

HOMENAJE A  
DON ÁLVARO D'ORS



FERNÁN ALTUVE-FEBRES LORES  
*Compilador*

Libro Homenaje a Álvaro d'Ors  
Fernán Altuve-Febres - Compilador

Edición:

Estudio Altuve-Febres y Dupuy S.C. R.L.  
Calle Manuel Miota 170 Lima 18 Perú. Telf.:445-7853  
estudioafd@millicom.com.pe  
Todos los derechos reservados  
ISBN 9972-866-02-5  
Impreso en el Perú. Primera Edición.  
Lima, Noviembre del 2001  
Cuidado de la Edición Dr. Hugo Cárdenas.

Diseño e Impresión:

Dupla Editorial  
Teléfono: 241-7360  
dupla911@hotmail.com

Diseño de carátula: Dupla Editorial

Carátula: Cortejo de senadores, esculpido en el Ara Pacis (Altar de la Paz).

Agradecemos especialmente al Instituto Porras de La Universidad Nacional Mayor de San Marcos por toda la ayuda académica que nos han brindado para la presente edición.

FERNÁN ALTUVE-FEBRES LORES  
*Compilador*

# HOMENAJE A DON ÁLVARO D'ORS

JUAN TORROBA GÓMEZ-ACEBO +  
XAVIER D'ORS  
JOSÉ BONET CORREA  
ALEJANDRO GUZMÁN BRITO  
RAFAEL DOMINGO  
ALFREDO DI PIETRO  
CARMEN CSATILLO  
MIGUEL AYUSO  
JAVIER NAGORE  
DOLORES GARCÍA HERVÁS  
MONTSERRAT HERRERO  
EMILIO VALIÑO

PRESENTACIÓN  
JUAN VICENTE UGARTE DEL PINO

LIMA-PERÚ  
2001



## INDICE

PRESENTACIÓN Juan Vicente Ugarte del Pino.....	9
INTRODUCCIÓN Fernán Altuve-Febres Lores.....	15
AÑOS DE ESTUDIANTE DE ÁLVARO D'ORS Juan Torroba Gómez-Acebo.....	21
ÁLVARO D'ORS Y LA UNIVERSIDAD Xavier d'Ors.....	27
EL PROFESOR ÁLVARO D'ORS, MAESTRO DE JURISTAS José Bonet Correa.....	47
MEMORIAS DE LOS MIEMBROS DE LA ESCUELA ORSIANA QUE HE CONOCIDO Alejandro Guzmán Brito.....	57
ÁLVARO D'ORS, ROMANISTA Rafael Domingo.....	75
LA «TEORÍA DEL <i>CREDITUM</i> » EN ÁLVARO D'ORS Alfredo di Pietro.....	87
ÁLVARO D'ORS, Y LA FILOLOGÍA CLÁSICA Carmen Castillo.....	107
EL DERECHO CANÓNICO EN EL PENSAMIENTO DE ÁLVARO D'ORS Dolores García Hervás.....	115
LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA DE ÁLVARO D'ORS Miguel Ayuso.....	131
ÁLVARO D'ORS Y EL MAGISTERIO DE CARL SCHMITT Montserrat Herrero.....	147
ÁLVARO D'ORS Y LOS DERECHOS FORALES EN ESPAÑA Javier Nagore.....	171
EL PROFESOR D'ORS Y EL INSTITUTO JURÍDICO ESPAÑOL EN ROMA Emilio Valiño.....	185



## PRESENTACIÓN

Es siempre un grato honor presentar un libro realizado con el concurso de destacados académicos y profesores, pero en este caso el honor que me corresponde es muy superior, puesto que en este año de la celebración de los 450 años de la Fundación de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima, Decana de América, este justo homenaje Hispano Americano al gran Maestro universitario Don Álvaro d'Ors, que ha logrado a lo largo de su vida académica un conocimiento erudito de los más diversos temas, como la filología antigua, la Bibliotecología, la filosofía política, la Historia, la Literatura, y fundamentalmente el Derecho; Canónico, Civil, Foral y entre ellos el que mas renombre le ha dado el Derecho Romano.

Pero si el conocimiento de todas estas áreas del saber humano, ya constituyen un mérito sobresaliente, significan un logro especial de este ilustre maestro haber realizado a lo largo de sus innumerables obras y enseñanzas el reinsertar la primacía de las fuentes clásicas dentro de las letras españolas contemporáneas.

Es indudable que el papel protagonista que le ha cabido al Profesor d'Ors en la revaloración de los estudios clásicos es debido a su rigor, por lo que se ha hecho merecedor no solo al aprecio de sus discípulos y colegas académicos, sino de todos los amantes de las humanidades y de la tradición latina que con la voceada modernidad han visto o sufrido la ausencia de esta en la formación intelectual de las últimas décadas, debido a la primacía del positivismo o del igualmente anacrónico y prosaico materialismo.

Según narra su hijo y también Romanista Xavier d'Ors, la vida universitaria de Don Álvaro d'Ors, comienza en el curso de 1932--1933, pues él finaliza sus estudios del Bachillerato en el "Instituto Escuela" en el verano de 1931, en los albores de la Segunda República española, época en que se sentía atraído por la filología inglesa y esta inclinación le había llevado a Londres ese verano de 1931, y allí en sus visitas diarias al *British Museum* y su interés por las "terracotas" despertaron igualmente su vocación por el estudio del mundo clásico y provocaron que durante el último año del Bachillerato, casi solo estudiara Griego y Latín.

Esto cambió la orientación de su vida por lo que se matriculó en la Facultad de Derecho de la entonces llamada Universidad Central de Madrid, ubicada en el recordado e inolvidable Caseron de la Calle Ancha de San Bernardo. En el curso siguiente, que aquí llamamos año lectivo, inicia igualmente –en simultáneo– sus estudios en la Facultad de Filosofía y Letras, ya que el Plan de Estudios de esta Facultad era muy flexible y le permitía a los estudiantes elegir con gran libertad las asignaturas que mas les interesaran y así cuando cursaba el 3er año de Derecho y el 2 de Filosofía y Letras, el Catedrático de Romano D. José Castellejo Duarte, al que d'Ors considera su maestro, le encomienda la "impartición de un cursillo libre" pues ve en él futuro profesor en testimonio de Castán Vazques.

Durante tres años se paraliza toda actividad universitaria en España a causa de guerra civil que estalla el 18 de julio de 1936 y va a mantener a toda la península convertida en un gigantesco campo de batalla y donde van a combatir las fuerzas que luego del 1º de abril de 1939, meses mas tarde van a desatar la segunda conflagración europea que esta vez si tendrá características reales de una guerra mundial al recuperar Alemania el corredor de Danzig el 3 de Septiembre de 1939, lo que provoca la declaratoria de guerra a ésta por Inglaterra.

Cuando volvió a reír la primavera el de 1º de abril de 1939 y en España empieza amanecer, finalizada la contienda española D. Álvaro termina el curso universitario que le faltaba para completar su licenciatura

en Derecho y abandonado la carrera de Filosofía y letras, se hace cargo de la docencia de Derecho Romano al lado de otro inolvidable profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid, D. Ursicino Alvarez Suárez (1907-1980) igualmente discípulo de D. José Castillejo Duarte, el gran maestro. Parecía que al igual que Virgilio que no aceptó que la epopeya de Homero terminara en el lugar donde dejó *La Iliada*, el profesor d'Ors, asume su propia *Eneida* universitaria y como dice su hijo mayor Miguel —poeta reconocido— al evocar esta circunstancia con las siguientes palabras:

“Llega la prueba ya., llega la hora  
de mirarle los ojos a la muerte  
Adivino la Eneida en su bolsillo  
con un olor a pólvora y tornill”

“Leyendo en la trinchera  
hexámetros desbaratados por el  
fuego de mortero”

Su tesis de filología clásica sobre la comedia togada de Afranio, tesis doctoral, quedó para el recuerdo y en la “Crónica de la vida universitaria de una promoción de derecho (1940-1945), de Castan Vázquez en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de 1996, puede leerse y “las lecciones relativas al Derecho procesal romano corrían a cargo de un joven profesor Álvaro d'Ors, que leía la Instituta con gran soltura y era ya, con menos de treinta años un romanista y un humanista admirable”.

Por eso hoy cuando la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que renace en su noveno cincuentenario y se proyecta hacia su medio milenio de existencia y sobre todo de vida Académica ininterrumpida desde 1551 a la fecha, creemos un acierto del historiador y romanista D. Fernán Altuve-Febres Lores, el promover y auspiciar este merecido homenaje desde Iberoamérica, a Don Álvaro habida cuenta que en ésta casa universitaria fue el primer lugar de América donde en 1576, el Doctor Jerónimo López Guarnido, natural de Sevilla leyó en su

Cátedra "Las Partidas", el mejor Código español-romano del Siglo XIII, y que el hogar intelectual que nos ha apoyado tanto, lleva el nombre del dueño de la casa, Raúl Porras Barrenechea, uno de los insignes maestros de nuestro universo, historiador destacado e ilustre filólogo al segundo.

Estos recuerdos nos permiten formarnos un juicio más cabal de lo que fue, y es San Marcos en la cultura del Nuevo Mundo, y lo que nos permite dejar de lado la simplista e improvisada acusación de que vivió bajo el yugo de Aristóteles y la Escolástica, pues ya a fines del Siglo XVI pudo exclamar con orgullo D. Antonio Diez de San Miguel y Solier que su maestro D. Feliciano de la Vega Padilla era sin lugar a dudas el "lucerna iuris 1617 limensis".

Todo ello nos habla del rigor con el que la cultura latina llegó a esta casa en un camino de Roma a la inversa, traída por la historia y la geografía de la mano de España. Conscientes de todo ello e inconformes con el pragmatismo actual, estamos ahora tratando de restaurar y revalorar la importancia de los estudios clásicos y rescatar nuestra verdadera identidad partiendo de las mas antigua academia de letras latinas del Nuevo Mundo.

Igualmente se ha dicho que Álvaro d'Ors es un inconformista, que busca soluciones a los múltiples problemas que su acusada capacidad crítica le sugiere. Pero todas ellas cribadas por su rigor científico ya que para él lo importante es seguir abriendo surcos en la investigación.

Rafael Domingo, célebre Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Navarra, en un artículo periodístico<sup>1</sup> comentando el reciente Premio "Príncipe de Viana", otorgando a Don Álvaro, dice que en el campo de la teoría del derecho es un precursor de los que prodíamos denominar "estética jurídica", pues concibe el Derecho como un juego de posiciones, como la "posición justa", pues en efec-

<sup>1</sup> Domingo, Rafael: "Álvaro d'Ors, Príncipe de Viana", en Sec. Opinión Diario de Navarra del Lunes 5 de Julio de 1999.

to, haciendo caso omiso de concepciones logicistas y racionalistas, d'Ors trasciende con su concepción "judicialista", reflejada en la fórmula: "derecho es lo que aprueban los jueces"(...) En ella dice, da primacía a las fuentes de autoridad (doctrina) frente a las fuentes de potestad (la ley). Recientemente ha completado su propia teoría jurídica definiendo al Derecho como el "conjunto de servicios socialmente exigibles", cambiando así la perspectiva subjetivista desde la que se viene contemplando el Derecho en los últimos siglos.

Feliz cita ésta de Rafael Domingo, que me parece muy oportuno recoger desde América, y que nos sirve igualmente a nosotros para tributar homenaje a este maestro de maestros, y que con frase de Don Eugenio, su padre, completar su pensamiento: "Bienaventurado quién a conocido maestro: Porque ése sabrá pensar según cultura e inteligencia. Habrá gozado entre otras cosas, del espectáculo tan ejemplar y fecundador, que es el de la ciencia que se hace en lugar de la ciencia hecha, que los libros suelen dar. Quién aprende ciencia en el libro, corre el peligro de volverse escientista, es decir dogmático de lo sabido; quién al contrario, recibe lección de maestro sabrá más fácilmente conservarse humanista, porque no se olvidará de la relación entre el producto científico y el hombre que arbitra y crea; y así él tendrá el culto del espíritu creador; no la esterilizante superstición del resultado".

Quién esto escribe, formado en los viejos claustros san marquinos del Parque Universitario de Lima, esa punta geográfica y cultural, más occidental de América del Sur cara al Pacífico, en este año emblemático de nuestra Universidad epígona de Salamanca, no puedo dejar de recordar nuestra hermandad con la Universidad madrileña aquella de la Calle Anacha de San Bernardo, por donde transcurrió la vida estudiantil de D. Álvaro y la de nuestra generación, cuando todavía era Secretario de la Facultad D. Eugenio Cuello Calón, y enseñaban D. Ursicino Alvarez Suárez, y en la doctoral eran nuestros profesores D. Wenceslao Gonzalez Oliveros, D. Alfonso García Gallo, José María Castiella y D. Luis García Arias entre otros, verdaderos maestros a los que igualmente siempre recordaré junto a ese inol-

vidable romanista san marquino D. Fernando Tola Cires. Han pasado los años y la tropa turbulenta de los estudiantes por San Bernardo y el Parque Universitario, hoy lugares silencioso y solitarios, pero la luz de los maestros sigue brillando entre las tinieblas.

30 de agosto del 2001  
Festividad de Santa Rosa de Lima

Juan Vicente Ugarte del Pino  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

## INTRODUCCIÓN

Brindar un homenaje a Álvaro d'Ors no solo es una satisfacción sino sobre todo un privilegio para todos aquellos quienes creemos que las letras clásicas y sobre todo el derecho son formas superiores de la cultura occidental y cristiana a la que en los tiempos que vivimos nadie como nuestro homenajeado ha hecho tan lucidos y valiosos aportes.

Por ello se hizo natural que al acercarse el aniversario de los cuatrocientos cincuenta años de la Universidad de San Marcos de Lima, casa fundada como primeros Estudios Generales del Nuevo Mundo y por tanto sede inicial de las enseñanzas latinas en el *Novis Orbis*, un conjunto de profesores de España y América reconociésemos en el profesor d'Ors a un Maestro que reúne no solo la profundidad del conocimiento de los antiguos, sino que ha dedicado su vida a la restauración del saber clásico dentro una comunidad como la de las naciones hispanoamericana que ha sido víctima en abundancia de argumentos y métodos infecundos.

Así nació este modesto libro, fruto de la inmensa generosidad y afecto de los ponentes que en el escriben y que gracias a su erudición y cultura ofrecen al público iberoamericano una interesante selección de ensayos sobre la figura y la obra de un gran intelectual, mostrando al mismo tiempo lo que en el futuro deberán ser los trabajos interdisciplinarios a partir de los estudios tradicionales. Pero aquí debemos tener en cuenta algo en lo que todos los ponentes están de acuerdo, los textos no solo son fruto de aquellos que lo escriben sino también de quienes lo inspiran y, en el centro de esta evocación está Don Álvaro y todo su inmenso legado el cual tiene muy variadas vetas de investigación sean: políticas,

teológicas, jurídicas, canónicas, filológicas, históricas, bibliotecológicas, romanísticas, etc.

Para introducirnos cabalmente a la obra de nuestro homenajeado primero debemos apreciar el origen de su formación intelectual la cual se engarzan intensamente con la figura de su gran maestro, su padre Eugenio d'Ors (1881-1954), cuya labor tomó la forma antigua del Glosario y quien en si mismo era ya un sabio clásico. Gonzalo Fernández de la Mora lo recuerda con estas bellas palabras: "El ademán solemne, la palabra suntuosa, los gustos patricios, la actitud paternal, y la mirada escrutadora, hechicera y reverberante, bajo unas cejas de divinidad antigua. Y un calculado toque escéptico como quien esta de retorno" (Filósofos españoles del siglo XX, 1987).

Para nosotros la aguda inteligencia Eugenio d'Ors, un filósofo predilecto de Francisco García Calderón, se nos hizo presente como una aparición con un solo detalle, fue en un escrito breve de 1925 titulado "El Perú de Gauguin", donde con gran perspicacia y pinceladas razones el entendía el significado de la identidad peruana diciendo: *"una.,sociedad como la que evoco -o imagino- tendrá necesariamente, en su expresión, en su estilización, al empleo de las formas características de lo barroco"* (Lo Barroco, 1964). Así, con ligera elegancia y a la distancia comprendió el inveterado barroquismo peruano y pudo absolver un problema que aún hoy trata de ser entendido por tantos propios y extraños.

De *Xenius* aprendió el amor por las letras y heredó esa finísima ironía tan característica en él, cualidad que Cicerón consideraba como la virtud polémica que revelaba al jurista innato , en tanto que un filósofo como Aristóteles la aceptaba como una especie de modestia intelectual al mismo tiempo que una cortes humildad.

En este libro recibimos un extraordinario testimonio de estos primeros tiempos formativos precisamente de un compañero de estudios y amigo leal durante siete décadas, Juan Torroba Gómez-Acebo quien nos narra el encuentro juvenil de Don Álvaro con el mundo de las humanidades y especialmente con el Derecho. No podemos dejar de mencionar aquí

que Don Juan escribió su texto especialmente para este libro el cual, por causas de la Providencia, ha resultado el último tributo a una gran amistad.

Pero también en este libro contamos con otro sentido tributo, al maestro y al padre, realizado por el ilustre profesor Xavier d'Ors quien ha querido explicarnos como la universidad fue el gran escenario de *Aprendizaje y heroísmo* donde profesor d'Ors sumó a sus ideales clásicos, el menester cotidiano en una ejemplar forma de vida que se puede definir como un "oficio universitario", es decir, un *officium* a la manera de los deberes de los filósofos estoicos de la tradición greco-latina.

Por eso José Bonet Correa, al referirnos sus años de estudiante y profesor en Santiago de Compostela, recuerda "...la presencia cotidiana de Don Álvaro y su ejemplaridad en la dedicación al estudio,..." a las que se agregaba "su especial sentido para la ubicación y reorganización de las bibliotecas" virtud que le permitió el conocimiento cabal de las fuentes humanistas. Pero más allá de esto, el notable texto de Bonet es una exposición de la riquísima doctrina jurídica que ha resultado de las ideas e investigaciones de d'Ors, las cuales lo elevan merecidamente a la condición de en un verdadero maestro de juristas.

En este sentido podemos hablar con propiedad de una Escuela Orsiana, especialmente en España pero también en América como nos lo testimonia el erudito historiador y romanista chileno Alejandro Guzmán Brito quien conoció a varios de sus integrantes como los catedráticos Emilio Valiño, Fernando Betancuort, Jesús Burillo, Teresa Jiménez Candela, Manuel García Garrido, Jorge Adame Goaddard, Rafael Domingo entre muchos otros que se presentan específicamente a lo largo de las páginas de este libro.

Precisamente un discípulo dedicado y eximio romanista como Rafael Domingo, sucesor del maestro en su Cátedra de Derecho Romano, es quien ha desarrollado una tesis iuspublicista a partir de las claves conceptuales del maestro, su *Teoría de las Auctoritas* sustentada en la distinción clásica entre *auctoritas* y *potesta*. La máxima: "pregunta quien

*puede y responde quien sabe*” condensa exactamente un iluminado pensamiento que ve en la autoridad algo más que un mero prestigio, en sí, un saber socialmente reconocido mientras que considera a la potestad como un poder socialmente reconocido y de la cual se puede concluir que el derecho se entiende vinculado a la autoridad en tanto que la política es una expresión de la potestad.

Otra tesis de la que el maestro no es solo inspirador sino indudable creador la encontramos en el campo del iusprivatismo y de la que es decidido partidario el eminente profesor Alfredo Di Pietro quien también escribe un importante texto en este libro de homenaje. Nos referimos a la teoría del *Creditum* donde este romanista argentino nos expone la diferenciación entre *creditum* y *contractus* y gracias a la cual se pudo renovar las investigaciones jurídicas de nociones y clasificaciones que pluriseculaemente eran aceptadas de manera dogmática.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que uno de los elementos que han posibilitado que el profesor d’Ors no se haya dedicado solo a rastrear los antecedentes latinos del derecho así como de las demás ciencias humanas, sino que haya podido detectar incisivamente las desviaciones doctrinales de las que derivan los problemas contemporáneos de estas se debe a su exquisito conocimiento de la filología clásica. Así la estudiosa Carmen Castillo nos recuerda que durante el último año de bachillerato Don Álvaro estudió griego y latín, lenguas que domina perfectamente y cuyo estudio permanente lo han llevado a otras áreas de interés como la Historia del Derecho que enseñó durante el bienio 1952-1954. También nos expone que sus estudios de Epigraffa Romana fueron pioneros razón por la que hoy en día resultan imprescindibles para los investigadores de estas disciplinas.

Es interesante observar que uno de los campos en que d’Ors ha proyectado su sutil docencia es el Derecho Canónico, pero no solo buscando su relación histórica con el Derecho Romano sino explicando el complejo sentido de la continuidad y discontinuidad entre ambos derechos. En un brillante ensayo Dolores García Hervás nos detalla las características del pensamiento del maestro y analiza su importante y

extensa obra canónica de más de mil páginas aún inéditas.

Por otro lado debemos tener en cuenta que un campo de interés en las investigaciones de Don Álvaro ha sido la filosofía política, o mejor dicho lo que llama *Teología Política*, que tiene en Miguel Ayuso no solo un extraordinario estudioso sino un difusor, pues entiende que los males de la secularización de "Europa" a través del modelo político estatal siempre tienen como última secuela alguna forma de totalitarismo. El Nazismo por ejemplo fue la forma más acabada de totalitarismo pues veía en el los valores tradicionales que inspiran al *Ius Romanum* un atentado contra la organización Estatal, y por ello desde un inicio, en el punto 19 del Programa del Partido Nacional Socialista (NSDAP) de 1920 se demandaba: "*Que el Derecho Romano, que responde a una concepción materialista del mundo, sea sustituido por un derecho común alemán*", confundiendo evidentemente la conceptiva privada de la vida romana con el materialismo como expresión moderna y propia de los llamados Derechos Subjetivos.

Ciertamente pensamiento Orsiano se apega a la libertad, y por eso ha sido un detractor de todo totalitarismo, del *Fascio* pero también, del *Soviet* o del mercado de donde es correcto que se le condense en el lema *ni comunismo ni consumismo* y tras la aspiración de restaurar los principios clásicos de una comunidad política.

En este esfuerzo sin lugar a duda el referente de Álvaro d'Ors ha sido Carl Schmitt (1888-1985), con quien compartió una gran amistad y un importante debate jurídico político que nos es revelado por la inteligente investigadora Monserrat Herrero quien nos expone, a través del cotejo de la correspondencia de cuarenta años, las proximidades y diferencias de estos notables pensadores de Alemania y España.

En cuanto a la significación de Álvaro d'Ors para el Derecho en España Javier Nagore nos presenta en su interesante texto, el aporte fundamental; a saber, la singular e interesantísima revalorización de la foralidad que ha sido un patrimonio cultural de la hispanidad y que gracias a su labor se ha mantenido como una forma jurídica viva y sustancialmente

autonómica para ejemplo y grandeza de las Españas.

Ahora bien, fue precisamente con la idea de *La singularidad de España en la historia Europea* que don Álvaro inauguró hacia 1953 en Roma el Instituto Jurídico Español, como entidad encargada de apoyar a los estudiosos e investigadores que se tomaban en la ciudad eterna. El Profesor Emilio Valiño, discípulo dedicado y secretario de esta institución, adscrita al Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), nos expone en su aporte el valor y mérito de esta organización a lo largo de treinta años así como el prestigio alcanzado por sus publicaciones, becarios, etc, tanto en España como en Italia.

Antes de terminar no queremos olvidar un aspecto que debemos mencionar, y es que Don Álvaro ha dedicado su vida también a otra institución, una de las más importantes y nos referimos a su familia fundada con su dedicada y devota esposa doña Palmira Lois con quien a formado un hogar que con estoicismo romano ha sabido recibir la adversidad de la vida y al mismo tiempo forjar valiosos y afectuosos hijos que han dado alegría a su vida en variados campos y entre ellos las letras donde destacan como representantes de esta estirpe Xavier en lo jurídico y Miguel en lo literario.

Finalmente deseo agradecer especialmente a todos y cada uno de los colaboradores de esta publicación por haber participado con tanta dedicación y empeño en el homenaje al maestro d'Ors así como en acompañarnos en el esfuerzo de revitalizar los estudios clásicos en el nuevo Mundo, a partir de la celebración de una fecha tan importante para las letras iberoamericanas como es el año celebración del cuatrocientos cincuenta aniversario de la Universidad de San Marcos de Lima, Decana de América.

Lima, 12 de mayo del 2001.

Fernán Altuve-Febres Lores  
Congresista de la República

## AÑOS DE ESTUDIANTE DE ÁLVARO D'ORS

*"Diplomático compañero  
de estudios y amigo leal  
durante más de 70 años."  
A. d'Ors.*

Juan Torroba Gómez-Acebo  
(1915-2000)  
Embajador de España

---

Mis primeros recuerdos de los años de estudio que compartí con Álvaro d'Ors se remontan al año 1923, cuando los dos iniciamos las enseñanzas de preparatoria en el Instituto-Escuela de Madrid. Este era un colegio oficial fundado en 1918, proyectado como un ensayo pedagógico a base de un profesorado seleccionado, y en él se seguían unos métodos de estudio muy distintos de los que se impartían en otros centros tanto públicos como privados, pero que, en parte y al cabo de los años, se han adoptado como sistema de enseñanza generalizado. Entre esos planes especiales estaba la enseñanza cíclica, la coeducación, los idiomas, la música, los trabajos manuales, los deportes, las visitas a los museos, las excursiones, y, sobre todo, la preferencia de los apuntes de clase sobre los libros. Tal vez todo eso contribuyera a que las promociones de escolares que allí se formaron adquirieran algunas características comunes: una cierta solidaridad y amistad mutua que ha perdurado posteriormente, una falta general de ambiciones y, sobre todo, que muchos destacaran en sus estudios universitarios y en sus actividades profesionales, en relación con los alumnos de otras procedencias. De hecho, una mayoría de los hijos de los intelectuales y liberales madrileños pasaron por sus aulas. Dependía -como la Residencia de Estudiantes, el Museo Pedagógico y otras instituciones culturales- de la junta de Ampliación de Estudios, fundada y dirigida por discípulos y colaboradores de Francisco Giner de los Ríos, creador de la Institución Libre de Enseñanza.

Parte de sus instalaciones las compartía el Instituto-Escuela con la mencionada Residencia, a la que Juan Ramón Jiménez llamó "la coli-

na de los chopos”, situada en los Altos del Hipódromo, próxima al Museo de Ciencias Naturales y limitada por el romántico “canalillo”, en el que, en cierto modo, convivían los alumnos con los residentes de la Residencia, algunos tan conocidos y populares como los investigadores Zulueta y Negrín, y los jóvenes Buñuel, Dalí, García Lorca, Bello, etc. También con los conferenciantes más célebres de aquella época que frecuentaron el aula residencial, entre otros, el padre de Álvaro d’Ors. Sobre la Residencia, que dirigía Alberto Jiménez Frau, ejercía un cierto patrocinio y le imprimía un carácter especial el Duque de Alba. Algunos residentes fueron profesores del Instituto-Escuela.

Aunque, en conjunto, sus resultados fueron muy positivos, como ha demostrado la experiencia posterior, fue clausurado, por motivos políticos, al terminar la guerra civil.

Los recuerdos de aquella época son imprecisos, pero conservo la imagen de Álvaro d’Ors, como un muchacho distinto de los demás, pues, aunque era muy joven, ya había viajado por Europa y tenía, por ejemplo, conocimientos de idiomas que estábamos muy lejos de tener los demás. También, ya empezaba a leer mucho más que sus compañeros. Esto era en parte el resultado, como se confirmara en los años posteriores, de un ambiente familiar caracterizado por un alto nivel cultural que imprimían su padre, el conocido pensador y humanista Eugenio d’Ors, y su madre, la escultora María Pérez-Peix. Esa especial preparación también había de manifestarse en sus dos hermanos, Víctor y Juan Pablo, que fueron, como arquitecto el primero y médico el segundo, profesionales muy distinguidos y que también influyeron en su hermano menor.

Mi relación más directa con Álvaro d’Ors se consolidó durante nuestros estudios posteriores de bachillerato, que seguimos en el mismo Instituto. En él no nos clasificaban a los alumnos, como en otros colegios, por orden de méritos, es decir, no había un “primero de la clase”. Sin embargo, la realidad es que, de hecho, Álvaro d’Ors lo fue a lo largo de todo el bachillerato. Y esto porque, al margen de los

resultados de las diferentes asignaturas, como se ha indicado, él tenía un bagaje, un conjunto de conocimientos, consecuencia de sus lecturas e inquietudes intelectuales, que le situaban por encima de los demás alumnos. Lo mismo le ocurriría en la Universidad y en el ejercicio de su profesión, y siempre sin ningún alarde por su parte, pues cualquier tipo de exhibicionismo era totalmente ajeno a su personalidad.

En los últimos años de bachillerato compartimos la clase con el que había de ser un importante antropólogo y conocido tratadista de diversas materias: Julio Caro Baroja. Sin embargo, aunque la categoría intelectual de ambos parece que debía aproximarlos, su relación personal no fue muy directa y creo que no llegó a existir una verdadera amistad entre ellos, aunque tampoco les faltaron contactos mutuos. Muchos años después, ambos merecerían la concesión de los Premios Príncipe de Viana y Eusko-Ikaskuntza de Humanidades y Ciencias Sociales de la Sociedad de Estudios Vascos, así como compartirían otras distinciones. Los profesores que en esa etapa pudieron influir más en él fueron Francisco Barnes y Martín Navarro, de Historia y de Psicología, respectivamente. A ambos se les puede calificar como "institucionistas", es decir, como discípulos, más o menos directos, de los citados Francisco Giner de los Ríos y la Institución Libre de Enseñanza.

En 1932 terminó el bachillerato de letras, apuntando ya una marcada vocación por la cultura clásica e, incluso, un interés especial por el Derecho Romano.

En el mismo año inició sus estudios de Derecho, en la única Universidad que entonces había en Madrid. Seguramente fue muy importante para su porvenir de romanista el que, precisamente en el primer año, pudiera cursar la asignatura de Derecho Romano con José Castillejo, quien, además de conocido especialista en esa materia, era un destacado pedagogo. Muy pronto se produjo una especial relación entre maestro y alumno al reconocer el primero la preparación y las singulares dotes que adornaban al discípulo, y esto contribuyó a

que éste empezara a especializarse en lo que sería su dedicación definitiva. Esos contactos, y una cierta colaboración con José Castillejo, los mantuvo Álvaro d'Ors durante los años siguientes,

En aquellos años, la Facultad de Derecho tenía un buen nivel, pues reunía un cuadro de profesores notables, como eran, entre otros, el mismo Castillejo, Flores de Lemus, Pérez Serrano, Clemente de Diego, Sánchez Román, Gascón y Marín, Luna, Jiménez Asúa, Garrigues, etc., que contribuyeron en mayor o menor medida a la formación de Álvaro d'Ors. Sin embargo, y como es sabido, en aquella Universidad, y especialmente en Derecho, pesaban, casi tanto como los estudios, las tensiones políticas que vivía la España del momento. No era fácil -aunque pienso que Álvaro d'Ors lo consiguió- sustraerse a las mismas y dedicarse plenamente a sus estudios. En efecto, los conflictos entre estudiantes progresistas, católicos y falangistas eran frecuentes y alteraban y paralizaban la normalidad de la vida universitaria. Por otra parte, y desde el punto de vista tanto del profesorado como de los alumnos, era una Universidad muy selectiva, frente a la masificación actual, y eso representaba una ventaja importante para la enseñanza.

En los sucesivos cursos de Derecho, el grupo de antiguos alumnos y amigos del Instituto-Escuela, formado por Álvaro d'Ors, Joaquín Sánchez-Covisa, Juan Barnes y el que suscribe, destacaba por los lazos de amistad que les unían y, sobre todo, por sus brillantísimos expedientes académicos, aunque en menor grado en mi caso. Sin embargo, el grupo pagó un duro tributo en la guerra civil, con un muerto y un exiliado, y dejó de existir después de la misma.

Al mismo tiempo que continuaba Álvaro d'Ors dicha carrera, empezó a estudiar la de Filosofía y Letras, en la especialidad de Filología Clásica. La Facultad correspondiente, ya instalada en la nueva Ciudad Universitaria, estaba mucho menos politizada que la de Derecho, y, además, dirigida por García Morente, atravesaba un periodo de extraordinario nivel, tanto en profesores como en alumnos, que después no ha vuelto a repetirse. La actividad de Álvaro d'Ors en las

dos carreras quedó interrumpida por la citada guerra civil; pero, al terminar ésta, él completó Derecho y preparó su Doctorado.

La contienda motivó un aislamiento y una falta total de noticias mutuas entre Álvaro d'Ors y yo durante bastantes meses, pues al empezar aquélla quedamos en zonas diferentes. Por eso resultó especialmente emotivo nuestro inesperado encuentro, en septiembre de 1937, cuando nos vimos en uno de los puentes que cruzan el río Arlanzón, en Burgos. Naturalmente, para todos los jóvenes españoles aquellos fueron tres años de completo estancamiento en los estudios. También para Álvaro d'Ors, que tuvo que olvidarse de los libros y que, valiente y generosamente, se entregara a empresas mucho más responsables y arriesgadas.

