

Derecho y ley (relecturas desde el pensamiento de Alvaro d'Ors)

Law and statute (Alvaro d'Ors thought revisited)

Renato RABBI-BALDI CABANILLAS

Universidad de Buenos Aires
renatorb@fibertel.com.ar

RECIBIDO: 14/03/2016 / ACEPTADO: 23/12/2016

Resumen: El propósito de este trabajo es examinar la distinción entre derecho y ley en el pensamiento de Alvaro d'Ors y su repercusión en el marco de la teoría de las fuentes del derecho. A tal fin, se parte de la distinción, de origen romano, entre *auktoritas* y *potestas* y se examina la cuestión desde la clasificación orsiana de las ciencias. La tesis que se sustenta es que si bien ambas nociones, en la lógica del autor, difieren (el derecho es producto de la autoridad de la doctrina; la ley de la potestad de quienes gobiernan), sin embargo, en línea con la tradición iusnaturalista, existe entre ambos términos una unidad conceptual de base. Es así en la medida en que en el pensamiento de d'Ors la ley, en última instancia y pese a algunos reparos históricos que formula el autor y que son críticamente estudiados en este trabajo, se nutre del contenido de autoridad que proporciona el derecho.

Palabras clave: fuentes del derecho; ley; auctoristas, potestas; justicia; pedagogía.

Abstract: The purpose of this article is to examine the difference between law and statute in Alvaro d'Ors thought and its influence on the theory of the sources of law. Considering this, the essay studies the difference, with roman origin, between *auktoritas* and *potestas*, and examines the subject from d'Ors classification of sciences. The thesis here sustained is that, although both notions, within the author's logic, differ (law is the result or product of authority; statute is the result of the power of those who govern), however as in the iusnaturalist tradition, there is a deep connection between both of them. In fact, in d'Ors thought, *lex nourishes* itself, in last instance and although the author points out some historical reserves (which are critically studied in the paper), in the authority that law provides.

Keywords: sources of law; law; auctoristas, potestas; justice; pedagogy.

INTRODUCCIÓN

La *auktoritas* de Alvaro d'Ors sobre tantos saberes (Derecho Romano, Epigrafía; Papirología; Historia Antigua; Derecho Civil; Canónico; Foral y Filosofía del Derecho, tal y como se puntualizara en un conocido homenaje realizado hace una treintena de años¹); su magisterio, de generosidad ilimitada y pareja humildad, y su calidez humana, dentro y fuera de los claustros, consti-

¹ AA.VV., *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, Eunsa, Pamplona, 1987, 2 t., 1161 pp.

tuyen uno de los recuerdos indelebles de los maravillosos «Lehrn und Wanderjahren» (como se dice en Alemania desde Goethe), que me legó mi estadía doctoral en Pamplona. Por ello, celebro la reunión de estos estudios que memoran la obra del gran maestro, lo cual me da pie para revisar y ampliar algunas páginas escritas hace años a propósito del pensamiento orsiano en torno a un aspecto crucial de la teoría jurídica: el tópico de las fuentes del derecho y la relación entre derecho y ley².

1. LAS FUENTES DEL DERECHO COMO MARCO DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y LEY

En otro lugar me he ocupado de modo sistemático de las «fuentes del derecho» como un *topos* ineludible de la teoría jurídica³. Como es obvio, el tratamiento y el alcance que se da a este tema –como en general a cualquiera– depende de la perspectiva filosófica que se adopte. Sobre tales bases, y dicho brevemente, una aproximación singular al asunto (la remisión a una *única* fuente del derecho) entrañaría admitir la existencia de un sistema cerrado. Por el contrario, un tratamiento plural del tópico (el concurso de diversas fuentes del derecho) supone considerar un sistema abierto. En el primer esquema, el derecho suele subsumirse en la ley, no así en el segundo. De ahí que, como hace Theodor Viehweg, quepa considerar que a la primera perspectiva acompaña un pensamiento sistemático en tanto que lo propio de la segunda es uno problemático⁴. Las consecuencias que de ello se siguen para la teoría y, en especial, la práctica jurídica son notorias y bien conocidas. Una filosofía iuspositivista se adhiere de ordinario al primer planteamiento; una reflexión iusnaturalista, hermenéutica y crítica, al segundo⁵. Con estas breves notas como trasfondo, cabe en lo que sigue ingresar al pensamiento orsiano sobre la relación entre derecho y ley.

