

# REFLEXIONES SOBRE LAS CAUSAS DE LA CRISIS DEL ESTADO MODERNO. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO ROMANO

## EXPLORING THE ROOTS OF THE CRISIS OF THE MODERN STATE. A VIEW FROM ROMAN LAW

### O PRZYCZYNNIE KRYZYSU WSPÓŁCZESNEGO PAŃSTWA Z PERSPEKTYWY PRAWA RZYMSKIEGO

Dr. María Alejandra Vanney, University Professor

Nicolaus Copernicus Superior School, Poland

e-mail: maria.vanney@sgmk.edu.pl; <https://orcid.org/0000-0001-6472-7688>

#### Resumen

A pesar de lo que pueda parecer a primera vista, el Derecho Romano clásico proporciona al pensamiento jurídico y político actual herramientas relevantes para adentrarse en la actual crisis del Estado. Así lo entendió Álvaro d'Ors, eminente pensador español del Derecho Romano en su dilatada trayectoria académica. A partir de la distinción entre *auctoritas* y *potestas* tal y como prevalecía en la Roma clásica, explicó los efectos que su posterior confusión provoca en la vida sociopolítica.

Sostiene d'Ors que la *auctoritas* y la *potestas* nunca deben ser encarnadas por una misma persona o unirse en una misma función. Mientras el derecho debe guiarse por la primera (el saber de los jueces, socialmente reconocido), sin presiones ni intereses políticos, el gobierno político actúa en base a una *potestas*, también reconocida socialmente.

La distinción entre una y otra se perdió con el tiempo, con graves consecuencias para la tradición jurídica. Olvidado el original sentido de la autoridad, se pasó a considerar que el derecho solo consiste en *lex* (sin lugar para *ius*, derecho de pura *auctoritas*) formulada de acuerdo con principios de justicia decididos por la potestad del legislador, dejando a los jueces la mera tarea de “encajar” el conflicto jurídico con la norma legal correspondiente.

Ante esta situación, d'Ors abogó por la necesidad de restablecer un “derecho de casos” en el que la *prudentia auctoritatis* de los jueces resolviera cada uno de ellos sin reducir el *ius* a *lex*.

**Palabras clave:** *auctoritas* y *potestas*, *ius* y *lex*, Álvaro d'Ors, crisis del derecho, gobierno tecnócrata

### Abstract

Contrary to what may appear at first glance, classical Roman law provides today's legal and political thought with relevant tools to address the current crisis of the state. This was the understanding of Álvaro d'Ors, an eminent Spanish scholar of Roman Law during his long academic career. Starting from the distinction between *auctoritas* and *potestas* as it prevailed in classical Rome, he explained the effects that their later entanglement provoked in socio-political life.

Indeed, *auctoritas* and *potestas* should never be embodied by the same person or united in a single role. Thus, while right (*ius*) must be guided by the former (the judges' knowledge, socially recognized), without pressure or political interests, the political government acts on the basis of *potestas*, i.e. a socially recognized power.

The distinction between power and authority was lost over time, with serious consequences for the legal tradition. In the absence of the original sense of authority, right came to be considered as consisting only of *lex* (with no place for *ius*, i.e., for a right based on *auctoritas*, on knowledge). Moreover, it is a *lex* established according to principles of justice decided by the *potestas* of the legislator, leaving the judges with the mere task of “fitting” the legal conflict to the appropriate legal norm.

Faced with this situation, d'Ors advocated the need to reestablish a “case-based” right in which the *prudentia auctoritatis* of judges would resolve conflicts without reducing *ius* to *lex*.

**Keywords:** *auctoritas* and *potestas*, *ius* and *lex*, Álvaro d'Ors, crisis of the law, technocratic State

### Abstrakt

Wbrew pozorom klasyczne prawo rzymskie dostarcza aktualnej myśli prawnej i politycznej odpowiednich narzędzi do przeciwdziałania kryzysowi państwa. Udowodniał to Álvaro d'Ors, wybitny hiszpański uczonego prawa rzymskiego podczas swojej długiej kariery akademickiej. Wychodząc od odróżnienia od siebie pojęć *auctoritas* i *potestas*, jakie stosowano w klasycznym prawie rzymskim, wyjaśnił skutki, jakie wywołało w życiu społeczno-politycznym ich późniejsze pomieszanie.

W istocie *auctoritas* i *potestas* nigdy nie powinny być łączone w tej samej osobie lub w jednej roli. Tak więc, podczas gdy prawo (*ius*) musi kierować się tą pierwszą (wiedzą sędziów, uznaną społecznie), bez nacisków i interesów politycznych, rząd polityczny powinien działać na podstawie *potestas*, tj. społecznie uznanej władzy.