En 1939 empezó a prepararse para obtener una posible cátedra de Derecho Romano. Para entonces, el responsable de la Universidad de Madrid ya no era José Castillejo sino Ursicino Álvarez, con el que inició también una estrecha colaboración impartiendo clases de esa asignatura. Eran momentos de crisis en la Universidad española y eso determinó su renovación y que fuesen frecuentes las oposiciones a las distintas cátedras. Sin embargo, Álvaro d'Ors, lejos de aprovecharse de esa circunstancia, se impuso un mínimo de años de preparación intensiva, hasta alcanzar el nivel de conocimientos que consideraba imprescindible. Ya entonces inició su colaboración con el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Probablemente, de no ser por la Segunda Guerra Mundial, que en esos años assolaba Europa, habría tratado de completar su formación en universidades extranjeras; pero eso no era posible en aquellos momentos, aunque sí colaboró con varias, especialmente con la de Coimbra. Eso no impidió que estableciese pronto contactos con muchos juristas extranjeros, especialistas o no en Derecho Romano. Entre ellos, tal vez con el que mantuvo una relación más continua fue con Carl Schmitt.

Finalmente, en el año 1943 ganó por oposición la cátedra de Derecho

Romano en la Universidad de Granada. Poco tiempo después se trasladó a la de Santiago de Compostela, y posteriormente a la de Pamplona, en la que ha desarrollado su importantísima labor, no sólo como romanista sino como eminente jurista en diversas especialidades, hasta alcanzar un reconocimiento universal. En efecto, no sólo ha sido calificado por algunos como el “mejor romanista”, sino que también ha destacado como filólogo, historiador, civilista, foralista, canonista, epigrafista, etc. También como “teólogo político”, como él mismo se ha calificado. Sin embargo, tal vez ha sido antes que nada un gran universitario y un amante de su Universidad de Pamplona. Sus muchos títulos y distinciones honoríficas así lo acreditan.

En realidad, puede decirse que los años de estudio e investigación de Álvaro d'Ors, no sólo no terminaron con su acceso a la Cátedra sino que continuaron después de forma más intensa todavía, como lo prueba la Relación de sus Publicaciones, hecha en 1987 por Rafael Domingo, y todas las posteriores a esa fecha que podrían añadirse.

Madrid, diciembre de 1999.

# ÁLVARO D'ORS Y LA UNIVERSIDAD

Xavier d'Ors  
Universidad de Santiago de Compostela

---

No es fácil. No es cuestión fácil, ciertamente, escribir unas pocas páginas sobre el tema que sintetiza el título que encabeza esta colaboración. No es fácil, porque se trata de resumir lo que han sido casi setenta años de intensa vida universitaria de Álvaro d'Ors, primero como estudiante y luego, desde muy pronto, como profesor. No es fácil, porque, a lo largo de ese tiempo, Álvaro d'Ors -al margen de sus centenares de publicaciones sobre los temas más diversos<sup>1</sup>- ha escrito casi medio centenar de títulos directa o indirectamente referidos a la Universidad<sup>2</sup>. No es fácil, por último, porque se trata de escribir acerca de un universitario ejemplar que, además, es maestro y, sobre todo, padre de quien tiene que escribir. Pero todas estas dificultades acumuladas se tornan reto estimulante al que trataré de enfrentarme en las páginas que siguen, comenzando por el "curriculum" académico de Álvaro d'Ors.

La vida universitaria de Álvaro d'Ors comienza en el curso 1932-33, cuando, tras haber cursado los estudios de Bachillerato (1925-1932) en el "Instituto-Escuela"<sup>3</sup> y cambiado en el verano de 1931 la orienta-

- 1 Una relación de las publicaciones de Álvaro d'Ors hasta 1987, elaborada por su discípulo y sucesor en la Cátedra de la Universidad de Navarra, Rafael Domingo, puede encontrarse en los *Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d'Ors I* (Pamplona 1987) p. 35ss.
- 2 Una parte de esos artículos sobre la Universidad y cuestiones universitarias han sido después recogidos en sus *Papeles del oficio universitario* (Madrid 1961) [citado, en adelante, como *Papeles*], y en los posteriores *Nuevos papeles del oficio universitario* (Madrid 1980) [citado, en adelante, como *Nuevos papeles*].
- 3 El "Instituto-Escuela" había surgido, pocos años antes, a la sombra de la "Residencia de Estudiantes" (vid. infra n. 33), por iniciativa de la "Junta para

ción de su futuro<sup>4</sup>, se matricula en la Facultad de Derecho de la entonces llamada Universidad Central de Madrid, ubicada en el Caserón de San Bernardo<sup>5</sup>. Al curso siguiente, inicia simultáneamente los estudios de Filosofía y Letras<sup>6</sup>, en la antigua Facultad de ese nombre de la misma Universidad. Cuando cursaba el tercer año de Derecho -y el segundo de Filosofía y Letras-, el entonces Catedrático de Derecho Romano, José Castillejo<sup>7</sup>, al que Álvaro d'Ors ha considerado siempre su maestro, le encomienda la impartición de un "cursillo libre" -lo que hoy llamaríamos un "curso optativo"- sobre una parte del Programa de la asignatura, encargo que se había de repetír también el año siguiente. Es esta del curso 1934-35, siendo todavía un joven estudiante, su primera experiencia docente que le permitiría descubrir su verdadera vocación profesional<sup>8</sup>.

Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas". Ésta había sido creada en 1907, para promover una reforma de la Universidad española, por inspiración de personas de la "Institución Libre de Enseñanza", movimiento cultural y pedagógico, basados en los presupuestos pedagógicos del krausismo, iniciado en 1876 por Francisco Giner de los Ríos y continuado por Manuel Bartolomé Cossío, que se proponía una profunda renovación ética e intelectual de España. El Presidente de esa "Junta" era el Premio "Nobel" de Medicina, Santiago Ramón y Cajal, y su Secretario, José Castillejo (vid infra n. 7). La "Junta" puede considerarse un precedente del posterior (1939) "Consejo Superior de Investigaciones Científicas" (sobre el tema, vid. A. d'Ors, *Cuatro precusores de la ciencia española de nuestro tiempo*, en *Nuestro Tiempo* 241-242[1974]9ss. = *Nuevos papeles*, p. 60ss.). Sobre la "Institución Libre de Enseñanza", vid. CACHO VII, *La Institución Libre de Enseñanza I. Orígenes y etapa universitaria (1860-1881)* (Madrid 1962).

- 4 Hasta ese momento, A. d'Ors se sentía atraído por la Filología Inglesa, y esta inclinación le había llevado a Londres ese verano de 1931. Allí, sus visitas diarias al British Museum y su interés por el estudio de las "terracotas", le despertaron su vocación por el mundo clásico, y provocaron que durante el último año de Bachillerato, según él mismo ha comentado, casi sólo estudiara Griego y Latín.
- 5 A estos años de estudiante se refiere la colaboración, en este mismo volumen, de su compañero y amigo entrañable D. Juan Torroba, fallecido recientemente, poco después de escribir sus recuerdos de aquella época.
- 6 El plan de estudios de esta Facultad era muy flexible y permitía que el estudiante tuviera una gran libertad para elegir las asignaturas que más le interesen. Las relacionadas con la Filología Clásica fueron las elegidas por A. d'Ors.
- 7 José Castillejo (1872-1945), además de catedrático de Derecho Romano de la Universidad Central de Madrid, era Secretario Permanente de la "Junta para Ampliación de Estudios" (vid. supra n. 3). De él destaca A. d'Ors su capacidad pedagógica: "un pedagogo del derecho romano como difícilmente se puede encontrar otro" (vid. *Pro domo*, en *Labeo* 1[1955]383 = *Papeles*, p. 113) y reconoce "haber heredado el gusto por las cosas prácticas" (vid. el *Epílogo de Papeles*, p. 348).

Sus estudios universitarios se ven al año siguiente temporalmente interrumpidos como consecuencia de la Guerra Civil española, que, durante casi tres años, provoca la paralización de toda actividad en la Universidad. Pero, pese a su participación en el conflicto bélico, la formación universitaria de Álvaro d'Ors no se ve interrumpida. Él mismo ha contado, en alguna ocasión, cómo llevaba en el bolsillo de su uniforme militar de campaña obras de autores latinos que leía en los ratos libres que la actividad bélica le permitía<sup>9</sup>.

Finalizada la contienda en abril de 1939, Álvaro d'Ors termina el curso que le faltaba para completar su Licenciatura en Derecho, aprovechando unos cursos intensivos -los llamados "exámenes patrióticos"- que se organizan entonces para tratar de recuperar aquellos tres años perdidos a causa de la Guerra Civil. La carrera de Filosofía y Letras, en cambio, no llegó a terminarse<sup>10</sup>.

Recién licenciado, se hace cargo, en el curso 1939-40, junto con otros profesores, de la docencia de Derecho Romano en la Universidad Central de Madrid<sup>11</sup> al lado de Ursicino Álvarez<sup>12</sup>, entonces Catedrático

8 "Esa prueba fue decisiva para mí, pues me permitió ver sin titubeos que el oficio de universitario era mi camino"; vid. el *Epilogo de Papeles*, p. 348.

9 Su hijo mayor, Miguel, poeta reconocido, evoca esta circunstancia con las siguientes palabras: Llega la prueba ya. Llega la hora / De mirarle los ojos a la muerte. / Adivino la Encida en su bolsillo / Con un olor a pólvora y tomillo. Vid. Miguel d'Ors, *Arma virumque (Retrato de mi padre)*, en *La imagen de su cara* (Granada 1994); vid. también *Todo ocurrió para que tú nacieras*, donde evoca también al padre, en los frentes de guerra, "leyendo en la trinchera hexámetros desbaratados por el fuego de mortero" (*Codex 3* [Ciudad Real 1981] p. 41).

10 Aunque no llegó a licenciarse, sí cursó todas las asignaturas de Filología Clásica. De hecho, tenía ya muy avanzada, incluso antes de iniciada la guerra, una tesis doctoral en Filología Clásica sobre la "comedia togada" de Afranio.

11 Un testimonio personal y directo del curso 1940-41 puede verse en Castán Vázquez, *Crónica de la vida universitaria de una promoción de Derecho (1940-45)*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 86(1996)1ss. (separata): "Las lecciones relativas al Derecho procesal romano corrían a cargo de un joven profesor, Álvaro d'Ors, que llevaba también el primero de los grupos de prácticas. A ese grupo me correspondió, por orden de apellidos, asistir, y recuerdo bien el método aplicado por d'Ors: los alumnos traducíamos, mal que bien, los textos de la *Instituta* de Gayo; D. Álvaro, luego, los comentaba. Si los alumnos teníamos en latín un nivel bastante bajo (aunque ciertamente superior al de los estudiantes actuales), el nivel de D. Álvaro era altísimo: leía la *Instituta* con gran soltura, y era ya, con

(excedente) de Derecho Romano de Murcia, que había de ocupar más tarde la de Madrid, y al que Álvaro d'Ors considera también su segundo maestro<sup>13</sup>.

Después de una estancia en Roma, en 1940, en plena II Guerra Mundial, para ampliar estudios con Emilio Albertario<sup>14</sup>, Álvaro d'Ors obtiene, en 1941, el Doctorado en Derecho con una tesis titulada "*Constitutio Antoniniana*" (*P. Giss. 40,I*). *Contribución al estudio de su valor y significado para la historia del Derecho Romano*<sup>15</sup>, dirigida por Ursicino Álvarez, que había de ser distinguida con el "Premio extraordinario de Doctorado".

Dos años más tarde, en diciembre de 1943, Álvaro d'Ors obtiene, tras

menos de treinta años, un humanista admirable. Hoy, d'Ors es romanista de prestigio mundial, que a edad ya avanzada sigue trabajando fecundamente en el cenit de una vida universitaria modélica" (p. 2). Según este testimonio de Castán Vázquez, además de Álvaro d'Ors, colaboraban en la docencia Carlos Sánchez del Río Peguero, Juan Iglesias Santos y Francisco Hernández Tejero, que poco después serían Catedráticos de Derecho Romano.

- 12 Ursicino Álvarez Suárez (1907-1980), discípulo también de José Castillejo, había ganado por oposición, en 1935, la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad de Murcia; en 1941, también por oposición, se trasladó a la Universidad Central de Madrid. De la "*Constitutio Antoniniana*": I. *Estado de la cuestión*, en *Emerita* 11(1943)295ss.; II. *Los dedeticios y el Edicto de Caracala*, en *AHDE*. 15(1944)162ss.; III. *Los "peregrini" después del Edicto de Caracala*, en *AHDE*. 17(1946)586ss.; IV. *La extensión de la ciudadanía a egipcios y judíos en el 212 d.C.*, en *Sefarad* 6(1946)21ss.; y V. *Caracala y la unificación del Imperio*, en *Emerita* 24(1956)1ss. Sobre el tema, vid. también la recensión a Sasse, *Die "Constitutio Antoniniana". Eine Untersuchung über den Umfang der Bürgerrechtsverleihung auf Grund des Papyrus Giss. 40,I* (Wiesbaden 1958), en *AHDE*. 29(1959)738ss. = *Crítica romanística*, en *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano* n° 10 (Santiago de Compostela 1999) p. 55ss.; *Nuevos estudios sobre la "Constitutio Antoniniana"*, en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia de 1965* (Milano 1966) p. 408ss.; y *Una nueva hipótesis sobre P. Giss. 40,I*, en *Kurzberichte aus den Papyrussammlungen* 22(1966)3ss. = *Crítica romanística cit.*, p. 63ss.
- 13 Vid. *Epílogo de Papeles*, p. 348: "por la ventaja que me lleva, puede considerarse también como maestro mío".
- 14 "Tubieron sobre mí gran influencia las lecciones de *esegesi delle fonti*, en la Universidad de Roma, del gran Emilio Albertario. Su magisterio me colocó declaradamente en el bando del romanismo crítico"; vid. *Epílogo de Papeles*, p. 348.
- 15 Las tesis fue publicada por partes bajo el Título general *Estudios sobre la "Constitutio Antoniniana"*: I. *Estado de la cuestión* en *Emerita* 11 (1943) 295 ss.; II. *Los dedeticios...*

la correspondiente oposición, la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad de Granada, si bien su presencia en esa Universidad fue muy efímera, pues en el verano de 1944 se trasladó, en virtud de una permuta con el entonces catedrático de Derecho Romano y, más tarde, de Derecho Procesal, Faustino Gutiérrez-Alviz, a la Cátedra de la Universidad de Santiago de Compostela, donde va a permanecer hasta 1961<sup>16</sup>.

Los diecisiete años de vida universitaria compostelana son, sin lugar a dudas, los que han forjado más profundamente la figura universitaria de Álvaro d'Ors. Hasta tal punto que, en 1985, siendo ya catedrático de la Universidad de Navarra, "al cerrarse el ciclo oficial de docencia universitaria por alcanzar la edad legal de la jubilación", como él mismo señalaba, quiso pronunciar la última lección "oficial" de su vida académica, una "Prelección jubilar"<sup>17</sup>, en "su" Universidad de Santiago de Compostela, "como señal, en este momento jubilar, de sincero agradecimiento por cuanto esta querida Universidad ha significado en mi vida".

Los compostelanos son, en efecto, unos años de intensa actividad docente y universitaria. A la docencia ordinaria del Derecho Romano -fruto de la cual es la publicación, en 1960, de un "manual" titulado *Elementos de Derecho Privado Romano*<sup>18</sup>-, del que surgirá más tarde

<sup>16</sup> En el curso 1944-45, desempeñan su actividad docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago los siguientes catedráticos: Legaz Lacambra, de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, que es al mismo tiempo Decano de la Facultad y Rector de la Universidad; Pedret Casado, de Derecho Canónico; Barcia Trelles, de Derecho Internacional Público y Privado; Prieto Bances, de Historia del Derecho; Serrano, de Derecho Penal; y Fuenmayor, de Derecho Civil.

<sup>17</sup> Fue publicada, bajo este mismo título, por la Universidad de Santiago de Compostela en 1985. Las palabras entrecomilladas pertenecen a los párrafos inicial y final de esa conferencia (p. 7 y 33), que constituye una especie de "testamento" en el que sintetiza, en sus palabras, "los criterios que han sido fundamentales para mí, a lo largo de mis años de estudio jurídico" (p. 7).

<sup>18</sup> A. d'Ors, *Elementos de Derecho Privado Romano*, 1ª ed. (Pamplona 1960); 2ª ed. (Pamplona 1975). La 3ª ed. de sus *Elementos* (Pamplona 1992), "enteramente reformada, en doce lecciones", refleja el intento del autor de hacer una exposición del Derecho Romano "no ... abreviado, sino esencializado", según afirma en la "advertencia previa" de esa edición (p. 5), acomodada a la reducción de horas de

su *Derecho Privado Romano*<sup>19</sup>-, se suma, entre 1947 y 1952, la de un curso de Derecho Civil, y, posteriormente (1953-54), la de Historia del Derecho. También desarrolla su actividad docente, entre 1944 y 1948, impartiendo cursos de Derecho Romano en la Faculdade de Direito de la Universidad de Coimbra, en Portugal.

Asimismo, desde 1953, es Director del "Istituto Giuridico Spagnolo" de Roma, dependiente del "Consejo Superior de Investigaciones Científicas", actividad a la que se refieren más directamente las páginas que el Prof. Emilio Valiño ha escrito para este volumen.

Al margen de la actividad propiamente docente, pero en el ámbito de la vida universitaria, cabe mencionar que ocupa la dirección de la Biblioteca de la Facultad de Derecho, e incluso, aunque por un breve periodo de tiempo, la Secretaría General de la Universidad.

docencia que el Derecho Romano ha sufrido en algunas Universidades.

- 19 Una versión ampliada de los *Elementos* es su posterior *Derecho Privado Romano*, 1ª ed. (Pamplona 1968), del cual se han publicado ya nueve ediciones (la 9ª ed. es de 1997), cada una de ellas con abundantes modificaciones.
- 20 Consecuencia de esa diaria actividad docente son las sucesivas ediciones, constantemente corregidas y actualizadas, de sus *Elementos de Derecho Privado Romano* y de su *Derecho Privado Romano* (vid. supra nn. 17 y 18). A este respecto, recuerda A. d'Ors, en el *Prólogo* a la 2ª ed. de sus *Elementos* (p. 8), la contestación que, según Diógenes Laercio (*Vida de Teofrasto* 5,37), dio Teofrasto (sucesor de Aristóteles en la dirección del Liceo y heredero de su biblioteca) a su colega Fania, cuando éste le reprochaba su excesivo cuidado en la preparación de unas lecciones destinadas a alumnos que no eran merecedores de ello: "de las lecciones, salen las correcciones".
- 21 Lo mismo que había sucedido ya en Santiago, también en la Universidad de Navarra le encargan, durante varios años, la explicación de un curso de Derecho Civil.
- 22 De acuerdo con su clasificación tripartita de las Ciencias, distinguió tres grandes Bibliotecas generales: la de Humanidades, la de Ciencias experimentales, y la de Ciencias geonómicas (o geográficas y sociales); sobre el tema, vid. *El problema de las bibliotecas universitarias*, apéndice I al excurso (II) *Breve historia de las Universidades y de sus Bibliotecas*, en *Sistema de las Ciencias III* (vid. nota siguiente), p. 132ss. = *Nuevos papeles*, p. 50ss.
- 23 "Quizá en ninguna otra actividad –escribía A. d'Ors en 1961, respecto a la suya como Bibliotecario– tengo la sensación de haber servido más que en ésa", para añadir a continuación que "la vocación de bibliotecario me viene de estirpe", citando, en este sentido, a su pariente Jordi Rubió (vid. *Especialización, universalidad y acribia en las ciencias históricas*, en *Nuevos Papeles*, p. 124s.), al que cabe añadir también la figura de su padre, D. Eugenio d'Ors (vid. infra n. 32), quien, como

En 1961, aceptando el ofrecimiento de la entonces joven Universidad de Navarra, Álvaro d'Ors se traslada a Pamplona para continuar en aquélla su actividad académica. Desde el momento de su incorporación, al margen de la docencia ordinaria de Derecho Romano<sup>20</sup>, tanto en la Facultad de Derecho<sup>21</sup> como, más tarde, también en la de Derecho Canónico, le es encomendada además, aprovechando su experiencia anterior, la organización de la Biblioteca de la Universidad<sup>22</sup>, siendo Bibliotecario General hasta 1971<sup>23</sup>. En relación con esta actividad, impulsa la creación y el desarrollo de la "Escuela de Bibliotecarias"<sup>24</sup>.

Por otra parte, y dejando ahora al margen la actividad, durante estos años navarros de Álvaro d'Ors en relación con el Derecho Foral de Navarra<sup>25</sup>, ha de mencionarse su participación, junto a otros prestigiosos profesores de diferentes Universidades<sup>26</sup>, en la Comisión en-

"Director de Instrucción Pública" de la "Mancomunidad de Cataluña", había creado (en 1918) y promocionado la red de "Bibliotecas Populares". Pero la experiencia de A. d'Ors como Bibliotecario General tuvo un final amargo: "algo así como la de un Napoleón retirado, no en Santa Elena, sino en el mismísimo Waterloo" (vid. *Nuevos papeles*, p. 16), pues su idea de "bibliotecas generales" fue, pasados los años, "derrotada" por las "bibliotecas particulares": "al revés de lo que ocurre con los peces, las bibliotecas chicas se comen a las grandes" (*Nuevos papeles*, p. 16).

24 También Eugenio d'Ors había creado (en 1915) y dirigido la "Escuela Superior de Bibliotecarias" de la "Mancomunidad de Cataluña". — Fruto de la actividad docente de A. d'Ors en esta "Escuela de Bibliotecarias" son los cuatro fascículos que, bajo el título general de *Sistema de las ciencias*, publicó en aquellos años (I. *Las ciencias: Concepto, Clasificación, Definiciones* [1969]; II. *Los científicos: Tipología, Trabajo, Publicaciones* [1970]; III. *Excursos a los Fascículos I y II* [1974]; y IV. *Una selección del Fascículo I y cuatro nuevos excursos* [1977]; todos ellos en Pamplona)

25 De este aspecto se ocupa, en el presente volumen, el ilustre notario D. Javier Nagore.

26 Esta Comisión, presidida por el Subsecretario del Ministerio, Prof. Martínez Moreno, estaba formada por los Profesores Clavero Arévalo, Gibert (aunque sólo en los momentos iniciales del trabajo), Muñoz Alonso, d'Ors, Sánchez Agesta y Sánchez del Río Peguero. Colaboró también en ella el Director General de Enseñanza Universitaria, Prof. Hernández Díaz. "Las líneas generales que el ministro dio a esta comisión eran dos: posibilidad de universidades no-estatales en régimen de equiparación a las estatales, e implantación de un régimen de autonomía para todas las universidades sin distinción" (vid. *La Universidad española en los últimos 25 años*, en *Nuestro Tiempo* 246[1974]29ss. = [aunque con una ligera modificación de su título: *La Universidad española de 1943 a 1973*] *Nuevos papeles*, p. 81ss., p. 91).

cargada por el Ministerio de Educación y Ciencia de elaborar un “Anteproyecto de Bases para la Reforma Universitaria”. Este “Anteproyecto” no encontró el apoyo de las Universidades y quedó definitivamente abandonado al cesar, en un cambio de gobierno, el Ministro que lo había encargado, el Prof. Manuel Lora Tamayo, razones por las cuales no llegó a tener ninguna repercusión práctica<sup>27</sup>.

En su nueva Universidad va a continuar su ejemplar y fecunda labor universitaria -en el marco de la cual cabe mencionar, entre otras cosas, su libro *Una introducción al estudio del Derecho*<sup>28</sup> así como la traducción castellana de *El Digesto de Justiniano*<sup>29</sup>- hasta la fecha de su jubilación “oficial”, en 1985. No obstante, se mantendrá en activo incluso después de esa fecha, primero como Profesor Emérito y, más tarde, como Profesor Honorario, situación en la que continúa en la actualidad.

Permítaseme, llegados a este punto, relatar un hecho inédito, de orden personal, pero con repercusiones académicas. En el curso 1981-82, después de cuatro años como Profesor Agregado<sup>30</sup> de Derecho Romano en la Universidad de Santiago de Compostela, hube de tras-

27 Algunos años después, fue publicado con el título *El Proyecto de Bases de 1967 para la Reforma Universitaria* (Pamplona 1972), pero la edición no fue difundida.

28 A. d'ORS, *Una introducción al estudio del derecho* (Madrid 1963; reimp. 1973). En 1976, aparece, en Valparaíso, la 2ª ed., con nueva redacción totalmente rehecha y ampliada, a la que siguen, en años sucesivos, otras seis ediciones (la 7ª publicada en México, adaptada y anotada por Jorge Adame), siempre con correcciones, retoques y ampliaciones. El libro ha sido publicado también en versión francesa (*Une introduction à l'étude du Droit* [Aix-Marseille 1991], con presentación, traducción y notas de Alain Seriaux). Finalmente, en 1999, se publica un texto de redacción enteramente nueva, con el título *Nueva introducción al estudio del derecho* (Madrid 1999).

29 A. d'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESSECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano* (I [1968], II [1972] y III [1975]; todos en Pamplona). Pero hay que decir, en honor a la verdad y a la justicia, que la intervención de los otros colaboradores se limitó al primer volumen (no sé exactamente en qué medida). Los dos restantes fueron realizados exclusivamente por A. d'Ors, el cual, no obstante, siguió manteniendo, al publicarlos, los nombres de todos los iniciales colaboradores. El hecho habla por sí mismo. — La experiencia de A. d'Ors como traductor era ya larga: Cicerón. Defensa del poeta Arquias. Introducción, traducción y notas (Madrid 1940); Cicerón, Defensa de Aulo Cecina. Introducción, traducción y comentarios (Madrid 1943); Gayo. Instituciones. Traducción y notas (Ma-

ladarme a la recién creada Universidad de León para acceder a la cátedra. Con anterioridad, la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago había solicitado del Ministerio la dotación de una Cátedra de Derecho Romano que permitiera evitar ese traslado. Pero los trámites de tal solicitud se demoraron, y la segunda Cátedra fue dotada y convocada cuando ya me encontraba en mi nueva Universidad. Álvaro d'Ors cumplía entonces veinte años de docencia en la Universidad de Navarra, y, dado que le quedaban apenas cuatro años para su jubilación oficial, pensó entonces en solicitar esa nueva Cátedra para regresar a su querida Universidad de Santiago y terminar allí su vida académica. Ello hubiese supuesto, obviamente, mi permanencia en la Universidad de León. No obstante, a efectos de no impedir la realización de mi deseo de regresar a Santiago, él renunció generosamente al suyo, permaneciendo en la Universidad de Navarra.

Resta sólo, para completar este itinerario universitario de Álvaro d'Ors, hacer mención de los honores y distinciones de ámbito estrictamente universitario que le han sido otorgados. Cabe citar, a este respecto, la "Cruz de Alfonso X el Sabio al Mérito Docente" (1974), la "Medalla de Oro de la Universidad de Navarra" (1990), y los Doctorados "honoris causa" por las Universidades de Toulouse (1972), Coimbra (1983), y "La Sapienza" de Roma (1996)<sup>31</sup>.

drid 1943); Cicerón. Las leyes. Introducción, traducción y notas (Madrid 1953; reimp. 1970); Plinio el Joven. Panegírico de Trajano. Edición bilingüe (Madrid 1955); con posterioridad, Cicerón, Sobre la república. Introducción, traducción, apéndice y notas (Madrid 1984); y (con la colaboración de X. d'Ors) *Lex Imitana* (Texto bilingüe), en *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano* n° 1 (Santiago de Compostela 1988).

<sup>30</sup> La figura del Profesor Agregado fue fruto pasajero de una de las innumerables reformas sufridas por la Universidad española, en el último cuarto de siglo, siguiendo modelos foráneos. Desapareció pocos años después, siendo, a todos los efectos, equiparados aquellos Profesores Agregados a los Catedráticos.

<sup>31</sup> Aunque no propiamente universitarios, sí le han sido concedidos por su labor universitaria el "Premio Nacional de Literatura" (1954) por su libro *De la guerra y de la paz* (Madrid 1954), el "Premio Nacional de Investigación" (1973), el "Premio de Humanidades y Ciencias Sociales de la Sociedad de Estudios Vascos "Eusko Ikaskuntza"" (1996); la "Gran Cruz de S. Raimundo de Peñafort" (1997), y el "Premio "Príncipe de Viana" de la Cultura" (1999).

Hasta aquí, los hitos fundamentales de la que podríamos llamar “historia externa” universitaria de Álvaro d’Ors. Pero lo importante no son esos datos externos, aunque por sí mismos ya den cuenta de una larga e intensa vida universitaria. Lo más relevante es, sin duda, el espíritu con el que, día a día, a lo largo de tantos años, realiza esa, en apariencia, anodina, monótona y rutinaria actividad universitaria. Estoy convencido, a este propósito, de que Álvaro d’Ors ha tenido siempre presente, si no las palabras, sí el espíritu de lo que su padre, D. Eugenio d’Ors<sup>32</sup>, decía en una conferencia de 1915: “Pero yo te digo que cualquier oficio se vuelve Filosofía, se vuelve Arte, Poesía, Invención, cuando el trabajador da a él su vida, cuando no permite que ésta se parta en dos mitades: la una, para el ideal; la otra, para el menester cotidiano. Sino que convierte cotidiano menester e ideal en una misma cosa, que es, a la vez, obligación y libertad, rutina estricta e inspiración constantemente renovada”<sup>33</sup>. Y esto es lo que Álvaro d’Ors ha hecho a lo largo de su vida: aunar el “ideal” con el “menester cotidiano” en su “oficio universitario”.

“Ideal”, “menester cotidiano” y “oficio universitario”. El “ideal” entendido como el “deber ser” que, en la consideración de cada uno, ha de caracterizar el ámbito de la propia actividad. El “menester coti-

32 En repetidas ocasiones ha reiterado A. d’Ors la poderosa influencia que sobre él ha ejercido su padre, D. Eugenio d’Ors; vid., por todas, el *Epilogo de Papeles*, p. 348s. Sobre Eugenio d’Ors, puede verse JARDÍ, *Eugenio d’Ors. Vida y obra* (Barcelona 1967) (y la recensión del propio A. d’Ors, en *Atlántida* 41[1969]547ss. = *Nuevos Papeles*, p. 444ss.), y ALICIA GARCÍA-NAVARRO, *Bibliografía*, en *Cuadernos del Anuario Filosófico* n.º 16 (Pamplona 1994).

33 EUGENIO D’ORS, *Aprendizaje y heroísmo*, p. 66s. [la citamos por la más reciente edición de esta conferencia: *Trilogía de la “Residencia de Estudiantes”* (Pamplona 2000) p. 59ss., preparada y cuidada por ALICIA GARCÍA NAVARRO y ANGEL D’ORS, y con una doble *Presentación* de A. d’Ors]. Se trata de una conferencia pronunciada en la “Residencia de Estudiantes”, de Madrid, promovida también, en 1910, por la “Junta para Ampliación de Estudios” y dirigida por personas ligadas a la “Institución Libre de Enseñanza” (vid. *supra* n. 3). Su Patronato estaba presidido por Ramón Menéndez Pidal, y era Presidente de la “Residencia”, Alberto Jiménez Fraud. La “Residencia de Estudiantes –o “La Colina de los Chopos”, como la llamó Juan Ramón Jiménez– fue, hasta 1936, un foco vivo de la cultura española y un balcón abierto a la europea. Sobre ella, vid. los capítulos *Un nuevo Colegio* y *La Colina de los Chopos* del libro de JIMÉNEZ FRAUD, *Historia de la Universidad española* (Madrid 1971) p. 427ss. y 451ss.

diano”, como la situación real en la que esa actividad se desarrolla. Y, por último, el “oficio universitario”, que vendría a ser la disposición con la que se armoniza el “ideal” con el “menester cotidiano”. Trataré, en las páginas que siguen, de desarrollar cada uno de estos tres aspectos en el pensamiento de Alvaro d’Ors, espigando para ello algunas ideas esenciales de sus escritos sobre la Universidad.

¿Cuál es, para Álvaro d’Ors, su “ideal” de Universidad? La concibe como una institución al servicio de la sociedad, aunque no considerada como un “servicio público”, ni, en consecuencia, mediatizada por los intereses locales, regionales o incluso nacionales del lugar en que se encuentra ubicada<sup>34</sup>, sino de dimensión universal<sup>35</sup>. Sus fines primordiales son la docencia y la investigación, y para la realización de éstos la Universidad debe tener libertad para la incorporación de su profesorado, elegido de entre un grupo de personas oficialmente capacitadas para ello por la concesión de una *venia docendi*<sup>36</sup>. Respec-

34 Esta independencia de la Universidad respecto a la sociedad, incompatible con su consideración como “servicio público”, es lo que A. d’Ors considera el “fuero universitario en el sentido más amplio y profundo”, y lo que garantiza el servicio que la Universidad debe prestar a la sociedad, pues “es claro que una universidad que de entrada se rindiera a las exigencias de la sociedad en que se aloja, difícilmente podría servir bien a esa sociedad”; vid. *Universidad y Sociedad*, en *Nuevos papeles*, p. 37.