² RABBI-BALDI CABANILLAS, R., «El derecho público en la perspectiva de un romanista», *Revista de Derecho Público*, Edersa, Madrid, 2ª época, XV, I, pp. 121-128.

³ RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 4ª ed., 2016, esp. pp. 221-248.

⁴ Cfr. al respecto RABBI-BALDI CABANILLAS, R., «La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg», *El Derecho*, Buenos Aires, t. 185, pp. 1270/1282.

⁵ Me he ocupado del tema en *Teoría y práctica de la Interpretación Jurídica*, todavía inédito.

2. DERECHO Y LEY EN EL PENSAMIENTO DE ALVARO D'ORS

A partir de su célebre distinción de *neto* cuño romano entre autoridad y potestad (la autoridad es de los que «saben» y la potestad de los que «pueden»), d'Ors pone en manos de la primera la tarea de creación del derecho y en las de la segunda, la de la ley. Esta última es una «declaración imperativa de la potestad», en tanto que el derecho no tiene, de suyo, «carácter volitivo, sino simplemente intelectual», por más que «puede adquirir aquel carácter cuando se recoge en una declaración imperativa de la potestad como regla oficialmente impuesta a los jueces»⁶.

Me interesa detenerme ahora en el derecho. Éste, según d'Ors, viene a constituir no «la expresión de una pura voluntad, sino el resultado objetivamente decantado de un saber perseverante y colectivo a lo largo de los siglos»⁷. Se trata de una afirmación que coincide con territorios permanentemente frecuentados por el pensamiento tanto de la razón práctica cuanto de la hermenéutica filosófica, en tanto considera lo jurídico como un ensamblaje de elementos que proceden del discernimiento valioso de respuestas que la historia va desvelando a partir del *prius* de la persona humana en la coexistencia social⁸. El derecho es, pues, obra de los jurisperitos, esto es, de los expertos en la técnica jurídica que, por cierto, son actores situados en un espacio y tiempo precisos pero, además, portadores no solo de un *facere*, sino, también de un *agere*⁹; de un saber virtuoso que, en esta sede científica, se filtra a través de la virtud de la prudencia. La autoridad entraña, entonces, la *responsa* de los prudentes. Como expresa d'Ors, «la técnica jurídica debe subordinarse a la prudencia jurídica. Esta es la que da a aquélla su sentido y mantiene la conexión del *ars* con el fin de realizar lo que es justo. Ambos momentos abarcan todo el hacer jurídico, tanto en la creación como en la realización de las normas. Todo profesional del derecho debe ser, en primer lugar, prudente y, en segundo lugar, técnico»¹⁰. De ahí que, añade el autor,

⁶ D'ORS, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 5ª ed., 1982, pp. 52-53.

⁷ D'ORS, «Esas reglas que ley no deroga», *La Ley*, Buenos Aires, diario del 27/3/1980.

⁸ Cfr., al respecto, más consideraciones en mi estudio citado en la nota 3, esp. pp. 55-125.

⁹ D'ORS, «De la 'prudencia iuris' a la 'Jurisprudencia del Tribunal Supremo' y al Derecho Foral», *Estudios varios sobre el derecho en crisis*, CSIC, Roma-Madrid, 1973, p. 56. Cfr. también, del mismo autor y en la misma obra: «*Lex y ius* en la experiencia romana de las relaciones entre *auctoritas* y *potestas*», p. 88.

¹⁰ *Ibid.*, p. 57.

«en este sentido, se puede decir que el derecho es un arte o técnica de lo bueno y lo equitativo»¹¹.

