y PÉREZ-PEIX, Nueva introducción al estudio del derecho, Madrid, Civitas, 1999; es de destacar que en el mismo año publicase: Álvaro d' ORS Y PÉREZ-PEIX, Derecho y sentido común: siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo, Madrid, Civitas, 1999.

⁶Vid. Howard GARDNER, Mentes Creativas una Anatomía de la Creatividad, México, Paidós, 2011, pp. 49-74.

Pelayo, Menéndez Pidal y Ramiro de Maeztu, entre otros. Huelga recordar su obra "El secreto de la filosofía", y su relación con José Ortega y Gasset, no obstante, no compartiese del todo el krausismo y el vitalismo del madrileño. Eugenio d'Ors era un hombre de letras con una profunda formación en el pensamiento clásico. La madre de Álvaro, María Pérez-Péix, poseía una cultura amplísima, ávida lectora de los clásicos y de la música sinfónica. Ese fue el entorno familiar de nuestro autor, una atmósfera aderezada por una biblioteca de enormes proporciones.

Con su familia, Álvaro se trasladó a Madrid en 1923, momento en que la Villa y Corte era el paraíso de las letras y el arte pictórico. Pero como sucedió en toda la nación, la crisis política iniciada con la Segunda República, despertó la rivalidad de las dos Españas. d'Ors era de una familia de pasado catalanista y de honda raigambre carlista, en otras palabras, Álvaro será un católico tradicionalista, lo cual no es asunto menor. Es evidente que esto influyó en su forma de concebir la naturaleza del estado moderno, el constitucionalismo liberal, el estructuralismo, las corrientes axiológicas, el personalismo y el ius positivismo.

Una vez terminada la Guerra civil de 1936-1939 (donde combatió en el Bando nacional como requeté), inició la actividad docente del Derecho Romano en la Universidad Central. En 1940, viaja a Roma para profundizar sus estudios bajo la dirección de Emilio Albertario. Así fue forjando la tesis doctoral sobre la *Constitutio Antoniniana*, que terminaría por defender en 1941 en la Universidad Central, obteniendo el Premio Extraordinario de doctorado. A partir de ese momento, la romanística fue la columna vertebral de la obra de d'Ors:

Álvaro d'Ors fue ante todo y sobre todo un romanista. Se dio a conocer en los ambientes de esta disciplina con sus Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano (Salamanca 1943), que, aunque calificado diminutivamente por él mismo de "librillo programático" (Nuevos papeles, p. 147), marcó un nuevo rumbo a los estudios romanísticos en España. Se posicionó entonces

d'Ors “decididamente” –éste es el adverbio que empleó– junto a su maestro italiano Emilio Albertario a favor de la crítica interpolacionista: “nadie –afirma con contundencia– ha realizado un esfuerzo mayor y de resultados más positivos que Albertario”...Con el transcurso del tiempo, sus propias investigaciones, así como las importantes aportaciones en este campo de sus queridos y admirados colegas Max Kaser y Franz Wieacker, moderaron su criticismo interpolacionista que nunca llegó a los extremos de Emilio Albertario o de Gerhard Beseler, en sus *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (1910 - 1931).⁷

Para 1944, d'Ors se mudó a la Universidad de Santiago de Compostela, en virtud de una permuta de cátedra con la Universidad de Granada. Cosas del destino, dirán algunos (otros lo atribuirán a la Providencia), el romanista contrajo matrimonio en la Ciudad del Apóstol con Palmira Lois en 1945, con quien procreó once hijos. Desde Santiago, viajó con frecuencia a Coimbra, en obediencia a su vocación romanista. En 1961 se trasladó a Pamplona, para enseñar el Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra fundada en 1952 por el profesor Ismael Sánchez Bella. La Universidad situada en Pamplona era joven, producto de la inspiración de Monseñor Josemaría Escrivá de Balaguer⁸. d'Ors conoció a Escrivá mucho tiempo atrás, de hecho, pidió su admisión al Opus Dei en carácter de lo que ius-canónicamente se denominaba socio supernumerario el 14 de abril de 1949. Sin duda, su vinculación a la Obra influyó, en su pensamiento. Por el momento, hagamos un paréntesis. En 1961,

⁷Rafael DOMINGO OSLÉ, “Álvaro d'Ors. op. cit., 2005, p, 23. “Sus interlocutores romanísticos fueron principalmente el genial Theodor Mommsen (1817-1903), y los más jóvenes, aunque tampoco llegó a conocer, Otto Lenel (1849-1935) y Ludwig Mitteis (1859-1921), así como sus maestros Leopold Wenger (1874-1953) y Emilio Albertario (1885-1948). Mención especial merecen las dos figuras señeras del romanismo de la segunda mitad del siglo XX, Max Kaser (1906-1997) y Franz Wieacker (1908-1994), así como, en tema de creditum, su colega de Palermo Bernardo Albanese y, en tema de restitutio in integrum, el romanista de Münster, Berthold Kupisch. Lugar destacado en la crítica de sus posiciones ocuparon los propios discípulos de d'Ors. Sus principales interlocutores en teoría del Derecho y teoría Política fueron, por orden de importancia, su querido amigo Carl Schmitt (1888 -1985), el jurista francés Michel Villey (1914 - 1987) y el sociólogo Max Weber (1864 -1920).” Rafael DOMINGO OSLÉ, “Álvaro d'Ors. op. cit., 2005, pp. 19-20.