Rozróżnienie między *potestas* a *auctoritas* zostało z czasem utracone, co miało poważne konsekwencje dla tradycji prawnej. Wobec utraty pierwotnego znaczenia autorytetu, prawo zaczęło być postrzegane jako składające się wyłącznie z *lex* (bez miejsca na *ius*, tj. na prawo oparte na *auctoritas*). Ponadto jest to *lex* ustanowione zgodnie z zasadami sprawiedliwości ustalonymi przez *potestas* prawodawcy, pozostawiając sędziom jedynie zadanie “dopasowania” konfliktu prawnego do odpowiedniej normy prawnej.

W obliczu tej sytuacji d’Ors opowiedział się za potrzebą przywrócenia “prawa kazusów”, w którym sędziowska *prudencia auctoritatis* rozwiązywałaby konflikty bez redukcji *ius* do *lex*.

**Słowa kluczowe:** *auctoritas* i *potestas*, *ius* i *lex*, Álvaro d’Ors, kryzys prawa, rząd technokratyczny

## Introducción

Álvaro d’Ors (1915-2004) fue un eximio romanista español del siglo XX. Su extensa y rigurosa obra se caracteriza porque, a la luz del derecho romano y gracias a su incursión en muy diversas áreas del conocimiento,<sup>1</sup> exploró de modo innovador cuestiones de teoría política y jurídica. Precisamente, su estudio y reflexión romanística será el hilo conductor de su amplio desarrollo intelectual.

En 1973, en su obra *Escritos varios sobre el derecho en crisis* analiza la crisis en que se encuentra el Estado utilizando los binomios *auctoritas* y *potestas*, judicialismo y ordenancismo, *ius* y *lex*, y legalidad y legitimidad.

### 1. Etapas configuradoras de la crisis moderna

Después de largos años de estudio y enseñanza, a modo de retrospectiva, d’Ors expuso el itinerario intelectual de su pensamiento jurídico-político valiéndose de cuatro etapas que manifestaban “las raíces de la crisis

<sup>1</sup> Para una visión acerca de su obra en papirología, epigrafía, teoría del derecho, teoría política y derecho canónico, véase Domingo 2010, 535-47.

moral de nuestro tiempo” [d’Ors 1993, 92]; etapas referidas a las principales categorías configuradoras de la sociedad [Alvira 1995] (ética, política, derecho y economía), que caracterizaba así:

- a. *La secularización europeizante* que se manifiesta en el “profundo sentido del contraste entre la tradición patria y la secularización europea”, que se opone al reconocimiento de las raíces cristianas de la cultura europea. Más aún, desde su concepción geopolítica, Europa “no es un «continente», sino el pequeño extremo occidental del continente Euroasiático [...]. No es un «pueblo» con su pertinente «suelo»” [d’Ors 1993, 92] sino lo que ha sustituido a la Cristiandad. Actualmente, añade, su sociedad, basada en un dogmatismo impuesto, rehúye de los valores insertos en la tradición de los mayores.
- b. *La crisis del Estado moderno*: En línea con Carl Schmitt, sostiene d’Ors, que el Estado, tal como lo conocemos hoy, surge en el siglo XVI “como forma coactiva de superar las guerras de religión” [Herrero 2004].<sup>2</sup> Con el tiempo, la dinámica propia del monopolio de la fuerza fue llevando al Estado a constituir una “forma de organización artificial de los grupos nacionales” [d’Ors 1999, 147] que imponen la paz por medio del poder “mediante la superación de los grupos naturales” [Idem 1963, 162]. Para paliar sus consecuencias, propone d’Ors un nuevo regionalismo que se rija por el principio de subsidiariedad y que contribuya a la defensa de cierta descentralización geográfica [Idem 1973, 75-86]. Su resultado sería el advenimiento de un nuevo *ordo orbis* con múltiples instancias infra y supraestatales [Schmitt 1951; d’Ors 1954, 91-117], con “grandes espacios” de verdadera “comunidad” en los que el factor religioso brindaría una base suficiente a la ética que respaldaría la tarea de gobierno.
- c. *El concepto de derecho subjetivo*: la consideración del derecho como conjunto de poderes personales resulta, para d’Ors, inconsecuente con la idea del “directum” que alude a un camino recto que conduce al

---

<sup>2</sup> En una carta de Carl Schmitt a d’Ors del 28 de octubre de 1949, el jurista alemán sugiere no aplicar la palabra “Estado” ni a la *polis* griega, ni al Imperio Romano, porque el Estado habría surgido en el siglo XVI, sugerencia que D’Ors acepta en su respuesta del 20 de noviembre de 1949.

fin personal.<sup>3</sup> Desde su romanismo clásico, propone un cambio total de perspectiva: considerar los derechos como deberes de no perturbar determinadas preferencias respecto a las cosas, conforme a un orden socialmente convenido que incluye la idea de *servicio*.