Las consecuencias que este planteamiento tiene en la teoría de las fuentes del derecho saltan a la vista y ubican al autor, para seguir la distinción efectuada en el punto anterior, en una clave netamente «plural», por lo que necesariamente razona desde un sistema «abierto» y en el contexto de un pensamiento «problemático». Por lo demás, d'Ors asume estos postulados teniendo muy en cuenta el contexto socio político en el que vive cuando repara en «el relieve político que en nuestra patria tienen, los derechos forales y el regionalismo»¹², al tiempo que, en línea con un importante sector del pensamiento iusfilosófico contemporáneo suyo (Villey en Francia; Perelman en Bélgica, Viehweg y Esser en Alemania), promueve el encuentro del pensamiento sistemático del derecho continental con el problemático del *common law*¹³.

Coherente con las premisas científicas recién planteadas, d'Ors quiebra la tradición pandectística «poco ajustada a un derecho esencialmente casuístico como es el romano» y estructura los cursos de esta asignatura según el orden edictal que trascendió a la compilación de Justiniano¹⁴. El autor se encuentra, pues, definitivamente orientado tanto a revalorizar el papel de la judicatura —«derecho es aquello que aprueban los jueces»¹⁵— cuanto el de la labor doctrinaria que influye y/o surge con aquélla¹⁶ y, al mismo tiempo, a reconducir el significado de la ley (entendida aquí como «ley pública o estatal»¹⁷) a «criterios de justicia que los jueces aplican para fallar los casos concretos»¹⁸ y cuyo contenido emerge «de la doctrina prudencial formulada por la autoridad de los jurisconsultos»¹⁹.

¹¹ *Ibid.*, p. 56.

¹² D'ORS, «Retrospectiva en las bodas de plata de la cátedra», *Nuevos papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1980, p. 149.

¹³ Así, escribe D'ORS en «Hacia un nuevo derecho común», *Nuevos papeles...*, p. 364 que «este carácter no legal es justamente el que puede hacer posible una apertura hacia un derecho, como el *common law*, que tampoco se funda en leyes, sino principalmente en casos judiciales. Sobre la base del casuismo romano, los derechos continentales, de tradición romanística, y el derecho anglosajón, de tradición casuística, pueden hallar una atmósfera de recíproca comprensión y una base común para ejercer sus recíprocas influencias».

¹⁴ D'ORS, *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, 47 (1977), pp. 827-828.

¹⁵ D'ORS, *Una introducción...*, nota 6, p. 38. Cfr., asimismo, «Derecho es lo que aprueban los jueces», *Estudios varios...*, nota 9, pp. 45-54.

¹⁶ Paradigmático al respecto D'ORS, «Para una interpretación realista del artículo 6 del Código Civil Español», *Papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1961, esp. pp. 273-275.

¹⁷ D'ORS, *Una introducción...*, nota 6, p. 54.

¹⁸ D'ORS, «Para una interpretación...», nota 16, p. 273.

¹⁹ D'ORS, *Una introducción...*, nota 6, p. 55.

Así las cosas, es claro que en d'Ors el derecho no queda subsumido en la ley, sino que la trasciende. Ésta, en efecto, parece asumir la definición aquinense de la «aliqualis ratio iuris»²⁰, esto es, una «cierta razón de derecho», de donde el derecho es el baremo que discrimina lo justo de lo injusto y, por tanto, el que marca (como lo ha dicho constantemente la jurisprudencia constitucional argentina y, recientemente, lo ha venido a reconocer, como se verá sobre el final, el nuevo art. 1° del Código Civil y Comercial argentino²¹), el objetivo de la labor tanto legislativa cuanto judicial. En esa perspectiva cobra vigor la recién referida consideración orsiana del derecho como labor «perseverante y colectiva a lo largo de los siglos». Éste se forja, como escribe otro contemporáneo de d'Ors, Emilio Betti, a través de la «mediación de anillos intermedios» que enlazan los textos con la historia que los precede y explican a través de la jurisprudencia que los interpreta y vivifica en un espacio temporal preciso²².