⁸Cfr. Onésino DÍAZ HERNÁNDEZ y Federico M. REQUENA MEANA, Josemaría Escrivá de Balaguer y los inicios de la Universidad de Navarra (1952-1960), Pamplona, EUNSA, 2002.

el régimen encabezado por el general Francisco Franco podría aparentar un ambiente político poco plural, incluso se podría decir lo mismo del Opus Dei. No fue así. Como bien lo afirmó Víctor Alba, periodista barcelonés que, durante el exilio llegó a vivir en México: “En España las ideologías tienden a ser difusas, confusas, retóricas y muy distantes de la práctica política...Se habla entre nosotros, sin matizar, de derechas e izquierdas. Así se metió en el saco de las izquierdas a socialistas, anarquistas, comunistas, liberales, y en de las derechas a reaccionario, tradicionalistas, fascistas y conservadores.”⁹ Vamos a ver, Eugenio d’Ors fue un catalanista entusiasta durante su juventud, teniendo como lectura de cabecera “La nacionalitat catalana” de Enric Prat de la Riba, pero en algún momento se separa de la Lliga Regionalista. Dejaba el nacionalismo catalán para dedicar sus esfuerzos al castellano¹⁰. Álvaro se identificó con la Comunión Tradicional Carlista¹¹. Es recordado su discurso en Montejurra en 1965:

Los Carlistas somos legitimistas. Pero ¿por qué somos legitimistas? Ésta es la pregunta que constantemente nos hacen amigos y enemigos y que vosotros mismos os podéis hacer al querer justificar ante vuestra propia conciencia la lealtad inquebrantable que os mueve.

¿Y por qué el Carlismo se aferra como a algo esencial a esta lealtad para con la Dinastía Legítima? Pues, sencillamente, porque sabemos que, sin esta lealtad a la Legitimidad, nuestras ideas se vendrán abajo.

No se debe a un personalismo la razón por la cual, en cierto sentido, damos más importancia aparente a la Persona de los Reyes que a las Instituciones y Principios que los Reyes deben defender. Sabemos que al proclamar que el Rey sirve a la Ley, estamos situando toda aquella tradición de las Instituciones, Fueros y Libertades por encima de la Persona del Rey. Pero sabemos que la continuidad en la lealtad a la Dinastía Legítima es la garantía de aquellas Instituciones.

⁹Víctor ALBA, Los conservadores en España. Ensayo de interpretación histórica, Barcelona, Planeta, 1981, p. 13.

¹⁰Cfr. Pío MOA, Una historia chocante. Los nacionalismos vasco y catalán en la historia contemporánea de España, Madrid, Encuentro, 2004.

¹¹Cfr. Javier BARRAYCOA MARTÍNEZ, Eso no estaba en mi libro de historia del CARLISMO, Madrid, Almuzara 2019.

Lo que origina el título de Rey es la Legitimidad que viene de su preferencia por nacimiento dentro de las líneas que pertenecen a la Dinastía Legítima. Pero la permanencia de la Legitimidad en un Rey, depende de su propio respeto a las Instituciones de la Tradición.¹²

Difícil actitud en pleno franquismo, un tradicionalista que no aceptaba al Movimiento que unificaba a Falange con el Carlismo, en el seno de la universidad del Opus Dei, instituto secular donde cabían políticos como Laureano López Rodó, es decir, un fuerte impulsor de la restauración de la monarquía en la persona de Juan Carlos de Borbón, posición en las antípodas del entusiasta profesor que gritaba: “¡Viva el Rey Don Javier! ¡Viva el Príncipe de Asturias y de Viana, Don Carlos! ¡Viva la Princesa Doña Irene! ¡Viva la Familia Real! ¡Viva la Legitimidad!”¹³ Y a la vez, un entusiasmo desconcertante de un barcelonés que profesaba una honda admiración por Carl Schmitt. Por tanto, y en obediencia a la advertencia de Víctor Alba, Álvaro d’Ors no era un político de derechas, y más que un mero reaccionario, fue un estudioso del Derecho constitucional no obstante su origen revolucionario francés. En otras palabras, d’Ors, como su padre, no era fáciles se ser sujetos a las taxonomías políticas con las que se suele descalificar a un pensador.