- d. *La economía capitalista*: Denuncia d'Ors el error que supone considerar que un bien consumible como el dinero pueda producir frutos civiles [Idem 1979b, 843]. Critica así la usura y la consideración del prestamista como socio. Frente a esto sugiere plantear la economía tal como “su mismo nombre –del griego *oikos*, casa– nos dice [es decir] [...] como la ciencia de la austeridad familiar” [ibid., 845]. En esta línea, cuando el concepto trasciende del *oikos* a la *polis*, la economía política debería ser reconducida a su verdadero fin: ordenar un régimen de virtuosa austeridad para la convivencia humana. En definitiva, afirma que varias confusiones legales han contribuido al fomento del egoísmo, como elemento fundamental para el progreso, y del bienestar como único fin.

En cada una de las esferas señaladas por las cuatro etapas, considera d'Ors que la relación entre *auctoritas* y *potestas* ya no guarda la relación que tenía en la Roma clásica; más aún, precisamente, la crisis que presentan es consecuencia del hecho de que la *auctoritas* –elemento intelectual y, por tanto, objetivo– ha sido absorbida por la *potestas*, elemento voluntario y, por tanto, subjetivo. En efecto, históricamente, una vez rota la unidad religiosa europea, se edificó un nuevo modo de unidad concretado en el surgimiento de los Estados absolutos que fundieron en una misma persona la misión de gobierno político (*potestas*) y la misión de enseñanza y juicio (*auctoritas*), dando comienzo a la confusión práctica de estas funciones. Así, cuando el poder dejó de ser limitado por la autoridad, el Estado comenzó a expandirse desmedidamente. Por otro lado, la secularización llevó a la pérdida de atención a la *autoridad* de la Iglesia; y, en un mundo laicista y crecientemente individualista, la noción de derecho subjetivo se desarrolló con fuerza. Finalmente, las raíces individualistas unidas a la idea calvinista de que la predestinación divina se manifiesta en la riqueza, fue cauce ancho para el desarrollo de un capitalismo desenfrenado.

---

<sup>3</sup> Véase también, Bogarín Díaz 2001, 304.

## 2. La caracterización orsiana de la crisis del derecho

Como ya se ha esbozado, Álvaro d'Ors utiliza el binomio *auctoritas-potestas* para explicar que la actual crisis de cada esfera sociopolítica se puede explicar en gran medida por la confusión acerca del papel que corresponde a cada una de ellas en la vida social y política. Corresponde ahora examinar con detalle cómo las define nuestro autor.

En una publicación dirigida a aclarar el uso que hace de diversos conceptos afirma que la “autoridad es el saber socialmente reconocido” y la potestad “el poder socialmente reconocido” [Idem 1996, 509, 521]. En una nota que sigue a estos conceptos se aclara que la primera es el “prestigio del saber” que se manifiesta a través del “consejo”, que es la única instancia capaz de actuar como “límite de la potestad”. La autoridad, precisamente por ser “saber”, es personalísima y, por tanto, indelegable. La potestad, por su parte, es indivisible, delegable y tiene su origen último en Dios: *non est potestas nisi a Deo* (Rom, 13,1) [Idem 1979a, 124]; y, justamente, por ser recibida o –lo que es lo mismo– por ser un don, lleva consigo un deber de servicio que consiste principalmente en el mantenimiento del “orden público”.<sup>4</sup> Unos años más tarde, retoma d'Ors la definición de autoridad enfatizando la dificultad que existe hoy no solo para que el Estado la distinga de la potestad, sino para aceptar cualquier intento de autoridad fuera del control estatal. Sugiere también que influyeron en este enredo conceptual antiguas cuestiones etimológicas. En efecto, a raíz de la falta del concepto de *auctoritas* en Grecia, se la tradujo como *authentia* (poder originario); así la *auctoritas* romana, por mediación de la *authentia* griega, vino a derivar en “autenticidad”, y en “auténtico poder”, llegando a considerársela como “potestad superior”, lo cual aumenta la confusión [Idem 1997, 144-51].

Otro binomio necesario para explicar la crisis del Estado moderno en el pensamiento orsiano es el de judicialismo y ordenancismo, basado en la articulación entre los conceptos de derecho, libertad y responsabilidad. En este sentido, enfatiza el romanista español que el contenido propio del

---

<sup>4</sup> El orden público es “el particular orden que un grupo social establece para procurar la paz en su convivencia social, y defenderla [...]. Se basa en una ética verdadera, que es bien común universal, pero puede contener otros elementos que pertenecen a lo que es constitucional de cada pueblo, y son por ello distintos” [D'Ors 2002, 78-79].

derecho surge de su ordenación al bien común social y al desarrollo personal de los ciudadanos –contenido que solo la prudencia jurídica sabrá discernir– y no de simples criterios de facticidad sociológica o de los procedimientos legales previstos para su formulación. Por ello, aboga por dar primacía real a los hechos –como hacía el derecho romano clásico– considerando cada situación de modo particular; es decir, por un “derecho de casos”, menos codificado y más jurisprudencial, que otorgue mayor libertad al juez a la hora de dictar sentencia. En efecto, el jurista judicialista se vale de la virtud de la prudencia del derecho para acertar acerca de lo justo, es el *iuris prudens*. Por eso, a diferencia del ordenancista, aplica a los casos concretos la racionalidad práctica en lugar de técnicas o estrategias.