3. DERECHO Y LEY EN LA CLASIFICACIÓN ORSIANA DE LOS SABERES

Ahora bien; en el pensamiento orsiano, las notas aquí expuestas guardan íntima relación con un aspecto que, a primera vista, puede parecer distante: el modo cómo el autor concibe la organización de los saberes científicos. De ahí que, a los efectos de mejor comprender el pensamiento de d'Ors sobre el objeto de este trabajo, conviene repasar, también sucintamente, dicho esquema.

En este sentido, se advierte, en primer lugar, la crítica de d'Ors a la clásica distinción diltheiana de *Ciencias del Espíritu* y *Ciencias de la Naturaleza* en ra-

²⁰ AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica*, II-II, q. 57, a. 1, ad. 2.

²¹ Cfr., entre tantos, Fallos: 302:1284.

²² BETTI, en efecto, en *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, tr. y prólogo por J. L. de los Mozos, EDERSA, Madrid, 1975, estima inaceptable que la exégesis de las normas pueda quedar circunscrita a un análisis de índole meramente «dogmática» (en el sentido de solo lingüística), prescindiendo, de tal modo, de la referencia a su sentido histórico, ya que, afirma, el conocimiento de aquellas nunca es «directo», es decir, no puede entenderse sin la «mediación de anillos intermedios» (p. 77). Por ello añade –importante lección sobre la que nunca se insistirá lo bastante–, «teniendo en cuenta que las instituciones y la forma de expresarse jurídicamente tienen el estilo de un lenguaje técnico, es más necesaria una preparación histórica en el que es llamado a entenderlas» (*ibid.*). A su vez, para el jurista italiano el elemento vinculante entre tradición (historia) y norma (dogmática) es la jurisprudencia, ya que «viviendo en la tradición de la jurisprudencia pueden los juristas realizar la continuidad de la vida del Derecho, *fundir en armónica coherencia los datos de la tradición con las nuevas adquisiciones*, advertir los nexos que ligan la letra de la ley al pensamiento que traducen» (*ibid.*, énfasis añadido).

zón de que ella incluye dentro de la primera categoría a las Ciencias Sociales, ciencias éstas que, a juicio del autor, son más bien «naturales» a la sociedad y, por lo mismo, opuestas a las del «espíritu», el cual es necesariamente *personal* y, por tanto, no social.

Esta observación prepara el camino de su propia clasificación de los saberes en las que se distingue a las «Ciencias Humanas», las «Ciencias naturales» y las «Ciencias Geonómicas» (de *geo*, tierra, y *nomos*, ordenación; organización de la tierra), la última de las cuales tiene por objeto los fenómenos del comportamiento de los grupos sociales en relación con el territorio que ocupan, por lo que comprende «desde el estudio de la superficie terrestre y su ordenación espacial hasta el de las estructuras de la organización social»²³. Dentro de las primeras, d'Ors distingue, a las Ciencias Prudenciales, en cuyo interior a su vez diferencia entre Derecho o Jurisprudencia, es decir a la «Prudencia del consejo judicial» y Política o «Prudencia del buen gobierno».

La razón de esta ubicación obedece, en lo tocante al Derecho, a que «si caemos en definiciones del tipo 'normas que rigen la convivencia social', entonces nos vemos impedidos de retener el concepto mismo de Derecho, que se nos sumerge en el caos de los hechos sociales. Sólo manteniendo que el Derecho *no se refiere a hechos*, sino a criterios judiciales, es decir, a textos –documentos, leyes, sentencias, etc.– podremos evitar el naufragio del Derecho en el piélago de una Sociología desbordante»²⁴. Por su parte, en lo relativo a la Política, considera que si ésta se convierte «en una ciencia social, en una 'Politología' (...) es inevitable que la facticidad y las mismas exigencias técnicas de tal consideración releguen toda consideración de la realidad política como resultado de decisiones personales y, por tanto, morales. En el fondo la separación maquiavélica de la técnica del gobierno respecto de la Ética no es más que una forma precoz de esta tendencia a desvincular la ciencia Política de las Humanidades, pues sólo éstas consideran al hombre como un ser responsable de sus propias decisiones»²⁵.