Ya en la democracia fundada en la Constitución española de 1978, Álvaro d’Ors se jubiló de manera oficial en 1985 en la Universidad de Navarra, siguiendo como Profesor Emérito y como Profesor Honorario hasta 1993 y *ad honorem* hasta su muerte en 2004. El relevo fue tomado por el profesor Rafael Domingo Oslé. Quien esto escribe, no fue discípulo de d’Ors, lo fueron otros mexicanos como Jorge Adame y Gumesindo Padilla. Pero este autor fue testigo de la actividad del

¹²Álvaro d’ORS Y PÉREZ PEIX, “Discurso pronunciado en Montejurra el 2 de mayo de 1965 por el profesor Don Álvaro d’Ors, catedrático de la Facultad de Derecho de la universidad de NAVARRA y miembro de la Junta de gobierno de la Comunidad Tradicionalista, en: <https://jurramendimontejurra.wordpress.com/2018/03/27/discurso-de-alvaro-dors-sobre-la-legitimidad-1965/>

¹³Idem.

año 93 de una manera peculiar, además de conversar con frecuencia con d'Ors, ya que compartimos espacio en la Biblioteca de Humanidades de la Universidad de Navarra y la común amistad con el profesor Domingo Oslé. Para quien esté interesado en profundizar sobre la biografía de d'Ors, se sugiere la obra de Gabriel Pérez Gómez de título "Álvaro d'Ors, Sinfonía de una vida."¹⁴ Para dar a cada uno lo suyo, debo precisar que la formación romanística de quien esto escribe, fue dirigida por el profesor Domingo Oslé y el enfoque de aquella, fue el propio de la Tópica jurídica, con una amplísima influencia de la obra de Theodor Viehweg. Como filósofo del derecho, me debo a la influencia del profesor Francisco Carpintero Benítez, profundo estudioso de Kant y Hegel, pero de sólida formación escolástica. Sin embargo, para con d'Ors prevalece una deuda de gratitud: formarnos en el enfoque casuístico y no institucional, cuya máxima expresión se dio en su discípulo Manuel García Garrido¹⁵.

2. *IUS* y *Iuris prudentia*.

El punto de partida consiste en tener siempre presente que d'Ors es un romanista. Su concepto de derecho depende de ello, y por ende el de justicia. A su vez, d'Ors se concentra en el Derecho Romano Clásico. Simplificando las fechas, éste ha sido situado entre el 30 a.C al 230 d.C. El término "clásico" proviene del latín *classicus*, es decir, notable, principal, modelo o digno de

¹⁴Vid. Gabriel PÉREZ GÓMEZ, Álvaro d'Ors, Sinfonía de una vida, Madrid, RIALP, 2020.

¹⁵La actividad de los "prudentes" consistió: "(...) en dictaminar sobre casos propuestos. Sus *responsa* se fundan en criterios objetivos, pero éstos no se manifiestan ordinariamente, pues lo que vale es la autoridad de quien los profiere. La razón del *responsum* (*ratio iuris*) se explica tan sólo en privado, para instruir a los discípulos o discutir con los especialistas. Cada *responsum* sirve de precedente doctrinal ejemplar (*exemplum*) y tiene más o menos influencia según la autoridad personal de su autor. La doctrina procede por vía casuística y de progresiva extensión analógica; sólo excepcionalmente gusta de fórmulas principios en formas de reglas (*regulae*) o de hacer definiciones". Alvaro d' ORS Y PÉREZ-PEIX, Elementos de Derecho Privado Romano, Pamplona, EUNSA, 1975, p. 36.

imitación. Siguiendo a Álvaro d'Ors, lo clásico –con un sentido ponderativo- es lo ejemplar y selecto en virtud de su perfección de estilo¹⁶.

De ahí la valoración de la definición clásica de Ulpiano: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.¹⁷ Es importante considerar a la justicia como un acto segundo, esto, porque la voluntad quiere lo que le presenta la inteligencia o conocimiento, de ahí que es obligado subrayar que, es la prudencia jurídica, la virtud más importante para todo jurista. En la lógica clásica romana (y luego seguida por la escolástica), debe considerarse que no se puede querer un hacer, no hacer o dar, de conformidad con la naturaleza del *ius suum* si no se conoce éste en un principio (*iusti atque iniusti scientia*).¹⁸ Por tanto, no sobra, tener presente el axioma escolástico: *nihil volitum, nisi praecognitum*, es decir, no se quiere aquello que no se conoce.

Ahora bien, conviene precisar que: “La <<prudencia>> para los romanos no es la <<sapientia>>, el conocimiento en sí, sino más bien el arte dirigido a alcanzar unas cosas y evitar otras.”¹⁹ En tal sentido, Celso, había definido al *ars iuris* (arte del derecho) como *ars boni et aequi*, es decir, el arte de lo bueno y de lo justo (*equitativo*)²⁰, por tanto, una actividad consistente en discernir lo justo, siendo esto un bien jurídico, ya una *res* (una cosa) o bien un *dare, facere* o *non facere* (conducta). En el Derecho romano la jurisprudencia no es sino la <<prudencia en

¹⁶Vid. Álvaro d'Ors y PÉREZ-PEIX, Derecho Privado Romano, Pamplona, EUNSA, 2004, pp. 38-39

¹⁷ *Dig. 1.1.10pr. Ulpianus 1 reg.*

En: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>

¹⁸ “La Justicia es una virtud volitiva, que de poco nos serviría si no se completara con una virtud intelectual que nos indique qué es ese <<suyo>> que debemos dar a cada uno. Esta virtud intelectual es la Prudencia, otra virtud cardinal (...)” Alvaro d' ORS Y PÉREZ-PEIX, Una introducción al estudio del Derecho, Madrid, RIALP, 1989, p. 26.