Para el ordenancismo, por el contrario, el derecho es simplemente un orden coercitivamente impuesto dentro del ámbito estatal, y, por tanto, producto de la potestad. A su vez, la misión del poder público es la realización coactiva del bien común por medio del establecimiento de leyes, que agotan el derecho. En ese sentido el ejercicio del derecho consistiría en una tarea de “ajuste” conducta-norma, en detrimento de la libertad personal y social. D’Ors, por el contrario, considera que para el verdadero jurista (el judicialista) el derecho es resultado de la autoridad y, por tanto, su tarea en aras de la “buena resolución de conflictos que se presentan entre los hombres, [...] consiste principalmente en opiniones útiles para juzgar casos concretos” [Idem 1973, 38].

La distinción entre judicialismo y ordenancismo, coincide con la definición orsiana de derecho como el arte de juzgar bien, como “aquello que aprueban los jueces” [Idem 1995, 25]. Unos años más tarde completó esta idea, diciendo que derecho es “lo que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles” [Idem 1996, 513], en clara alusión a la relación entre la justicia y la responsabilidad de servir que es propia de toda persona.

La idea de derecho moderno, sin embargo, ha fusionado la autoridad con la potestad, dando lugar a una serie de problemas, entre los cuales d’Ors señala:

*a. La gradual absorción del derecho por la ley*

La confusión entre *ius* y *lex* comienza en la Roma Imperial cuando los jurisprudentes pasan a decidir *ex auctoritate Principis*, haciendo que la

*auctoritas* que había caracterizado al *ius*, vaya perdiendo fuerza a favor de la *lex* que procede de la *potestas*. Queda entonces desvirtuada la constitución mixta republicana “basada en una genial interrelación entre la autoridad del Senado (*auctoritas patrum*) y la *maiestas populi*, que se concretaba en la *potestas* de los magistrados” [Domingo 2005, 71-72].

Señala también la influencia idiomática de Cicerón en esta cuestión. En efecto, señala d’Ors, es a partir de su identificación entre *lex* y νόμος cuando cristaliza la denominación de las fuentes del derecho como un conjunto de normas jurídicas bajo el nombre de *leges* [d’Ors 1954, 29], realizando una interpretación sumamente elástica del verbo *legere* (elegir), y olvidando que la palabra *lex* tenía, entonces, un contenido muy concreto: el estatuto comicial (*lex publica*) o el pacto negocial (*lex privata*). Según el pensamiento orsiano, Cicerón “se esfuerza por desalojar de la mente de sus lectores este sentido [...], declarando que la *lex* a la que él se refiere, la *lex* de verdad, es aquella *summa lex* ínsita en la conciencia humana y que mana de la *mens divina*” [Idem 1953, 31]. Frente a esto, sostiene, sin embargo, que en el diálogo en el que Cicerón propone estas leyes, queda claro que se refiere a normas positivas, por más arraigadas que puedan estar en la ley natural; este equívoco en la explicación de la relación entre la acepción de la “*lex* de verdad” y la ley positiva, habría dado lugar a “una grave y permanente aporía de la filosofía legal de Occidente” [ibid.].<sup>5</sup>

Esta falta de nitidez conceptual la encuentra también en la Escolástica, cuando se une la ley natural con la positiva al afirmar, por un lado, que no puede ser injusta (ley natural) y, por otro, que debe ser promulgada por quien tiene la potestad legislativa (ley positiva) [ibid., 32]. Corresponde, sin embargo, señalar que aquí d’Ors pretende aplicar directamente al ámbito jurídico una explicación propia de la teología moral que no parece correcta metodológicamente y que no contribuye a la claridad de su exposición, ni a la de los términos que busca aclarar. Sostiene que cuando en la modernidad se pierde toda fundamentación teológica, este ropaje escolástico acaba instrumentalizando una concepción voluntarista y positivista a favor de la potestad civil que, dejando de lado la ley natural, considera que no hay más criterio de lo justo que la ley. En otras palabras, la fuerza dogmática del derecho queda así absorbida por la legislación estatal y, en

---

<sup>5</sup> Véase también, Bogarín Díaz 2001, 325.

definitiva, solo resulta dogmático el derecho creado por el Estado. Se ha caído, en definitiva, “en un sistema jurídico, en el que el derecho consiste en leyes, en el que no hay lugar ya para un derecho de pura autoridad [...], sino que todo el derecho, como la misma ley que lo formaliza, es un puro acto de potestad, del poder legislativo” [Idem 1997, 123]. En otras palabras, para la visión legalista, “el derecho empieza y termina en la ley, lo que puede haber detrás de ella no interesa y la realidad que la contradiga no debe ser tomada en cuenta ¡Peor para la realidad!” [Nieto 2007, 36].