Pues bien, retornando al objeto de estas páginas, es a partir de un análisis más detenido de la Política donde d'Ors encuentra una de las claves de la distinción entre derecho y ley ya que, para el autor, la más elevada atribución de aquella radica, precisamente, en la «Prudencia legislativa», actividad aje-

²³ D'ORS, *Ensayos de teoría política*, Eunsa, Pamplona, 1979, p. 20.

²⁴ *Ibid.*, pp. 24-25 (énfasis añadido).

²⁵ *Ibid.*, pp. 25-26.

na, por definición, al derecho, ya que «el dar leyes es propio del gobernante, aunque, en algunos casos, el contenido de ellas deba provenir de otras ciencias como la Ciencia de la Organización, la Economía, la Jurisprudencia, etcétera. El dictamen que informa las leyes viene así de la autoridad de los que saben de las materias reguladas por la ley, pero *el acto mismo de dar ley y la prudencia de seguir un dictamen u otro, eso es un acto de potestad y no de autoridad...*»²⁶.

Tal y como acaba de anticiparse, ese acto de potestad no es independiente de la autoridad, sino que la supone. Si la ley es una «cierta razón de derecho» o, para decirlo en los términos de d'Ors ya mencionados, «toma como propio contenido la doctrina prudencial formulada por la autoridad de los jurisconsultos», es claro que se nutre de la *auctoritas* de los que saben y esto ocurre siempre (o, cuanto menos, así debería suceder).

Con todo, el autor deja entrever cierto «escepticismo» respecto de las leyes, a raíz del progresivo aumento de atribuciones estatales, lo que ha desbordado la posibilidad de una tamización racional (en el sentido de razonable y, con más precisión, justa) de aquellas por el lado del derecho. D'Ors lo explica del modo siguiente: «en el mundo intensamente tecnificado de hoy, la ley se ha convertido en el instrumento ordinario de ordenación social, mucho más allá de los límites de lo que es posible objeto de un juicio, es decir del derecho. Su fin es la *planificación* de la vida social, incluso, eventualmente, del mismo derecho»²⁷.

Para el autor, el principal afectado por esta realidad es el Derecho Público, en tanto se trata de un derecho de «situaciones» determinadas por la voluntad pública bajo forma de ley, y no el Derecho Privado, ámbito en el que es posible un mayor ejercicio de la autonomía personal, por lo que se erige, según el autor, en un derecho de «relaciones» patrimoniales creadas por los individuos²⁸. Por ello, piensa d'Ors, el Derecho Público, ámbito legal por definición, debe encuadrarse en la Ciencia de la Organización social, la cual se encuentra abocada al estudio de los *hechos* relativos a la formación de los grupos humanos, a su funcionamiento y a su gobierno. Dicho de otro modo: ella se ocupa de lo relativo al Estado. Y dado que esta ciencia versa sobre hechos (hechos cuantificables), forma parte de las Ciencias Sociales, y en última ins-

²⁶ *Ibid.*, p. 30 (énfasis añadido).

²⁷ D'ORS, *Una introducción...*, nota 6, p. 65.

²⁸ *Ibid.*, pp. 57 y 106, y *Ensayos...*, nota 23, p. 27.

tancia de la Geonomía²⁹. Desde esta perspectiva, el Derecho Público quedaría excluido del concepto troncal de Derecho.