¹⁹ María José, FALCÓN TELLA, La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental, Madrid, MARCIAL PONS, 2010, p. 23.

²⁰ *Dig. 1.1.0. De iustitia et iure. Dig. 1.1.1pr. Ulpianus 1 inst.*
<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>

el campo del Derecho>>, el arte de buscar lo justo y de omitir lo injusto.”²¹ Así, ya en la Roma imperial, un jurista debía ser, en principio, un *iuris prudens*, toda vez que, así como la prudencia, *lato sensu*, es la virtud de saber distinguir lo que se debe de hacer, la *iuris prudentia* es el saber hacer conforme a Derecho:

La Jurisprudencia es la prudencia o ciencia del derecho. <<Prudencia>> es la virtud que sabe distinguir lo que se debe hacer, y <<Jurisprudencia>>, lo que se debe hacer en derecho (...) es, así, la <<prudencia del derecho>>. La virtud de la <<Justicia>>, que procede de esa misma palabra <<yus>>, es la de dar a cada uno lo suyo, pero sólo la <<Jurisprudencia>> nos indica qué es ese <<suyo>> que debe darse a cada uno, y, concretamente, cuando hay una controversia entre dos personas acerca de lo que les pertenece.²²

En el período de la jurisprudencia romana clásica: “(...) El <<*iurisprudens*>> no era un técnico ni un especialista en determinada parcela científica, sino una persona que actuaba con prudencia en el campo del Derecho (...) Para conseguir su fin, la jurisprudencia romana se valió de todo tipo de conocimiento: Religión, Moral, Filosofía, Historia, Filología, Retórica (...).”²³ Esto tuvo como efecto el que la doctrina generada por los *iuris prudens* (y en ciertos casos por los pretores), fuese la fuente jurídica más importante en el Derecho romano clásico: “(...) La jurisprudencia en el Derecho romano es así una fuente del Derecho que no depende del legislador ni del juez, sino de los expertos.”²⁴

d’Ors va más lejos, y consolida un concepto en confrontación con otro, constituyendo una dialéctica fundamental en su pensamiento: la oposición entre *auctoritas* y *potestas*.

²¹María José FALCÓN TELLA, op. cit., p. 23.

²²Álvaro d’ORS Y PÉREZ-PEIX, Elementos de Derecho Privado Romano, Pamplona, EUNSA, 1992, p. 11.

²³María José, FALCÓN TELLA, op. cit., p. 24.

²⁴ Idem.

III. La dualidad *auctoritas* y *potestas*.

En 1986, Rafael Domingo Oslé defendió la tesis doctoral "Teoría de la <<auctoritas>>. Origen histórico del concepto en la experiencia romana y aplicaciones actuales." El destacado discípulo de d'Ors decidió bucear en las aguas más profundas del pensamiento orsiano: "En la concepción orsiana del Derecho late la contraposición romana entre *auctoritas* –que definió d'Ors, desde 1968, como "saber socialmente reconocido"– y *potestas* o "poder socialmente reconocido". Esta distinción es clave para la comprensión del pensamiento jurídico y social de Álvaro d'Ors."²⁵

Por *auctoritas* se entiende "(...) el saber socialmente reconocido."²⁶ Dicha condición es compleja, íntimamente vinculada al sujeto que la detenta: "En efecto, la radical diferencia entre saber y poder se halla en que el primero es expresión del entendimiento y el segundo de la voluntad. El saber, en cuanto tal, es personalísimo, es decir, indelegable, pues está intrínsecamente unido a la persona que lo tiene."²⁷

En consecuencia: "Distinta de la *auctoritas* es la *potestas*, de *potis*, cuya raíz indoeuropea significa la idea de poder constituido. *Despotés*, en griego, es el amo de la casa (...)."²⁸ *In fine*, *potestas* es "(...) el poder socialmente reconocido".²⁹ Ahora bien, ¿en quién se deposita la *auctoritas*? En la constitución romana, la *auctoritas* ha sido situada en el Senado, el Tribuno de la Plebe, pero, particularmente, en las respuestas de prudentes. En cambio, en referencia a las

²⁵Rafael DOMINGO OSLÉ, "Álvaro d'Ors." op. cit., 2005, p, 33.

²⁶ Idem

²⁷Rafael DOMINGO OSLÉ, *Auctoritas*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 223.

²⁸ Rafael DOMINGO OSLÉ, op. cit., 999, p.15.

²⁹ Álvaro d'ORS Y PÉREZ-PEIX, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, EUNSA, 1991, p. 37.

magistraturas, explica Domingo Oslé: “La *Potestas* es el poder socialmente reconocido, y su origen es producto de un mandato exterior al sujeto que la detendrá. Por ejemplo, en la Roma clásica: “(...) el magistrado, como tiene potestad, manda al pueblo, pero la razón esencial de ese poder socialmente reconocido es precisamente su derivación de la *maiestas Populi Romani*.”³⁰ Esto último es discutible, muchos de los seguidores del *cursus honorum*, llegaron a gozar de prestigio como *iuris prudens*, pero esto sería desviarnos del tema principal. Por lo pronto traslademos la teoría de la *auctoritas* al presente. ¿Existe algún órgano público depositario de la *auctoritas*? En el terreno del deber ser, sí: el *Ombudsman*.