35 Para A. d’Ors, “la idea de la universidad como centro de estudios locales, regionales o nacionales supone una disminución impropia del concepto mismo de universidad” (art. cit., en *Nuevos papeles*, p. 27) por lo que ésta significa de “universal”. “Esta universalidad destierra de la vida académica todo localismo, incluso todo regionalismo y, desde luego, todo nacionalismo” (art. cit., en *Papeles*, p. 42). En su opinión, a cada uno de los tres ámbitos de la enseñanza (primaria, media y universitaria), le corresponde un ámbito territorial diferente (vid. *Las Universidades y su libertad*, en *Atlántida* 25[1967]6).

36 A. d’Ors se ha pronunciado siempre en contra del sistema de “oposiciones” como medio para cubrir las plazas de profesorado universitario, por considerarlo “uno de los impedimentos más graves para una verdadera universidad” (vid. *Carlos VII y la Real y Pontificia Universidad de Oñate, con algunas reflexiones sobre nuestra tradición universitaria*, en *Papeles*, p. 48; este artículo estaba destinado al “Libro Homenaje al rey Carlos VII en el cincuentenario de su fallecimiento”, que, al parecer, no llegó a publicarse). En 1953, se celebró una “Asamblea de las Universidades españolas”, y A. d’Ors fue oficialmente encargado de la Ponencia sobre *Selección del Profesorado y provisión de cátedras*. Pero su innovadora propuesta fue rechazada por la opinión mayoritaria, que defendía el entonces vigente sistema de “oposiciones”, y sustituida por otra que se desarrollaba esencialmente en esa línea. En el

to a la actividad investigadora, A. d'Ors la considera esencial a la Universidad y necesaria incluso como estímulo para una buena docencia<sup>37</sup>. En cuanto a ésta<sup>38</sup>, la entiende como una labor de verdadera formación, no de simple información, desarrollada sobre la base de la "autoridad" del profesor y la "potestad" de los alumnos, de modo

Pleno final de la Asamblea, A. d'Ors prefirió no defender unas ideas de las que no participaba y ofrecer la tribuna "a quien estuviera dispuesto "a asumir la responsabilidad ante la futura universidad española"" de defender el sistema de oposiciones (p. 62s.), sin que nadie se atreviera a hacerlo. Muy resumidamente, el sistema defendido por A. d'Ors consiste en desligar la simple habilitación para la docencia y la consecución de la condición de Catedrático, de la provisión de las concretas plazas universitarias, que cada una de las Universidades debe cubrir contractualmente por elección de alguien previamente habilitado. Esta idea, aunque muy defectuosamente aplicada, parece haber inspirado algunas reformas posteriores (que además duraron muy poco) del sistema de "oposiciones". Sobre el tema, puede verse *Ponencia sobre "Selección del Profesorado y provisión de cátedras" en la Asamblea de las Universidades españolas* (julio de 1953), en *Papeles*, p. 62ss.; también art. cit. en *Nuevos Papeles*, p. 97ss. Un juicio aun más crítico sobre el sistema de "oposiciones" puede verse en art. cit., en *Atlántida* 25(1967)5ss., donde lo califica de "sistema bastante pintoresco" que "viene envileciendo la vida universitaria española" (p. 11). El sistema de "oposiciones", empeorado todavía más por sucesivas reformas, es el que sigue actualmente vigente en la Universidad española, y que es merecedor, aun con más razón, de los negativos juicios anteriores.

37 Tanto en la teoría como con el ejemplo práctico, A. d'Ors defiende la necesidad de que la investigación no sea excluida de la Universidad, para convertir ésta en un simple centro de "tercera enseñanza", y relegada aquélla a sedes extrauniversitarias. En su opinión, "la función docente, para ser digna del recinto universitario, debe ser inseparable de la labor investigadora" (p. 104), hasta tal punto que "una universidad no investigadora —escribía ya en 1949— es una universidad muerta" (p. 109). Estas frases proceden del artículo *Universidad e investigación* (en *Arbor* 45-46[1949]71ss. = *Papeles*, p. 99ss.), en el cual contestaba al de un colega que mantenía precisamente las ideas contrarias antes mencionadas.

38 A. d'Ors distingue la "Docencia" y la "Disciplina": "la Docencia consiste en enseñar (docere) y la Disciplina consiste en aprender (discere) ... lo primero atañe al profesor o docente y lo segundo al alumno, "discípulo" o discente" (vid. p. 305 de *El Profesor*, de 1985, publicado como "Anexo III" en el libro de DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"* [Pamplona 1987] p. 303ss.) de modo que "el sujeto activo de la Docencia es el maestro y el de la Disciplina es el alumno" (vid. p. 291 de *Cuarenta años después [Una reflexión sobre la crisis de la Universidad]*, de 1984, publicado como "Anexo II" en el libro de DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"* cit., p. 281ss.). En los niveles inferiores de enseñanza, el docente debe también preocuparse del aprendizaje efectivo de sus alumnos, empenándose "en hacer aprender y no sólo en enseñar" (vid. art. cit., en "Anexo II" de DOMINGO, *Teoría de la auctoritas* cit., p. 291), y a los medios coactivos para conseguir ese fin se les denomina también "Disciplina". En cambio, "el profesor universitario no necesita recursos de Disciplina, pues su función propia es exclusivamente la de Docencia y la Disciplina

que éstos preguntan y aquél responde<sup>39</sup>. A esta labor esencial, ha venido a añadirse postizamente, por delegación de la propia sociedad, la función de selección -es decir, de examinar-, que no forma parte esencial de la labor del profesor, por ser de potestad y no de autoridad<sup>40</sup>. Para la adecuada realización de esa labor docente, es preciso que la universidad no esté "masificada", pues se trata de formar con profundidad a un grupo selecto de alumnos llamados a "compensar el natural gregarismo de la vida Social"<sup>41</sup>, y que los títulos

debe dejarla a la responsabilidad de los mismos estudiantes, todos ellos ya mayores de edad, en los que debe por ello presumirse una responsabilidad personal" (vid. art. cit., en "Anexo II" de DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"* cit., p. 292).

39 Esta distinción entre *auctoritas* ("autoridad") -entendida como "saber socialmente reconocido"- y *potestas* ("potestad") -como "poder socialmente reconocido"- es uno de los puntos esenciales del pensamiento de A. d'Ors (cfr. *Prelección jubilar* cit., p. 9ss.; y *Claves conceptuales*, en *Verbo* 345-346[1996]509s.), sobre el cual construye su filosofía social. También aplica a la actividad docente el aforismo "pregunta el que puede; responde el que sabe" (cfr. *Autoridad y potestad* (Prelección de 1964), en *Lecturas Jurídicas* [Universidad de Chihuahua, México] 21[1964]23ss. = *Foro Gallego* 131[1966]255ss. = *Escritos varios sobre el derecho en crisis* [Roma-Madrid 1973] p. 94, de modo particular el tercer *addendum*, p. 107s.), pues "el planteamiento natural de la docencia ... se presenta, en el fondo, como un juego de respuestas de autoridad a las preguntas que formulan los que de algún modo adquieren poder para formularlas, los estudiantes" (art. cit., en *Nuevos papeles*, p. 29). Así, "no se trata de hacer escuchar a un grupo de "obedientes" [de oyentes], es decir, de "escuchantes" alumnos, sino de atender sus preguntas y, sobre todo, formar su inteligencia para seguir preguntando" (art. cit., en *Atlántida* 25[1967]13). Sobre el tema, vid. además *El problema universitario español: ¿cambio de estructura o cambio de conducta?*, de 1972, en *Nuevos papeles*, p. 106ss.; y *Cuarenta años después* cit., y *El profesor* cit., en "Anexos II y III" de DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"*, cit., p. 281ss. y 303ss.; véase también este libro de su discípulo Rafael Domingo (p. 203ss.), así como la versión totalmente rehecha (y sin los mencionados "Anexos"), titulada *"Auctoritas"* (Barcelona 1999).

40 "La función de examinar es algo añadido respecto a la docencia universitaria. Esta función, la docente, es la propia del profesor y corresponde esencialmente a la autoridad que se le reconoce, en tanto el disponer mediante pruebas especiales sobre el reconocimiento de la aptitud de los graduandos es una simple delegación de aquel poder social de controlar los títulos y, por tanto, una función, no de autoridad, sino de potestad, una potestad que el profesor, como tal, no tiene." (art. cit., en *Nuevos papeles*, p. 29)

41 A. D'ORS, art. cit., en *Nuevos Papeles*, p. 32. Y añade, en ese mismo lugar: "puede ser que ... se me replique con la censura de elitismo universitario, pero no sería para mí una censura, sino un correcto reconocimiento de mi punto de vista en este tema, aunque con el uso de una palabra socialmente desacreditada". Pero ese "elitismo" que A. d'Ors mantiene no es de carácter social o económico, sino intelectual. Es congruente con esto lo que escribe en distintos "Prólogos" de sus "ma-

académicos sean expedidos por la propia Universidad, que de ese modo se responsabiliza de la calidad de la formación impartida<sup>42</sup>.

La segunda cuestión, relativa a la situación real de la Universidad que le ha tocado vivir, resulta ciertamente de respuesta casi imposible en una vida universitaria que se prolonga, como hemos dicho al comienzo, a lo largo de casi setenta años. En efecto, hay muy pocas coincidencias entre la turbulenta Universidad que él conoció como estudiante a comienzos de los años treinta, y la “masificada” que despidió su vida académica “oficial”, a mediados de la década de los ochenta<sup>43</sup>. A diferentes aspectos de esos cambios se ha referido más directamente A. d'Ors en dos conferencias: *La Universidad española en los últimos 25 años*<sup>44</sup>, y *Cuarenta años después (Una reflexión sobre la*

nuales”. Así, en el de la 1ª ed. de sus *Elementos* (Pamplona 1960): “he buscado más la “claridad” que la “facilidad”, como creo que corresponde al nivel universitario digno de ese nombre” (p. XII), una idea que sigue presente en el *Prólogo* de la 1ª ed. de su *Derecho Privado Romano* (Pamplona 1968), cuando afirma que un libro de esas características “resulta más fecundo para los alumnos dispuestos a estudiar inteligentemente, y yo creo que la enseñanza universitaria debe destinarse principalmente a estos alumnos. Una orientación –continúa– ... que proviene de un profundo respeto por la inteligencia y dignidad personal de unos alumnos que no se dejan confundir en masa anónima” (p. X). Y todavía añade, en el *Prólogo* de la 4ª ed. del *Derecho Privado Romano* (Pamplona 1981) que “siempre he tenido la suerte de encontrar un grupo reducido en los que se ha despertado, con el uso de ese manual, un espíritu crítico y una superior inteligencia, y en cuya formación la misma dificultad del libro ha tenido un efecto positivo. La comprobación de este resultado selectivo me parece suficiente, al menos si se concibe la universidad como una forma de convivencia intelectual y no como una mera expedidora de títulos profesionales” (p. 10).

42 “Cada universidad debe responder de sus propios títulos. De ahí la natural competencia entre las distintas universidades y la posibilidad de que la sociedad valore más unos títulos que otros y de que algunas universidades desprestigiadas tengan que ser abolidas” (vid. art. cit., en *Papeles*, p. 48s.). Tal responsabilidad por lo propios títulos la considera A. d'Ors “la primera y fundamental consecuencia de la libertad universitaria”, pues la responsabilidad es la condición necesaria para una verdadera libertad (vid. art. cit., en *Atlántida* 25 [1967] 9).

43 La valoración global de estos cambios no es, para A. d'Ors, precisamente positiva. En este sentido, escribe, en el *Prólogo* de *Nuevos papeles*, que: “hay que reconocer, si se quiere ser sincero, que la universidad española, por las razones que sea, se ha deteriorado bastante en estos últimos años, y que esto no podrá menos de ser en detrimento de la formación de las nuevas promociones universitarias” (p. 12).

44 Publicada en *Nuestro Tiempo* 246(1974)29ss. = (con modificación del título) *Nuevos papeles*, p. 81ss.

*crisis de la Universidad*)<sup>45</sup>. De los cambios apuntados en esas conferencias cabe destacar, en primer lugar y como dato más evidente, el del enorme aumento del número de alumnos -eso que se ha venido en llamar la "masificación universitaria"<sup>46</sup>, del que, a su vez, depende la presencia en las aulas de alumnos con intereses muy diversos -desde un grupo muy reducido que busca una verdadera formación<sup>47</sup> hasta la inmensa mayoría que sólo aspira a una simple capacitación profesional para la realización de un trabajo de nivel menor<sup>48</sup>- y un descenso del nivel científico de la propia enseñanza universitaria -por la proliferación de Universidades<sup>49</sup> y la necesidad de improvisar su profesorado<sup>50</sup>-, circunstancias ambas que provocan graves dificult-

45 Publicada, como "Anexo II", en el libro de DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"* cit., p. 281ss. La conferencia fue pronunciada en Santiago, en octubre de 1984, e iba dirigida a quienes habían sido sus primeros alumnos en la Universidad compostelana, que celebraban los cuarenta años del comienzo de su carrera universitaria.

46 Aunque el hecho de la "masificación" universitaria es evidente por sí mismo, quizá lo sea algo menos la circunstancia señalada por A. d'Ors de que "habiéndose aumentado tan enormemente el número de estudiantes universitarios, ese grupo selecto no haya aumentado en proporción, y resulta acaso inferior al de las generaciones anteriores mucho menos numerosas" o, dicho en otras palabras, "la promoción social ha engrosado el cuerpo de estudiantes universitarios, pero no su cabeza, y aún ésta ... parece haberse reducido" (vid. art. cit., en "Anexo II" de DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"* cit., p. 299).

47 "Siempre existe una pequeña minoría -escribe A. d'Ors- que aspira ... a formarse convenientemente para llegar a ser unos buenos letrados" (art. cit., en "Anexo II" de DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"* cit., p. 298), entendiéndose este último término en el sentido del universitario que pretende desarrollar su cultura con el paso por la Universidad.

48 La mayoría de nuestros alumnos, dice A. d'Ors respecto a los estudiantes de Derecho, "no aspiran ya a ser letrados -en el sentido antes apuntado-, sino mejor a ser unos gestores de más o menos mediocre nivel", para lo cual sólo pretenden "superar las pruebas correspondientes y ... alcanzar ... el ansiado título de licenciado" (art. cit., en "Anexo II" de DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"* cit., p. 297). La misma idea ya en *Sobre las asignaturas histórico-jurídicas del Primer año de Derecho*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 48(1978)577ss. = *Nuevos Papeles*, p. 127ss.: "la promoción social que ha llenado masivamente nuestras aulas de Derecho nos coloca ante una mayoría de alumnos ... que no aspiran a ser "letrados", sino a ser "gestores"" (p. 127).

49 El número de Universidades en España se puede decir que se ha cuadruplicado en los últimos veinticinco años.

50 "Se hace necesario atraer a la Docencia de nivel superior, por atractivos extra-académicos, a un personal laboral que no se dedicaría de manera natural a la Docencia, y con ello se produce inevitablemente un cierto hundimiento del nivel científico de la enseñanza universitaria" (art. cit., en "Anexo II" de DOMINGO, *Teo-*

tades para que la Universidad realice una verdadera selección, lo cual, por su parte, deriva en una devaluación de los títulos universitarios<sup>51</sup>. A modo de síntesis nos puede servir su afirmación de que “la Universidad de hoy es de promoción social y no de selección profesional”<sup>52</sup>.

Lo que sí parece claro, en todo caso, es que, ni la Universidad que él conoció en los comienzos de su actividad docente, ni la que ha sobrevenido después como consecuencia de los cambios que acabo de mencionar, se aproximan a su idea de lo que “debe ser” la Universidad. En otras palabras, se puede afirmar que Álvaro d’Ors ha tenido que desarrollar toda su vida académica en una Universidad que no respondía a su “ideal” de Universidad. Y en esta divergencia es donde debe encuadrarse el “oficio universitario”.

“Oficio universitario”. Ésta me parece la expresión más fiel de la consideración que Álvaro d’Ors ha tenido de su propia actividad. Es significativo, a este respecto, que las dos obras más representativas de su pensamiento acerca de la Universidad lleven por título precisamente *Papeles del oficio universitario*<sup>53</sup>, que cierran su ciclo universitario compostelano, y *Nuevos papeles del oficio universitario*<sup>54</sup>, que se refieren a la experiencia de sus primeros veinte años en la Universidad de Navarra. Ambas obras tienen una división interna común: una primera parte, “Papeles sobre la Universidad”, que contiene “reflexiones sobre distintos aspectos de la vida universitaria”<sup>55</sup>; y una segunda, “Papeles de la Universidad”, formada por “lecturas académicas,

ría de la “auctoritas” cit., p. 299).

51 “Si antes la posesión de un título podía dar una cierta seguridad de encontrar una colocación profesional ..., hoy, los nuevos títulos no pasan de ser un requisito formal que, por sí mismos, no pueden dar seguridad alguna (art. cit., en “Anexo II” de DOMINGO, *Teoría de la “auctoritas”* cit., p. 287).

52 A. d’Ors, art. cit., en “Anexo II” de DOMINGO, *Teoría de la “auctoritas”* cit., p. 287. En este mismo lugar, amplía esa idea: “En términos un poco familiares podríamos decir que, si antes la Sociedad decía a la Universidad: “Pórmame unos profesionales competentes en el número que necesito”, hoy, en cambio, le dice “Hazme muchos licenciados, que ya me encargaré yo de seleccionar los que necesite” ”.

53 A. d’Ors, *Papeles* cit. (vid. supra n. 2).

54 A. d’Ors, *Nuevos papeles* cit. (vid. supra n. 2).

55 A. d’Ors, *Papeles*, p. 19; vid. también *Nuevos papeles*, p. 17.

productos de la Universidad distintos de las lecciones ordinarias”<sup>56</sup>

No hay que olvidar, sin embargo, que quien habla de “oficio” para designar su propio trabajo es una persona cuya formación clásica se identifica casi con su propia personalidad. Por eso, el sentido que ha de dársele a esa palabra no es propiamente ninguno de los que figura; como diferentes acepciones del término, en el “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”. Se recoge allí, como primera acepción, la de “ocupación habitual”; como segunda, la de “cargo, ministerio”; y la de “profesión de algún arte mecánica”, como tercera. Dejamos ahora al margen las restantes, por no interesar a estos efectos.

Pero, si no me equivoco, para Álvaro d’Ors el término “oficio” tiene un sentido que va más allá de los “académicos” de esa palabra. No se trata, en efecto, de una mera “ocupación habitual”, como de algo que simplemente ocupa, que no llena, las horas de una jornada laboral. Tampoco de un “cargo o ministerio”, si a éstos se le da la connotación de una cierta situación de preeminencia. Y mucho menos, por último, de la “profesión de algún arte mecánica”, que encierra la idea de automatismo, de repetición reiterada y rutinaria de una misma actividad.

A mi juicio, el “oficio” al que se refiere Álvaro d’Ors es una transcripción directa del término latino *officium*, entendido como “deber (moral)”, y, en este sentido, sus publicaciones sobre el “oficio universitario” deben ser insertadas en el espíritu de la tradición clásica -griega y romana- de los libros *de officiis* (“Sobre los deberes”), en una especie de síntesis entre los de carácter filosófico<sup>57</sup> y los jurídicos<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> A. D’ORS, *Papeles*, p. 19; vid. también *Nuevos papeles*, p. 17.

<sup>57</sup> Estas obras *de officiis* fue un tipo de literatura característica de los filósofos estoicos. Así, cabe citar, entre los más conocidos, el “*perí tou kathékontos*”, de Panecio; los tres libros *de officiis* de Cicerón, que tomó como modelo el anterior de Panecio y quizá otro de igual título de Hecatón; y los de SÉNECA, que conocemos por el epítome que de ellos hizo Martín de Braga (s. VI), bajo el título de *Formula vitae honestae*.

<sup>58</sup> Diferentes juristas, sobre todo de época tardía (Marcelo, Macer, Venuleyo, Paulo,

Para Álvaro d'Ors, también el "oficio universitario" tiene su grandeza y su servidumbre, una expresión que le llega también por tradición familiar. "La servidumbre es la garantía de la grandeza, y la grandeza la razón de la servidumbre", había escrito su padre, D. Eugenio d'Ors, a propósito de la "inteligencia"<sup>59</sup>. Como un eco de estas palabras, proclama Álvaro d'Ors, en el "Prólogo" de sus *Papeles del oficio universitario* que siente y encuentra "la grandeza de la vida universitaria precisamente en esa servidumbre del quehacer cotidiano, del paciente y gozoso aprovechamiento de toda ocasión, por pequeña que sea, para servir lo mejor posible"<sup>60</sup>. Y esta convicción permanece inalterada veinte años más tarde, en 1980, cuando, en el "Prólogo" de los *Nuevos papeles del oficio universitario*, reitera la misma idea: "sigo viendo la grandeza de la universidad en su servidumbre de cada día, y no veo otra manera de cumplir con el deber moral que nos incumbe que el vivir con esa humildad la existencia académica"<sup>61</sup>. Y estoy seguro de que, en unos imaginarios "Novísimos papeles" de fecha actual, seguiría manteniendo las mismas ideas<sup>62</sup>.

Así, pues, la "grandeza" de su "oficio universitario" no la encuentra Álvaro d'Ors en los resultados de su trabajo de investigación, plasmados en más de ochocientas publicaciones que abarcan un campo temático variadísimo; tampoco en la decena de discípulos que han enseñado o enseñan Derecho Romano en Universidades españolas, ni en los que lo han hecho o lo hacen en Universidades extranjeras de

Ulpiano, Arcadio Carisio...) escribieron obras acerca de los *officia* de diferentes magistrados (*de officio consulis, proconsulis, praesidis, o de los praefecti: vigilum, urbi, tutelarum...*). Es discutida la naturaleza de estas obras; vid. DELL'ORO, *I libri "de officio" nella giurisprudenza romana* [Milano 1960].

- 59 En 1919, Eugenio d'Ors pronunciaba, en la misma "Residencia de Estudiantes" (vid. supra n. 33), una tercera conferencia, que, inspirándose en la conocida obra de Alfred de Vigny (1797-1863), *Servitude et grandeur militaires* (de 1835), tituló *Grandeza y servidumbre de la inteligencia*, recogida también en *Trilogía* cit., p. 91ss.
- 60 A. d'Ors, *Papeles*, p. 15, y poco más adelante (p. 18), vuelve a insistir en la misma idea de que entiende su "oficio universitario" como servidumbre, y que en esa servidumbre ha encontrado la suficiente grandeza.
- 61 A. d'Ors, *Nuevos papeles*, p. 13.
- 62 "A estas alturas de mi "curriculum" académico -escribía también en el *Prólogo* de los *Nuevos papeles*-, no son de esperar unos "novísimos papeles" (p. 13).

Portugal, Chile, México o Japón; tampoco en los miles de alumnos, profesionales del Derecho -con unas actividades socialmente notorias, algunos de ellos; con otras de poco relieve social, la mayoría<sup>63</sup>-, a cuya formación él contribuyó con sus enseñanzas y su ejemplo, y que conservan un recuerdo entrañable del magisterio de "D. Álvaro"<sup>64</sup>; ni, muchísimo menos, por último, en los honores y distinciones que le han sido otorgados a lo largo de su vida académica.

La "grandeza" del "oficio universitario" radica, para Álvaro d'Ors, en la misma servidumbre, es decir, en lo que ese oficio tiene de servicio a los demás, a la institución universitaria y a la sociedad.

Él mismo, en el tantas veces citado *Prólogo* de sus *Papeles del oficio universitario*, concreta algunos aspectos de esa "servidumbre" de su "oficio universitario", que tanta satisfacción le ha producido<sup>65</sup>. Sus propias palabras constituyen el mejor colofón para cerrar las presentes páginas:

"Así he podido vivir la universidad: saludando por la

63 De todas las variadas dedicaciones profesionales de sus alumnos, A. d'Ors ha tenido una comprensible predilección especial por aquellos que habían llegado a ser Catedráticos de Universidad en cualquiera de las materias jurídicas. Por este motivo, en la relación de alumnos con "Matrícula de Honor" que solía incluir en las últimas páginas de los "Programas" de la asignatura que se editaban cada año, "como un símbolo de la alta función selectiva que incumbe a las universidades y una formal protesta contra la tendencia gratuita y ruinosa de la "universidad de masas"", destacaba con un asterisco (o con indicación expresa) a quienes eran Catedráticos de Universidad, "un título quizá menos notable que otros, pero para mí, como es explicable, especialmente apreciable", para manifestar así el natural orgullo que ello le producía (vid., por ejemplo, el "Programa" del curso 1969-70, p. 62).

64 En incontables ocasiones, he sido testigo, y continúo siéndolo todavía, del entrañable recuerdo que sus antiguos alumnos conservan de "D. Álvaro". Cuántas veces, al encontrarme casualmente con alguno de ellos, me preguntan por él con sincero interés y me piden que le transmita sus afectuosos saludos y su agradecimiento. Y al hacerlo así, he podido también comprobar que él recuerda, con sus nombres y apellidos, a un gran número de ellos, especialmente, como es lógico, a los de la época anterior a la "masificación" de la Universidad.

65 "Difícilmente hubiera podido encontrar mayor satisfacción en otro oficio", en *Papeles, Prólogo*, p. 19

mañana a los bedeles, servidores como yo; preparando las lecciones elementales como si no lo fueran; empezando mis clases a la hora y cuarto, pero no después; procurando no perder tiempo, a fin de explicar todo el programa; examinando con cuidado y enseñando a examinar, pues esto de los exámenes me parece tan importante como necesario ... y es un acto de justicia, con posible daño de tercero, en el que no podemos tener distracciones sin cierto riesgo de responsabilidad moral; ayudando a trabajar a los demás a la vez que movía sin pausa la propia noria del trabajo científico; cuidando también de que los libros estén a mano de todos, y de darle al interruptor eléctrico cuando salía el último de la Biblioteca... Pura servidumbre”<sup>66</sup>.

66 A. D'ORS, *Papeles*, p. 15s.

## EL PROFESOR ÁLVARO D'ORS, MAESTRO DE JURISTAS

José Bonet Correa

---

Después de finalizados mis estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, y una vez realizado el examen de Licenciatura, el ilustre profesor y abogado Don Amadeo de Fuenmayor me ofreció el ser ayudante en su cátedra de Derecho Civil. Apenas iniciado el curso, Don Amadeo se ausentaba y recibía el encargo de su cátedra el eminente catedrático de Derecho Romano Don Álvaro d'Ors, quien tuvo la enorme generosidad de confiarme una pequeña parte del programa de la asignatura para que fuera adiestrándome en la docencia. Además, con gran gentileza y dedicación, me guió en las tareas de mi tesis doctoral que se refirió a una de las modalidades de constitución de las servidumbres, la que atañe al supuesto introducido en el art. 541 del Código Civil, procedente de la tradición jurídica del *Droit coutumier* francés y que fue recogido por el Código Civil de Napoleón y se le denominó por la doctrina *destination du père de famille* o constitución de las servidumbres por signo aparente. El gran maestro me hizo rastrear el supuesto a través del *Corpus Iuris Civilis* y me fue descubriendo el manejo de fuentes, la metodología de la investigación y, sobre todo, la tarea interpretativa de los textos de los más relevantes jurisprudentes clásicos y postclásicos.

Con la misma sapiencia y empeño, Don Álvaro formó otros muchos discípulos, tanto romanistas como de los demás ámbitos del Derecho, que se beneficiaron generosamente de sus profundos conocimientos para la docencia y la investigación, tanto en la Universidad santiaguesa como posteriormente en la de Navarra.

Hay que destacar en la personalidad de Don Álvaro una peculiar faceta muy pedagógica, constructiva y operativa, tanto para los que iniciaban la

tarea investigadora como para quiénes ya la desarrollaban. Me refiero a su especial sentido para la ubicación y reorganización de las bibliotecas, tal como llevó a cabo en ambas facultades de Derecho donde ejerció su magisterio. Con ello ha conseguido que se clasificasen de tal modo los libros por especialidades y materias de modo que los pudiesen tener a mano quiénes allí desarrollaban sus estudios en mesas individualizadas, cuya utilización y consulta se podía hacer durante las completas jornadas de mañana y tarde. Además, la presencia cotidiana de Don Álvaro y su ejemplaridad en la dedicación al estudio, así como la posibilidad de acceder a consultarle en cualquier momento, no sólo mostraba su extraordinaria calidad científica, sino también su gran gentileza humana por el desprendimiento de sus observaciones y sabiduría para los demás. Esta extraordinaria vocación docente universitaria la podemos apreciar en sus sugerentes *Papeles del oficio universitario*.

Otra de las grandes metas realizadas por Don Álvaro, realmente fructífera para quiénes se formaron en el ámbito comparado europeo, es el logro que consigue con la creación del *Istituto Giuridico Spagnolo* de Roma. A él acudieron doctores y profesores titulares de las Universidades españolas para tomar contacto con sus colegas romanos durante todo el curso. También, Don Álvaro ideó la publicación trimestral de un *Bullettino* del Instituto donde se destacaban las diversas colaboraciones y las varias actividades mutuas en el ámbito jurídico hispano-italiano. Además, creó una magnífica serie monográfica de estudios de investigación histórica y de derecho positivo bajo el título común de *Cuadernos del Instituto Jurídico Español de Roma*, que culminó con más de trece importantes títulos y entre los que destacan sus importantes *Estudios visigóticos I* y *Estudios visigóticos II. El Código de Eurico*. (Roma-Madrid, 1960). (Como se puede apreciar con más amplitud en el texto de Emilio Valiño).

En mis cuatro años de estancia en el Instituto de Roma, como Secretario general, pude apreciar y conocer todavía mejor las grandes cualidades científicas y humanas de Don Álvaro. Mi recuerdo y gratitud permanecen siempre, lo mismo que los de todos los que por allí pasaron, según me consta.

Los especiales conocimientos filológicos de los idiomas clásicos, así como de los europeos y anglosajones, no sólo dotan a Don Álvaro como uno de los especialistas más eminentes del Derecho de la antigüedad, sino también como uno de los pensadores más importantes de la Ciencia del Derecho actual.

El Profesor d'Ors, desde sus *Principios para una teoría realista del Derecho* (en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1953), nos descubre no sólo la experiencia de un historiador del Derecho, sino que aporta toda una concepción del mismo, del dogma jurídico y de los principios fundamentales de la teoría jurídica. Con sus propias palabras podemos descubrir su pensamiento realista, una interpretación de lo jurídico, de la vida jurídica desde el meollo de su coexistente complejidad, por lo que no se puede prescindir del valor de la justicia sin el cual toda esa realidad de la vida jurídica carecería de sentido, es decir, no existiría. Porque, el derecho todo -afirma- de una forma u otra, y pese a las adulteraciones y tergiversaciones, a las claudicaciones y a las petulancias soberanas o tiránicas, es y será un organismo cultural que aspira todo él a la realización de un sentimiento superior de justicia.

El profesor d'Ors nos hace ver cómo todo lo jurídico es ante todo un "ser" y sólo secundariamente un "deber ser". Es decir, que no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre para regir la conducta inevitablemente social mediante una discriminación de interferencias, sino un cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta. Si podemos hablar de normas jurídicas -concluye- es porque la normalidad nos proporciona la norma. Cuando se produce una interferencia anormal, entonces y sólo entonces tomamos conciencia de que una norma ha sido infringida. La norma -o "deber ser"- surge en nuestra conciencia en un caso de infracción de la normalidad -o "ser"- . Si lo jurídico es ante todo un *ser*, una cierta normalidad del ser, se debe precisar qué tipo de normalidad es ésta, lo que lleva al concepto de "derecho"; primariamente es un adjetivo que puede sustituirse por "lo jurídico" o "lo justo"; cuando decimos "derecho" presuponemos algo de lo que éste se pueda predicar; este algo es una determinada conducta, o sea, una conducta humana. En consecuencia, concluye el prof. d'Ors, el valor

de lo justo está en relación con la estimativa de la conducta humana, es decir, con la ética. Entonces se puede decir que el derecho, no sólo tiene que ver con la ética, sino que es ética; pero hay un riesgo por el que lo justo se distingue específicamente de los otros valores de la ética, principalmente del valor ético general: lo bueno. Una técnica de realizar lo bueno que deba realizar también esa igualdad supone una pluralidad de conductas; el *ars boni et aequi* no puede referirse a una técnica de regir la propia conducta individual, sino de los demás.

El profesor d'Ors concluirá que la dimensión social de alteridad, una técnica de lo bueno e igual, nos lleva ya al gobierno de las conductas ajenas. Todo gobierno es una técnica o *ars* de una conducta de dimensión social y frecuentemente tal extensión de la técnica gubernamental suele operarse mediante conversión de la conducta gobernada en conducta jurídica.

Para definir el derecho nos habla del *jus*, esto es el derecho, de modo que es el *judicium* el que engendra el *jus*; por lo tanto, el juicio es el instrumento de gobierno de la conducta por la sociedad. Allí donde hay un juicio hay una declaración del *jus*; lo que en tal juicio se declare justo eso es derecho. De aquí que el profesor d'Ors concluya que "derecho es lo que aprueban los jueces".