En buena lógica, podría considerarse si cuanto el autor describe del Derecho Público no es también aplicable al Privado, por cuanto la ingente presencia estatal no se circunscribe exclusivamente al primero. El autor, ciertamente demasiado impregnado por su formación romanista, no parece haber meditado respecto del dato recién expuesto. Con todo, sí lo ha hecho en relación con una observación que bien podría matizar el «escepticismo» del que se hablaba en tanto, respecto del Derecho Público, reconoce la creciente judicialización administrativa del propio Estado, lo que no es otra cosa que la reinstalación (o, incluso, la permanente presencia) de lo jurídico en el interior del ámbito Público. En efecto; el autor advierte que la organización administrativa de los estados contemporáneos no sólo se limita a ordenar la vida de la comunidad mediante su –por momentos agobiante– potestad legislativa, sino que se arroga, además, una nítida función judicial al conceder a los particulares recursos contra los actos de aquélla. En este sentido, es claro que en el pensamiento de nuestro autor, la misma noción de Derecho Público que tendería a desaparecer (al no existir un tercero –el *iudex*– que dilucide al derecho –el *ius*– de cada uno), reaparece en los supuestos de los estados que admiten la intervención de la administración de justicia –a través de la jurisdicción contencioso-administrativa– como Tribunal de Alzada de sus propias decisiones administrativas. De ahí que en la lógica de d’Ors el Derecho Público –entendido bajo la rúbrica de Derecho Administrativo– combina dos nociones contrapuestas: la de *Administración* y la de *Derecho*³⁰.

4. DERECHO, LEY, JUSTICIA: ¿REINTERPRETANDO A D’ORS?

La recién aludida conexión entre Administración y Derecho no entraña sino, si se me permite la expresión de Saint-Exupery, la «domesticación» de la primera: en clave orsiana, supone la sujeción de las leyes por parte del Derecho. Quedaría salvado, entonces, lo que antes mencioné como el «escepticismo» de d’Ors sobre el punto. De alguna manera el propio d’Ors lo reconoce cuando señala, como se mostró en el apartado anterior, que las leyes

²⁹ D’ORS, *Una introducción...*, nota 6, p. 105 y *Ensayos...*, nota 23, loc. cit. ant.

³⁰ D’ORS, «Derecho es lo que aprueban...», nota 15, p. 49 y *Una introducción...*, nota 6, pp. 106-107.

abrevan en cuanto a su «contenido» del derecho, de modo que «el dictamen que informa las leyes viene así de la autoridad de los que saben», fundiendo entonces, «como los mismos jueces a que se destina, como el mismo Estado de que emana, la potestad con la autoridad»³¹.

Con todo, conviene, a guisa de conclusión, dedicar algunos párrafos a esta decisiva cuestión pues el autor ha asumido, por momentos, una postura crítica sobre la justicia de la ley y ha responsabilizado de que ello no sea así a la tradición inaugurada por Cicerón y profundizada por la escolástica, lo cual, concluye, fue aprovechado por el positivismo jurídico «para decir que lo que es formalmente ley es siempre justo»³². Debemos, pues, ir por partes.

En primer lugar, es verdad que la conceptualización ciceroniana de la ley sobre la que se basa su obra «Las leyes» es ajena a la práctica romana. Cicerón lo reconoce de inicio expresamente y ello es debido a que su propósito no es jurídico, sino filosófico: desea, en esa obra, plantear las normas fundamentales de la vida social o, como señalé en otra sede, «una introspección en las raíces filosóficas que le dan sentido» al derecho³³. Desde esta lógica, resultaría inconcebible admitir una noción «injusta» de las leyes. Otro tanto acaece con los autores escolásticos, los cuales, como puntualiza d'Ors, actuaban principalmente no como juristas sino como teólogos morales, de modo que lo que en verdad les interesa al tratar este tema es «la obligatoriedad moral de la ley, es decir, el problema concreto de cuándo la desobediencia al precepto positivo constituye pecado o no»³⁴. Sin embargo, ni en la tradición romana ni en la de los autores escolásticos se suscribe, como observa d'Ors, que «la ley es siempre justa» sin más, sino que se reconocen distintos sentidos de las normas, reservando, para seguir a Finnis, su «significado focal» al derecho (o ley) en sentido estricto, que es claro está, el «derecho justo»³⁵.