*b. La politización de lo jurídico*

A nivel político, el legalismo trae consigo que los contenidos de justicia son determinados de acuerdo con los principios de justicia que fija de antemano un gobierno burocrático de pura potestad. Así, según la teoría política, en la mayor parte de los casos, el contenido de los principios de justicia se determina a través de interrogatorios que se realizan a la gente acerca de su acuerdo (o no) a esos principios, bajo unas condiciones apropiadas para la expresión del consentimiento;<sup>6</sup> es decir, por medio de fases legales claramente fijadas que pretenden ser portavoz de la “voluntad general”.

La dificultad comienza cuando se intenta responder a la pregunta acerca de qué es lo que realmente fundamenta la identidad entre los resultados concretos de la votación y la voluntad general. Siguiendo la doctrina rousseauiana de la voluntad general, como voluntad colectiva de los miembros de una comunidad política concreta que se expresa a través del voto bajo determinadas circunstancias [Rousseau 1987, 205], se puede concluir que no existe ningún estándar externo para el bien común, fuera de aquello que la gente desea, más allá de que sus genuinos deseos puedan ser eventualmente distorsionados por intentos procedimentales imperfectos. Se trata de una explicación acorde con el entonces incipiente pensamiento político de la modernidad europea, que equipara repetidamente autoridad y voluntad soberana (potestad que, en este marco residiría, de modo ficticio, en el pueblo). En otras ocasiones, el gobierno burocrático parte de la

---

<sup>6</sup> Esta definición, permite incluir una amplia gama de concepciones consensualistas: *contractualistas* (John Rawls), teorías *de la imparcialidad* (T. M. Scanlon, Brian Barry y Thomas Nagel); y las *deliberativas-democráticas* (Jüger Habermas, Joshua Cohen y otros, cuando no son interpretadas restrictivamente como teorías legitimatorias), etc.

introducción de una regla de decisión procedimental que resuelve las opiniones discordantes, convirtiéndolas en un conjunto de principios de justicia, ordenados y sistemáticos, que obligan a todos. Más allá de los resultados a los que conduzcan los procedimientos, la cuestión principal reside en determinar qué criterio de decisión se debe elegir y por qué. Si se responde que será el que la mayoría acuerde, la regresión en el razonamiento es clara: así como resulta difícil alcanzar acuerdos en temas sustantivos, también lo es la elección de una regla de decisión. Esto, sin embargo, no parece preocupar a un gobierno separado de la *auctoritas* y confiado plenamente en el poderío de su potestad. En el marco de una justicia procesal pura, en el que no hay lugar para ninguna *razonabilidad* en el resultado, encuentra d'Ors que, en el Estado moderno, “la tiranía [...] no es personal, sino de un aparato burocrático”, aunque disfrazada de democracia [d'Ors 1979a, 197].

Más aún, la legitimidad despersonalizada del gobierno burocrático se reduce inexorablemente a una pura legalidad. En palabras de d'Ors, en “las democracias modernas [...] su «legitimidad» está en el apoyo de la fuerza expresada por un consentimiento de los individuos que forman la comunidad política. La sociedad democrática no consiste en familias, y su gobierno, en consecuencia, no se funda en la legitimidad” [Idem 1973, 135]. Efectivamente, su legitimidad procede de normas legales que, en realidad, no pueden crear legitimidad porque carecen de fuerza legitimante. En esta línea, basta con que algo esté legislado para que nada se pueda objetar acerca de su legitimidad, ya que la ley no puede ser otra cosa que la expresión de la voluntad del pueblo. En esta situación, es evidente que resulta inútil buscar una nueva ley universal superior a la concreta legalidad democrática de cada Estado. Así, para d'Ors una democracia consecuente no puede menos de prescindir de la legitimidad; le basta la legalidad, la de la ley que determine en cada momento la voluntad popular, del “pueblo soberano”, manifestándose la incompatibilidad de la soberanía popular con el Derecho Natural [Idem 1979a, 145-46].

### *c. La juridificación de lo político*

Esta situación tiene lugar cuando la *potestas* asume la *auctoritas*, sea de modo directo o indirecto, con el fin de conseguir que la administración de justicia actúe bajo los dictados de quien ostenta el poder político; es decir,

de que “el que sabe” se ponga al servicio de “el que manda” dando lugar a una tecnocracia. “Cuando esta confusión se ha producido –señala d’Ors– no vale ya una división al modo de Montesquieu, pues el poder ejecutivo acaba inevitablemente por dominar al legislativo y al judicial” [Idem 1973, 83], dando lugar a lo que se suele llamar el “mito de la división de poderes”. El gobierno que juridifica la política pretende, además, atribuir a los jueces la facultad de juzgar actos propios de la decisión del gobierno, en cuyo caso “es inevitable que [...] se contaminen de la polémica política en torno al gobierno del que depende la ejecución de las sentencias” [Idem 1999, 39].