No obstante, el profesor d'Ors se plantea: ¿cómo es posible que el *jus* sea el resultado del *judicium*, si precisamente el juez debe ver qué sea justo para declararlo? Será, pues, necesaria una noción previa de lo justo? Cree que no, que un juez puede declarar lo justo y hacer con ello *jus* sin tener una idea previa y general de lo justo. Una idea general abstracta de lo justo no es necesaria para que un juez declare lo justo, ya que para designar esa idea abstracta y previa de lo justo tenemos un vocablo exacto: la justicia. La definición de la justicia, que se conserva en las *Pandectas* y que recogió la mejor Teología Moral, la considera como aquella virtud moral cardinal que indica la voluntad a dar a otro un derecho por igual, o sea, *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*; *jus suum* no es más que declarar lo que es justo en cada caso.

El profesor d'Ors entonces se pregunta de dónde debe extraer el juez esos criterios sobre lo justo que le permitan dar sentencias acertadas. Esta cuestión, dice, es la que da lugar a la teoría de las llamadas fuentes del derecho, que no son más que una expresión formuladora de un criterio para discernir lo justo; así, los "principios generales del derecho" no son los principios racionales e innatos, sino aquellas expresiones escritas u orales en que se formulan criterios generales de justicia. Tampoco el Derecho natural es una fuente especial del derecho, sino que es un derecho. Fuente del derecho es toda expresión formuladora de un criterio para juzgar; por lo que se deduce que la jurisprudencia es la fuente primaria y universal de todo derecho, ya que es formulación del *jus*. Además, si la prudencia es una virtud cardinal como la justicia, la *prudentia iuris*, o jurisprudencia, es la prudencia del juez, enlazándose así como virtudes capitales de la función juzgadora. La justicia es así una virtud volitiva (*voluntas*), en tanto que la prudencia es intelectual. Los romanos decían que la *prudentia iuris* era una *scientia*, precisamente una "ciencia de lo justo e injusto" para lo que se requiere un saber de cosas divinas y humanas. Por lo tanto, de la jurisprudencia, al discernir lo justo de lo injusto, decimos que es la fuente del derecho originaria. Todas las otras que llamamos fuentes del derecho, como la ley, la costumbre, los principios generales, no son más que fuentes derivadas de la prudencia judicial, cuya derivación se puede explicar por aquello que hemos llamado "ciclo de la producción normativa" originado por el legislador del Estado moderno que une e impone el orden jurídico sin admitir una crítica de sus propios estatutos. De aquí que el profesor d'Ors distinga entre la obligatoriedad moral y la vinculación material que impone el positivismo legalista moderno. El Estado para cumplir sus fines de orden social se vale de normas creadas por él como instrumento para realizar tal organización.

El que tales normas aparezcan como formalmente imperativas o no, no afecta a esa voluntad general de conseguir la organización, sino tan sólo a los matices de la obligatoriedad moral. En consecuencia -concluye el profesor d'Ors- la ley imperativa dictada por el legislador es obligante de un modo general por ser una orden del que tiene la *potestas imperandi*, pero puede ser obligante también por contener una norma verdadera-

mente justa. En los Estados modernos la actividad legiferante ha sido tan intensa que esos dos grados han querido ser confundidos y toda norma legislada pretende ser una norma de conducta justa. En definitiva, para el profesor d'Ors la justicia y la prudencia se enlazan así como virtudes capitales de la función juzgadora.

Un tema magno para nuestro ilustre maestro es el del Derecho natural, al entenderlo como aquel orden jurídico de origen divino que viene admitido por la tradición de la Iglesia Católica. Cuando los juicios humanos infringen aquellos criterios propios del Tribunal de Dios (Los Diez Mandamientos y La Ley nueva del Evangelio) tales juicios son erróneos e injustos como puede ser el juicio de un tribunal inferior rectificándolo una instancia superior.

El derecho llamado natural (*ius divinum* para el cristiano) cobra verdadera realidad y se incorpora como orden superior al conjunto de la vida jurídica de los hombres. Nuevamente, con más precisiones el profesor d'Ors abunda en su escrito *Derecho y sentido común. Siete lecciones del Derecho natural como límite del Derecho positivo* (1995).

Mientras que la teoría jurídica difícilmente se puede desprender de la mentalidad romana, el profesor d'Ors concluye que la teoría política sigue siempre vinculada a conceptos del pensamiento griego, como sucede con el concepto de "política" y donde en la ciudad, la *polis*, los ciudadanos eran miembros de ella. Todo lo contrario sucedía para el pensamiento romano; lo primero era el *civis* y sólo por derivación se hablaba de la *civitas* como conjunto de los *cives*. Pero tan grande ha sido la influencia griega en el pensamiento político moderno -concluye el profesor d'Ors- que, aunque seguimos utilizando el término latino romanceado, no podemos menos de seguir la mentalidad griega.

El profesor d'Ors ha puesto en claro conceptos clásicos y términos con los que hoy nos servimos en un sentido nuevo, si bien congruentes con su etimología. Así, cuando distingue la autarquía y la autonomía -que son claramente griegos- aclara la profunda diferencia que entre ambos existe y las consecuencias que esta diferencia comporta para la teoría políti-

ca y también para el Derecho. La autonomía es siempre relativa, pues presupone un orden jurídico superior que no depende de la voluntad de la parte autónoma. La autarquía, en cambio, pretende ser absoluta, pues es refractaria a toda dependencia. En cambio, “la autonomía de la voluntad” constituye un principio vital para el Derecho privado y que dentro de los ordenamientos forales se llama “libertad civil”, es decir, ese carácter civil es el que le impide entender esa libertad como ausencia de cualquier coacción normativa superior: se trata de una libertad personal dentro de un orden civil común, de ciudadanos.

El profesor d’Ors distingue claramente el Derecho de la Política. El Derecho es la ciencia -que puede presentarse también como conocimiento práctico, como *techné*- de resolver los conflictos judiciales y consiste por eso en la prudencia jurídica, es decir, judicial, ya que las leyes se dan para orientar a los jueces en su labor juzgadora. La política, por su parte, es la ciencia del gobierno social: se funda en la prudencia, no ya jurídica -la jurisprudencia-, sino política.

En cuanto a la distinción entre autoridad y potestad, el profesor d’Ors concisamente dice que la Autoridad es un saber socialmente reconocido, mientras que la Potestad es un poder socialmente reconocido. Así, el Derecho es una manifestación de la “Autoridad”, en tanto que la Política lo es de la “Potestad”. Advierte cómo la tendencia del Estado moderno a confundirlas también se retrotrae a momentos muy antiguos y los mismos órganos de autoridad ven completada a veces su función consultiva con ingredientes ejecutivos. Si nos decidimos a prescindir de esta confusión moderna -concluye- se puede recuperar la idea clara de que el Derecho, como criterio discriminador de lo justo e injusto, depende de la Autoridad, en tanto que Política, por cuanto se refiere al gobierno, depende de la Potestad.

Para el profesor d’Ors la figura central del Derecho es el Juez, hombre de Autoridad y la figura central de la Política es el Gobernante, hombre de Potestad. Por eso, la actividad legislativa es de Potestad -es el Rey quien da la ley-, aunque el contenido material de la ley proceda de la autoridad de los juristas. El Derecho lo hace siempre el que sabe discernir entre lo

justo e injusto, bien en forma legal o en forma de costumbre. Según el profesor d'Ors el romanticismo nos ha presentado la costumbre como si fuera un producto natural del Pueblo -"el espíritu del Pueblo"- . Cree que no es real el pensar que el Pueblo inventa la costumbre, pues lo único que hace es sancionarla por su reiterada aceptación, ya que la costumbre es siempre propia de un determinado grupo social -empezando por los mismos jueces- y no de todo el Pueblo, ya que cuando tenemos datos históricos para rastrear el origen encontramos siempre el autor concreto personal a quien debemos atribuir la creación de la costumbre que luego el Pueblo repite. Este carácter personal del Derecho popular -concluye el profesor d'Ors- se manifiesta muy claramente en la experiencia que tenemos en España de la formación de los derechos regionales, llamados forales, que son fundamentalmente consuetudinarios.

A ellos, a los derechos regionales, les ha dedicado mucha atención, dado su carácter y gusto por lo popular, de todo aquello que es propio de su cultura y tradición en contraste y oposición a un estatismo centralista. Ya en 1972, en una magistral conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña, trató sobre *El regionalismo jurídico*. También en 1977, en las *Actas del Tercer Congreso Internacional de la Sociedad Italiana de Historia del Derecho*, en Florencia, a propósito de "la formación histórica del Derecho moderno en Europa", abordaba y caracterizaba *Los Derechos regionales en la España moderna* al constatar sus particularismos consuetudinarios y la elaboración de un Derecho propio de cara al futuro. Donde sus contribuciones se hacen particularmente relevantes es a propósito del *Fuero Nuevo de Navarra*, en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de la Editorial EDERSA, tomos XXXV-2º (1993), XXXVI-2º (1995) y XXXVII (1998).

La fina y honda reflexión del profesor d'Ors creo que se alcanza cuando trata de la "imperplejidad jurídica" (1992). Es la primera virtud de un jurista -dice-, puesto que sabe resolver las cuestiones, mientras que la perplejidad es la situación del irresoluto. El oficio de jurista -añade- consiste en decidir, si bien eso se parece al de otras profesiones, principalmente a la del político. Ahora bien, las decisiones no son siempre iguales, ya que se pueden distinguir tres tipos de decisión: la reglada, la

discrecional y la arbitraria. La primera es la decisión que se ajusta a determinadas reglas generales, de las que se deduce una solución concreta, como es la propia de los juristas. La decisión discrecional es aquella que, teniendo propuestas unas reglas, sin embargo puede resolver en contra de ellas por una razón superior a la de las mismas reglas: así ocurre, por ejemplo, en el derecho de la Iglesia, donde la *salus animarum* puede justificar constantemente las excepciones a los cánones o reglas. En fin, la decisión arbitraria se entiende a veces la injusta pero no lo es necesariamente, pues el "árbitro", aunque no se ajuste a las leyes, no por eso ha de ser injusto. Así, la decisión política pertenece a este tercer tipo de decisión; aunque suele aparentar cierto respeto por las reglas, sus criterios son de oportunidad y utilidad.

Para el profesor d'Ors, la ambigüedad es lo más contrario al derecho; por eso dice que los juristas debemos resolver conflictos y no podemos darles una solución equívoca ya que nuestro oficio no admite la perplejidad. Para el jurista -añade- todo consiste en saber resolver casos, como debe hacerlo sobre todo el que es juez. Es un oficio modesto, si se quiere, pero requiere ingenio y hasta una elegancia, que consiste en saber desatar el nudo lógico sin violencia de la razón. En el fondo, toda resolución de un caso depende de una intuición de justicia -que es aquéllo de dar a cada uno lo suyo- pero, como la decisión debe ser reglada, hay que montar esa decisión intuitiva sobre una dialéctica; para ese "montaje" se requiere "arte" -es decir, *techne*-, y por eso a la ciencia propiamente dicha, que consiste en el conocimiento de las reglas y comprensión de los hechos del caso -el "supuesto de hecho", *Tatbestand, fattispecie*-, debe seguir la técnica del "montaje" dialéctico. El jurista, ante un caso concreto, empieza por comprender los hechos y calificarlos según categorías jurídicas, luego intuye cuál debe ser la solución, y, finalmente, hace el montaje dialéctico de la argumentación jurídica para justificar -es decir, acomodar al *ius* o derecho- su solución intuitiva: primero es la decisión y luego la argumentación lógica. Esto, -concluye el profesor d'Ors- permite hablar del derecho como ciencia y arte a la vez, y, en cuanto hay arte en ello, también de la elegancia, la *elegantia iuris* que alaban con frecuencia los Juristas romanos, ellos mismos modelos de esa elegancia.

El profesor d'Ors aporta una precisión más y muy decisiva para el mundo actual. Es cuando Roma llegó a dominar todo el mundo mediterráneo, en el siglo II antes de Jesucristo, y, con ello, cobró importancia su comercio, según la concepción jurídica tradicional, cuyo eje era la propiedad, cediendo ante otra nueva, mercantilista, por lo que el dinero se convirtió en medida de todas las cosas, de modo que éstas valían lo que el "metal" que se diera por ellas, que eso es propiamente lo que quiere decir "estimación", metalización. De ese giro -concluye- depende que se considere necesario fijar toda condena judicial en dinero: el principio de la *condemnatio pecuniaria*, que llega hasta nuestros días.

El profesor d'Ors no sólo es un eximio maestro romanista exclusivamente especializado en este ámbito jurídico de la historia de la humanidad. Es, sobre todo, el profundo pensador del sistema jurídico moderno cuando en muchas de sus obras y escritos nos aporta la razón jurídica de su naturaleza, el valor pragmático de sus instituciones y las soluciones de justicia en los conflictos.

Así lo podemos apreciar cuando "Ante la crisis del contrato" (*La Ley*. Buenos Aires 1979) concluye "que el interés actual del estudio del Derecho romano no está en rastrear los antecedentes del pensamiento jurídico moderno, sino, por el contrario, en detectar las desviaciones doctrinales de las que se derivan las dificultades de los juristas de hoy. En este sentido, el estudio del Derecho romano constituye una necesaria y valiosa introducción al estudio del Derecho privado y resulta imprudente, no sólo querer prescindir de tal introducción, sino también el querer diluirla entre las distintas partes del estudio civilístico, así como el posponerla en el orden de los distintos cursos académicos".

Aún podía fijarme y extenderme en otras muchas aportaciones de la múltiple obra de nuestro gran maestro. Son los límites impuestos a este escrito, que no los de su sabiduría y de su vida, que Dios guarde todavía muchos años, en pro de su fecundidad jurídica.

# MEMORIAS DE LOS MIEMBROS DE LA ESCUELA ORSIANA QUE HE CONOCIDO

Alejandro Guzmán Brito  
Universidad Católica de Valparaíso

---

Según se me ha explicado por los promotores de este homenaje, el presente libro tiene más un carácter testimonial con respecto a la persona del profesor d'Ors, y no ha sido su intento el de reunir trabajos científicos, como es lo habitual. En tales circunstancias, he decidido ofrecer algunas notas acerca del egregio homenajeado, que tienen como hilo conductor, empero, a los discípulos suyos o de sus discípulos que yo he llegado a conocer. Terminé por escoger esta vía y desechar la que me había sido propuesta, de escribir sobre sus estudiantes hispanoamericanos, porque no los conozco a todos; o sólo sobre sus estudiantes chilenos, porque resultaba muy restrictivo. También opté por dar a estas notas el carácter de memorias mías, para así acentuar su fisonomía testimonial, en vez de hacer un examen objetivo del argumento. Por lo mismo, he querido centrarme en los aspectos personales o humanos y en las circunstancias, y no en la actividad científica y académica de cada cual, porque tal fuera otro tema.

Don Álvaro apareció en mi vida antes por medio de su obra que en persona. Ingresé yo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso en 1965. En el primer año de la carrera, como era y es tradicional en Chile, lo mismo que en muchas otras partes, se incluía un curso anual de Derecho Romano. El joven profesor que tenía encargada esa cátedra, llamado Francisco Samper, estaba ausente del país desde hacía algunos años: se encontraba en Pamplona, España, en la Universidad de Navarra, cursando su doctorado en la materia bajo la dirección de un profesor llamado Álvaro d'Ors. Por cierto, ambos nombres, Samper

y d'Ors, no eran más que eso para mí. El profesor reemplazante en la Facultad era otro joven, Andrés Cúneo, que iniciaba su carrera académica. Declaraba una gran admiración por los planteamientos del profesor d'Ors, y de hecho sus lecciones seguían un manual que ya por entonces éste había publicado como *Elementos de Derecho Romano*, que recuerdo como un volumen de tapas blancas, según el antiguo diseño que la editorial de la Universidad de Navarra (IUNSA) daba a sus libros. En Chile era muy difícil encontrarlo. De hecho, el ejemplar que poseo corresponde a la segunda edición. Cúneo había compuesto su tesina de licenciado sobre el tema de las fuentes de las obligaciones en el Derecho Romano, y la había basado precisamente en la célebre teoría orsiana que distingue *creditum* y *contractus*, y que en la primera categoría da entrada a unas figuras tan extrañas para la mentalidad moderna, como son las *datationes ob rem* y las *datationes ob causam*. La originalidad de las tesis de d'Ors tenía fascinado a Cúneo, y transmitía este sentimiento en sus lecciones. En el curso de Derecho Romano, el nombre de d'Ors, pues, estaba siempre muy presente, y poco a poco empezó a adquirir un carácter mítico, como es tan común que ocurra entre los estudiantes con respecto a los autores de los libros con que estudian o que oyen citados por sus profesores. Si a ello se unía que el titular de la asignatura, Samper, estudiaba con d'Ors en persona, y que habría de retornar a Chile hacia fines del año 1965, entonces la cosa adquiría proporciones sensacionales.

Francisco Samper había cursado sus estudios de derecho en la misma facultad en que yo lo hacía. Como por entonces era una institución de dimensiones pequeñas, tenía todavía un cierto carácter que denominaré "familiar". En Valparaíso había dos facultades de derecho; una era la mía, y estaba también otra que pertenecía a la sede regional de la Universidad de Chile, la antigua universidad nacional sita en Santiago, que paulatinamente había venido estableciendo estas sedes en distintas regiones del país, sin constituir las como universidades autónomas.

En Valparaíso se daba una suerte de cortés rivalidad entre las dos facultades existentes ahí, que enraizaba con viejas separaciones de la sociedad chilena. Por regla general, la facultad de la sede porteña (así se adjetiva lo de Valparaíso, por su carácter de principal puerto del país) de

la Universidad de Chile era preferida por jóvenes provenientes de familias más bien "laicas", que habían estudiado en colegios no religiosos. La masonería, por ejemplo, se difundía en su profesorado. Y políticamente el Partido Radical, que en Chile equivalió a lo que en otros países de Hispanoamérica fueron los partidos liberales (porque en Chile el de ese nombre terminó por ser un partido de derecha asociado íntimamente con el Partido Conservador), estaba muy representado en esa facultad. También aquellos jóvenes provenientes de familias de "izquierda", socialistas o comunistas, optaban por la facultad de que hablo. Por entonces, la izquierda en Chile no había penetrado en las clases medias y menos, por cierto, en las más altas. Lo cual no excluía, por cierto, que también ingresaran en esta facultad elementos provenientes de aquellos sectores sociales que normalmente elegían la mía, a que me referiré enseguida. Todo esto daba un aspecto variopinto a la institución. La facultad de la Universidad Católica, en cambio, se nutría de los ex alumnos de colegios religiosos, provenientes de las clases medias acomodadas y altas. Políticamente sólo estaban representados los partidos Conservador, Liberal y Demócrata Cristiano (este último con gran influencia, pues vivía sus años de mística ascensión, en tantos los dos primeros iniciaban su ocaso). No había, pues, estudiantes radicales y que de vez en cuando se difundiera el rumor de que alguno era socialista, y no digamos comunista, que era como si se dijera que había un leproso entre nosotros, capaz de generar una mezcla de curiosidad, extrañeza y horror. Pese a la división política, el fondo común católico de demócratas cristianos y conservadores, y aun, si bien más tibiamente, de liberales, las pequeñas dimensiones de la facultad, la concentración de la proveniencia de los estudiantes de pocos colegios, y la homogeneidad social contribuían a conferir al conjunto ese carácter "familiar" de que hablé.

En este ambiente, Samper tenía un nombre. Su inteligencia y cultura mayores, sus variados intereses intelectuales, sus actitudes no convencionales lo habían convertido en un estudiante célebre entre sus discípulos. Pertenece al sector conservador, pero era igualmente admirado, sin perjuicio de combatirlo, por aquél demócrata cristiano. Hacia fines de 1961, o principios del año siguiente, había partido a España a estudiar con d'Ors, como ya recordé. Hacia mediados de 1965 se esperaba su re-

torno con gran expectación. Su llegada en septiembre u octubre, después de haber conseguido el doctorado con una tesis sobre derecho sucesorio romano-vulgar, causó, en efecto, gran revuelo. Por entonces se observaban en la facultad, lo mismo que en todas las demás del país, los primeros aires de reforma de los estudios y de las instituciones académicas, en el general cambio de escenario generado por el no esperado triunfo, al comienzo de la campaña, del candidato demócratacristiano a la Presidencia de la República en 1964, Eduardo Frei Montalva. Samper asumió de inmediato un papel protagónico, y sus planteamiento no dejaron de causar fricciones entre el profesorado y entre los estudiantes.

Como Samper llegara hacia fines del año, no fue mi profesor de Derecho Romano. Pero integró el tribunal de exámenes finales en noviembre, junto al responsable del curso, Andrés Cúneo, y otro profesor, al que yo no conocía, llamado Ítalo Merello, que también acababa de regresar de España, en cuya Universidad de Salamanca había seguidos estudios superiores de historia del derecho. En el examen yo obtuve sólo nota 5 (en la escala de 1 a 7), porque Samper me expuso un caso concerniente al modo de calcular la *collatio bonorum emancipati*, pidiéndome la solución matemática, y yo no pude responder, porque Cúneo no había “pasado” ese punto. Fue un traspies para mí, porque en el resto de las asignaturas hube de conseguir 6 ó 7.

De todos modos, yo terminé el año con un pronunciado gusto y admiración por el Derecho Romano, acrecentados por la presencia y la palabra de Samper. Por entonces no llegué a intimar con él, pero su personalidad atractiva se difundía en todos los órdenes e impresionaba. Con él en la facultad, el mito de d'Ors hubo de adquirir dimensiones todavía mayores. Samper constantemente hablaba de “mi maestro d'Ors”, lo citaba, narraba singularidades suyas. La persona de d'Ors, aunque, como digo, mítica, llegó así a sernos aun más familiar, incluso para aquéllos que no sentían ninguna atracción por el Derecho Romano. Además, finalmente pudimos ver qué aspecto físico tenía Don Álvaro. Samper hizo circular, como novedad, un ejemplar de la primera edición de *Una introducción al estudio del derecho* de Don Álvaro, en cuya cotratapa aparecía un retrato suyo.

En el segundo año de la carrera debí cursar la asignatura de historia del derecho. El profesor que me correspondió fue Ítalo Merello. Debido a su especialidad y al lugar ya señalado de España en donde estudió, no tuvo trato con Don Álvaro, si bien en alguna ocasión lo conoció de paso, según narraba. Pero debido a su estrecha amistad con Francisco Samper, también abrigaba una gran admiración por aquél. Puesto que Don Álvaro hizo importantes contribuciones en temas que tradicionalmente quedaron reservados a la asignatura de historia del derecho, como son los relativos al llamado *Código de Eurico*, que editó y estudió, y al problema de la territorialidad o personalidad del derecho visigodo, he ahí que el nombre de d'Ors volvió a circular en las lecciones del curso, acrescentando hasta lo inconmesurable nuestra admiración. Entonces descubrimos un dato nuevo, Don Álvaro, como consecuencia de las intensas lecturas que había debido hacer del Palimpsesto Parisino, único texto, y parcial, del *Código de Eurico* que se conserva, para su edición, ayudado de rayos X y otros medios técnicos, había "quedado casi ciego". Merello, por cierto, quería presentarnos el caso como un ejemplo de dedicación a la investigación, y anecdóticamente habría hecho alguna alusión a una normal y nada grave disminución de la vista, que nosotros, en nuestra imaginación, interpretamos como casi ceguera. Cuando yo estaba por presentarme a Don Álvaro, años después, esperaba, en consecuencia, ver a un trastabillante señor con gafas oscuras y bastón, lo que por cierto no fue así.

Debo a Ítalo Merello mi definitiva vocación por los estudios histórico-jurídicos. Merello era y es el profesor más extraordinariamente dotado para la docencia que he conocido. Su gesto era simplemente teatral, y su palabra, musical. Lo cual se unía a la claridad y sencillez del dicho y a la profundidad e interés del contenido, lo mismo que a la vitalidad y al entusiasmo que invertía en sus lecciones, todo adobado con abundante cordialidad. Un profesor así cautivó siempre a sus estudiantes. Y fue mi caso. Ya sensibilizado desde el primer año, como dije, terminé por quedar atrapado en el campo de los estudios histórico-jurídicos. Así, en la división convencional de estos estudios, mi primera opción fue por la historia del derecho.

Ocurrió que las cosas no marcharon bien para Samper en la facultad. Su proposición de reforma de los estudios fue vista como muy conservadora, porque ponía el acento en el carácter humanístico del derecho y los desvinculaba de cuanto entonces estaba a la moda: su dimensión sociológica y reformadora de estructuras y conductas. El derecho debía ser un instrumento del cambio social, y evidentemente una reforma que dejaba a un lado la sociología, la economía, la antropología y otras ciencias similares, no pudo ser bien mirada en un ambiente en donde la palabra "cambio" estaba en la orden de cada día. A fines de 1968 o principios de 1969, Samper dejó la facultad y marchó a Colombia para asumir la cátedra en la Universidad Externado, en Bogotá. Poco después retornó a España, a Santiago de Compostela, en donde empezó una carrera académica que culminó como catedrático. Siendo tal en la Universidad de Cantabria, volvió una vez más a Chile, y actualmente es catedrático en la Universidad Católica de Santiago de ese país.

La asignatura de Derecho Romano volvió a quedar, pues, sin profesor, y entonces se la encargó a Merello. Como a la sazón yo había sido promovido al tercer año, cumplía el requisito para ser ayudante-alumno, tenía claramente manifestada la opción antes señalada y había trabado amistad con Ítalo Merello, éste me pidió que postulara a una ayudantía de derecho romano, cosa que hice con éxito. Así fue como empecé mi actividad en ese campo. Merello no era romanista, como ya recordé, pero en Salamanca había seguido cursos de la asignatura con un discípulo de Don Álvaro, el primero de todos, Don Pablo Fuenteseca, y estaba perfectamente preparado para desempeñar el encargo de la cátedra.

Cuando terminé mis estudios de derecho en 1970, mi opción había variado de la historia del derecho al Derecho Romano, como consecuencia de mi ayudantía en esta última asignatura, que refrescó el gusto inicial sentido por ella al cursarla en el primer año, en 1965. Además, dedicarme a la universidad y no seguir el camino de la profesión de abogado, era un temperamento que yo había adoptado ya. En tales circunstancias, no me quedaba otro camino que trasladarme a Europa para conseguir un doctorado en Derecho Romano. Pero en realidad eso significaba trasladarme a Pamplona para estudiar con d'Ors. ¡Otra posibilidad resultaba

inimaginable, atendida mi familiaridad con el mito orsiano!

Preví mi partida para 1973. Pero las circunstancias políticas del país hubieron de adelantarla. En 1970, el marxista Salvador Allende fue elegido como presidente de la república. A mediados de 1971, el caos económico, social y político que generaría su gobierno ya estaba perfecta y claramente insinuado, y todo hacía pensar en que sólo una siniestra ruina y la calamidad esperaban a Chile, como de hecho ocurrió. Una salida para ir a estudiar al extranjero comenzaba a hacerse difícil, entre otras muchas cosas, porque las divisas con qué costear la permanencia ahí empezaban a escasear en el país, de guisa que o viajaba pronto o no viajaría. En consecuencia, me decidí por irme. Pisé suelo español el 20 de octubre de 1971.

Don Álvaro esperaba mi llegada. Desde varios años antes, otro egresado de mi facultad, Raúl Bertelsen, permanecía en la Universidad de Navarra. Una vez alcanzado el doctorado, sus cualidades hicieron que las autoridades se fijaran en él y de hecho había alcanzado el puesto de secretario académico de la facultad. Desde tal posición, pudo facilitarme los trámites y contactos burocráticos necesarios para inscribirme en los cursos de doctorado y hasta me consiguió un nombramiento como ayudante en la cátedra de Don Álvaro. Por cierto, previamente yo había intercambiado cartas con éste. Habiéndole manifestado mi propósito de ir a estudiar con él, su aceptación fue inmediata. Debido a su relación con Samper, y después con Bertelsen, se ve que tuvo buenas referencias de mí.

No puedo olvidar la cordialidad con que me recibió Don Álvaro. Todavía lo veo avanzar, en medio del patio pavimentado frente a la antigua Biblioteca de Humanidades, hacia mí, que llegaba por vez primera al campus hacia media mañana, con los brazos algo abiertos, sonriendo y exclamando, hasta medio abrazarme. Por cierto, no era la persona de andar vacilante a causa de su semiceguera que yo vagamente esperaba, sino un caballero de andar fuerte y seguro, que por alguna razón, desde lo lejos supo que quien se acercaba junto a Bertelsen era el estudiante chileno que esperaba. Por mi parte, desde la distancia también yo tenía ya reco-

nocido a Don Álvaro en la figura alta y corpulenta que divisé, cuyos rasgos había visto en fotografía. La única diferencia entonces fue el cabello cano que ahora se podía observar y que no aparecía en el retrato, pues el tiempo había transcurrido.

En el momento de mi llegada, Don Álvaro dirigía la tesis de dos personas más: su propio hijo, Xavier d'Ors, y un joven colombiano, Fernando Betancourt, que había sido alumno de Francisco Samper en Bogotá y venía recomendado por él. Al Departamento de Derecho Romano también pertenecía, todavía como profesor adjunto, el doctor Emilio Valiño. De todos ellos hablaré más adelante.

Durante el primer año de mi permanencia asistí a las seis clases semanales de Derecho Romano que Don Álvaro dictaba en el primer curso de la carrera. En el podio nos sentábamos él y sus dos ayudantes, Betancourt y yo. Daba dos lecciones seguidas día por medio, de las 10.00 a las 12.00 de la mañana. Durante el descanso, entre lección y lección, nos dirigíamos a la cafetería de la universidad, en donde conversábamos y bebíamos café. Después de la segunda hora de clases de los jueves, Don Álvaro se dirigía a un pasillo del edificio central y, sentado, esperaba que se acercaran los estudiantes para formularle preguntas sobre la materia expuesta en las lecciones, que él respondía en el acto. Destinaba una buena hora a ello. Este hábito, según explicaba, era como una prolongación de la lección. El meollo estaba en que a la universidad llegan unas personas, llamadas estudiantes, que tienen el poder de preguntar a otras, llamadas profesores, quienes tienen la autoridad para responder. En la clase se da ese esquema, sólo que genéricamente, como si al iniciar una sobre, por ejemplo, el mutuo, los estudiantes preguntaran al profesor: ¿qué es el mutuo?, éste dedicara su lección a responder tal pregunta. En la sesión de los jueves, los alumnos, según Don Álvaro, seguían preguntando, aunque específicamente ahora, para aclarar los detalles que no les hubieran quedado nítidos en la exposición. Don Álvaro disfrutaba enormemente con esta actividad, así como no le agradaban los exámenes, en donde él debía preguntar y los estudiantes responder. Pensaba que ahí se da una inversión de papeles, y que no es tarea de un profesor calificar a los alumnos, aunque terminaba por reconocer no existir un medio más eficaz de se-

leccionarlos que el de los exámenes. Frente a ello, paradójicamente examinaba todas las semanas al curso. En lo cual le colaborábamos sus ayudantes. Formaba, pues, grupos de alumnos que se sometían a un examen oral. De esta manera, al final del año cada estudiante reunía una notable cantidad de notas, lo que permitía a Don Álvaro formular una muy certera calificación final.

Los sábados, desde el medio día hasta las 14.00 hrs. teníamos un seminario con Don Álvaro. Cada sesión era dividida en tres partes. En la primera, Don Álvaro nos daba lecciones de latín profundizado. En la segunda, como ejercicio, traducíamos el *De legibus* de Cicerón. En la tercera, cada cual presentaba textos del *Digesto*, generalmente pertinentes a su tesis, que le hubieran resultado especialmente problemáticos, para su discusión general. Así fue durante el primer año. En los dos sucesivos, las partes del seminario se redujeron a las de traducción y discusión de textos. En todo caso, si algún profesor amigo de Don Álvaro estaba coincidentemente de visita en la facultad, el seminario de los sábados quedaba destinado a escucharlo.

El resto del tiempo, dejando a un lado el dedicado a los cursos del doctorado, por cierto, lo pasaba en la Biblioteca de Humanidades, estudiando y preparando mi tesis, que trató sobre temas de derecho tutelar romano. La biblioteca era un vasto y cómodo edificio, que había inspirado Don Álvaro como Bibliotecario General para albergar una librería que también él mismo concibió en su organización. La biblioteca era abierta, vale decir, los espacios estaban separados solo por estanterías de libros, a los que el investigador (profesores y doctorandos) accedía libremente. No sólo eso. Las mesas de trabajo individuales estaban distribuidas en el interior de esos espacios. De esta manera, todos los días yo podía ver trabajar a Don Álvaro en su mesa, que estaba situada muy cerca de la mía, y de las de los demás miembros del Departamento de Derecho Romano, así como a todos quienes frecuentaban la biblioteca. Cuando en la elaboración de mi tesis tropezaba con alguna dificultad, no tenía, pues, nada más que hacer que alzarme, dirigirme a la mesa de Don Álvaro y solicitarle que me atendiera. Normalmente lo hacía de inmediato y rara vez postergó la entrevista por alguna razón poderosa. Entonces nos diri-

gíamos a unas salas laterales, destinadas precisamente a entrevistas, porque en la biblioteca había de guardarse silencio, por supuesto, y ahí Don Álvaro tornaba a repetir el rito magisterial: yo preguntaba y él respondía. Fue así como, poco a poco, mi tesis doctoral hubo de cobrar forma.