Definido como una magistratura de persuasión, el *Ombudsman* es una institución defensora de la legalidad constitucional, y consecuentemente de los derechos individuales, civiles, políticos y sociales de todo ser humano. Tal fortaleza de persuasión es fundada en su *auctoritas*:

Su característica primordial es la autoridad que ejerce su representación, como poder de persuasión, pues sus conclusiones se desenvuelven en sugerencias, denuncias, recomendaciones o propuestas, proponer modificaciones, sugerir interpretaciones, recordatorios, etc.

No tiene facultades de sustitución del órgano que emite el acto administrativo, solo su “autoridad moral” y la confianza pública tiene ese poder disuasorio, circunstancia que pondera con inigualable colaboración, que se presentan ciudadanos y defensor: aquellos por las denuncias y este por la actividad desplegada consecuentemente. (...) ³¹

Si el *Ombudsman* es una magistratura de persuasión, su fortaleza no radica en la *coertio*, no deviene de una *potestas*, sino de las condiciones personalísimas de su titular, tales como su prestigio, honorabilidad, prudencia, *in fine*, cualidades que trascienden la mera erudición o el nombramiento formal para titularizar una

³⁰ Rafael DOMINGO OSLÉ, Teoría de la “*auctoritas*”, Pamplona, EUNSA, 1987, p. 56.

³¹ Osvaldo Alfredo GOZAINI, El Defensor del Pueblo (*Ombudsman*), Buenos Aires, EDIAR, 1989, p.20.

plaza, sino que atienden a la calidad del sujeto, puesto que la sabiduría es algo que trasciende al conocimiento, en pocas palabras es algo que es inherente al ser y al hacer.

Sin embargo, d'Ors puso especial atención en la judicatura. ¿El juez es un depositario de la *potestas*, la *auctoritas* o quizás de ambas propiedades?

IV. Derecho es lo que dicen los jueces.

d'Ors, romanista, podía conformarse con un concepto de derecho: *ius*, lo justo concreto. Pero no podía ignorar actividad judicial y el papel que juega en la definición o determinación de lo justo concreto. Y decide internarse en las ondas del Nuevo régimen y el estado constitucional, difícil tarea, como hombre de su tiempo siendo un monárquico convencido. Esto nos habla de su honestidad intelectual. Para situar la problemática, acudamos a la autorizada pluma de Bernardino Bravo Lira quien emite el siguiente diagnóstico:

Hasta la codificación, la sujeción del juez a la ley no había sido obstáculo para que prosperara un derecho de juristas. Así lo vio primero en la Roma clásica, luego en la Europa medieval y, en tiempos más próximos a nosotros, en la Europa y la América moderna. En Roma la ley había sido una fuente del derecho muy secundaria, cuyo ámbito principal era lo público. En el Derecho Común europeo e iberoamericano la primacía teórica de la ley –civil, canónica o real- estuvo en todo momento mediatizada, en la práctica, por la doctrina de los autores. La ley era lo que entendían y enseñaban los juristas. De ahí tanto el derecho romano como el Común fueron derechos de juristas, concebidos al modo clásico como un *ars boni et aequi*. En cuanto tales estos derechos se presentaban al juez en forma abierta, de suerte que le correspondía a él cerrarlos caso por caso, mediante su sentencia que entraña una *iusdictio*.³²

³²Bernardino BRAVO LIRA, "Las dos caras de la codificación en Europa Continental e Iberoamérica: Legal y Judicial", en *et. al.* Homenaje a Ismael Sánchez Bella, Pamplona, EUNSA, 1992, p.178.

Pero en el Nuevo régimen, las tornas cambiaron. La ley sería la fuente del derecho positivo por antonomasia. Hemos mencionado al Nuevo régimen, pero es necesario entender qué le precedió, y para tal efecto, se recurrirá a la precisa explicación de Francisco Tomás y Valiente:

... el monarca, en virtud de su <<poderío real absoluto>> podía con su sola voluntad crear leyes y no estaba (según muchos teóricos) sometido plenamente a la fuerza obligatoria de las leyes vigentes. El Derecho en último término dependía o emanaba de su voluntad soberana, porque el monarca era el titular de la soberanía.

Por otro lado, los súbditos no eran iguales ante el Derecho. Los privilegios individuales o estamentales sentaban el principio y la evidencia de que los hombres eran desiguales ante la ley.

Finalmente, quienes por delegación del rey y en su nombre gobernaban y administraban justicia gozaban de un amplio margen de arbitrio, sobre todo los órganos administrativos y judiciales superiores, de manera que no siempre actuaban en virtud de normas previas de vigencia general, ni tan siquiera respetando privilegios jurídicos ... Todo ello permite hablar de un cierto absolutismo judicial y gubernativo como reflejo del absolutismo político del soberano.³³

El Nuevo régimen implicará lo opuesto, es decir, se concebirá la soberanía como una potestad originaria del pueblo; se formulará el principio de división de poderes, y, finalmente, se procurará la igualdad de todos los gobernados –ahora ciudadanos- frente a la ley y la administración de la justicia. Estas características fueron planteadas por diversos autores, destacando Carlos de Secondat, barón de la Brède y de Montesquieu quien publicó en 1748 “El Espíritu de las Leyes”, Jean-Jacques Rousseau quien aportó su teoría política en la obra “El Contrato Social” y Emmanuel Sieyès y su ensayo “¿Qué es el Tercer Estado?” Como principios jurídico-políticos, llegaron a ser plasmados en la Constitución del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y sobre todo en la Declaración de los Derechos del

³³Francisco TOMÁS Y VALIENTE, Manual de Historia del Derecho Español, Madrid TECNOS, 1992, p. 420.