En líneas generales, la juridificación de la política supone la intromisión desmedida del derecho en ámbitos que deberían ser regidos por principios de otra índole,<sup>7</sup> sin considerar que corresponde al poder público –que, entre otros instrumentos, se sirve de las leyes– fijar los objetivos y la acción concreta de gobierno; y que, en definitiva, se trata de cuestiones de política legislativa, y de sus manifestaciones concretas, y no de derecho [Nieto 2007, 12].<sup>8</sup> Advierte d’Ors que, en la práctica, como consecuencia del legalismo y del principio de seguridad jurídica –que es importante, pero no es el principio supremo– cada vez con más frecuencia el poder político somete a los tribunales cuestiones que no son de su competencia, muchas veces para dar visos de legalidad –y de aparente legitimidad– a decisiones de gobierno socialmente cuestionadas. En definitiva, se pretende con este expediente utilizar la ley para amparar a la política en sus decisiones, utilizando la ley como instrumento de poder.

Entre los conflictos políticos que son propios de la dialéctica del poder y, por tanto, no corresponde al juez juzgar acerca de su conveniencia

---

<sup>7</sup> En el ámbito privado, se manifiesta en una gran “industria del juicio” que obliga a los particulares a acudir a abogados para cualquier problema, ya sea por la complejidad propia de un derecho “tecnificado”, como porque una sociedad atomizada es incapaz de resolver los conflictos desde un punto de vista espontáneo-social en las relaciones privadas y, en consecuencia, apela a la justicia legal.

<sup>8</sup> Es claro que, en la práctica, resulta muy difícil establecer la línea divisoria entre las cuestiones susceptibles de revisión judicial y las que no lo son y, en países presidencialistas con grandes fluctuaciones políticas y dudosa calidad institucional consolidada, reducir el ámbito de control judicial puede ser peligroso a la hora de garantizar la eficacia de los derechos y la vigencia de la Constitución.

u oportunidad, señala d'Ors en una carta inédita al notario Javier Nagore Yárnoz, que “someterlo todo a los jueces [...] es un garrafal error. Excede la competencia de los jueces: 1) El terrorismo, que es guerra y no delincuencia, e incumbe al Ejército; 2) la corrupción política, que es política, e incumbe al Parlamento (si interviene la Justicia, esto se politiza irremediablemente); 3) el orden público, que incumbe a la Policía, encargada de él y de evitar que los pequeños delincuentes se conviertan en grandes; una paliza oportuna es una gran precaución: sobra el juez. Piensa y verás cómo la intervención de los jueces en estas áreas resulta inútil, pero también perturbadora” [Nagore Yárnoz, 154-55].

Por otro lado, indirectamente, cuando el Parlamento pretende controlar al gobierno creando un “gobierno de las leyes”, crece el papel del juez, porque “las leyes nada pueden si no las aplican los jueces; y, a su vez, estos nada pueden si el gobierno que pretenden controlar no les proporciona la necesaria fuerza ejecutiva” [d'Ors 1999, 39]. En este sentido, el romanista español invita al juez a no empeñarse en judicializar a ultranza todas las relaciones humanas [Idem 1973, 33], para no avasallar la libertad o perjudicar el ordinario funcionamiento social.

Finalmente, si se tiene en cuenta que los fondos para el funcionamiento de la administración de justicia son dispuestos en la ley de presupuesto y distribuidos por el Poder Ejecutivo, el pretendido control judicial puede resultar una falacia. Ahí reside un arma muy poderosa por medio de la cual los órganos de potestad pueden “obtener” que los jueces dicten sentencias en casos en los que se encuentran implicados con el fin de mantener o acrecentar su poder.

#### *d. La inflación legislativa*

La tendencia a legislar todos los aspectos de la vida social con minuciosidad extrema, con ánimo de no dejar nada fuera del Estado de Derecho, da lugar a normativas complicadas, tanto en su interpretación como en su aplicación, que sofocan la libertad ciudadana y, en consecuencia, logran el efecto contrario: la desobediencia generalizada a las normas. En efecto, “en la acelerada marcha de la legislación –señala d'Ors– en ese caos moderno de la legislación motorizada [...], o de elefantiasis legislativa [...], el jurista ha perdido totalmente su dignidad; se ha reducido, no diremos ya al papel de un mero exégeta, sino al de un agente miserable e infortunado agorero

de un legislador desbocado [...]. Oprimido por la tiranía legislativa, el jurista se refugia [...], en el alivio de la inobservancia” [ibid., 2].