En el mismo modo la cobraron las de Xavier d'Ors y Fernando Betancourt.

Cuando yo llegué a Pamplona en octubre de 1971, Xavier d'Ors llevaba algo menos de un año trabajando en su tesis, que defendió, si mal no recuerdo, hacia fines de 1972. Su tema era el interdicto del pretor en contra de los actos del deudor insolvente celebrados en fraude a sus acreedores. Xavier era un joven muy inteligente, dedicado y trabajador. De carácter habitualmente algo taciturno, sorprendía por ello cuando tenía no infrecuentes salidas graciosas, que además acompañaba con carcajadas ahogadas. Pero por lo general su buen humor se manifestaba en la ironía fina. Su parquedad en el hablar, empero, no es óbice a un cierto Don oratorio, que empero yo vine a verificar muchos años después en México. En un congreso de Derecho Romano, en el que coincidimos en Xalapa, hacia 1993 ó 1994, sus organizadores le pidieron que hiciera uso de la palabra en el acto de clausura en nombre de los invitados extranjeros. El discurso que entonces pronunció improvisadamente y sin notas, fue muy notable por su contenido y por su lenguaje. Recuerdo que al terminar el acto, junto con felicitarlo, le dije que estaba muy sorprendido, porque ahora acababa de comprobar una faceta que no le conocía.

Como era de esperar, por sus numerosos méritos, Xavier consiguió la cátedra de Derecho Romano tras un relativamente corto tiempo. Actualmente oficia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, con gran satisfacción de su padre, porque, habiendo regentado él esa misma cátedra antes de marchar a Navarra, cobró tal amor por el país gallego y la ciudad -en donde además casó con la admirable dama Doña Palmira Lois y tuvo sus primeros tres hijos-, le oí decir varias veces que sus años compostelanos fueron los más felices de su vida. Además, desde su jubilación Don Álvaro pasa la mitad del año en la cercana Pontevedra, de modo que entonces tiene al hijo a la mano, y éste

a su padre.

En Santiago, Xavier ha formado un equipo notable de colaboradores muy capaces: Marié Sixto, Ana G. Bustelo y Angel Gómez-Iglesias Casal. Entre sus frutos se cuenta una publicación periódica denominada *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano* que lleva más de diez años de vida. Pude visitar ese centro de 1997, en el que, aparte la labor de sus miembros, hay que admirar la biblioteca romanística, que Don Álvaro empezó a formar en los años 40, que en seguida acrecentó otro discípulo suyo, Manuel Jesús García Garrido con la ayuda de Francisco Samper, de quien ya hemos hablado, y que ahora continúan enriqueciendo Xavier d'Ors y sus colaboradores.

Con ocasión del mencionado viaje a Santiago de Compostela, conocí a una prometedora joven chilena, María de los Ángeles Soza, que cursaba su doctorado bajo la dirección de Xavier d'Ors, con una tesis sobre procedimientos ejecutivos. Ahora ya se encuentra en Santiago de Chile, incorporada en la novísima Universidad de Los Andes, iniciando, pues, su carrera académica, de la que esperamos pronto y valiosos frutos. Así, la joven a que me refiero renueva la escuela orsiana en Chile en tercera generación.

En la misma circunstancia de ese viaje conocí personalmente a Rafael Domingo, quien por esos días se encontraba de paso en Santiago, para visitar a Xavier y a Don Álvaro. Después de la charla que yo ofrecí en el seminario de Xavier, éste, Rafael Domingo y yo nos dirigimos a Pontevedra para almorzar con el común maestro. Tuve gran alegría de verlo, después de tantos años, pues no nos encontrábamos desde 1982; y sobre todo de hallarlo tan bien, en realidad igual a como lo había visto la última vez, tan sólo con un poco menos de cabello. Con sus ochenta y tantos años que contaba a la sazón, en nada había disminuido su energía, su atención, su perspicacia. También él me notó igual, aunque más alto - por esos días usaba yo unas plantillas en el calzado debido a una afección que, en efecto, elevaban mi estatura-, en tanto yo pensaba que me iría a encontrar algo más grueso, pero su habitual discreción le impidió comentar el punto. La reunión, como esperaba, resultó gratísima. Fue muy

gracioso observar los intentos de Domingo por convencer a Don Álvaro acerca de las bondades del uso de ordenadores, que chocaron con su resistencia, pues no quería oír hablar de ellos, aunque no se negaba a que otros los aplicaran a cuanto él escribía; resignado, declaró entregarse en las manos de Domingo para que él hiciera lo que quisiera en la materia.

Rafael Domingo, con quien antes había intercambiado algunas cartas, me impresionó por su juventud, teniendo presente que en aquel momento era decano de derecho en Navarra, olvidando que yo también fui decano de mi facultad a poco de superar los 30 años. Pero observé en él una gran energía emprendedora. Al parecer, de todos sus discípulos es el que más en serio ha tomado el antiguo proyecto de Don Álvaro de revisar la reconstrucción leneliana del edicto pretorio, y al respecto ya lleva varios trabajos concernientes de mucho interés. En congruencia, quizá él se anime a realizar el trabajo que yo alguna vez proyecté, de componer un vocabulario del lenguaje de ese edicto, que curiosamente nadie ha llevado adelante. Cuando en su momento se lo presenté a Don Álvaro, quedó muy entusiasmado, y lamento no haber tenido el tiempo para desarrollarlo y ejecutarlo; pero en la vida no se puede hacer todo lo que uno quisiera.

El otro discípulo de Don Álvaro con quien me encontré a mi llegada a Pamplona era Fernando Betancourt. Ya dije que es colombiano y que llegó a esa ciudad bajo el patrocinio de Samper. Empezó a componer su tesis, casi paralelamente a mí, en el tema de la *cautio damni infecti*, y la defendió pocos meses después de haber hecho yo lo propio, hacia mediados de 1975. Siendo ambos extranjeros transeúntes, hubo, empero, una diferencia de caminos. Si bien yo mismo, antes de que el clamor universal de los chilenos obligara a las Fuerzas Armadas a deponer a Salvador Allende, pensase en radicarme definitivamente en España, debido al destino trágico de convertirse en un país comunista que empezaba a avizorarse para Chile, la oportuna y feliz deposición me hizo abandonar tal plan, y en definitiva regresé. Betancourt, en cambio, movido desde luego por otras circunstancias, permaneció en España y se incorporó en su sociedad. Ahí contrajo matrimonio y ha hecho una destacada carrera académica, pues desde hace varios años es catedrático de Derecho Ro-

mano en la Universidad de Sevilla.

Como fue natural, los dos extranjeros del Departamento trabamos rápidamente amistad; además, durante un cierto tiempo vivimos en la misma residencia universitaria; en parte del último año incluso alquilamos un departamento en común junto a dos españoles. Betancourt tenía buenas dotes intelectuales naturales, estaba dominado por un deseo vehemente de aprender y era muy trabajador. De hecho, él y yo éramos generalmente los últimos en abandonar la biblioteca a las 20.45 hrs. cuando un fugaz corte de la luz anunciaba que se iría a cerrar el recinto. Las circunstancias en que elaboró su tesis fueron las mismas. También Don Álvaro atendía personalmente sus requerimientos a la primera petición, y desde mi mesa solía verlos salir en dirección a una sala de conversación, para debatir algún aspecto del trabajo de Betancourt. A veces yo mismo me entremetía para presenciar la conferencia, y Don Álvaro inmediatamente me ponía al tanto del punto en cuestión. Yo consideraba que no había que dejar pasar ninguna oportunidad de escuchar al maestro.

Después de mi partida de España, en 1982 vi una vez a Betancourt en San Sebastián, por donde yo debía pasar con ocasión de un viaje a Francia. Fue una breve y agradable entrevista. No lo he vuelto a ver. Pero he tenido noticias suyas a través de sus publicaciones. La última fue su notable estudio sobre el libro anónimo de *interdictis*, del que se conservan cuatro breves trozos como *Frag. Vaticana 90 a 93*. Es tal la cantidad de información que recopila en él su autor, que dudo que algo más se pueda decir sobre esos fragmentos. Cuando tuve conocimiento del libro, no puede menos que recordar el rasgo más característico de Betancourt, cual es su contracción al trabajo.

Un día cualquiera, Don Álvaro nos presentó a un portugués que venía por algunos meses a trabajar en su tesis junto a aquél. Su nombre era Antonio Hespanha. Pertenecía a la Universidad de Coimbra, y era discípulo del gran historiador del derecho de su país, Guillermo Braga da Cruz, y amigo de un discípulo de d'Ors, el romanista y sacerdote también portugués Sebastián de la Cruz. No iba a hacer su tesis en Pamplona, sino

a trabajar algunos de sus aspectos bajo la dirección de Don Álvaro. Su tema era la *nova species*. De inmediato se estableció una relación de simpatía entre el recién llegado y todos nosotros, y conmigo particularmente. Hespanha, pese a su juventud, aunque algo mayor, también de aspecto, que nosotros, era un hombre cultísimo, y muy inteligente, de gran seriedad y de finas maneras, como suelen ser los portugueses. En eso tuvo lugar el golpe del general Spínola que derribó al régimen de Salazar. Cierta día Hespanha retornó inesperadamente a Portugal y ya no lo vimos más en Pamplona. Posteriormente, supimos que estaba alineado, de un modo que ignoro, con la oposición al régimen caído, y que entonces era natural que quisiera estar presente en la gran mudanza política que empezó a tener lugar en Portugal, de la que es mejor no hablar. Hasta llegaron rumores de que era comunista, lo que no me consta, pese a que en sus escritos, de todo modos siempre muy originales y eruditos, el método marxista de análisis ocupa su lugar. Pocos meses antes de mi retorno a Chile, en el verano europeo de 1974, lo visité en Coimbra, en cuya casa, donde me alojé, él y su mujer me atendieron con la elegancia y finura que le caracterizaban. Muchos años después, en 1990, lo vi en Río de Janeiro, en un congreso de Derecho Romano. Desde entonces no he tenido noticias directas suyas, aunque sí de sus escritos.

Antes he recordado que el profesor adjunto de la cátedra de Don Álvaro en Navarra era el doctor Emilio Valiño. Al principio me pareció un hombre demasiado adusto, frío y seco. Al poco tiempo, cuando comencé a intimar y tratar con él, me percaté que aquel aspecto escondía a una persona de gran cordialidad y calidad humana. Terminamos siendo amigos. Aparte esta faceta humana, estaba dotado con óptimas cualidades intelectuales y con un fino sentido crítico e irónico, que encauzaba bien un cierto escepticismo frente al decurrir ordinario de la vida y de los acontecimientos, que lo embargaba.

Valiño no sólo era el entonces colaborador directo de Don Álvaro, más también su discípulo. Su tesis doctoral había versado sobre las llamadas *Actiones adiecticiae qualitatis*. Durante mi permanencia en Navarra publicó otros dos libros, sobre las *actiones* de la *Lex Aquilia* y sobre las *actiones utiles*, y de sus manos recibí sendos ejemplares, que porcierto

aún conservo. El segundo de estos libros todavía sigue siendo lo más completo escrito en la materia. Por entonces su actividad estaba centrada en la preparación de las oposiciones a plazas académicas estatales, que se veían venir, como que, en efecto, tuvieron lugar hacia fines de mi permanencia en España. Ya no recuerdo los detalles, pero me parece que Valiño ganó en ellas la cátedra o al menos la agregación. En todo caso, pocos años después, cuando volví a España en 1979 ya era catedrático desde hacia tiempo en Valencia, en donde lo visité durante varios días, recibiendo de su parte y de su mujer, una dama uruguaya de características estupendas, las mejores muestras de afecto y atención.

Con ocasión del mismo viaje de 1979, pude conocer personalmente a otro catedrático español de Derecho Romano en Murcia, también discípulo de Don Álvaro: Jesús Burillo. En los tiempos de mi doctorado, constantemente oía hablar de él, sobre todo a Francisco Samper, cuando visitaba Pamplona, y desde luego a Emilio Valiño. Pero nunca lo vi entonces. Enterado de mi visita a España seguramente por Valiño, me invitó a Murcia en donde pasé con él unos tres días. Como Burillo es el más militante miembro de la escuela orsiana, el hecho de que yo fuera discípulo de Don Álvaro y amigo de Valiño eran títulos suficientes para invitarme a dar una conferencia en su facultad. Me trató como si nos hubiéramos conocido toda la vida, porque Burillo es hombre de un desprendimiento y generosidad cordiales sin límites. Entre otras tantas cosas, muchos años después donó parte de su biblioteca, que incluía numerosas separatas coleccionadas durante su carrera, a mi facultad de Valparaíso.

Al mismo tiempo, es una de las personas de mayor espíritu crítico, hasta la mordacidad, que he conocido. Nada se le escapa, porque además es un inteligente espectador de la vida y los sucesos. Se pueden pasar veladas enteras junto a él, con la seguridad plena de no aburrirse, porque las anécdotas, las historias serias, las observaciones agudas, narradas con gracia y humor, forman torrente.

Valiño y Burillo visitaron largamente mi facultad de Valparaíso a fines de 1979, en donde dictaron cursillos y participaron en otras actividades. Ahí, el primero demostró su rigor técnico, y el segundo su desbordante

elocuencia vital, que hizo las delicias de los estudiantes. De vez en cuando, Jesús iba solo a mi casa, en donde conversábamos de lo humano y divino, en el modo en que él sabe hacerlo. A veces, él invitaba a mi madre a dar un paseo a pie por la orilla del mar, y ella se mostraba encantada. En los años sucesivos, siempre me preguntaba por “el profesor español tan entretenido” que había conocido. Por eso, cuando falleció en abril de 1995, comuniqué personalmente el deceso a Jesús.

Fue asimismo durante el viaje de 1979 que, de visita en Pamplona para ver a Don Álvaro, conocí a Teresa Jiménez Candela, que entonces cumplía el doctorado bajo su dirección con una tesis sobre el régimen pretorio subsidiario de la acción noxal. Siempre con su simpática y permanente sonrisa, la he vuelto a ver, ya como catedrática, en varias ocasiones de congresos, y hemos mantenido alguna relación epistolar. Por cierto, he seguido los siempre interesantes trabajos romanísticos de esta prometedora rama femenina de la escuela orsiana.

En abril o mayo de 1976, tuvo lugar un congreso de derecho romano en Buenos Aires, al que asistí. Participaba en una de sus sesiones, cuando hizo uso de la palabra un profesor, que supe era español por su acento, al que no conocía, pero que se presentó como Manuel Jesús García Garrido. Por otros motivos estaba de visita en la ciudad, y al enterarse del congreso, se inscribió para participar en él. Por supuesto lo identifiqué de inmediato, porque su nombre me era familiar por sus escritos y a través de Don Álvaro y especialmente de Samper, quien trabajaba con García Garrido en Santiago de Compostela. García Garrido era otro de los discípulos antiguos de Don Álvaro. En la época de mi permanencia en España, era catedrático en Santiago de Compostela, universidad de la cual fue además rector. En la sesión a que me referí, había expuesto su ponencia el profesor italiano Antonio Carcaterra, sobre un tema de fuentes de obligaciones, en un modo más o menos tradicional, vale decir, fundado en Gayo. García Garrido lo rebatió, y su discurso lo hizo preceder de la declaración de pertenecer a una *diversa schola*, usando, pues, una terminología de Gayo, precisamente a la orsiana, para hacer notar las divergencias en el modo de considerar la teoría sobre tales fuentes de ese jurista romano que tenemos los miembros de la escuela de d'Ors, por

influencia de éste mismo. Al término de la sesión, bastó que yo, a mi vez, me presentara como discípulo de Don Álvaro a Manuel Jesús, para que de inmediato entabláramos una cordial relación, aunque con posterioridad no lo he vuelto a ver. En estos momentos dirige la tesis de un joven chileno, Patricio Lazo, en la Universidad a Distancia de Madrid, en donde es catedrático desde hace muchos años, de manera que por esa vía la escuela orsiana recibirá una nueva prolongación en Hispanoamérica y en Chile.

A principio de la década de los ochenta, Don Álvaro me comunicó en alguna de sus frecuentes cartas que estaba trabajando con él un joven mexicano de la Universidad Nacional Autónoma muy prometedor, y me lo recomendaba. Se trataba de Jorge Adame Goddard. En ese momento no hice más que tener presente la comunicación. Pero pronto se dio la posibilidad de conocer a Adame en la oportunidad de un congreso de Derecho Romano que se celebró en Brasilia en agosto o septiembre de 1983. Como, merced a Don Álvaro, cada cual sabía de la existencia del otro, rápidamente nos encontramos y entramos sin género de obstáculos en relación. Al regreso, incluso hubimos de parar juntos en Río de Janeiro, ciudad a la que ambos deseábamos visitar. He visto a Adame en muchas otras ocasiones, tanto en México mismo como en otras ciudades de Hispanoamérica con motivo de congresos, y hasta hace no demasiado tiempo hemos mantenido intercambio asiduo. Desde hace años, él suele pasar temporadas largas en Estados Unidos como profesor visitante, y eso ha interrumpido algo la comunicación. Sin perjuicio de su actividad como romanista, en la que destacan sus trabajos sobre las *Pauli Sententiae*, Adame ha venido a incursionar en el derecho moderno, sobre todo en tema de compraventa internacional de mercaderías, al que ha hecho aportes interesantes, enriquecidos por la perspectiva romanista. Me pregunto si ha de tener algún lugar en el cambio político que ahora se está inaugurando en México como consecuencia de la derrota del viejo Partido Revolucionario Institucional, porque, según mis recuerdos, Adame era un activo opositor, desde su situación de académico, cuando apenas se insinuaba una oposición organizada al gobierno en ese país; gobierno decrépito y ciertamente corrupto y contradictorio, tanto como asentado en ficciones, no bien haya que computar en su favor haber conferido se-

tenta años de estabilidad socio-política a México, lo que no es menguado mérito.

Estos son los discípulos de Don Álvaro y de sus discípulos que he conocido. En definitiva fue gracias a los casi tres años que pasé en la Universidad de Navarra junto a aquél que los conocí en su mayoría. Tres años decisivos para mi formación intelectual y mi carrera académica, y que, por la amistad segura e inextinguible que trabé con él mismo, por el ejemplo de profesor y de modelo universitario que me dio y por otras muchas circunstancias, desde luego son de un recuerdo perenne para mí; también porque fueron muy felices, dejando a un lado la inquietud por los graves acontecimientos del Chile de entonces y el negro destino que podía prevérsele. Buena parte de lo que haya podido hacer después -de lo cual no corresponde que yo hable-, lo debo a esos años de formación. En los sucesivos, Don Álvaro siguió apoyándome con su estímulo, sus consejos, su colaboración y hasta su propaganda, como un ángel tutelar; igual que siempre ha hecho con todos los miembros de su vasta familia académica, la escuela de romanistas que él fundó hace cincuenta años.

## ÁLVARO D'ORS, ROMANISTA

Rafael Domingo  
Universidad de Navarra

---

Me corresponde, como discípulo del Prof. Álvaro d'Ors, y sucesor suyo en la cátedra de Derecho Romano de la Universidad de Navarra, en la que ha profesado durante más de treinta años (1961-1995), contribuir a este generoso homenaje peruano tratando de las aportaciones de mi querido maestro a la ciencia del Derecho Romano. Pienso que debo comenzar esta breve reflexión afirmando que, si bien es cierto que D. Álvaro -así es conocido en el mundo académico- es mucho más que un romanista, como lo muestran sus estudios sobre papirología, epigrafía jurídica, Derecho civil y canónico, historia del Derecho, filología, filosofía, etc., también lo es que d'Ors es sobre todo y principalmente eso, un romanista, no sólo porque a este campo ha dedicado la mayor parte de su actividad docente e investigadora sino también porque su pensamiento jurídico (e incluso político) sólo se entiende desde el propio Derecho Romano. En efecto, algunas "claves" (cfr. *Claves conceptuales*, en *Verbo* 345346, 1996, 505-526) de su *Weltanschauung*, como la distinción entre autoridad y potestad, persona y sujeto, su concepto de representación, el valor de la naturaleza de las cosas, la importancia del concepto de "servicio" como quicio del Derecho, por citar algunos ejemplos, tienen siempre en sus orígenes un "chispazo" romanístico, ciencia que ha seguido cultivando admirablemente incluso una vez superada la barrera vital de los ochenta años. Su extensa obra sobre las *Quaestiones de Africano*, publicada en Roma, en 1997, en homenaje a su querido amigo Gabrio Lombardi, director durante decenios de la revista *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, en la que tanto ha colaborado d'Ors, constituye sin duda un paradigma de lo que es una vida de fecundo y silencioso trabajo esforzado también en la vejez.

Discípulo de los romanistas españoles José Castillejo (1872-1945) y Ursicino Álvarez (1907-1980) y del italiano Emilio Albertario (1885-1948), Álvaro d'Ors irrumpió en los ambientes romanísticos 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), fue, junto con el *Horizonte actual del Derecho Romano* (Madrid 1944) de Ursicino Álvarez, la obra que, tras la guerra civil (1936-1939), marcó un nuevo rumbo a los estudios romanísticos en España. Los *Presupuestos* no eran sino el plan docente e investigador que se había propuesto efectuar el Prof. d'Ors de obtener, cosa que sucedió ese mismo año, la cátedra de Derecho Romano (en Granada), pero que posteriormente se convirtió, junto al natural libro complementario de su hijo Xavier, *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano* (Santiago de Compostela 1979), en la "constitución" de lo que se ha denominado la *Escuela Compostelana de Derecho Romano*, caracterizada por centrar su atención investigadora en la crítica palingenésica y en el sistema de acciones. Esta actitud crítica ante las fuentes es el hilo conductor de toda la investigación orsiana en el ámbito romanístico. "El romanista -así finalizan sus *Presupuestos* (p. 143)- debe adoptar ante toda fuente que utilice en sus investigaciones una posición decididamente crítica". Casi cuarenta años después, en el prólogo de su manual, al que en seguida nos referiremos, volvía a realizar una confesión categórica semejante para justificar esta obra de vanguardia: "Es casi imposible exigir a un autor que ha vivido medio siglo esforzándose por superar críticamente las nociones establecidas que abandone su propio temperamento y su más íntima experiencia, a la hora de escribir su propio manual" (*DPR*, p. 10). No es de extrañar, por tanto, que para su último libro romanístico, que contiene en torno a una veintena de recensiones sobre obras centrales de la romanística del siglo XX, haya querido elegir el título de *Crítica romanística* (*Cuadernos Compostelanos*, núm. 10, Santiago de Compostela 1999).

En la década de los '40, la mayor aportación de d'Ors al Derecho Romano llega a través de la Papirología, de la que ha sido considerado un precursor en España. En efecto, estimulado por el Papiro Giessen (P. Giss. 40), que contiene incompleta la llamada *Constitutio Antoniniana*,

del 212, por la que el emperador Antonino Caracala extendió la ciudadanía romana a todos los súbditos del Imperio, d'Ors estudió con interés este importante edicto imperial. Sus resultados fueron publicados, en los años siguientes, principalmente en dos revistas de cuyo consejo de redacción ha formado parte durante décadas: *Emerita* y el *Anuario de Historia del Derecho español*; cfr. *Emerita* 11 (1943) 295-337; *AHDE*. 15 (1944) 162-204; *AHDE*. 17 (1946) 586-604; *Sefarad* 6 (1946) 21-36; *Emerita* 24 (1956) 1-26. Fruto también de estos años "papirológicos" es su *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano* (Madrid 1948), que recoge las lecciones impartidas por el autor sobre este tema en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Santiago de Compostela.

Ya en esta primera época de su investigación se interesó por Gayo, con ocasión de la traducción de sus *Instituciones* (Madrid 1943; segunda edición en *Textos de Derecho Romano* §2, Pamplona 1998), que tanta influencia ha tenido, a través de las *Instituciones* de Justiniano, en la configuración del derecho privado europeo. No sin acierto, d'Ors ha calificado a este enigmático jurista como un pre-posclásico por considerar que se trata de un escolástico diferente a los restantes juristas clásicos; cfr. *AHDE*. 25 (1955) 830-831; y *DPR*. §52.

Un hito en la trayectoria investigadora de nuestro autor fue el congreso internacional romanístico de Verona de 1948, en el que la romanística europea, victoriosa tras la cruel amenaza nacionalsocialista, logró recomponerse y marcarse nuevos objetivos. En ese congreso (cfr. *Acti del Congresso*, Milán 1951, pp. 167-303), d'Ors presenta una comunicación titulada *Re et verbis* que constituye el inicio de una línea de investigación que años después ha venido a denominarse teoría orsiana del *creditum*, de la que da buena cuenta, en esta misma publicación, mi colega argentino el Prof. Alfredo di Pietro.

Los años '50, años en los que d'Ors alcanza un sólido prestigio internacional, están marcados por su libro *Epigrafía Jurídica de la España Romana* (Madrid 1953), que constituye sin duda la mayor aportación española del siglo XX a la ciencia epigráfica. Aunque el capítulo epigráfico mere-

ce una consideración separada, sí puede decirse aquí que gran parte de las contribuciones de d'Ors al Derecho Romano han venido a través de sus trabajos epigráficos.

En esta década se inician tres nuevas líneas de investigación, que posteriormente serán continuadas por sus discípulos. La primera arranca de su artículo sobre el *Edictum de rebus creditis*, publicado en *SDHI*. 19 (1953) 134-201. A partir de él comienza d'Ors a estudiar metódicamente el Edicto Perpetuo hasta el punto de cuestionar la propia reconstrucción edictal del gran romanista alemán Otto Lenel (1849-1935), prácticamente consagrada, ya en su tercera edición de 1927, como fuente inmutable del derecho. Así, en *DPR*. §38 afirma con contundencia que “una actualización de esta obra fundamental parece necesaria”.

La segunda importante línea que se abre en los años '50 es la derivada de su artículo sobre *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de “ius”*, publicado en memoria de su maestro Emilio Albertario (Milán 1953, pp. 279-299, y *Nuevos papeles*, 280-311). En este artículo se nota ya la impronta que había dejado en d'Ors la lectura de los escritos del colega francés Michel Villey (1914-1991). En todas sus obras posteriores, muy particularmente en su *Derecho y sentido común* (Madrid 1999) y en su *Nueva introducción al estudio del Derecho* (Madrid 1999), aunque escritos transcurridos ya cuarenta años, todavía sigue latente el pensamiento expresado en este importante artículo orsiano. Pero dejemos a Miguel Ayuso que dé cuenta en esta publicación del pensamiento jurídico de nuestro común maestro.

La tercera línea deriva de su interés por los textos del derecho euriciano (cfr. por ejemplo *Codex Euricianus 327*, en *Studi in onore di Pietro de Francisci II*, Milán 1954, pp 453-469, o el quizá más erudito escrito de d'Ors sobre *Los transmarini negotiatores en la legislación visigótica*, en homenaje a su colega internacionalista Camilo Barcia Trelles, reproducido en *Parerga historica*, pp. 213-238), que culminaron con su edición de *El Código de Eurico* (Roma-Madrid 1960). En éste ve d'Ors no una ley germánica, sino un “monumento de Derecho Romano vulgar” (p. 9). Esto explica la tendencia orsiana a entender que “los influjos germánicos que

puedan apreciarse en el derecho español no proceden de un antiguo derecho godo reverdecido, como ha señalado la corriente germanista de un Hinojosa y un Menéndez Pidal, sino simplemente de importación ultrapirenaica, es decir, de recepción de la cultura franca" (*Nuevos papeles*, p. 150).

En el curso 1961-62, d'Ors se incorporó a la Universidad de Navarra, junto con el civilista Francisco Sancho Rebullida (1921-1995) y el procesalista Jorge Carreras. Le correspondió el honor de pronunciar la lección inaugural, que versó sobre *La era hispánica* (Pamplona 1962). Inició entonces d'Ors sus lecciones ordinarias sirviéndose de unos *Elementos de Derecho Romano* (Pamplona 1960, <sup>2</sup>1975) recién editados, que son la primera redacción de su conocido manual *Derecho Privado Romano*, publicado en la colección jurídica de la Universidad Navarra en 1968. Una tercera edición de sus *Elementos*, enteramente reformada, en doce lecciones, publicó D. Álvaro en 1992. En ella apuesta por el criterio sincrónico frente al diacrónico, a fin de "esencializar" aquel "mínimo de educación jurídica" (p. 5), que le parece imprescindible para todo jurista con independencia de la época. En lecciones tan sugerentes como la de *Jurisdicción y judicación* (III); *Patrimonio y matrimonio* (VI) o *Pactos y contratos* (XII) encuentra el lector atento una visión iusromanista del todo novedosa, fruto de muchos años de reflexión y estudio.

Los cuarenta años de Pamplona están marcados sin duda por la constante puesta al día de su *Derecho Privado Romano*, manual que ha servido para "estimular la actividad científica del propio autor" (*DPR*, p. 10) y para recoger sus abundantes frutos. En efecto, el cotejo de las nueve ediciones (<sup>2</sup>1973, <sup>3</sup>1977, <sup>4</sup>1981, <sup>5</sup>1983, <sup>6</sup>1986, <sup>7</sup>1989, <sup>8</sup>1991, <sup>9</sup>1997) de este importante libro, obra de referencia mundial, con el que se han formado millares de juristas, evidencia la capacidad autocrítica del autor, que le ha llevado a incorporar miles de modificaciones sólo detectadas por los verdaderamente conocedores del Derecho Romano, así como la solidez de sus posiciones en los temas más discutidos por la ciencia romanística.

Su producción navarra es abundantísima: cerca de 400 publicaciones -es decir, casi una media de una por mes- en las que d'Ors, aparte de seguir con las líneas investigadoras compostelanas, se adentra en otras nuevas e incrementa sus escritos sobre teoría jurídica, filosofía social, Derecho canónico, Derecho foral, etc. Navarra es, por ejemplo, su teoría de la *auctoritas* (1964, me remito a mi libro *Auctoritas*, Barcelona 1999), su *Sistema de las Ciencias* I (1969), II (1970), III (1974) y IV (1977), editado como resultado de sus estudios para poner en marcha la espléndida Biblioteca de la Universidad de Navarra, pero también su apreciada definición de "amor" como "voluntad de unir la perfección de otra persona a la propia" (*Claves conceptuales*, p. 508). D'Ors llegó a Pamplona ya consagrado como romanista, papirólogo y epigrafista, y fue en la capital navarra donde lo hizo como teórico del derecho y de la filosofía social. Pero estas incursiones en ciencias distintas nunca disminuyeron, como digo, su producción científica como romanista.

Junto a su *DDR*, d'Ors prepara la traducción del *Digesto* de Justiniano, en colaboración con su colega Francisco Hernández Tejero (1915-1995), y sus discípulos Pablo Fuenteseca, Manuel García Garrido y Jesús Burillo, que fue publicada en la Editorial Aranzadi, con ayuda del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, en tres volúmenes (I, de 1968, II, de 1972, y III, de 1975). Fue el propio d'Ors quien llevó todo el peso de la edición y de la mayor parte de la traducción. El hecho de traducir la obra cumbre del Derecho Romano le sirvió para detectar una inmensa cantidad de textos que debían ser objeto de detallado estudio y que han dado lugar a publicaciones menores, que no de menor importancia. Su breve pero definitivo artículo *Lecturas del Digesto enmendadas*, publicado en *IVRA* 46 (1995) 47-52, muestra el profundo conocimiento que en d'Ors ha dejado la atenta y extensa lectura de ese mar jurídico sin fondo que es *el Digesto*, en el que nuestro autor bucea con una destreza admirable. Otros ejemplos dignos de mención son sus artículos *Messis in spicis*, en *D. 19.2.60.5*, en *SDHI*. 58 (1992) 281-284, *Pseudogeminación en el Digesto por reutilización compilatoria*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 15 (1992-93) 25-29, etc.

Característica esencial de la psicología de d'Ors es la de no abandonar

ninguna tarea iniciada. De ahí que se complazca más ante una nueva edición de un libro que ante una nueva obra suya editada. En la Universidad de Navarra, acompañado, en momentos distintos, de sus colaboradores Emilio Valiño, Alejandrino Fernández Barreiro, Francisco Samper, Alejandro Guzmán, Fernando Betancourt, Teresa Giménez Candela, Jorge Adame, Gumesindo Padilla, Fidel Reyes, Nobuo Hayashi, Antonio Mateo o el que suscribe estas líneas, continúa ocupándose de los temas que llamaron su atención siendo ya catedrático de Santiago de Compostela.