Hombre y del Ciudadano de Francia (1789). Aquí, debe destacarse, cómo se comprende la ley:

La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. La ley debe ser igual para todos, tanto para proteger como para castigar. Puesto que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, cada cual puede aspirar a todas las dignidades, puestos y cargos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos.³⁴

En su Nueva introducción al estudio del derecho, d'Ors descalifica, en principio a la división de poderes:

El mito de la «división de poderes» -ejecutivo, legislativo y judicial- se evidencia hoy como falso, desde el momento en que, al menos de hecho, el que gobierna es el mismo que legisla; pero también cuando se pretende atribuir a los jueces una facultad de juzgar los actos propiamente políticos; porque, si se pretende controlar lo político con la intervención de los jueces, es inevitable que los jueces se contaminen de la polémica política en torno al gobierno del que depende la ejecución de las sentencias. Sólo puede evitarse esto si se reduce tal intervención judicial —y por tanto el concepto de derecho— a los juicios sobre conflictos privados y no públicos.³⁵

¿Acaso esto es producto de la influencia de Carl Schmitt y una aversión al pensamiento de Hans Kelsen? ¿O más bien se trata de su mentalidad romanística y los *iudex* privados durante el período clásico romano? Parece que es posible responder afirmativamente a ambas palabras. Además, debemos

³⁴Article 6. *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* Cit. y trad. por Javier HERVADA, y José María ZUMAQUERO, *Textos Internacionales de Derechos Humanos t 1 (1776-1976)*, Pamplona, EUNSA, 1992, pp. 47-48.

³⁵Álvaro d' ORS Y PÉREZ-PEIX, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, p. 39.

advertir una paradoja que quizás no sea del agrado de algún discípulo de d'Ors y se perciba a sí mismo como alguien muy ortodoxo a su sistema. Me explico, como es bien sabido, Montesquieu no concedía la condición de poder a la judicatura, en todo caso, la interpretaba como una función pública. Recuérdese su frase: "Los jueces de la nación no son... más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes."³⁶ Por tanto, el juez reduce su *arbitrium* al silogismo de subsunción. d'Ors era un ius naturalista, tanto, que en un pasaje de su gran obra Derecho Privado Romano, afirma lo que sigue: "...el principal objetivo de nuestra docencia debe ser liberar al jurista moderno de la servidumbre del positivismo legalista e instruirlo en los hábitos mentales de una Jurisprudencia cuya independencia sigue siendo siempre ejemplar."³⁷

Por lo pronto, tengamos presente que las ideas que elevaron a la ley al lugar primordial como fuente, se originaron frente a la necesidad de limitar el *arbitrium* o criterio judicial. En el siglo XVIII aquello era algo razonable en virtud de los abusos cometidos por muchos jueces, al favorecer a determinados estamentos sociales. Sin embargo, al limitarse el criterio de los jueces, se provocó una crisis en la jurisprudencia, entendida como saber jurídico. En principio: "(...) lo que desapareció con la codificación no fue propiamente el Derecho Común, sino esa corriente viva de autores y obras que lo mantenía al día. En lugar de esta jurisprudencia dinámica se impuso, sobre las demás fuentes del derecho, la ley, la más rígida de ellas, la única que es incapaz de adaptarse por sí misma a las mudables condiciones de la vida social."³⁸

³⁶Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de MONTESQUIEU, Del Espíritu de las Leyes, Madrid, TECNOS, 1995; p. 111. Al respecto Bernardino Bravo Lira explica: "(...) la codificación abre paso a una reducción hasta entonces inimaginable del papel del juez. En lugar de declarar el derecho en los casos controvertidos, se le intenta limitar a aplicar la ley a los casos particulares, es decir, subsumirlos bajo una ley general." Bernardino BRAVO LIRA, op. cit., p. 178.

³⁷Álvaro d' ORS Y PÉREZ-PEIX, Derecho Privado Romano, Pamplona, EUNSA, 2004, p. 31.

³⁸Bernardino BRAVO LIRA, Op. cit., p. 169.