Esta complejidad normativa, además de haber dado lugar a que para cualquier actuación social se necesiten expertos (consultores, abogados especializados, asesores, etc.), torna aún más ficticia la presunción de conocimiento del derecho por parte de todos los ciudadanos, más allá de que hayan sido publicadas. Más aún, el hecho de que, para obligar, una ley debe ser conocida por el pueblo manifiesta claramente que no ha sido hecha por éste, lo que desenmascara el mito político de la representación popular. En palabras de d’Ors, “este remiendo de popularidad es, en realidad, ficticio, pues sería ilusorio pensar que mediante la publicación todo el pueblo llega a conocer las leyes. [...] La realidad es, por tanto, que las leyes modernas han dejado de ser populares” [Idem 1963, 126].

Ahora bien, la presunción del conocimiento de la ley “no quiere decir [...], que haya un deber moral de conocer y entender todos los preceptos jurídicos, ni siquiera los legales, [...] el derecho se aplica, aunque las personas afectadas, como será lo más frecuente, lo ignoren” [Idem 1999, 69-70]. La multiplicación normativa y su creciente complejidad lleva a preguntarse cuál es el punto de equilibrio entre la necesidad de la vigencia de las normas en pro del orden público y la libertad de los ciudadanos, que pueden verse obligados a responder por delitos cuya existencia ignoraban, especialmente cuando se trata de tecnicismos a los que no se accede por vía de sentido común. Corresponde en este contexto distinguir entre la obligatoriedad jurídica y la moral de las leyes: en aquellos casos en que la ley no traduce una ley natural, su ignorancia por parte del ciudadano, en el fuero de la conciencia, excusa de culpa; a diferencia de lo que sucede en el plano jurídico, en el cual el conocimiento del derecho se presume [Idem 1963, 126; Idem 1999, 69-70].

Otra consecuencia de la inflación legislativa es la exagerada densidad normativa que, en su afán por cubrir todos los supuestos fácticos conflictivos posibles, acaba por sentar el principio de que todo debe estar legislado, dando lugar –paradójicamente– al surgimiento de numerosas lagunas legales desconocidas hasta entonces. Como bien señala d’Ors, a mayor cantidad de leyes corresponde mayor número de pleitos porque el “absolutismo legal” conduce no solo a una multiplicación de leyes, sino también

a numerosas contradicciones normativas<sup>9</sup>. Estas últimas terminan dando lugar al efecto contrario del que el legislador legalista buscaba: se suponía que legislarlo todo resultaría en un menor grado de arbitrio judicial, pero, ante la maraña legislativa, el juez –en la práctica– se ve precisado de una mayor cota de poder a la hora de ordenar y priorizar elementos incoherentes aplicables al caso; de este modo, rápidamente se convierte en un tecnócrata.

## Conclusión

Álvaro d’Ors no se propuso desarrollar un estudio filosófico del derecho. Su interés profundo por esta ciencia y –por extensión– por todo lo relacionado con las relaciones de justicia, y su deseo de servicio, fue la razón de su continuo estudio y reflexión que manifestó a través de una teoría jurídica propia –muchas veces polémica–, con el fin de alertar acerca de los actuales peligros que acechan a la libertad personal, especialmente el legalismo y el estatalismo. Advierte acerca de esta situación sirviéndose de elementos procedentes del Derecho Romano, cuya misión considera que es, en la actualidad, “servir de conciencia crítica frente a algunos excesos de la producción jurídica actual” [Giménez Candela 2005, 650].

Nos recuerda que “lo jurídico es ante todo un ser, solo secundariamente un deber ser” [d’Ors 1963, 103], porque tiene su fundamento en el modo de ser de las cosas que, teleológicamente, encarnan un “deber ser” en cuanto se dirigen a su fin propio, en cuanto siguen su *directum*. Se trata del modo de obrar justo que resulta del ejercicio de la razón práctica que dirige la conducta hacia el bien que, en las relaciones de alteridad, se manifiesta en la justicia. El derecho, por tanto, “no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre para regir la conducta [...] mediante una discriminación de interferencias” [ibid.]. Pero, como todo orden hace referencia

---

<sup>9</sup> A modo de ejemplo, el Código Penal de la República Argentina define el delito de lesión y establece su pena en el artículo 89, en el artículo 92 trata sobre circunstancias agravantes (por ejemplo, la existencia de parentesco entre las partes) estableciendo una pena mayor, y en el artículo 93 sobre circunstancias atenuantes (por ejemplo, estado de emoción violenta). Sin embargo, es claro que pueden darse ambas circunstancias a la vez: vínculo de parentesco y emoción violenta. Frente a esta contradicción, el juez decidirá la pena, pero lo hará legislando.

a un criterio de ordenación que necesita ser aplicado para que su vigencia sea real, en el caso del orden de justicia, cuando se presenta un conflicto, la aplicación resultará de una decisión judicial. Así, afirma d'Ors que “toda la dialéctica de la vida jurídica estriba en el discernimiento de la posición justa [...] que quiere decir, desde el punto de vista objetivo, una posición que se coordina con otras posiciones según un «orden justo»” [Idem 1980, 366-67].