La incógnita de la colocación de las acciones adyecticias (*EP. XVIII*), estudiadas posteriormente por su discípulo Emilio Valiño, entre los negocios crediticios, civiles o pretorios (*EP. XVII*), y las acciones de buena fe del título XIX (cfr. la contribución de Alfredo di Pietro), le llevó a considerar que la tributaria no era propiamente una acción adyecticia, sino *in factum* (cfr. Valiño, *SDHI. 33*, 1967, 103-128; y d'Ors *DPR. §232*) y, lo que es más importante, le adentró el estudio crítico de estas acciones *in factum* -no acomodables a una fórmula con transposición de personas- en el que colaborarían también algunos de sus discípulos. Ese mismo año de 1967, publica d'Ors una contribución, precisamente en colaboración con Valiño, para honrar a su colega Carlos Sánchez del Río, sobre *El problema de la actio ex iure iurando* (en *Temis* 4, 1967, 181-191). Dos años después escribe, para la revista *IVRA* (20, 1969, 52-116), un extenso artículo negando el pretendido carácter real de las acciones *in factum*. Pero incluso transcurridos casi veinte años, ya en los '80 y '90, continuó investigando en esta dirección. Citaré, para no cansar al lector, sus artículos *Á propos de l'actio commodati*, en *IVRA* 34 (1983) 90-91, y *Una nuova sfida contro la credibilità d'una actio commodati in ius*, en *IVRA* 44 (1993) 165-166. Bajo la dirección de d'Ors, su discípulo Alejandrino Fernández Barreiro, actual catedrático de la Universidad de La Coruña, se ocupó de las acciones *in factum* complementarias del procedimiento formulario (vid. entre otros *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona 1969); el propio Emilio Valiño, actual catedrático en Valencia, estudió ciertas acciones *in factum* complementarias de la acción de la Ley Aquilia *de damno* (vid. *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la Ley Aquilia*, Pamplona 1973); Teresa Giménez Candela, catedrática en la Universidad Autónoma de Barce-

lona, se centró en la acción *in factum sine noxae deditio* (vid. *El régimen subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981), así como en las derivadas de los llamados cuasidelitos (vid. *Los cuasidelitos*, Madrid 1990), que comprenden supuestos de responsabilidad objetiva sancionados, en época clásica, precisamente con esta clase de acciones; y el que suscribe estas líneas trató de la acción *in factum* contra el que desacata el decreto del magistrado municipal, que abre la tabla edictal (*EP* §1), y de la acción *in factum* contra el que tacha o falsifica el álbum que contiene el edicto pretorio (*EP* §7) (vid. *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio I y III*, Santiago de Compostela 1991 y 1995).

El estudio de las acciones *in factum* condujo a d'Ors al de las acciones útiles por cuanto éstas se basan en una *intentio in ius* que no se adapta por tanto a las acciones *in factum*. Una detallada investigación de este problema realizó, bajo su dirección, Emilio Valiño (*Acciones útiles*, Pamplona 1974). Su discípulo Fernando Betancourt, actual catedrático en la Universidad de Sevilla, se ocupó del estudio de las *excepciones in factum*, como no edictales, y de negar la categoría de las pretendidas excepciones útiles (*AHDE*. 50, 1980, 699-719). Posteriormente lo hizo sobre los interdictos útiles (*Estudios d'Ors I*, Pamplona 1987, 249-281), años después de que Xavier d'Ors catedrático en la Universidad de Santiago de Compostela, lo hiciera sobre *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano clásico* (Roma, Madrid 1974).

Incentivado por el libro de su colega de Münster, Berthold Kupisch, sobre *In integrum restitutio und vindicatio utilis* (Berlín, Nueva York 1974), publica d'Ors una serie de artículos, entre 1978 y 1982, derivados de su conocimiento de las acciones *in factum*, en los que viene a afirmar que las *restituciones in integrum* no constituyen stricto sensu un llamado recurso complementario de la jurisdicción pretoria, ya que, en realidad, se concretan en la concesión de una acción pretoria o excepción. De ahí que la hipótesis de Kupisch, de que la *restitutio in integrum* pueda operar procesalmente mediante una acción *in factum* especial, no parezca, en opinión de d'Ors, tener mucho fundamento. En este sentido, son dignos de mención sus trabajos: *Acerca de las acciones ex sc. Vellaeiano* (*Una revisión crítica*), en *Estudios Álvarez Suárez* (Madrid 1978) 337-351; *La ac-*

ción del menor restituido (crítica a Kupisch), en *AHDE*. 49 (1979) 297-326; *El comentario de Ulpiano a los edictos del metus*, en *AHDE*. 51 (1981) 223-290; y *Las acciones frustradas del caso Heraclides*, en *Studi Biscardi I* (Milán 1982) 289-308.

El interés internacional por la *Constitutio Antoniniana* le obliga a revisar algunos de sus resultados y a ofrecer nuevas soluciones. Esta es la finalidad de sus dos publicaciones de 1966, tituladas *Nuevos estudios sobre la Constitutio Antoniniana*, en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia* (Milán 1966) 408-432; y *Una nueva hipótesis sobre P. Giss. 40 I*, en *Kurzberichte aus den Papyrussammlungen* 22 (1966) 3-7. Sus investigaciones sobre derecho vulgar también son continuadas en Navarra, como, por ejemplo, en su contribución a su admirado colega Claudio Sánchez Albornoz (1893-1984), titulada *Un documento epigráfico del Derecho romano visigodo*, en *AHDE*. 41 (1971) 827-835.

En el ámbito de la reconstrucción edictal, también han sido fecundas las aportaciones de d'Ors escritas en tierra navarra, como, por ejemplo, sus artículos *A propósito de los edictos especiales de in iuriis*, en colaboración con Santa Cruz Teijeiro, en *AHDE*. 49 (1979) 653-657; el ya mencionado sobre *El comentario de Ulpiano a los edictos del metus*, en *AHDE*. 51 (1981) 223-290; *Sobre el edicto de capite minutis* (EP. §41), en *Estudios Hernández Tejero II* (Madrid 1992) 127-133), etc. La reconstrucción edictal constituye, en este momento, el principal campo de investigación del Departamento de Derecho Romano de la Universidad de Navarra, en el que d'Ors continúa colaborando con su presencia en los seminarios tan estimados por él por constituir un valioso cauce de comunicación intelectual.

Pero, sin lugar a dudas, las dos grandes aportaciones romanísticas de d'Ors durante esta época son sus estudios sobre legislación municipal, a partir del descubrimiento, en El Saucejo, cerca de Sevilla, en 1981, de la *lex Imitana*, y sus ya citados comentarios al libro de *Las Quaestiones de Africano* (Roma 1997).

Aunque no me corresponde dar cuenta de la contribución orsiana a la

epigrafía, la importancia de este hallazgo epigráfico irnitano para la ciencia romanística ha sido tal que quedaría incompleta esta primera aproximación a la figura de Álvaro d'Ors como romanista sin tan siquiera mencionarlo. En efecto, a partir de este descubrimiento, la actividad de d'Ors se centra muy especialmente en el estudio de la *Lex Flavia municipalis*, de la que la copia de Irni, hasta el momento, es la más completa. Esta ley flavia, probablemente de Domiciano, fue -en acertada y sugestiva opinión de d'Ors con fundamento en el cap. 91- una ley reformada después de que Vespasiano hubiera concedido el derecho de latinidad a los municipios hispánicos, el 73 o 74 d.C., a partir de la ley municipal que Augusto, quizá el 17 a.C. o un poco posteriormente, diera a los municipios itálicos. Tras algunos artículos en los que D. Álvaro comenta aspectos parciales del hallazgo, entre los que cabe mencionar *Litem suam facere*, en *SDHI*. 48 (1982) 368-394, con referencia al interesante cap. 91, o *Una nueva lista de acciones infamantes*, en *Studi Guarino* VI (Nápoles 1984) 2575-2590, en que estudia la nueva relación de acciones infamantes del cap. 84, que quedan excluidas de la jurisdicción duunviral, publica este romanista un texto provisional y un comentario de la *Ley Flavia municipal* (Roma 1986), y, dos años después, en colaboración con su hijo Xavier, un texto anotado de la *Lex Irnitana* (como primer número de los Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano, Santiago de Compostela 1988). En años recientes, todavía ha continuado ocupándose de la jurisdicción municipal en artículos como *Sobre legislación municipal*, en *Labeo* 40 (1994) 89-102; o *Una aproximación al capítulo de iure et potestate duumvirorum de la ley municipal*, en *IVRA* 44 (1993, pub. 1996) 149-164.

La otra gran aportación, monumento de una vida dedicada a la palíngenesia crítica, es la extensa monografía sobre el conocido libro de las *Quaestiones* del jurista Sexto Cecilio Africano, discípulo del famoso Salvio Juliano, publicado en 1997, en la Universidad Lateranense. Ya en sus años compostelanos centró D. Álvaro su atención en este complejo libro jurisprudencial, e incluso concluyó una primera redacción sobre la base de la palíngenesia leneliana. A esta primera redacción precoz, siguió otra de madurez, ya en la Universidad de Navarra, de carácter mucho más crítico. La tercera y última redacción fue preparada en los

años '90, y como el propio d'Ors comenta "es una simplificación de la segunda y, en cierto modo vuelve al interés jurídico de la primera" (p. 20) por cuanto se preocupa más de captar el fondo jurídico de cada *quaestio* que de las propias deficiencias estilísticas del jurista africano. Con esta importante obra orsiana se viene a cumplir a pie juntillas lo que el propio d'Ors considera que debe ser el llamado "sentido histórico" el Derecho Romano, a saber: "la reconstrucción más plena posible del orden casuístico de los juristas clásicos" (p. 20). Todo un reto para la romanística del siglo XXI.



# LA «TEORÍA DEL CREDITUM» EN ÁLVARO D'ORS

Alfredo di Pietro  
Pontificia Universidad Argentina  
"Santa María de los Buenos Aires"

---

## 1. Introducción.

Dentro de los muy importantes temas a los cuales Álvaro d'Ors dedicó sus esfuerzos de investigador romanista, figura indudablemente la llamada "teoría del *creditum*". De ella se ocupó durante más de un cuarto de siglo. Sus primeros estudios los llevó a cabo cuando era catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela (1944-1961) y los continuó luego mientras se desempeñó, hasta su retiro académico, como catedrático de la Universidad de Navarra<sup>1</sup>.

Para poder tener una cierta visión de conjunto de ella, tenemos que señalar lo siguiente: (a) Si bien el nombre ha sido acuñado por cuanto el punto primero investigado fue la noción de *creditum*, el tratamiento inicial lo llevó a tener que analizar otros temas que le son

- 1 Una enumeración de los estudios y artículo escritos sobre este tema por Álvaro d'Ors, sería la siguiente:
- I. *Re et verbis*, en *Acti Verona III* (1951), pp. 267-303 (Ponencia de 1948).
  - II. *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis*, en *SDHI*, 19 (1953), pp. 134-201.
  - III. '*Creditum*' y '*Contractus*', en *AHDE* 26 (1956), pp. 5-29.
  - IV. *Sobre la supuesta antinomia en materia de 'causa traditionis'*, en *AHDE* 26 (1956), 775-778.
  - V. *Observaciones sobre el orden del Edicto*, en *AHDE* 28 (1958), pp. 1154-1157.
  - VI. *Los precedentes clásicos de la llamada 'condictio possessionis'*, en *AHDE* 31 (1961), 629-650.
  - VII. *Creditum*, en *AHDE* 33 (1963), pp. 345-364.
  - VIII. '*Post nuptias*', en *Eranion Maridakis*, I (1963), pp. 225-230.
  - IX. Rec. a Grosso G., *Il sistema romano dei contratti*, en *Iura* (1964), 390-397 (ahora en *A. d'Ors, Crítica romanista*, Univ. de Santiago de Compostela, 1999, pp. 95-104).
  - X. '*Solvere*' e '*satisfacere*', en *Labeo* 10 (1964), 451-455.

conexos, tales como la oposición que el autor establece entre los negocios crediticios y los contratos, así como también la naturaleza que cumplían las *actiones* que amparaban los mismos, procesalmente tan diversas como la *condictio*, las *actiones in factum*, y los *bonae fidei iudicia* e incluso la propia ubicación de ellas en el *Edictum*. Igualmente quedaba implicado el tema escolástico de la clasificación de las fuentes de las obligaciones, amén de otras cuestiones tan complejas como por ej. la de los llamados “contratos innominados”; (b) el análisis investigativo lo realiza el autor a partir de cómo era el funcionamiento de estos negocios patrimoniales en el Derecho clásico, como modo de poder entender las innovaciones realizadas por los bizantinos y por Justiniano en su compilación final.

La gran virtud de d'Ors fue la de poner en *état de question* toda una serie de nociones, principios y clasificaciones que hasta ese momento eran aceptadas casi dogmáticamente por los romanistas en sus tratados y que figuraban en los manuales de enseñanza a los alumnos. Y esto desde tiempos pluriseculares, Esta actitud, verdaderamente cien-

- XI. *The 'odium furum of Gaius 4,4*, en *RIDA* 12 (1965), pp. 453-467.  
 XII. Rec. a Wunner: “*Contractus*”. *Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, en *SDIH* 32 (1966), pp. 427-434 (ahora en *Crítica romanística*, cit., 105-112).  
 XIII. “*Dare servum in quaestionem*” e “*datio ex eventu*”, en *Iura* (1971), pp. 138-141.  
 XIV. “*Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita*”, en *Studi Scherillo II* (1972), pp. 471-483.  
 XV. *Sobre la supuesta 'condictio' sin 'datio' (Réplicas Panormitanas IV)* en *Iura* 25 (1974) 1-45.  
 XVI. *De nuevo sobre 'creditum' (Réplicas Panormitanas I)*, en *SDHI*. 41 (1975) pp. 205-244.  
 XVII. *Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano (Réplicas Panormitanas VI)*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1975, 7-26.  
 XVIII. *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en derecho romano*, en *AHDE* 45 (1975), 595-603.  
 XIX. *El 'contractus' según LABEÓN (Réplicas Panormitanas II)*, en *Rev. Estudios histórico-jurídicos* (Valparaíso, 1976) 17-32.  
 XX. “*Conventiones*” y “*Contractus*” (Réplicas Panormitanas III), en *AHDE*, 46 (1976), 125.143.  
 XXI. *Sobre D. 12.1.9.1 (Réplicas Panormitanas V)*, en *Labeo* 23 (1977), pp. 54-58.  
 XXII. *Ante la crisis del contrato*, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 1979-D-Sec. Doctrina, pp. 716-724.  
 XXIII. *Retrospectiva III: Rosenfeld sobre la 'condictio'*, en *La Ley* (Buenos Aires), t.

tífica, de ver *avec des yeux neufs* -como lo requería el autor francés Pierre Noailles- provocó, en principio, una cierta situación de conmoción entre los romanistas. A veces, las ideas expresadas por el autor, aceptada por varios de sus discípulos<sup>2</sup>, no fueron comprendidas, lo que ocasionó el mero desconocimiento silencioso de sus posiciones, pero otras hicieron posible la promoción de muchos trabajos de quienes entendían que las posiciones orsianas eran interesantes, aunque susceptibles de crítica<sup>3</sup>. Pero ello resultó fructífero, porque obligó a d'Ors a tener que efectuar continuos y renovados estudios en defensa de su posición, puntualizando algunos de sus aspectos.

Todo ello nos da una idea de la complejidad de los problemas que resultaron involucrados en esta "Teoría del *creditum*". Como acá, en esta publicación de merecido homenaje al ilustre romanista español, lo que se pretende es dar una idea sintética de esta problemática, trataré de señalar los puntos esenciales, lamentando que deba obviar algunos y que no me pueda detener en el análisis más pormenorizado de muchos de los textos jurídicos en que se apoya el autor.

1981-C, Sección Doctrina, pp. 1112-1118.

XXIV. La llamada 'condicio liberatonis', en *Estudios em Homagem aos Profr: Manuel Paolo Morea e Guillermo Braga da Cruz = Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 58 (1982), I, 355-358.

XXV. A propos de l'actio commodati, en *Iura* 34 (1983 [publ. 1986], pp. 90 s.

XXVI. Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano, en *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, n° 51, marzo 2000, pp. 55-66. Muchos de estos trabajos son en el momento actual difícilmente conseguibles, por lo que debemos indicar, a quien le interese estos temas el estudio efectuado por la discípula de A. d'Ors, Dra. DOLORES GARCÍA-HERVÁS, quien prácticamente hizo una reconstrucción de las cuestiones, de las fuentes y de las argumentaciones orsianas en su "Teoría del 'Creditum', ampliamente aprobado por su maestro. Figura en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico, Público, Procesal y de la Navegación*, n° 9-10 (enero 1989), Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, dirigida por el Prof. Manuel J. Peláez.

2 Así, F. SAMPER, *Derecho Romano* (eds. Universitarias de Valparaíso, 1975, ahora reimpreso por la Univ. de Pamplona); E. VALIÑO, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Valencia 1977); M. GARCÍA-GARRIDO, *Derecho Privado Romano* (Madrid, 1979, eds. posteriores). Igualmente, en mi *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997.

3 En tal sentido principalmente las críticas que emanaron de B. ALBANESE, profesor en Palermo y de otros profesores más o menos vinculados (P. CERAMI, P. FREZZA, SANTORO, CANNATA, MASCHI, etc.), que motivaron por parte de A. d'Ors las "Réplicas Panormitanas" (de Panormia = Palermo), ya citadas en la bibliografía.

2. *El problema de la clasificación de las obligaciones en Gayo (III.90) y las distinciones de Labeón (D. 50.16.19).*

El punto inicial lo podemos encontrar en su ponencia presentada en el Congreso Internacional de Verona (27-29 set, 1948), publicada en el tomo III de las Actas (1951) sobre el tema *Re et Verbis*. D'Ors establece aquí una crítica muy aguda y penetrante al párrafo de Gayo (III.89) donde establece su célebre cuatripartición del origen de las obligaciones nacidas *ex contractu*: "...*Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris aut consensu*" ("...Pues, cuatro son los géneros de las obligaciones: o es contraída por la cosa (*re*), o por palabras (*verbis*) o por documentos (*litteris*) o por el consentimiento (*consensu*)").

Siempre se entendió que esta cuatripartición era de neta prosapia clásica, aunque en realidad la misma aparece ignorada por los juristas contemporáneos de Gayo y sus sucesores, por lo menos durante más de un siglo. Sin embargo, la misma gozó de un gran éxito en la época postclásica, sobre todo porque la encontramos repetida en las *Res cottidianae* (obra generalmente atribuida al mismo Gayo: D. 44.7), aunque ahora se agregaban otros casos de fuentes de las obligaciones, las llamadas genéricamente *variae causarum figurae*. Y, además, fue muy del gusto de los compiladores bizantinos que intervinieron en la redacción de las *Institutiones* de Justiniano, donde con algunas modificaciones circunstanciales (entre ellas la división de esas "otras figuras de causa" en *quasi ex contractu* y en *quasi ex delicta*), se aceptó la misma como base del estudio de las obligaciones.

Además, si bien la cuatripartición (*obligationes re, verbis, litteris, consensu*) establecida por Gayo, y en ello lo sigue terminológicamente Justiniano, se refiere a las *obligationes ex contractu*, se produjo un lento y racional deslizamiento, casi natural diríamos, por parte de la romanística, de ver en ella las cuatro formas de contratos con que se expresaron normalmente los autores. Durante siglos, tanto en los tratados como en los manuales, se habló casi dogmáticamente de la existencia de los "contratos reales, verbales, literales y consensuales".

Pero donde A. d'Ors pondrá especialmente el acento es en que la clasificación gayana no representaba el verdadero pensamiento jurídico clásico, sino que se trató de una invención escolástica que le sirvió a su autor para poder explicar didácticamente a sus alumnos, aunque de manera incompleta, el complejo tema de las negociaciones patrimoniales *inter vivos* de su época. En efecto, es incompleta porque Gayo nos da simplemente algunos ejemplos aunque omitiendo otros, y defectuosa por cuanto no nos advierte que se tratan de actos y negocios de muy distinta naturaleza jurídica.

En cambio, con anterioridad a Gayo, que sería del siglo II d.c., el autor rescata un paso muy importante del juríspudente Labeón, contemporáneo de Octavio Augusto. Se trata del párrafo que figura en el *Digesto* (50.16.19), y corresponde a Ulpiano (*Comentarios al Edicto*, libro XI), quien cita a Labeón. Nos dice allí:

"Labeón define en el libro primero (comentario al Edicto) d el Pretor urbano, que unas cosas (asunto) 'se hacen', otras 'se gestionan' y otras 'se contratan'. Y ciertamente que 'lo actuado' (*actum*) es una palabra general, ya sea que algunas cosa (asunto) se haga (*agatur*) de manera verbal (*verbis*), [ya sea con documentos escritos], ya sea mediante la entrega de una cosa (*re*), como sucede [respectivamente] en la estipulación, [o en los *nomina transcripticia*], o en la entrega de dinero (*numeratio*); pero 'lo contraído' (*contractum*) significa la obligación recíproca de una parte y de otra (*ultra citroque obligatio*), lo que los griegos llaman *synállagma*, como la compraventa, locación conducción y la sociedad; 'lo gestionado' (*gestum*) significa alguna cosa (asunto) hecho sin palabras"<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> "Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahuntur'; et 'actum' quidem generale verbum esse sive verbis [sive litteris] sive re quid agatur, ut in stipulatione [vel nominibus transcripticiis] vel numeratione; 'contractum' autem ultra citroque obligationem, quod Graeci synállagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem, [mandatum]; 'gestum' rem significare

Estas consideraciones que hace Labeón fueron consideradas como una mera curiosidad histórica. Se trataba de una distinción de los actos y negocios con que se manejaban los romanos, pero se pensaba que representaba una opinión del fundador de la escuela proculeyana, que en realidad no significaba la opinión jurídica predominante en la época clásica, la cual sería precisamente la cuatripartición de Gayo, que habría sido la preponderante.

Es fácil advertir que en el párrafo de D. 50.16.19, los asuntos patrimoniales aparecen agrupados de manera distinta. Así, nos volvemos a encontrar con los casos que ya había utilizado Gayo, como el de la *numeratio* (que Gayo ubica en las *obligationes re*), la *stipulatio* (que da como ejemplo de las *obligationes verbis*), la *expensilatio* (que figura entre las *obligationes litteris*), pero que acá Labeón las agrupa dentro de la denominación genérica de *actum*. En cambio, lo más curioso es que éste reserva el caso de “lo contraído” (*contractum*) a aquellos casos que Gayo denominaba *obligationes consensu* (compraventa, locación, sociedad, y quizás también el mandato). En ellos se ha contraído una *ultra citroque obligatio* (obligación recíproca de una y otra parte). Y luego se hace mención de los asuntos hechos *sine verbis* (que Labeón denomina *gestum*, “gestionado”).

Este paso del gran jurista republicano de la época de Augusto tiene muchísima importancia; por cuanto, a diferencia de lo que más tarde expresará Gayo, nos da un concepto restringido de lo que es un verdadero *contractus*, que para él es la traducción del griego “synállagma”. No abarca con ello meramente a los negocios nacidos de un consentimiento, y que resultan amparados con acciones, sino que se limitan a aquéllos en los cuales exista la reciprocidad ínsita de las obligaciones.

La diferencia de la cuatripartición de los “contratos” de Gayo comparada con la de Labeón es, por lo tanto, muy sensible. Y ello es lo que plantea, por lo mismo, el problema de saber lo que significaba

*sine verbis factam?*

realmente *contractus* en la jurisprudencia clásica: ¿era la idea generalizadora que se puede deducir de la clasificación de las obligaciones expresada por Gayo, o, por el contrario, era el concepto restringido que nos da el texto de Labeón?

### 3. “*Creditum*” y “*contractus*” en el Edicto del Pretor.

Si bien la palabra central, en este caso la de *contractus*, como lo reconoce el mismo A. d’Ors, no fue de empleo tan frecuente, como se puede suponer, por parte de los juristas clásicos, nuestro autor sigue un camino de investigación para resolver la cuestión planteada, que representa una vía muy segura. Él critica la opinión generalmente aceptada por siglos de que la verdad estaba en lo que dice Gayo, por cuanto la romanística plurisecular se preocupó ante todo y demasiado de la sistemática de las figuras, sin darse cuenta que con ello lo que hacían era seguir el método escolástico expresado en las *Institutiones* (tanto las de Gayo como las de Justiniano), prestando en cambio muy poca atención al estudio de las *actiones* que amparaban cada una de las situaciones. Y esto es un punto de irrefutable fuerza argumental, puesto que como es sabido el Derecho Romano es ante todo un conjunto de *actiones*, más que una clasificación escolástica de los actos. Recordemos aquí que Gayo, en quien se origina la clasificación contractual no era un *iurisprudens*, por cuanto no se le conoce ningún *responsum*, sino un maestro que emplea el método didáctico para enseñar estos problemas del *ius*, mientras que Labeón, que sí era un *iurisprudens*, nos da precisamente su párrafo comentando justamente el Edicto del Pretor urbano.

Y acudiendo al Edicto, nos encontramos con que existe una neta distinción entre las *actiones* del Edicto XVII, que lleva por título *De rebus creditis*, donde están tratadas acciones de derecho estricto, en especial la *condictio* y otras *actiones in factum*, y por otro lado el Edicto XIX, que lleva por título *De bonae fidei iudiciis*, donde se protegen precisamente por fórmulas redactadas *bonae fidei* aquellas situaciones que Labeón había caracterizado como “contractuales”.

#### 4. Las operaciones de "creditum" en el Edicto del Pretor (Tít. XVII).

En el primero de los edictos se encuentran las vías procesales para proteger a los acreedores de "obligaciones crediticias". En la reconstrucción del Edicto Perpetuo de Lenel, en la rúbrica § 95: *Si certum petetur*, aparecen descriptas tres fórmulas: a) *la condictio certae creditae pecuniae*, la cual podían ejercer el mutuante o el *stipulator* a quien se debía una suma cierta de dinero; b) *la condictio* (más tarde llamada *triticaria* por los bizantinos), por la que se podía reclamar una cantidad genérica de cosas -así, X medidas de trigo-; y c) *la condictio certae rei*, por la cual se podía demandar una cosa específicamente determinada.

La interpretación que da A. d'Ors es que en el Edicto se recogieron varias fórmulas de *condictio* aplicadas a cada una de las situaciones de reclamo, pero aun cuando podía existir tales variantes, las mismas no alcanzan entidad suficiente para afirmar que se trataban de acciones distintas, sino que en todas ellas se habla de la misma acción, *la condictio*, referida a situaciones de *creditum*. En la propia etimología de esta palabra, en la cual sigue al latinista Angel Pariente, el autor considera clara que está, por un lado, la idea del *dare* (- *ditum*), y por el otro, la raíz *cred-*, parece ser la misma del verbo *cerno*, donde se derivará la idea del *certum*. Por lo tanto, en principio se trata de la obligación de *dare certum*. A este respecto, recuerda el dicho de Cicerón (*por Roscio com.*, 4,13 y 15; 14) que habla de la *actio certae creditae pecuniae* que se podía ejercitar por una *datio*, una *expensilatio* o una *stipulatio*. Esta habría sido la primera aplicación de la *actio (condictio) certi*, nacida de la *legis actio per conductionem*. Fue precisamente por esa idea del *certum* que quedaban atraídos todos los casos en los cuales existía la obligación del *certum dare*, es decir no solamente la *datio* de *pecunia*, sino también la engendrada por la promesa de la *stipulatio* lo mismo que por la operación bancaria de la *expensilatio* (vinculada al *nomen transcripticium*).

Pero lo importante es que se trata procesalmente de una misma *actio*, que es la *condictio*. Se trata siempre, aunque con algunas variantes:

en el caso de la *mutui datio*, la obligación no nace del convenio previo, sino de la retención sin causa de una propiedad recibida del actor, que podía ser ya *pecunia* (*cond. certae creditae pecuniae*), o ya de cosas genéricas (la llamada *condictio triticaria*). Igualmente, en la *stipulatio* por una suma cierta de dinero, o una cosa cierta prometida al acreedor, el deudor queda obligado por la *actio* (*condictio*) *certi* o una *actio* (*condictio*) *incerti* cuando la promesa es de *facere* o de *dare incertum* (más tarde conocida como *actio "ex stipulatu"*) y también la *expensilatio*, que de ordinario era una *actio* (*condictio*) *certi*.

Y si bien el origen es el *dare certum*, lo cierto es que los otros casos donde se reclama un *incertum* quedan prontamente comprendidos en casos de *creditum*. Del mismo modo, en el Edicto XVII, figuran las rúbricas § 96, respecto a la llamada *actio de eo quod certo loco*, cuando se reclamaba en lugar distinto al convenido (para evitar una *pluris petitio loco*) y la § 100, que en Lenel lleva la rúbrica *De compensationibus*, referida al caso del banquero que para evitar una *pluris petitio re*, debía reclamar de su cliente, cuando éste tenía algún crédito contra él, con una *intentio cum compensatione*, es decir descontando del monto total lo que el *argentarius* debía a su cliente. Pero estos casos no significan *actiones* distintas, sino variantes de la *condictio crediticia*. Por ello, para d'Ors, el primer caso, sólo posible en una *stipulatio*, se trata de una *condictio cum adiectione loci*, y el segundo, de una *condictio cum compensatione*, para el caso del banquero, si bien el autor no está de acuerdo totalmente con que este último caso estuviera contenido en este Título del Edicto.

En dicho Título XVII, a la rúbrica de la *actio certi*, siguen tres acciones *in factum* que son similares a la *condictio*, que son amparos del pretor a ciertos convenios que, si bien no son propiamente casos de *creditum*, los podemos entender como negocios "crediticios" en un sentido amplio. Son los mencionados en el § 97, como *actio de pecunia constituta*; en el § 98, como *actio commodati vel contra*, y en el § 99, como *actio pignoratitia vel contra*. Se caracterizan: (a) porque acá no se trata propiamente de un *dare*, que conlleva la adquisición de propiedad por parte del beneficiario, sino de la retención del pago

debido, de tal modo que el deudor fija un plazo que el acreedor acepta o uno nuevo (si la deuda ya tenía uno) -caso del *constitutum*-; la retención del uso de una cosa específica prestada gratuitamente-caso del *commodatum*- sobre la cual el comodatario tiene meramente la tenencia; y la retención de una cosa entregada en garantía de una deuda -caso del *pignus*-; (b) sí podemos aquí hablar de negociaciones crediticias; ello es así, porque en el primer caso se trata de un "préstamo de plazo", en el segundo de un "préstamo de uso", y en el último de un "préstamo de garantía"; (c) además, las respectivas acciones ya mencionadas no nacen del convenio celebrado, sino del hecho de que la retención de la cosa prestada se prolonga excesivamente y por ello pierde su causa.

Respecto de la *actio de pecunia constituta*, que tiene mucha semejanza con la *condictio*, aunque se pueden señalar algunas diferencias, no existen inconvenientes para admitirla como una *actio in factum*. El problema en cambio se presenta con las otras dos, es decir la *actio pignoratitia* y la *actio commodati*. El autor, dada sus semejanzas, las trata conjuntamente, preocupándose fundamentalmente por dos cuestiones: (a) si además del amparo de las *actiones in factum*, que resultan indudables, existían también fórmulas redactadas *in ius*; y (b) la existencia en estos casos de *iudicia contraria*.

Respecto de la *actio pignoratitia*, la mayoría de los autores se inclina por la existencia de una *formula in factum*. Pero donde el autor se encontró con mayores dificultades fue con la *actio commodati*, hasta tal punto que la gran mayoría de los romanistas aceptaba la existencia en la época clásica de una *formula in ius*. Sin entrar aquí en las argumentaciones sostenidas, el problema principal radica en que Gayo (IV.47) menciona el caso del depósito que goza tanto de una *actio in factum* como de una *actio in ius*, y agrega que lo mismo ocurre con la *actio commodati*, aunque sin darnos las fórmulas, como había hecho con el *depositum*. Pero, pese a esta mención gayana, la cuestión no le parece tan clara a d'Ors, ya que resulta aceptable que de haber existido la *formula in ius* debía estar redactada *in bonum et aequum*. Y lo curioso es que, luego, es el mismo Gayo, quien al darnos la lista que se

considera completa de los *iudicia bonae fidei*, no menciona para nada a la *actio commodati*.

En cuanto al otro problema, es decir la existencia de un *iudicium contrarium* para ambas acciones, el autor, luego de un prolijo análisis de varios textos (así, respecto del comodato, Gayo, D. 13.6.18.2-4; Paulo, D. 14.6.22; id., D. 13.6.17.3, etc.; y respecto del *pignus*, Ulpiano, D. 13.7.9 pr.; D. 13.7.36 pr. y 1; D. 21.2.38, etc.) llega al convencimiento de que para ambos casos, la *actio contraria* es una creación postclásica y que fue uno de los modos de absorber al comodato y al *pignus* dentro del régimen de los contratos sancionados por *iudicia bonae fidei*, en los que las contraprestaciones podían ser reclamadas por la misma acción del contrato. En cambio, d'Ors sostiene que, en la época clásica, si se trataba de un comportamiento doloso por parte del comodante o del deudor pignoraticio, se otorgaba la *actio de dolo*, y para el reembolso de gastos efectuados en la cosa, los clásicos habrían dado con ese fin la *actio negotiorum gestorum*.