En torno, a la potestad del juez en materia de derecho público, recordemos que, en 1931, Carl Schmitt y Hans Kelsen protagonizaron un debate de enorme trascendencia en torno a quién debe ser el defensor de la Constitución (“*Hüter der Verfassung*”). Schmitt consideraba que la tarea de defender la constitución debía corresponder al jefe del Estado (un poder político). Para Kelsen, dicha función era facultad exclusiva de un tribunal especializado (el Tribunal constitucional). La posición de Schmitt parte de la premisa que concede primacía a la eficacia de la actuación política, mientras que en la posición kelseniana se respetaba la integridad de la norma jurídica y su generación jerárquica. Por tanto, el tribunal constitucional debía orientarse en la garantía de la pervivencia del orden jurídico: “Defensor de la Constitución significa (...) un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones, un órgano que sirva de <<garantía de la Constitución>>.”³⁹ Por consiguiente: “(...) Dado que ésta (la constitución) es un ordenamiento, y como tal, en cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas, la <<violación>> de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión (...).”⁴⁰

Sería materia de otro estudio el concepto de constitución orsiano y en general su aproximación al estado constitucional de derecho. Basta tener presente la siguiente definición: “La constitución es, ante todo, un acto de decisión sobre la propia identidad nacional, en virtud del cual se establece la recíproca posición de gobierno y acatamiento, con carácter definitivo...”⁴¹ Líneas adelante, sorprende la siguiente afirmación: “La constitución, por lo demás, no es el fundamento del derecho, no es una <<norma de normas>>...”⁴²

³⁹Carl SCHMITT y Hans KELSEN, La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, 2009, TECNOS, Madrid, p. 291.

⁴⁰Idem.

⁴¹Alvaro d' ORS Y PÉREZ-PEIX, Nueva introducción al estudio del derecho, Madrid, Civitas, 1999, p. 160.

⁴²Idem., p. 161.

El problema arriba planteado es complejo, incluso podemos notar cómo el pensamiento de d'Ors es distante no sólo de Kelsen sino de su admirado Carl Schmitt, y me atrevo a decir que también de su amigo Luis Sánchez Agesta. Recordemos que d'Ors era tradicionalista, un carlista defensor de la legitimidad de una dinastía que encontraba su origen en Carlos María Isidro de Borbón hermano de Fernando VII. Era por tanto un monárquico y, en lo personal, no dejo de sospechar que tenía cierta proclividad por el nacionalismo catalán. Por ahora, y acorde a los límites del presente artículo, pongamos atención a la síntesis elaborada por Rafael Domingo Oslé:

La teoría política de Álvaro d'Ors surge de la crítica del pensamiento de la Edad Moderna, dominada por la revolución protestante. En opinión de d'Ors, el inicio de esta época moderna habría de fijarse “no con la aparición de la tipografía (1440), ni con la caída de Constantinopla (1453), ni con el descubrimiento de América (1492), sino sólo con la sublevación luterana contra la Iglesia (1517)” (Retrospectiva, 1993, p. 98). La misma idea de Estado, el europeísmo secularizante y el capitalismo consumista no son sino consecuencias de la revolución protestante (cfr. Retrospectiva, 1993, p. 98). Un lugar central ocupó su crítica al Estado moderno, que hunde sus raíces en el concepto de soberanía, y que nació, en el siglo XVI, para superar las tensiones derivadas de las guerras de religión. En artículos suyos como Nacionalismo en crisis y regionalismo funcional (1959) o Los pequeños países en el nuevo orden mundial (1963), puede observarse ya el antiestatismo orsiano, que se fue consolidando a lo largo de cuatro decenios. Así comienza –baste un ejemplo– el primero de estos ensayos: “La insuficiencia del Estado: he aquí una realidad a la que parecen apuntar todos los síntomas sociales y políticos de nuestro tiempo” (Papeles del oficio universitario, 1961, p. 310). De treinta años después es su artículo Profilaxis judicial y falacia del “Estado de Derecho” (1996), en que vuelve a criticar con dureza este concepto moderno de Estado soberano. Álvaro d'Ors acusaba la idea de Estado, a diferencia de Carl Schmitt, por tratarse de una “forma de organización artificial de los grupos nacionales”, que no es “expresión del desarrollo natural de la esencial sociabilidad humana”, ya que parte del prejuicio de que “la naturaleza humana es por sí misma conflictiva” (*homo homini lupus*) (Nueva introducción, 1999, § 103). Critica también “su poder absoluto, aun cuando el régimen interno sea democrático y de entera legalidad” (Los pequeños países, 1963, p. 162); el hecho de que la soberanía no reconozca la autoridad sino sólo la potestad, así como la imposición de una Ética coactiva, en sustitución del orden moral

natural. El mismo carácter territorial del Estado es prueba de “su propia limitación” (Claves conceptuales, 1996, p. 514). El binomio Estado - territorio lo supera d’Ors a través de la relación pueblo-suelo: “A cada pueblo, su suelo”, dirá d’Ors con frase gráfica (La posesión del espacio, 1998, p. 45 y Derecho y sentido común, 3ª ed., 2001, p. 81). En efecto, si como bien afirma Ulpiano, D. 1.1.10 pr., la justicia es la “perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo”, ese *ius suum*, aplicado a la distribución del orbe, debe concretarse en “dar a cada pueblo su suelo”. Este reparto ha de estar informado por los principios de subsidiariedad y solidaridad. Así, pues, frente al principio de soberanía –poder exclusivo y excluyente, en el que hemos basado las relaciones internacionales desde que existe el Estado moderno– se alza el principio de subsidiariedad, que exige una conciencia solidaria entre los pueblos. Por eso, “la solidaridad, más que un complemento de la subsidiariedad, es su presupuesto” (Derecho y sentido común, 3ª ed. 2001, p. 83).⁴³