Así planteado el tema, no observo una diferencia sustantiva entre el tratamiento dado a la relación entre derecho y ley en d'Ors y en los autores recién citados en cuanto a lo que es verdaderamente dirimente: que una sociedad

³¹ D'ORS, *Una introducción...*, nota 6, p. 55.

³² D'ORS, «Para una interpretación...», nota 16, p. 275.

³³ Cfr. el estudio citado en la nota 3, p. 392.

³⁴ D'ORS, «Introducción» a Cicerón, *Las Leyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, p. 32.

³⁵ Cfr. respecto de Roma, Paulo, en *Digesto*, 1, 1, 11 y en relación con Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, 57, a. 1, ad. 1. En cuanto a FINNIS, cfr. *Ley natural y derecho natural*, traducción y estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 305. Más referencias en mi *Teoría...*, nota 4, pp. 391-398, esp. nota 34.

cuenta con leyes razonables; equitativas; en definitiva, justas. Repárese que, más arriba, se ha señalado que la ley, por ejemplo en Tomás de Aquino, es «una cierta razón de derecho», definición que, puesta en el contexto de la obra aquinatense, considero que no difiere de la orsiana que la asume como «doctrina prudencial formulada por la autoridad de los jurisconsultos» o, como lo ha señalado en el trabajo citado en la nota 16, «como criterio de justicia que los jueces aplican para fallar los casos concretos»³⁶. ¿Qué se entiende bajo esta definición? El autor, lo ha descrito como sigue: «...un criterio de justicia es un juicio anterior, más o menos generalizado, que sirve para formular un nuevo juicio» como por ejemplo un «verdadero precedente judicial concreto»; «un autor jurídico de autoridad»; una «solución directamente intuida por el juez». Y precisa: «en todo caso, este criterio de justicia, discriminador de lo justo e injusto en el caso concreto, se nos presenta como doctrina, como una formulación de prudencia jurídica, es decir, de jurisprudencia»³⁷.

Desde la perspectiva de la clasificación orsiana de las fuentes del derecho, lo expuesto le permite afirmar que «a falta de ley, es siempre una doctrina la que viene aplicada, con preferencia (...) la doctrina del propio Tribunal Supremo, llamada ‘legal’. Tendríamos así como fuentes principales, la ley y la jurisprudencia (‘legal’ o libre)»³⁸. Empero, el autor precisa todavía más lo que constituiría la fuente jurídica por excelencia al señalar que, si bien se mira, toda ley, en tanto que producto de autoridad (por ejemplo, resultado de una comisión de juristas acreditados), exhibe un contenido «doctrinal», por lo que sería ésta última «la fuente primaria del derecho»³⁹.

Esta importante consideración orsiana sobre las fuentes del derecho parece contraria a la tesis que se mantiene en este trabajo acerca del enlace conceptual entre d’Ors y la tradición iusnaturalista. Pero hay que atender a la razón que justifica el carácter de fuente primaria de la ley: «si la ley es propiamente una norma jurídica, es decir, contiene un criterio de justicia, ello se debe a que también la ley, por su contenido, no por su forma es doctrina». En suma, la ley –la ley que interesa a los fines de la coexistencia social, según se ha dicho– es doctrina, es decir, es un producto de autoridad con lo que, como antes se vio, ley y derecho, potestad y autoridad, concluyen fundiéndose.

³⁶ D’ORS, «Para una interpretación...», nota 16, p. 273.

³⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁸ *Ibid.*, pp. 273-274.

³⁹ *Ibid.*, pp. 274-275.

Desde luego, «no toda ley (...) contiene derecho propiamente dicho» (son las disposiciones que d'Ors llama de «planificación social», tan divulgadas desde hace ya tantas décadas), y, de igual modo, la práctica legislativa no está exenta de «contradicciones» por cuanto existen, aquí y allá, «leyes estatales ilegítimas»⁴⁰. Empero, todo ello no debe distraernos del «significado focal» de la ley, que es el que interesa retener, como «criterio discriminador de lo justo e injusto» en los casos concretos a los que se enfrenta la sociedad.