Pero dejando de lado estas cuestiones, lo importante es que nos encontramos con negocios patrimoniales que están todos ellos vinculados a operaciones crediticias, amparadas por la *condictio* en sus diversas modalidades, y por *actiones in factum*. Estos casos son relativamente simples, puesto que se da la particularidad de que, en principio, es una sola de las partes la que se obliga a restituir a la otra el dinero o la cosa prestada. Y esto ocurre, ya por haber mediado una *datio* (caso del mutuo, donde se transfiere el dominio de dinero u otras cosas fungibles), o, por extensión, también una *possessio* (caso del *pignus*), o una mera tenencia (caso del comodato). O también una promesa de pago formalizada en la *stipulatio*. Y brevemente dicho, lo que surge de la mera lectura de las fórmulas pertinentes es la posibilidad de condena, de restituir algo que la otra parte no puede justificar en su detentación, por lo que debe devolverla. Se trata de acciones unilaterales y, en principio, nada más. De allí que en la época clásica, que es la que estamos tratando, el actor debía pedir concretamente lo que demandaba, previniéndose de no incurrir en *pluris* o en *minoris petitio*, ya que de lo contrario corría el peligro cierto,

por lo menos en el primero de los casos, de perder el juicio, como nos lo recuerda el propio Gayo (IV.53 ss.).

### 5. El "contractus" en el Edicto del Pretor (Tit. XIX).

En cambio, a estas operaciones de *creditum*, tratadas en el Título XVII del Edicto, se oponen los negocios amparados en el Título XIX, donde se trata *De bonae fidei iudiciis*. En la enumeración de Lenel (dejando de lado la acción de buena fe de la tutela y la de la dote -*actio rei uxoriae*- que, si bien tramitan como *iudicia bonae fidei*, no son situaciones propiamente negociales, como ocurre con los contratos), se mencionan los siguientes casos: en primer lugar, el *iudicium depositi vel contra*, relativo al depósito (§ 106), y luego el de la *fiducia* (§ 107), el *iudicium mandati vel contra* (§ 108), el *pro socio* (§ 109), el *empti venditi* (§ 110), así como el de *locati conducti* (§ 111). Y al final establece el caso de la *actio de aestimatio* (§ 112).

Por de pronto, el autor contradice el orden de Lenel, estableciendo que: (a) primero debió haber figurado el edicto sobre la *fiducia*, que es un contrato formal que sirvió de modelo a los demás, por lo que debió haber figurado antes que el de *depositum*; (b) segundo porque entiende que el *aestimatum* debió haber figurado como *actio in factum* luego del de la *emptio venditio*, al cual está vinculado, lo mismo que quizá también el de la *permutatio*, también aproximado a la compraventa, que gozaba de una *actio in factum*.

Aquí estamos en presencia de negocios jurídicos complejos, donde está presente una *ultra citroque obligatio*, es decir una "obligación recíproca", en la cual la obligación de una parte no resulta independiente, sino que está fuertemente interrelacionada con la de la otra, de tal modo que, en términos de justicia, una de ellas se justifica objetivamente en la otra. Esta era precisamente la idea de *contractus* que nos daba Labeón al hablar de los *synállagma*. Esta "reciprocidad" de las obligaciones se da, a veces, de una manera "plurilateral" (caso de la sociedad, con un solo nombre de acción para

cada socio *-actio pro socio-*); otras veces, de manera “perfecta” (como en la compraventa y en la locación con nombres de acciones recíprocas y por tanto interconectadas entre sí, una para el comprador y otra para el vendedor), o a veces en forma “imperfecta” (caso del mandato), donde la reciprocidad se puede dar en forma eventual, pero integrando el contrato. Lo importante es que no son solamente consensuales, sino que, como lo recalca d’Ors, no se trata de una simple “convencionalidad”, sino de una “bilateralidad funcional”.

La naturaleza de estos negocios, que son propiamente aquellos que nuestro autor denomina “contratos”, está decidida, aparte de esta reciprocidad intrínseca y orgánica, por determinadas circunstancias relativas a los procesos que tramitan como *bonae fidei iudicia*, y que, de acuerdo con el autor, (DRP, §§ 453 ss.) son principalmente las siguientes:

a) A diferencia de lo que ocurre con las fórmulas típicas de los negocios crediticios, en las cuales el *iudex* se ve obligado a seguir de una manera perfecta las palabras de la fórmula, principalmente de la *condemnatio*, no pudiendo apartarse de ellas, en los *bonae fidei iudicia*, el *iudex* goza de una mayor libertad para apreciar las conductas de las partes y las consiguientes obligaciones recíprocas. Ello se ve en que el juez deberá decidir en la sentencia lo que se deba restituir de acuerdo al criterio de lo *bonum et aequum* (Gayo, IV.61). Por lo tanto, él puede ordenar que en el caso de que correspondan restituciones recíprocas se pueda operar una *compensatio ex fide bona*.

b) El *iudex* está facultado para conceder en casos donde se compruebe un comportamiento doloso, o la presencia de violencia, etc., excepciones a la parte afectada, aunque éstas no figuren en la fórmula. Igualmente podrá tener en cuenta los “pactos” convenidos entre ambas partes, no sólo los iniciales (*in continenti*), sino también aquéllos posteriores (*ex intervallo*) que vengan a disminuir la obligación o supongan una renuncia a una excepción.

c) Siguiendo el criterio de la *bona fides*, el juez puede apreciar con

mayor flexibilidad la “responsabilidad” por actos de las partes, ya sea por dolo, culpa o custodia. Del mismo modo, podrá atender en la condena no solamente el “daño emergente” sino también el “lucro cesante”, pudiendo condenar a restituir el valor de los frutos percibidos desde la mora culposa, así como a pagar los ‘intereses moratorios’ cuando la deuda es de dinero.

#### 6. *La clasificación de las fuentes de las obligaciones para A. d’Ors.*

De este modo, se puede apreciar el comportamiento procesal muy distinto que surge de la comparación entre estos dos títulos del Edicto. De un lado aparecen los negocios crediticios y las promesas de pago, y del otro, los contratos en el sentido labeoniano.

Por ello, A. d’Ors nos dice en su *DRP* (§§ 358-359), que en lugar de la clasificación cuatripartita de Gayo de las obligaciones, la realidad en la época clásica es la de dividir las en: (a) las nacidas de *delitos* (*actiones poenales*), (b) las nacidas de **préstamos** (*actio certi* [*condictio*] y otras acciones pretorias), (c) las nacidas de **estipulaciones** (*actio certi* o *incerti* según que se trate de cosas determinadas o no) y (d) las nacidas de **contratos** (*iudicia bonae fidei*).

El propio autor reconoce la posibilidad de que “se me pueda censurar por esquematizar excesivamente el pensamiento de los clásicos, al adoptar para las figuras del Edicto XIX el término *contractus* y excluir de este concepto las figuras del Edicto XVII. Sí, consciente del riesgo de incurrir en tal censura, me decido a que lo poco que sabemos acerca del valor que los juristas clásicos daban al término *contractus* señala hacia los contratos consensuales. De todos modos, es evidente que tal censura no afectaría a mi tesis fundamental de una esencial separación entre las figuras crediticias del Edicto XVII y las ‘otras’ del Edicto XIX”.

Pero además, es de destacar que en la clasificación de las fuentes, dejando de lado las nacidas de “delitos”, y yendo a las propiamente

negociales, el autor, a propósito de *dationes* amplía el espectro de posibilidades. En efecto, acá, en la época clásica, quedan involucradas, el mutuo, donde hay propiamente una *datio*, los casos del *commodatum* y del *pignus* en los cuales hay una entrega prestada de cosas, aunque sin propiamente una *datio* (a menos que admitamos una ampliación de lo que es la noción de *datio*). Pero también, aunque Gayo no las mencione, existen las *dationes ob rem*. Se trata acá de daciones efectuadas por una persona con el fin de obtener de la otra, que la recibe, algo lícito. Así, (A) da algo a (B) para que éste manumita al esclavo Sticho. Pero lo importante es que si (A) realiza la *datio* y (B) no cumple lo convenido, en la época clásica no cuenta con una *actio* para exigir lo convenido, pero sí de una *condictio* para que (B) le restituya lo dado. Esto es lo que dará pie a la denominación de “contratos innominados” por parte de los posclásicos.

Igualmente, existían las *dationes ob causam*. Acá se trata de casos en los cuales se ha realizado una *datio*, pero falla la causa de ella, ya por no acaecer o ser errónea que existiera. El caso más destacado es el del pago, por error, de lo no-debido (*solutio indebiti*): quien ha recibido algo que no es debido, o más de lo debido, se encuentra sin causa para retener lo *indebitum*, y por ello es que procede la *condictio* recuperatoria. También procede la *condictio* cuando se da algo por un convenio ilícito o inmoral; e igualmente cuando falla la causa por la cual se realizó la *datio*, como por ej., en la *datio dotis*, cuando el matrimonio, en virtud de la cual se realizó, no se efectuó, etc.

Y finalmente, A. d’Ors menciona los casos que denomina *dationes ex eventu*, en las cuales existe la *condictio* restitutoria, en casos muy especiales, pese a que no haya existido una *datio* inicial voluntaria. El caso típico es el de la *condictio furtiva*, que el propietario tiene contra el ladrón para que le restituya el valor de la cosa hurtada, cuando ésta no le es restituida y no resulta reivindicable. No es que el ladrón se haga propietario de las cosas que hurtaba, pero el autor piensa que al ejercitar la *condictio furtiva* presupone que, efectivamente, el ladrón se hizo propietario, y por eso debe *dare* lo que hurtó.

### 7. *El problema en el derecho posclásico.*

Las ideas acerca del *creditum* y del *contractus* que nos da A. d'Ors se refieren, sobre todo, a la forma de tratar los negocios patrimoniales en la época clásica. Pero los bizantinos han tratado de organizar un régimen de los negocios contractuales que resulta distinta. Los textos fundamentales son los que figuran en el Título *De pactis* (D. 2.14), sobre todo los iniciales, atribuidos a Ulpiano, pero sumamente manipulados.

Brevemente, el autor hace las siguientes críticas: (a) Rechaza la forma del título, dado que Ulpiano comenta allí las palabras *pactio* y *conventio*, considerando probable que la forma inicial debió haber sido "*De pactis conventis*"; (b) Ulpiano cita la opinión de Pedio acerca de que "no hay ningún contrato, ninguna obligación, que no contenga en sí una *conventio*, ya se haga de obra o de palabra". Ello le sirve para sentar que esta palabra *conventio* es una palabra genérica que engloba a todos los negocios que dan lugar a una *obligatio*. Para el autor, lo que en realidad le ha interesado a Pedio es precisamente que hay obligaciones que no son contratos -el contrato es una especie dentro del género *obligatio*-, pero que también son convencionales (por ello es que menciona las nacidas *re* o *verbis*); (c) al tomar como básica la palabra *conventio*, Ulpiano establece tres clases de convenciones: las que se establecen *ex causa publica* y *ex causa privata*, subdividiendo esta últimas en *legitima* y *iuris gentium*. Las del primer grupo son ejemplificadas por las que se hacen por tratados de paz, cuando los generales pactan algo entre sí. Respecto de las segundas, curiosamente no nos define ni ejemplifica a qué llama *conventio legitima*; (d) en cambio, nos interesan más las nacidas *iuris gentium*, diciéndonos que algunas generan *actiones* y otras *exceptiones* (§ 7 pr.). Respecto de las primeras, (§ 7.1) nos dice que en estas convenciones, algunas son *transeunt in proprium nomen contractus* y nos menciona la *emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas*, el *commodatum*, el *depositum* et *ceteri* similes *contractus*. Para el autor, aquí Ulpiano nos menciona los casos del Edicto XIX, aunque alterando el orden del mismo, y cambiando el de *mandatum* por el de *commodatum* (que no tenía, como ya hemos

visto, una fórmula *in ius*). A su vez resulta enigmática la expresión final de “otros contratos similares”). (e) E inmediatamente (§ 7.2) nos habla de aquellas otras convenciones que *in alium contractum res non transeant*, pero en los cuales subsiste la causa, refiriéndose al caso de los llamados “contratos innominados”. Ya habíamos visto que aquí se trataba de lo que el autor llama *dationes ob rem*. Y aquí no cita al jurista Aristón, quien, preguntado por Celso, respondió que si alguien dio una cosa para que otro le diera otra, nace la obligación, puesto que “subsiste la causa”, operando entonces la correspondencia de las prestaciones (la *ultra citroque obligatio*) por lo que se daría un *synállagma* (contrato).

Y aquí se da un paso importante, puesto que si bien no se nos dice qué *actio* propone Aristón, pero inmediatamente Ulpiano nos<sup>1</sup> habla de la controversia entre Juliano, quien menciona una *actio in factum*, y Mauriciano, quien da la solución de una *actio civilis incerta* (D. id., 7.2). Se trataría acá de la llamada luego *actio praescriptis verbis*, si bien en época posclásica se habla de *actio civilis in factum*, *actio incerti*, etc.

Con ello se han contractualizado las *dationes in rem*, si bien bajo la forma de “contrato real”, puesto que el convenio no obliga por sí mismo, pero sí desde el momento en que una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido (abarcaba toda clase de figuras: *do ut des, do ut facias; facio ut des, facio ut facias*; D. 19.5.5). Sin embargo para el que había cumplido lo convenido se mantenía la *condictio* restitutoria y Justiniano permitió también una *condictio ex poenitentia*, por la cual, el que cumplió, antes de que lo hiciera la otra parte, si se arrepentía, podía pedir la restitución de lo dado.

Como lo dice el autor: “Nada impedía que esta construcción tardo-romana del contrato innominado fuera superada y se admitiera que ya el simple convenio de intercambiar las prestaciones recíprocas fuera vinculante, es decir, que tales contratos se convirtieran en consensuales. La rutina de la doctrina europea no fue muy propicia para dar ese paso y mantuvo esa desgarbada figura del “contrato real”.

Contractualizó el mutuo pero no se atrevió a hacerlo consensual; a lo más, configuró la promesa de dar en mutuo como un pre-contrato. Todo esto fue una perturbación para que la doctrina moderna pudiera formular una teoría correcta del contrato. En este sentido, la responsabilidad de Gayo fue muy grande: el *Gaius noster* cuyos errores fueron institucionalizados por Justiniano, y cuyas consecuencias padecemos hoy”<sup>5</sup>.

### 8. Conclusiones.

“El interés actual del estudio del derecho romano -nos dice el autor- no está en rastrear los antecedentes del pensamiento jurídico moderno, sino, por el contrario, en detectar las desviaciones doctrinales de las que derivan las dificultades de los juristas de hoy”<sup>6</sup>. Y esto tiene una importancia especial en nuestro tema:

a) Alvaro d’Ors, con sus estudios, por lo que hemos visto muy variados y complejos, ha realizado una fundamentada crítica de la plurisecularmente aceptada clasificación de las fuentes de las obligaciones ofrecidas por Gayo, e incluso por Justiniano, en contraposición del pensamiento, que era entendido como una curiosidad aislada, del jurista Labeón.

b) Ello sirve para aclarar la distinción existente entre el *creditum* y el *contractus*, sobre todo en la época clásica del derecho romano, de tal modo que son distintos los **préstamos** (en general los negocios crediticios), las **promesas de pago** (las estipulaciones y formas documentadas similares) y los **contratos** (negocios que involucran una reciprocidad obligatoria que no es solamente genérica, sino funcional).

c) Esta distinción, que es la que mejor se acomoda a la realidad

5 A. d’Ors, *Ante la crisis del contrato*, en *La Ley* (Buenos Aires), T. 1979-D, Sección Doctrina, pp. 716-724, punto IV: “El maleficio del llamado ‘contrato real’.

6 A. d’Ors, *ibidem*, p.VI.

de las cosas, conduce a tener que dar un tratamiento jurídico distinto a cada una de estas fuentes de obligaciones, tal como aparecía en la diferenciación de los Títulos XVII y XIX del Edicto pretorio, donde si bien se acercan los 'préstamos' y las 'promesas de pago', se las diferencia netamente de los 'contratos'.

d) Además, el autor ha tenido el mérito de estudiar, en forma congruente y sistematizada, toda una serie de negocios que entran en el campo de las *dationes*, generalmente tratadas en forma aislada e incompleta, y que representan no sólo los llamados 'contratos reales', sino las *dationes ob rem*, las *dationes ob causam* y las llamadas *ex eventu*.

El pensamiento del autor apareció en un principio totalmente aislado. En efecto, no resulta fácil, para la manera cómo se estudiaba esta cuestión del *creditum* y del *contractus*, venir a aceptar el verdadero golpe de timón que supone la congruencia interna del sistema que nos ofrece el autor. Si bien, con posterioridad, ha motivado entre los romanistas una revaloración de la concepción de Labeón, como algo digno de estudio y de consideración, ya sea acercándose a las conclusiones de d'Ors si bien con algunas críticas (v. Albanese<sup>7</sup>, Burdese<sup>8</sup>, Sargenti<sup>9</sup>, Gallo<sup>10</sup>, etc.); e igualmente a concebir de una manera más atenta el sentido genuino del 'contrato' distinguiendo, como lo hace F. Gallo<sup>11</sup>, entre el 'contrato' (con prestaciones recíprocas), y los 'actos bilaterales' y los 'actos unilaterales' (sin aquel contenido sinalagmático).

- 7 N. ALBANESE, *Agere 'gerere' e 'contrahere' in D. 50.16.19: congetture su una definizione di Labeone*, en *SDHI*, 1972, pp. 189 ss.
- 8 BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, en *SDHI* 51 (1985), p.458 ss.; *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, en *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 1988), v- I, pp. 15 ss.
- 9 M. SARGENTI, *Nascita e sviluppo dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano. I: Labeone: I La nascita dell'idea di contratto*, en *Iura* 38 (1987).
- 10 F. GALLO, *Synállagma e conventio nel contratto* (2 tomos), Giappichelli; *Synállagma e conventio nel contratto*, Torino, 1992; *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, en *Riv. Roma e America. Diritto Romano Comune*, Mucchi Ed., n° 7/1999, pp. 17 ss.
- 11 F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, o. c., p.56 ss.

Mucho más difícil es que, en el momento actual, la legislación codificada pueda aceptar las ideas del autor. Ello es debido a que por un lado la noción de contrato se ha generalizado hasta llegar a aceptar, siguiendo con ello a Savigny y a la Pandectística, que por contrato se entienda todo "acuerdo de varias personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir relaciones jurídicas" (Savigny)<sup>12</sup>. Y por el otro, la existencia de una 'teoría general del contrato', aplicable en principio a todas las situaciones. Con todo ello, se tienden a confundir aún más las figuras negociales<sup>13</sup>.

Pienso al respecto que, aun denominándolos en general 'contratos', hay una necesidad doctrinaria de justicia en destacar el distinto tratamiento que hay que darle a figuras tan distintas como los 'préstamos', las 'promesas de pago' y los 'contratos sinalagmáticos', para poder solucionar correctamente los problemas que se presenten. Es decir, reconocer de algún modo las ideas propuestas por Álvaro d'Ors. Pero, como él mismo lo reconoce, sus ideas están en "maduración" y es necesaria su difusión, para esperar que en el futuro se las acepte y sean llevadas a la práctica.

12 K. F. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840-1849. Trad, cast., Madrid, *s/f.*, Libro II, cap. III.

13 Sin embargo, cabe citar la vigente "Compilación del derecho privado foral de Navarra o Fuero Nuevo", donde se habla (tít. VIII) de las obligaciones en general, y luego de las estipulaciones (tít. IX), de los préstamos (tít. X) y de los distintos contratos (en los títulos siguientes).

# ÁLVARO D'ORS Y LA FILOLOGÍA CLÁSICA

Carmen Castillo  
Universidad de Navarra

---

“En general los hombres de nuestras promociones hemos tenido que lanzarnos a una labor científica en varios sectores simultáneamente; nos obligaba un como abandono de aquéllas y nuestro personal horror al vacío, en este caso, quizá el horror al desprestigio científico de España”.

Corresponden estas palabras de D. Álvaro a un artículo sobre las virtudes del científico, publicado en uno de los primeros números de la revista *Nuestro Tiempo*, iniciada en el seno del Instituto de Periodismo, en lo que entonces era el Estudio General de Navarra<sup>1</sup>. “Excusaba” así su saber polifacético, que tántos admiramos, en una frase en la que asoma, a la vez, la poderosa fuerza del amor patrio.

D. Álvaro no sólo es un Romanista de prestigio universal, sino un conocedor profundo del Mundo Antiguo, que le hace capaz de “ver bullir” la vida detrás de los textos, de “recrear” la realidad que ellos reflejan.

Ese atractivo por la Antigüedad clásica, que luego ha sido capaz de comunicar a tantos discípulos, nació en unas vacaciones de verano pasadas en Londres cuando no tenía más de dieciséis años: sus visitas diarias al British Museum fueron determinantes, hasta el punto de,

<sup>1</sup> A. d'Ors, *Especialización, universalidad y acribia en las ciencias históricas*, en *Nuestro Tiempo* 2, 1954; reproducido en *Papeles del oficio universitario*, *Bibl. Del pensamiento Actual*, Madrid 1961; las palabras citadas en p. 126.

cuenta él, que durante el último curso del bachillerato sólo estudió griego y latín. Algo más tarde, cuando ya era un avanzado alumno de Derecho, se matriculó en la Facultad de Filosofía y Letras, en la que el plan de estudios de aquellos años (1933-1934) permitía seleccionar con gran libertad el propio *curriculum*. Su elección se orientó hacia los Estudios Clásicos.

Ya por entonces, surgió la iniciativa de preparar una edición anotada del discurso ciceroniano *Pro Caecina*, siguiendo una sugerencia que le hizo el maestro Giuliano Bonfante. Una iniciativa que llevó a término unos años más tarde: el *Pro Caecina* se publicó en la colección "Clásicos Emerita" promovida por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas<sup>2</sup>. Su interés por este importante discurso siguió manteniéndose durante años y se cristalizó en una edición crítica en Milán en 1965<sup>3</sup>.

Pero la tarea de traducir y anotar textos del Arpinate se había hecho ver ya veinticinco años antes, cuando publicó la *Defensa del poeta Arquías*<sup>4</sup>: un bello discurso en el que Cicerón, además de defender el derecho de la ciudadanía del poeta, hace un espléndido alegato a favor del estudio de lo que hoy llamamos Humanidades.

La línea ciceroniana de los estudios orsianos tiene otros dos grandes centros de interés: uno de ellos el tratado *De Legibus*, sobre el que ha publicado diferentes comentarios a pasajes concretos<sup>5</sup> y del que se presentó una traducción con introducción y notas en 1953<sup>6</sup>. Como es lógico, el otro centro de interés es el tratado *De Res Publica*; la recensión que hizo a la edición de este tratado hecha por Philippo Cancelli en 1979 y que se publicó el año siguiente en la revista *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, contiene importantes precisiones sobre

2 Cic., *Pro Caecina*, Introducción, traducción y comentarios. (Madrid CSIC 1943).

3 Cic., *Pro Caecina*, ed. Crítica, (Milán, Mondadori 1965).

4 Cic. *Defensa del poeta Arquías*, Intr. Trad. y notas, (Madrid CSIC 1940, 1970.5)

5 Pueden citarse los publicados en *AHDE* en 1951 y 1952.

6 Cic., *De Legibus*, Intrd. Trad. y notas, (Madrid, Instituto de Estudios Políticos 1953. Reimpreso en 1970).

el concepto ciceroniano de *res publica*, que no debe traducirse, como se hace habitualmente por “estado”, palabra que tiene unas connotaciones inseparables del concepto de “estado” moderno y que no tiene por tanto nada que ver con la *res publica* de la que habla Cicerón. El propio D. Álvaro hizo una traducción anotada de la parte conservada de este tratado, que publicó la Editorial Gredos en la colección en 1984<sup>7</sup>.

De la Filología Clásica surge como de forma natural el interés por la Historia. Entre los cursos 1952 y 1954 explicó D. Álvaro, en la Universidad de Santiago, la asignatura de Historia del Derecho. En conexión con esta materia, entró en el estudio de las fuentes jurídicas visigóticas que abocó en la publicación del *Codex Euricianus*.

Siempre ha sido tarea dificultosa la de establecer una línea precisa de separación entre Edad Antigua y Edad Media. En lo que atañe a la Historia de *Hispania*, está claro que la sociedad visigoda mantuvo un trazado de continuidad con la sociedad romana: basta pensar en la supervivencia de algunas familias destacadas y de las formas de organización. En este trayecto de línea continua se engarza la atención que D. Álvaro ha prestado a lo que él llama “el Derecho Romano vulgar de los visigodos”, cuyo fruto más cuajado ha sido, como decíamos más arriba, la edición del *Código de Eurico*, que concluyó cuando ya se había hecho cargo de la dirección del Instituto Español de Estudios Jurídicos en Roma<sup>8</sup>.

Ya en 1940 había estado Don Álvaro en Roma con el objeto de ampliar estudios. Allí elaboró parte de la que sería su tesis doctoral sobre la *Constitutio Antoniniana*. La *Constitutio*, más vulgarmente conocida como “Edicto de Caracala”, conservada en el Papiro Gissen 40, lo hizo entrar en un terreno por entonces desconocido en la ciencia española; es él, en efecto, una “avanzadilla” del cultivo de la

<sup>7</sup> Cic., *Sobre la república*. Intr. Apéndice y notas. (Madrid Gredos 1984).

<sup>8</sup> A. D'Ors, *El Código de Eurico*. Edición palanginesia, índices. (Roma-Madrid, C.S.I.C. 1960).

Papirología a España, que no adquirió cuerpo en nuestro país hasta años más tarde.

La tesis doctoral, cuyo título completo es: *Constitutio Antoniniana* (P. Giss. 40 I). *Contribución al estudio de su valor y significado para la historia del Derecho Romano*, fue dirigida por Ursicino Álvarez y leída en la Universidad de Madrid en 1941.

Se publicó por capítulos en diferentes revistas especializadas de ámbito internacional<sup>9</sup>.

Como suele ocurrir con las tesis que marcan un hito en el devenir de la ciencia, el tema no quedó "sepultado" sino que se hace presente en otros estudios pasados los años. Consecuencia de este trabajo sobre el Papiro Gissen 40 fue sin duda la *Introducción al estudio de los documentos del Egipto Romano* que publicó en 1948. En el XI Congreso Internacional de Papirología celebrado en Milán en 1965 intervino con una ponencia titulada "*Nuevos estudios sobre la Constitutio Antoniniana*"<sup>10</sup>.

He dejado para el final de estas breves notas la dedicación al estudio de la Epigrafía Romana, un ámbito en el que también fue D. Álvaro pionero en los estudios hechos en España, y del que me siento más directamente "heredera".

El interés por los textos epigráficos ha acompañado al prof. Álvaro d'Ors a lo largo de toda su vida académica: atraviesa todo su currículo. Su aportación en este campo tiene un elevado peso específico, reconocido mundialmente.

9 Estudios sobre la *Constitutio Antoniniana*:

I. Estado de la cuestión, *Emerita* 11, 1943, 295-337.

II. "Los dediticios y el edicto de Caracala", *AHDE* 15, 1944, 162-204.

III. "Los peregrini después del edicto de Caracala", *AHDE* 17, 1946, 586-604.

IV. "La extensión de la ciudadanía a egipcios y judíos en el a. 212 d.C.", *Sefarad* 6, 1946, 21-36.

V. "Caracala y la unificación del Imperio", *Emerita* 24, 1956, 1-26.

10 *Actas*, Milano, 1966

Justamente, el elenco de publicaciones de D. Álvaro se abre con el estudio de un texto epigráfico: la *Tabula patronatus* de Badalona, que publicó en uno de los primeros números de la revista *Emerita*<sup>11</sup>. Saltó poco después la chispa del descubrimiento de los bronce de El Rubio, que contienen parte de la ley colonial de *Urso* (Osuna, Sevilla): el trabajo sobre estos fragmentos se publicó el mismo año en que defendió su tesis doctoral<sup>12</sup>. La atención al variado y rico material con textos legales, que ha ido apareciendo en la Bética, hasta estos últimos años ha sido siempre para D. Álvaro un objetivo, que yo llamaría preferente, dentro del campo de la Epigrafía jurídica.

La obra titulada *Epigrafía de la España Romana* (EJER), que se publicó en 1953, es, más que un *best-seller*, todavía hoy una obra fundamental, un libro imprescindible en la biblioteca de cualquier estudioso de la Antigüedad Clásica<sup>13</sup>.

Pero, como digo, las aportaciones de d'Ors en el terreno epigráfico son numerosísimas y de gran calado, de forma que se hace difícil seleccionar para no abrumar aquí al lector con enumeraciones amplísimas<sup>14</sup>. Los más relevantes creo que pueden agruparse en cinco series: los dedicados al conjunto epigráfico del Museo de Linares, publicados entre 1960 y 1966 en la *Revista Oretania*<sup>15</sup>. Un segundo conjunto es el que corresponde al Catálogo de las Inscripciones de Galicia, que impulsó y trabajó en colaboración con los directores de los Museos Arqueológicos de aquella región desde 1949 hasta 1964: este conjunto es el primer catálogo regional de inscripciones romanas que se ha hecho en España. La fórmula ha conocido años después un amplio desarrollo, hasta el punto que, puede decirse, ya está recogida en esta forma de catálogos locales o provinciales toda la epigrafía de

11 *Emerita* 7, 1939, 156-159.

12 A. d'Ors, "Los bronce de El Rubio", *Emerita* 9, 1941, 138-154.

13 Publicada en Madrid por el Instituto de Estudios Jurídicos del C.S.I.C.

14 La relación completa hasta 1987 puede consultarse en el libro-homenaje que se le ofreció en la Universidad de Navarra: *Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d'Ors*, Pamplona 1987.

15 La serie se compone de ocho artículos, a los que debe añadirse el publicado en *Emerita* 45, 1977, 15-17 en colaboración con R. Contreras de la Paz.

la Península Ibérica. La tercera de estas series es la titulada *El progreso de la epigrafía romana de Hispania* que consta de tres ponencias presentadas a los Congresos Internacionales de Epigrafía entre 1953 y 1967<sup>16</sup>. A partir de esta fecha y hasta 1992 me cupo el honor de proseguir la tarea, iniciada por el maestro, de presentar a los científicos de otros lugares una crónica que reunía los descubrimientos y avances realizados, quinquenio por quinquenio, en la epigrafía de Hispania<sup>17</sup>. El cuarto grupo es el compuesto por siete artículos, con periodicidad trienal, en los que se hacía una reseña crítica sobre la Epigrafía Jurídica de todo el Imperio; estos artículos abarcan los ventidós años que van de 1950 a 1971 y fueron publicados por la revista *Studia et Documenta Historiare et Iuris*, que se edita en Roma, entre 1954 y 1972<sup>18</sup>.

A raíz de la noticia del descubrimiento de los broncees que contienen buena parte de la llamada *Lex Irnitana*, D. Álvaro inicia una serie de publicaciones en las que hace -cuando el texto no se había aún hecho público -observaciones y matizaciones sobre algunas cuestiones puntuales; así, por ejemplo, el artículo titulado *Litem suam facere*, que apareció en la mencionada revista *Studia et Documenta* en 1982; poco después, comienza a llamar al modelo que dio lugar a estas copias de leyes municipales encontradas en la Bética *Lex Flavia Municipalis*: una denominación que ha encontrado abundante eco. Es larga la relación de artículos sobre este tema, que culminó en la edición comentada que se publicó en Roma en 1986<sup>19</sup>. El comentario que hace

- 16 *Atti del III Congresso Internazionale di Epigrafia Greca e Latina*, Roma 1959, pp. 387-393; *Akte des IV Internationalen Kongresses für Griechische und Lateinische Epigraphik*, Wien 1964, pp. 298-309; *Acta of the Fifth Epigraphic Congress...*, Cambridge 1967, pp. 253-264.
- 17 Por diversas circunstancias, a partir del Congreso de 1977 en Roma, La Asociación ya no consideró necesaria la presencia de esta síntesis que tan útil ha sido durante años.
- 18 *Epigrafía Jurídica Griega y Romana IV* (1950-1953), *SDHI* 20, 1954, 403-484; V (1954-1956), *SDHI* 23, 1957, 475-543; VI (1957-59) *SDHI* 26, 1960, 453-525; VII (1960-62) *SDHI* 29, 1963, 455-508; VIII (1963-65) *SDHI* 32, 1966, 445-509; IX (1966-1968) *SDHI* 25, 1969, 501-558; X (1969-1971) *SDHI* 38, 1972, 433-507.
- 19 A. D'Ors, *La Ley Flavia Municipal, Texto y Comentario*, Roma 1986. La edición de estos broncees, conocidos desde 1981, fue tardía y azarosas aparecieron por fin en el

D. Álvaro en esta publicación ha sido ampliamente elogiado y es lo mejor que se ha escrito hasta ahora sobre el texto legal, que ha tenido una amplísima repercusión en el ámbito de los estudiosos de la Antigüedad Romana, sean o no romanistas. Con posterioridad a esta publicación D. Álvaro preparó, junto con su hijo Xavier d'Ors, una versión en la que se incluían fragmentos conocidos posteriormente y una traducción en lengua española<sup>20</sup>.