Si bien d'Ors en su definición de derecho no hace referencia al juicio de la razón natural, se podría señalar que –como el derecho requiere no solo de la persona del juez sino, principalmente, del juicio que mide el orden justo en la situación en conflicto, es decir del juicio de la razón práctica que objetiva el bien y lo traduce en normas, enunciados o preceptos– el derecho es “lo que dice el juez”, en primer lugar, a través del juicio de su razón que, en su natural proceder, conoce la justicia o injusticia de una situación.

En este sentido, es claro que el derecho no se agota en el juez. Es más, una lectura detenida de los escritos de d'Ors muestra que, a la hora de optar por un criterio definidor del derecho en el actual contexto legalista, tomó postura a favor del juez viendo en él un modo de resaltar la opción que da mayor libertad, pero no de modo exclusivista. Por otro lado, en la referencia que hace –en su definición de derecho– a los “servicios debidos socialmente exigibles” como criterio determinador de lo justo, se puede ver un modo innovador de señalar una doctrina clásica, en cuanto pone el acento en la obligación de cada persona, en virtud de la justicia, de contribuir al bien común prestando un servicio desde la posición que ocupa en la sociedad.

Para Álvaro d'Ors la crisis del derecho se debe principalmente a que, cuando el Estado asumió el monopolio del derecho, ahogó a la persona individual y burocratizó el derecho. Esto, al punto de que hoy el derecho, para ser tal, debe ser estatal; y el Estado ha de ser jurídico, porque ha de actuar siempre con arreglo a derecho. Esto significa que ambos se legitiman mutuamente en el círculo cerrado denominado “Estado de Derecho”. En él, el derecho acaba siendo “rehén” del Estado que le brinda respetabilidad y le protege de eventuales agresiones ideológicas porque, en el sistema, no se puede poner en duda la legitimidad de un poder basado en la ley.

Pero la inseguridad que una situación tal plantea a la sociedad y a la persona concreta reside en que –como suele suceder–, esta alianza no es duradera porque tanto el *secuestrador* como el *rehén* abusarán de su posición a la primera oportunidad.

### BIBLIOGRAFÍA

- Alvira, Rafael. 1995. "Intento de clasificar la pluralidad de subsistemas sociales, con especial atención al Derecho." *Persona y Derecho* 33:41-52.
- Bogarín Díaz, Jesús. 2001. "De nuevo sobre el concepto etimológico de derecho." *Derecho y conocimiento. Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* 1:299-330.
- D'Ors, Álvaro. 1953. *Introducción, traducción, apéndice y notas a Las Leyes por Marco Tulio Cicerón*. Madrid: Instituto de estudios políticos.
- D'Ors, Álvaro. 1954. *De la Guerra y de la Paz*. Madrid: Rialp.
- D'Ors, Álvaro. 1963. *Una introducción al estudio del derecho*. Madrid: Rialp.
- D'Ors, Álvaro. 1973. *Escritos varios sobre el derecho en crisis*. Madrid: Cuadernos del Instituto jurídico español.
- D'Ors, Álvaro. 1979a. *Ensayos de teoría política*. Pamplona: Eunsa.
- D'Ors, Álvaro. 1979b. "Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa." *La Ley* 74:841-45.
- D'Ors, Álvaro. 1980. *Nuevos papeles del oficio universitario*. Madrid: Rialp.
- D'Ors, Álvaro. 1993. "Retrospectiva de mis últimos XXV años." *Revista Atlántida* 13:90-99.
- D'Ors, Álvaro. 1995. *Derecho y sentido común*. Madrid: Civitas.
- D'Ors, Álvaro. 1996. "Claves Conceptuales." *Verbo* 345-46; 505-26.
- D'Ors, Álvaro. 1997. *Parerga histórica*. Pamplona: Eunsa.
- D'Ors, Álvaro. 1999. *Nueva introducción al estudio del derecho*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- D'Ors, Álvaro. 2002. *Bien común y enemigo público*. Madrid: Marcial Pons.
- Domingo, Rafael. 2005. *Ex Roma ius*. Pamplona: Aranzadi.
- Domingo, Rafael. 2010. "Álvaro d'Ors: Humanismo y Derecho Romano." En *Repensar La Escuela del CSIC en Roma. Cien años de memoria*. Coordinado por Ricardo Olmos Romera, Trinidad Tortosa Rocamora y Juan Pedro Bellón, 535-47. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Giménez Candela, Teresa. 2005. "Álvaro d'Ors (1915 - 2004)." *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 27:641-53.

- Herrero, Montserrat. 2004. *Traducción y notas a Carl Schmitt und Álvaro d'Ors Briefwechsel*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Nagore Yárnoz, Javier. *Analectas de un epistolario con Álvaro d'Ors*. Pro manuscrito.
- Nieto, Alejandro. 2007. *Crítica de la Razón Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1987. *El contrato social*. Madrid: Alba.
- Schmitt, Carl. 1951. *La Unidad del Mundo*. Madrid: Ateneo.