El pensamiento político de d’Ors era complejo, una bisagra entre el Antiguo y Nuevo Régimen. El discurso de 1965 en Montejurra, bastión del carlismo, no fue un momento de exaltación. El Carlismo es un fenómeno difícil de valorar, es cierto que para algunos ya debería ser una pieza de museo, pero en el presente, ante el colapso del régimen de 1978 en España, han despertado movimientos e inquietudes rayanas en lo nostálgico, pero no por ello inexistentes. No ha sido algo espontáneo, desde el momento en que Francisco Franco, en 1969, determinó que fuese Juan Carlos de Borbón el Príncipe de España, como potencial sucesor de la Jefatura de Estado, el avispero se había agitado⁴⁴. El Carlismo implica un rechazo al liberalismo, en mucho inspirado en el magisterio pontificio romano, como lo fuese la Carta Encíclica *Mirari Vos* dictada por el papa Gregorio VII el 15 de agosto de 1832, en vísperas de la primera guerra carlista (1833). Uno de los argumentos prevalentes es la no separación de la Iglesia y el Estado⁴⁵. Sin embargo, volvamos a la cuestión central: el concepto general de

⁴³ Rafael DOMINGO OSLÉ, “Álvaro d’Ors.” op. cit., 2005, pp. 36-37.

⁴⁴ Laureano LÓPEZ RODÓ, La larga marcha hacia la Monarquía, Barcelona, Noguer, 1977.

⁴⁵ “Que también los Príncipes, Nuestros muy amados hijos en Cristo, cooperen con su concurso y actividad para que se tornen realidad Nuestros deseos en pro de la Iglesia y del Estado. Piensen que se les ha dado la autoridad no sólo para el gobierno temporal, sino sobre todo para defender la Iglesia; y que todo cuanto por la Iglesia hagan,

derecho orsiano, desglosando siempre el origen etimológico de cada concepto. d'Ors brilla con luz propia en cuanto su pensamiento en el ámbito del derecho privado y su poderosa capacidad de abstracción.

Años antes, Álvaro d'Ors precisó que, un juez, es el órgano establecido por la sociedad (unipersonal o pluripersonal): "...para declarar formalmente si una conducta particular se estima conveniente o no. Este órgano que declara si un acto es justo o injusto ... se llama juez. La opinión del juez, su sentencia, constituye un juicio a efecto social ... Así, para cada conflicto concreto, para cada caso, es el juez quien debe decir lo que es derecho; es el *iudex* quien *ius dicit*."⁴⁶

Esto lo lleva a una conclusión admirable: "... donde no pueden intervenir jueces, no hay tampoco derecho. De ahí que podamos definir el derecho como <<aquello que aprueban los jueces>>"⁴⁷

V. Conclusiones.

La teoría-filosofía política de Álvaro d'Ors se enfoca en el ámbito del derecho privado. No obstante, su amistad con Carl Schmitt o Luis Sánchez Agesta, no desarrolló un pensamiento *ad hoc* para el derecho político. El que d'Ors se

redundará en beneficio de su poder y de su tranquilidad; lleguen a persuadirse que han de estimar más la religión que su propio imperio, y que su mayor gloria será, digamos con San León, cuando a su propia corona la mano del Señor venga a añadirles la corona de la fe. Han sido constituidos como padres y tutores de los pueblos; y darán a éstos una paz y una tranquilidad tan verdadera y constante como rica en beneficios, si ponen especial cuidado en conservar la religión de aquel Señor, que tiene escrito en la orla de su vestido: Rey de los reyes y Señor de los que dominan." Gregorio VII, Carta encíclica *Mirari Vos*

Sobre los errores modernos, 15 de agosto de 1932, en:

<http://es.catholic.net/op/articulos/2501/mirari-vos-sobre-los-errores-modernos.html#XI>

⁴⁶Álvaro d' ORS Y PÉREZ-PEIX, Una introducción al estudio del Derecho, Madrid, RIALP, 1989, p. 31.

⁴⁷Idem., p. 32.

hubiese identificado con el tradicionalismo carlista le llevó a profundizar en el Antiguo régimen y defender la forma de gobierno monárquica. Debe de considerarse el influjo que tuvo en él, el entorno familiar, destacando su padre, el novecentista y profundo humanista, Eugenio d'Ors, quien había militado en la *Lliga* catalanista. Sin embargo, Álvaro d'Ors fue uno de los romanistas más descollantes del siglo XX no sólo en España, sino a nivel internacional. Destaca la influencia del jurista vienés Max Kaser. Esto le lleva a concebir, con todo realismo, al Derecho privado romano, no como un conjunto de instituciones sino de acciones procesales y doctrina jurisprudencial clásica. La actividad jurisprudencial fue su pasión, concentrándose en las operaciones intelectuales para discernir el *ius suum* (lo justo concreto). Sin embargo, frente al conflicto jurídico, esto no bastaba, siendo indispensable la *iuris dictio* y de ahí que el juez sea quien aprueba lo que corresponde a cada uno.