Por cierto, ésta ha sido la preocupación constante del homenajeado y bajo ese prisma encaró su tan sugerente interpretación del antiguo art. 6 del Código Civil español aquí citada (por lo demás, de una precisión lógica y de una fineza jurídica difícil de emular). De alguna manera, esa perspectiva es asumida por el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Argentina, cuyo art. 1º, dedicado a las «fuentes del derecho» sujeta las costumbres (y, en definitiva, todo el arco normativo) a que «no sean contrarios a derecho», en tanto –como se lee en los Fundamentos del proyecto– no cabe ya una subsunción de éste en la ley⁴¹. Ahora bien, que cosa sea el «derecho» no es algo que pueda definir un Código, sino que surge de una *práctica* en la que la jurisprudencia y la doctrina ocupan un lugar de primera línea, pero es notorio que la sujeción planteada por el digesto argentino no está indicando sino que las normas jurídicas (cualesquiera sean ellas), al final del camino, serán «Derecho», esto es, un producto de *auctoritas* (luego de justicia), o no serán⁴².

⁴⁰ D'ORS, *Una introducción...*, nota 6, p. 55. Es el tópico planteado por Gustav Radbruch y continuado por Robert Alexy, de que «la injusticia extrema no es derecho». Sobre este tema, cfr., entre una amplia bibliografía, VIGO, R. L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, La Ley, Buenos Aires, 2004, *passim* y RABBI-BALDI CABANILLAS, R., «La causa 'Simón' de la Corte Suprema argentina: un análisis desde la filosofía del derecho», en AA.VV., *Delitos de lesa humanidad. Reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN*, Ediar, Buenos Aires, 2009.

⁴¹ Cfr. sobre este tema mis estudios «Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012», en RIVERA, J. C. (dir.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 23-53 y «Comentario al Título Preliminar» en RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dirs.); ESPER, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2013, esp. pp. 51-60.

⁴² Cfr., en una línea semejante, la observación del ya citado VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, con Prólogo de E. García de Enterría, p. 67, cuando afirma que «con la cita de un nombre se hace referencia a un complejo de experiencias y de conocimientos humanos reconocidos, que no contiene sólo una vaga creencia, sino que garantiza un saber en el sentido más exigente», por lo que «la referencia al saber de los mejores y más famosos se encuentra también llena de sentido».

5. SOBRE LA PEDAGOGÍA DE DON ÁLVARO

Al inicio de estas páginas resalté, como uno de los tesoros principales de mis años de estudio en Pamplona, el compromiso orsiano con la Universidad que él mismo resume como sigue, «la grandeza de la vida universitaria (radica) precisamente en esa servidumbre del quehacer cotidiano, del paciente y gozoso aprovechamiento de toda ocasión por pequeña que sea para servir lo mejor posible»⁴³. En tal sentido, el respeto que profesaba hacia los estudiantes y su permanente disposición ante cualquier consulta de estos (aspecto este del que también yo me he largamente beneficiado), quedan adecuadamente reflejadas en estas dos actitudes: la primera guarda relación con la política, sobre lo que en su ya citada «Retrospectiva en las bodas de plata con la cátedra» dice: «... me he esmerado siempre en no inmiscuir la política en mis actitudes académicas permaneciendo para estas últimas en aquel nivel de ironía que creo imprescindible para una Universidad digna de este rango»; la segunda se advierte en su concepción de la pedagogía universitaria cuando, al hablar de sus libros señala que en ellos prescinde «deliberadamente de todo lo que pudiera resultar mneomotécnico, pintoresco o trivial» en tanto «pretenden obligar a una indefectible aplicación y adaptación de la inteligencia del alumno»⁴⁴.

Enhorabuena, pues, a esta nueva ocasión de reflexionar sobre un pensamiento tan sugerente y siempre actual al tiempo que se honra al maestro generoso: *Semper sit in flore*.

⁴³ D'ORS, *Papeles...*, nota 16, p. 15.

⁴⁴ D'ORS, *Elementos de derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1975, p. 8.