En abril de 1987 se celebró en Pamplona un Coloquio Internacional de *Epigrafía Jurídica Romana*, en homenaje a la figura del maestro. Participaron en él los mejores especialistas del momento, entre los que se encontraban Marcel Le Glay, Director de la *l'Année Epigraphique*, y Giancarlo Susini, Director de la revista *Epigraphica*, que se edita en Bolonia, y por entonces vicepresidente de la Asociación Internacional de Epigrafía Griega y Latina (AIEGL)<sup>21</sup>. Las palabras que pronunció Susini en la clausura de aquel encuentro son quizá las más adecuadas para cerrar esta escueta noticia sobre las actividades del profesor Álvaro d'Ors en el terreno de la Filología Clásica. Dijo Susini.

*"... tutti gli Studiosi sentivano, cioè que tutti si sentivano di dire grazie a d'Ors. Ma io vado ore un poco piú addietro nel tempo, esattamente a trenta anni fa, a Roma nel 1957, durante il III Congresso epigrafico internazionale, quando Álvaro d'Ors tenne una magistrale relazione e presiedette una sessione: fu allora que io tenni la mia prima -trepidante, dubitosa- comunicazioni scientifica in sede internazionale.*

*Una cosa minuscola tra le tante, che d'Ors commentava con*

*Journal of Roman Studies* de 1986 editados por J. Gonzáles con traducción inglesa de M. H. Crawford.

20 A. D'ORS - X. D'ORS, *Lex Imitana*, en *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano, I*, Universidad de Santiago de Compostela 1987. W. Simshauser ha hecho una recensión conjunta de estas tres ediciones en la *Zeitschrift für Savigny-Stiftung (ZSS)* 107, 1990, 543-561.

21 Ambos han fallecido en edad relativamente temprana. Marcel Le Glay, hace ya unos años; Susini, hace apenas unos meses.

*serietà e con generosità, dicendo con poche parole moltissime suggestioni, da non dimenticare mai più. È un grandissimo, immeritatissimo privilegio oggi dire al professore d'Ors, a nome di tutti, grazie, grazie per il paradigma di scienza, di dottrina, di umanità che da questa Università di Navarra dona ed ha donato a tanti, a tutti*<sup>22</sup>.

Un agradecimiento del que me hago eco gratísimo personalmente.

22 *Epigrafía Jurídica Romana. Actas del Coloquio Internacional AIEGL. Pamplona 1989, p. 409.*

# EL DERECHO CANÓNICO EN EL PENSAMIENTO DE ÁLVARO D'ORS

Dolores García Hervás  
Universidad de Santiago de Compostela

---

Durante más de un tercio de siglo, Álvaro d'Ors ha venido ejerciendo como titular de la Cátedra de Derecho Romano en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. En estos años, y atendiendo a las específicas exigencias de una Facultad eclesiástica como es la de Derecho Canónico, d'Ors proyectó su docencia en el sentido de explicar la compleja cuestión de la continuidad o discontinuidad entre el Derecho Romano y el Derecho Canónico; o, desde otra perspectiva, a fundamentar el difícil engarce histórico e institucional entre ambos Derechos.

Esta fue, sin duda, una de las circunstancias que favorecieron la constante preocupación de d'Ors por el Derecho de la Iglesia. Sin embargo, son otros y más sólidos motivos -que fácilmente se adivinan en su biografía personal y científica-, los que dan razón de su profundo interés por una disciplina que, en claro contraste con las teorías inmanentes del Derecho, sigue manteniendo su tradición, dos veces milenaria, de fundamentación trascendente.

Fruto de su labor docente en la Facultad de Derecho Canónico, fue la paulatina elaboración, a lo largo de casi 40 años, de su más importante y extensa obra canónica, *Introducción civil al Derecho Canónico*, con un total de más de 1000 páginas mecanografiadas, y que, por desgracia, se encuentra hoy todavía inédita.

El autor divide su exposición en cinco partes<sup>1</sup>, que se refieren, la primera, al Derecho y las leyes; la segunda se dedica a los temas proce-

sales, núcleo de todo el Derecho propiamente dicho, y, en general, a la *potestas iurisdictionis* de la Iglesia; la tercera parte versa sobre las personas; las personas jurídicas ocupan la cuarta parte, y, en ese mismo capítulo, se trata de la organización de la Iglesia, “con especial referencia a la distinción entre autoridad y potestad, que constituye para mí la clave esencial de cuanto se puede decir sobre derecho y organización social”<sup>2</sup>. Por último, la quinta parte se refiere a algunas instituciones patrimoniales, “pero sin el orden ni la extensión propia de las exposiciones civiles, ya que todo el derecho patrimonial tiene un interés mucho menor dentro del Derecho canónico”<sup>3</sup>.

Si damos noticia, muy sumariamente, del contenido de la obra, es porque esta escueta referencia resulta significativa a la hora de valorar la importancia de la misma. Por otra parte, el hecho de que se trate de una obra inédita, justifica sobradamente la dificultad que encuentra todo intento de sintetizar las importantes aportaciones del autor en el ámbito de la ciencia canónica, así como de justificar debidamente la valoración que merecen.

Sin embargo, por muchas razones, académicas y personales, que, como es evidente, no voy a mencionar aquí, me ha parecido obligado tratar de destacar algunos de los rasgos principales que caracterizan el pensamiento canonístico de Álvaro d'Ors, como modesta contribución al volumen homenaje a quien todo le debo; también, como muestra de gratitud hacia el Maestro que quiso cruzar conmigo a la otra orilla del *utrumque ius*.

- 1 Cfr. A. d'ORS, *Introducción civil al Derecho Canónico (pro manuscripto)*, Índice. Sólo citaré los artículos canonísticos del autor que se encuentran publicados, en aquellos casos en los que resulte estrictamente necesario, puesto que seguiré en este escrito, muy principalmente, lo que el autor ha expuesto en su *Introducción civil*, obra en la que con frecuencia desarrolla más, y, en ocasiones, también aclara mejor, o, incluso, rectifica, temas tratados por él en publicaciones anteriores; por el carácter inédito de la obra, resulta imposible y supérflua una cita puntual de la misma.
- 2 A. d'ORS, *Introducción civil*, cit., Introducción.
- 3 *Ibidem*.

Considero que lo profundamente original de la aportación de Álvaro d'Ors al Derecho Canónico, es la *forma mentis* típicamente jurídica con que afronta todas y cada una de las cuestiones canónicas a las que dedicará su atención sucesivamente a lo largo de casi medio siglo, por mucho que esta afirmación pueda resultar sorprendente para quienes no estén familiarizados con la problemática específica que afectó de forma tan notable a la canonística de la segunda mitad del siglo XX. En este sentido, si algo caracteriza los escritos canónicos de Álvaro d'Ors es su claro distanciamiento, tanto de la tendencia a lo que llamaré una "juridificación secularizadora" del Derecho Canónico, como de la opuesta, que califica de "pastoralismo espiritualista".

Respecto de la primera, dirá d'Ors que, en congruencia con el carácter carismático y santificador de la Iglesia, "cuando hablamos del Derecho de la Iglesia, ese Derecho es esencialmente distinto del de la sociedad civil, aunque pueda utilizarse a veces para el canónico una terminología prestada por este otro secular, si bien, casi siempre, con un sentido distinto. Esta distancia crea una dificultad para la comunicación doctrinal, pues exige siempre un miramiento escrupuloso para no caer en graves incomprensiones de los sagrados cánones"<sup>4</sup>.

Entre las manifestaciones más significativas de este legalismo secular, destaca d'Ors el fenómeno de la codificación en la Iglesia, y la sustitución de los "cánones" por las "normas" canónicas, con la contradicción, reflejo de la tendencia contraria, de que en el Código de Derecho Canónico de 1983 se advierte una enorme abundancia de cánones puramente exhortativos, morales y no jurídicos, por lo que habla de una grave tensión entre el misterio y el Derecho que se plantea dentro de la Iglesia, de tal manera que "unos parecen haber caído en el extremo, no ya del teologismo, pero sí del pastoralismo espiritual"<sup>5</sup>.

4 A. D'ORS, *Los sagrados cánones, entre el misterio y el Derecho*, en "Verbo", 1987, pp. 515 y ss.

5 A. D'ORS, *Los sagrados cánones*, cit., p. 520.

Frente a esta última tendencia, d'Ors ha destacado y practicado cómo la ciencia canónica consiste ante todo en la exégesis de los cánones, puesto que el Derecho Canónico, como todo Derecho, consiste en textos, y no puede hablarse de una realidad independiente de ellos, aunque no todos sean legales, por lo que estimula a los canonistas a un estudio más filológico y crítico de los textos canónicos.

Estas consideraciones preliminares exigen desarrollar con algo más de detenimiento la postura de nuestro autor en lo que se refiere a la naturaleza del Derecho Canónico.

El propio d'Ors entiende que la cuestión de en qué medida el Derecho Canónico es propiamente Derecho, no puede menos de ser problemática,

De acuerdo con su conocida tesis de que "Derecho es lo que aprueban los jueces", sostiene que el Derecho Canónico no es un orden jurídico en sentido estricto, por no ser juzicable sino una mínima parte de él; en todo caso -dirá- se trata de un orden peculiar, que la Iglesia utiliza instrumentalmente, expresión necesaria e inseparable de su teología<sup>6</sup>.

En efecto, comentando las primeras palabras de la Constitución apostólica que promulga el Código de Derecho Canónico de 1983, *Sacrae disciplinae leges*, entiende que éstas son una confirmación de que el Derecho Canónico es *ius sacrum*; "no, por tanto, un simple aparato jurídico eclesiástico, sino una manifestación de la esencia misma de la Iglesia como sociedad visible fundada por Jesucristo"<sup>7</sup>.

Desde su concepción de que el Derecho propiamente dicho es el privado, que versa sobre conflictos patrimoniales entre dos personas, cosa que falta en absoluto en el Derecho Canónico, concluye que, desde el punto de vista del carácter público del Derecho Canónico, éste

6 Se refiere a este tema por extenso en su *Introducción civil*; también puede verse, *Los sagrados cánones*, cit., pp. 514 y ss.

puede quedar considerado como forma de organización de la Iglesia, más que como Derecho propiamente dicho.

En efecto, es incuestionable -dirá- que el orden de la Iglesia no se centra, como en el Derecho Civil, en la resolución de conflictos patrimoniales, sino que consiste en un conjunto de reglas, cánones, que se refieren, principalmente, a la organización de las instancias de potestad y autoridad en la Iglesia -o, con otras palabras, a la competencia de los oficios capitales y de los órganos que colaboran en el gobierno de la Iglesia-, así como también a la administración de los sacramentos.

El Derecho Canónico es un Derecho eminentemente legislado y público. En términos generales -añade-, lo que llamamos Derecho público no es un Derecho judicial, y, por tanto, no es Derecho propiamente dicho: lo es tan sólo en la medida en que pueda someterse al control de tribunales imparciales y no a un control jerárquico. Y todo el Derecho Canónico es público en el sentido de que pertenece a la sociedad eclesial, y no contempla relaciones patrimoniales.

El Derecho Canónico es *directum* cristiano, es, ante todo, una organización de instancias jerárquicas de gobierno y administración, que se coordinan para servir al bien público, que, en la Iglesia, es la *salus animarum*.

Al no pretender un orden patrimonial, sino el propio de la organización de la Iglesia, y, principalmente, de las personas jurídicas que la componen, y tener, al mismo tiempo, un ámbito de fuero interno y no de coacción social humana, dista esencialmente de lo que es el Derecho secular, patrimonial y humanamente coactivo.

Sin embargo, en lo que podíamos llamar una última evolución de su pensamiento, d'Ors distingue el "Derecho judicial" o Derecho en

7 A. D'ORS, *El nuevo Código de Derecho Canónico*, en *La Ley*, Buenos Aires, 23.V.1983, p.3.

sentido propio, y el “Derecho disciplinar”, Derecho que abarcaría también lo organizativo, o Derecho impropio, distinción que le permite admitir que el Derecho de la Iglesia sea también Derecho, aunque en este sentido más amplio o “impropio”<sup>8</sup>.

Las profundas diferencias en cuanto a la naturaleza del Derecho Canónico y del Derecho secular, no pueden menos de dar carácter a los respectivos conceptos de justicia por parte de la Iglesia y del Estado.

“Es cierto -dirá- que, en la Edad Media, por atracción del prestigio del *Corpus Iuris Civilis*, fundamento del Derecho secular, se llegó a asociar el estudio de los sagrados cánones de la Iglesia al de aquél otro derecho -y precisamente bajo el nombre común de *ius*: ‘ambos derechos’ (*utrumque ius*)-, pero, en realidad, el concepto genuino del *ius* romano era incompatible con el ordenamiento de la Iglesia, precisamente porque el *ius* romano suponía siempre el recurso coactivo de la *actio* que, en último término, afectaba a los patrimonios más que a las personas. Para el cristianismo, en cambio, lo justo está en seguir el camino recto -el *directum*, y no en los recursos agresivos de las ‘acciones’ patrimoniales”<sup>9</sup>.

En este contexto canónico se entiende también que la justicia se exprese como aplicación de la ley, “sólo que no estrictamente de la ley humana, como ocurre hoy en el Estado, sino de una ley divina, la del Fundador de la Iglesia, que sólo muy parcialmente aparece concretada en cánones”<sup>10</sup>. Esto explica que en la Iglesia se puedan castigar delitos no tipificados legalmente, siempre que supongan una infracción de la ley divina, así como que el juicio de la Iglesia no sea exclusivamente externo sino que alcance al fuero interno de la conciencia.

Otra de las manifestaciones más importantes de la propia concep-

8 También este ulterior desarrollo de su pensamiento acerca del concepto mismo de Derecho, puede verse en la *Introducción civil*, cit.

9 A. d'Ors, *Los sagrados cánones*, cit., p. 514 y ss.

10 A. d'Ors, *Los sagrados cánones*, cit., p.515.

ción del Derecho mismo de la Iglesia es que éste se halle integrado esencialmente por “cánones” y no por “normas” o leyes. En efecto, *regula* -equivalente latino del griego *canon*- “es una forma de expresar un principio para orientar, sobre todo, al que ha de juzgar: una regla de juicio. (...) Las reglas son como aforismos y, del mismo modo que con éstos, aunque se coleccionen en forma de libros, no se pretende ordenar toda la vida ética de la convivencia social, así tampoco lo pretendían las reglas, sino simplemente dar una prudente orientación para resolver bien las posibles controversias”<sup>11</sup>. Explica d’Ors que, mientras que la regla es un instrumento para trazar líneas rectas, la norma es la escuadra, que sirve para trazar, no líneas, sino ángulos rectos. La línea sirve para orientar o dirigir en un sentido recto, es decir, justo, mientras que el ángulo recto ajusta plenamente todo un conjunto, edificando un orden unitario sobre un espacio limitado. “En la aplicación jurídica, la norma es para todo el grupo afectado y para todas sus relaciones. Es natural, pues, que el normativismo presuponga el Estado, hasta el extremo de que se ha llegado a identificar el Estado como una simple estructura ‘normativa’ totalmente escalonada y excluyente”<sup>12</sup>.

Con el Código de 1917 la Iglesia adopta por primera vez una forma legislativa propia del Estado, el *Codex*<sup>13</sup>, no sólo -dirá d’Ors- por un cierto mimetismo que siempre subsiste como residuo del *utrumque ius*, sino, sobre todo, porque en aquel momento parecía necesario reforzar la unidad y la uniformidad de la Iglesia, y esa forma legislativa utilizada por el centralismo estatal, parecía la más adecuada. Una vez admitida la forma de Código para la Iglesia, no es de extrañar que se introdujera en el lenguaje canónico el uso de la palabra “norma”, generalizándose definitivamente con el Código de 1983<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> A. d’Ors, *Los sagrados cánones*, cit., pp. 516 y ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Sobre el fenómeno de la codificación en la Iglesia, y, más en concreto, sobre el vigente Código, puede verse, d’Ors, A., *El nuevo Código de Derecho Canónico*, cit.

<sup>14</sup> El autor trata monográficamente sobre este tema en su escrito *Sobre la palabra “norma” en Derecho Canónico*, en *Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 1976, pp. 817 y ss.

De las anteriores premisas concluye d'Ors afirmando cómo el Derecho canónico posee unas características peculiares que impiden su equiparación con los modernos Derechos estatales, como tampoco con los Derechos seculares preestatales. Entre otras razones, porque el Derecho actual vive de una tradición pagana, procedente de la forma, también pagana, del *ius*. De ahí que el Derecho secular se presente, de manera principal, como un sistema de "derechos", siendo así que el "derecho subjetivo" moderno no es más que una traducción de la idea de poder. En efecto, los derechos subjetivos son, propiamente, un conjunto de poderes personales jurídicamente exigibles; o, desde el punto de vista procesal, un sistema de acciones, de actos lícitos de violencia por parte de quien tiene un poder en la sociedad -de manera directa, los jueces- acerca de aquello que debe considerarse justo sobre personas o bienes.

Resulta innegable que el ordenamiento canónico no puede presentarse como un sistema de derechos entendidos de modo similar a cómo el Derecho actual los concibe. De ahí que, a nuestro juicio, resulte de especial interés el pensamiento de d'Ors en este punto, por cuanto se adecúa particularmente a las características esenciales del Derecho de la Iglesia<sup>15</sup>.

Si nos remontamos, como no puede ser de otro modo en este punto, al Derecho Romano, ya el *ius* de los romanos aparece en su forma originaria pero que determinará todo el desarrollo del Derecho romano, como un conjunto de actos de violencia lícita, como un orden del poder personal conveniente. Así, el *ius* presupone la *vis* que se reconoce socialmente como conforme a las conveniencias, y por ello se declara *iusta*. Sin el refuerzo de esa violencia -hoy equivalente, en cierto sentido, a la coactividad- el *ius* sería algo puramente teórico. Se hace necesario, en consecuencia, que el Derecho quede como de alguna manera "reforzado", para que pueda hablarse de un orden imperativo, exigible. Por lo tanto, el *ius* presupone la *vis*, la posibilidad de ser impuesto necesariamente, pero es *ius*, como venimos di-

15 Seguiremos en este tema el desarrollo que propone d'Ors en su *Introducción civil*.

ciendo, en la medida en que esa *vis* sea considerada como conveniente, o, lo que es lo mismo, *iusta*, pues en caso contrario tal violencia sería una *iniuria*.

Como es sabido, el concepto romano de *ius* integraba los aspectos objetivo y subjetivo en que la doctrina moderna ha polarizado la palabra "Derecho", como derecho objetivo o norma y derecho subjetivo o facultad. *Ius* es, pues, la posición de fuerza conveniente, y esta posición, aun en el caso de que corresponda a una persona concreta, no deja de integrarse como situación dentro de un orden objetivo.

Aunque ya en Justiniano parece insinuarse la idea de un derecho atribuido propiamente a una persona, de la misma manera que ocurre en el concepto moderno de "derecho subjetivo", el reconocimiento del derecho subjetivo como concepto central del orden jurídico, planteado antropológicamente, es, como se sabe, resultado del individualismo de la Reforma protestante<sup>16</sup>.

La concepción cristiana del Derecho, entendido éste como inseparablemente unido a la idea de "rectitud", como "camino recto", se contrapone frontalmente a la antigua tradición pagana del *ius*. En efecto, para la concepción cristiana, procedente del mundo bíblico, el Derecho consiste en la "conducta recta", y no ya en una forma de actuar la violencia lícita, según era concebida en el mundo pagano la idea del *ius*. Así, en la tradición judeo-cristiana, la idea de "rectitud" vino a producir la progresiva sustitución del concepto de *ius* por el de *directum*<sup>17</sup>, como consecuencia de la propia visión teocéntrica del judaísmo, de la que derivaba la idea de que el "camino recto" era el trazado por Dios -por lo que se refiere al *directum*, en el ámbito de la justicia- como supremo legislador. Esta es la razón por la cual en

<sup>16</sup> Cfr. VILLEY, M., *Les origines de la notion droit subjectif*, en *Archives de Philosophie du droit*, 1953-1954, p. 163. Sobre la crítica moderna del concepto de "derecho subjetivo" en el pensamiento de este autor, puede verse, a modo de compendio, VILLEY, M., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, 1976.

<sup>17</sup> D'Ors subraya cómo todos los idiomas modernos acogen en el concepto de "derecho" la idea de rectitud, y así *droit*, *dret*, *drept*, *diveito*, *diritto*, etc. proceden del sustantivo tardo-latino *directum* o *derectum*.

el pensamiento judío se identificaba justicia y santidad<sup>18</sup>.

Es en la Edad Media cuando revive de alguna manera el uso del término *ius* -y más adelante *utrumque ius* para designar la conjunción del Derecho secular y canónico-, como consecuencia de la Recepción del *Corpus Iuris* del Emperador Justiniano, seis siglos anterior.

Pese a ello, sostiene d'Ors que la Recepción de los antiguos textos romanos "no implicó la del antiguo concepto del *ius*; antes bien, en ese ambiente profundamente sacralizado en que se produce la Recepción, los antiguos textos no fueron obstáculo para una nueva concepción teológica de los juristas, una total cosmovisión en la que el Derecho va a integrarse, por la que éste resultaba ser (...) un orden suprahumano dentro del que cada hombre (...) tenía su lugar justo (...). En este sentido, el Derecho no era más que una forma de participar en ese superior orden divino, y la idea, que podía encontrarse en los textos romanos de "tener derecho" no era más que un modo de referirse a la justa conducta personal conforme a ese gran orden cósmico, del que el hombre era una pieza de singular relevancia. Por tanto, una concepción eminentemente objetivista"<sup>19</sup>.

Como consecuencia de la Reforma protestante, quebró esa cosmovisión teológica a la que acabamos de hacer referencia, quedando el hombre constituido como centro del cosmos. En consecuencia, el Derecho es concebido de manera muy principal como un sistema de facultades individuales. Por otra parte, explica d'Ors, cómo, mediante una inversión semántica del término *subiectum* -que en sentido latino tradicional significaba "lo que se halla sometido"- se introduce el sustantivo *subiectum* en el sentido de "titular", persona capaz, "sujeto de derecho", como contrapuesto a "objeto" del mismo.

En este contexto, afirma d'Ors<sup>20</sup>: "Se entroniza así la idea de que el

18 Sobre el concepto original de *directum*, puede verse GARCÍA GALLO, A., en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1960, p. 5 y ss.

19 A. d'Ors, *Prelección jubilar*, Santiago de Compostela, 1985, p.24.

20 A. d'Ors, *Prelección*, cit. p. 25.

Derecho consiste en los *derechos subjetivos*, y no era inconsecuente que, una vez instalada la nueva forma de Estado, se hiciera éste el defensor de aquellos derechos subjetivos legalmente ordenados por él. Esta nueva concepción iba a convertir el Derecho Civil derivado de aquel Derecho romano recibido en la Edad Media, en un ordenamiento legal absolutamente individualista, coherente con el nuevo liberalismo político, exaltador de la propiedad individual como base de todo el orden jurídico y expresión de la nueva libertad: el llamado "individualismo posesivo".

Sin embargo, todavía puede advertirse una diferencia importante entre la *facultas agendi* en que consiste el derecho subjetivo y la *potestas* que implica el *ius* romano, en el sentido de que esta potestad consiste, no tanto en una facultad, que es potencial, como en una *actio* actualmente posible, ya que todo el Derecho Romano clásico consiste en un sistema de *acciones*, esto es, de reclamaciones judiciales posibles<sup>21</sup>.

A modo de conclusión, al hilo de estas consideraciones de carácter histórico, muy escuetamente apuntadas, puede afirmarse que si bien toda la antigua cultura jurídica quedó ligeramente barnizada de cristianismo, en el ámbito del Derecho se siguió, sin embargo, la horma pagana del *ius*. En este sentido, también puede decirse que se mantiene en la actualidad el concepto pagano de Derecho, entendido como poder jurídico: el Derecho consiste en poderes. De este modo, el moderno concepto de derecho subjetivo no es más que una traducción de la idea de poder en cuanto que los derechos subjetivos se conciben como un conjunto de poderes personales. Esta concepción del Derecho como sistema de poderes -desde un punto de vista procesal, como un sistema de acciones- es esencialmente pagano: responde a la idea

21 Siendo esto así, señala d'Ors cómo en el s. XIX puede advertirse, sin embargo, un recrudescimiento del concepto individualista del derecho subjetivo, o, si se prefiere, un retorno al típico concepto pagano del *ius* como violencia lícita, con la filosofía voluntarista de un Schopenhauer o un Nietzsche, y, más concretamente, con la teoría jurídica de Ihering, que concibe fundamentalmente el Derecho como la voluntad de poder.

del poder originario, primitivo, del *ius* como conjunto de actos de violencia de quien tiene *potestas* legítima, *potestas* que la sociedad considera como justa<sup>22</sup>.

Frente a esta concepción del Derecho que, sin duda alguna, parece hoy dominante, propone d'Ors un giro, en buena medida copernicano, en relación con los hábitos conceptuales recibidos sobre la misma idea de Derecho.

En este contexto, afirma lo siguiente: "Una concepción cristiana del Derecho no puede prescindir de la vinculación de éste con la moral. Así, consistiendo ésta siempre en deberes personales, puede decirse que el Derecho consiste precisamente en el orden de esos deberes, en la medida en que son socialmente exigibles mediante juicios imparciales"<sup>23</sup>. Los deberes morales, en gran parte, no son exigibles socialmente. Es la propia sociedad la que traduce en términos de exigibilidad una parte mínima de la moral; o, lo que es lo mismo, hay una pequeña parte de deberes morales que son socialmente exigibles. El Derecho resultaría, así, como un sistema de deberes exigibles, siendo la propia sociedad la que declara la exigibilidad de un concreto deber.

"La idea central para esta nueva concepción del Derecho, no sería la de la potestad privada de la antigua Roma, ni la propiedad del individualismo posesivo de la Revolución liberal, sino, precisamente, la del servicio justo, pero no entendido éste como servicio al Estado, ni siquiera a la sociedad como ente colectivo, sino entendido como el servicio que unas personas se deben a otras en razón de su posición relativa, la cual viene determinada a la vez por condicionamientos

- 22 Acerca de esta idea del derecho como conjunto de poderes personales o derechos subjetivos, entendidos como limitaciones de la potestad o del poder público, idea también acogida hoy en el ámbito internacional, puede verse el sugerente artículo del mismo autor, *Ley de la ONU versus Ley de Dios*, en *Razonalismo. Homenaje a Fernández de la Mora*, Fundación Balmes, Madrid, 1995, pp. 592 y ss.
- 23 Un desarrollo de esta teoría aplicada al Derecho laboral, puede verse en d'Ors, *Derecho y sentido común*, Madrid, 1995, pp. 149 y ss.

sociales y por las opciones libres de su propia autonomía personal”<sup>24</sup>.

Resulta claro que el fundamento de todo derecho, para que éste sea operativo, se encuentra en un deber, por lo que se puede establecer como una dependencia entre los deberes y los derechos, en el sentido de que el deber de una persona funda el derecho de otra cuando esta última se encuentra en la posición de exigir el deber correlativo. Esta correlación implica la alteridad, propia de las situaciones -en las que una persona se halla en una posición respectiva frente a las potestades públicas o frente a otra persona-, y de las relaciones -en las que una persona guarda una posición relativa frente a otra u otras-. En consecuencia, lo que ordinariamente se entiende como “derecho subjetivo” no es más que la facultad de exigir un deber, pero entiende d’Ors que lo central es el deber, y la exigibilidad es lo accidental, aunque esta nota distinga los deberes jurídicos de los meramente morales.

En la medida en que un deber es exigible, esta exigibilidad, sea oficial o particular, podría llamarse derecho, pero, en el pensamiento de d’Ors lo prioritario es que se trate de un deber exigible. Como puede advertirse, se propone un giro radical en la concepción del Derecho mismo, que consiste en concebirlo como un sistema de deberes jurídicamente exigibles. Pero no existe inconveniente alguno en que a esta exigibilidad se la pueda denominar “derecho”, es decir, posibilidad personal de ejercicio de esa exigibilidad. Así, el Derecho consistiría, como decimos, en un orden establecido -esencial o convencionalmente- de exigibilidad, en el cual la idea de poder no resultaría esencial.

En este orden de cosas, conviene añadir que un concepto preciso de Derecho exige la delimitación de los deberes “jurídicos”, reduciendo éstos a los que pueden ser “socialmente exigibles”. Por ello, d’Ors viene insistiendo en un elemento del que no puede prescindirse, y es el de la coactividad o coercibilidad de los deberes jurídicos, elemen-

24 A. D’ORS, *Prelección*, op. cit. p. 30 y s.

to sin el cual no resulta fácil distinguir el orden jurídico de otros, como pueden ser el de los usos sociales o el de los preceptos puramente morales.

Elemento esencial del deber jurídico es, como venimos diciendo, la exigibilidad, que se materializa -según el pensamiento inicial de d'Ors- en la posibilidad real de someter lo propiamente jurídico al juicio de un juez, de acuerdo con la conocida fórmula orsiana "Derecho es lo que aprueban los jueces". Sin embargo, el autor, en lo que venimos llamando una última evolución de su pensamiento, deja abierta la posibilidad de que pueda haber coacción jurídica, exigibilidad, que exceda el ámbito estricto de los jueces; o, lo que es lo mismo, admite que pueda existir un ordenamiento jurídico que no sea estrictamente judicial, donde los deberes jurídicos puedan ser coactivamente exigidos, al menos por un juez relativamente independiente.

En definitiva, pueden admitirse también otras formas de coacción social organizada, o una exigibilidad jurídica no estrictamente judicial -en un régimen contencioso y ante un juez imparcial- sino de revisión por quien, en cierto modo, es una parte. Porque negar que aquellas materias exigibles mediante recurso jerárquico son jurídicas, parece demasiado exigente al propio autor.

De cuanto venimos diciendo puede concluirse que muchos de los llamados por el Código de Derecho Canónico "derechos" o "deberes" de los fieles, consisten más propiamente en un conjunto de reglas (cánones) que imponen deberes o derechos más bien morales -insisto, tal y como vienen positivizados en la actualidad- que sólo serán propiamente jurídicos en la medida en que se articulen eficazmente los mecanismos para que puedan ser al menos jerárquicamente controlables, o, lo que es lo mismo, jurídicamente exigibles. Es más, en ambos Códigos, tanto en el latino como en el oriental, se puede observar un gran número de cánones puramente exhortativos, que carecen en absoluto de posible sanción; sólo secundariamente, los citados cuerpos legales se refieren a la posible sanción por el incumplimien-

to de tales deberes, sanción que, por lo demás, será en muchos casos de fuero exclusivamente interno, pero que, incluso cuando es de fuero externo, presenta también un carácter eminentemente moral.

Por último, propone d'Ors una consideración que nos parece de interés recoger aquí para concluir: "Debe repararse también en una diferente relación con la virtud de la justicia que existe entre el ordenamiento civil y el de la Iglesia. Tanto para uno como para otro, puede entenderse por justicia aquella virtud cardinal que consiste en dar a cada uno lo suyo (así Cicerón, *de off.* 1,5,15, aunque también se añade, en vez de lo suyo *-suum-* su 'derecho' *-ius suum-*) pero, para el derecho civil, esta virtud es, en cierto modo, instrumental respecto al fin más propio que es el de resolver los litigios, en tanto para el derecho canónico ocurre al revés: la justicia es un fin y, en razón de ella, se procura terminar los litigios (...). De ahí se deriva la necesidad de admitir para el ejercicio de la potestad eclesiástica una menos estricta legalidad que para el de la potestad secular, lo que se puede llamar una discrecionalidad, que está entre la arbitrariedad, que la Iglesia rechaza precisamente por la misma moralidad de su ordenamiento, y la legalidad estricta, que obedece, en el ordenamiento estatal, a una como desconfianza ante los que ejercen la potestad, que es inconcebible en la Iglesia, donde los fieles todos deben confiar en sus pastores, y los posibles abusos deben corregirse jerárquicamente y no como por una exigencia de observancia legal"<sup>25</sup>.

Este nuevo enfoque del Derecho desde la perspectiva del deber jurídicamente exigible, es, sin duda, mucho más acorde con las características peculiares del ordenamiento canónico y con el ejercicio de la potestad en la Iglesia, basado en el principio de confianza de los fieles en sus pastores, y donde, en consecuencia, parece más congruente hablar de un sistema de deberes, en todo caso, hoy sólo en muy pequeña medida, jurídicamente exigibles.

En conclusión: volviendo a las consideraciones de Álvaro d'Ors que

25 A. d'Ors, *Introducción civil*, cit.

recogíamos al principio acerca de la naturaleza del Derecho Canónico, conviene aclarar que, si en un primer momento, el autor comienza por negar el carácter jurídico del Derecho Canónico, es, precisamente, porque aplica la idea pagana del Derecho al ordenamiento jurídico de la Iglesia.

Sin embargo, atendiendo al ulterior desarrollo de su pensamiento -que, conviene destacarlo, se produce a partir de una detenida reflexión por su parte, acerca de la naturaleza del Derecho de la Iglesia-, no puede concluirse que d'Ors niegue que el Derecho Canónico sea "Derecho": lo que afirma es que no responde al concepto pagano de Derecho.

Desde esta perspectiva debe concluirse que el Derecho Canónico sí es Derecho en sentido cristiano, es decir, sí es un orden de deberes socialmente exigibles, o, con otras palabras, jurídicamente exigibles, al menos, ante un juez relativamente imparcial. No consiste en actos de fuerza, *ius*, sino en un conjunto de reglas que señalan el camino recto, la conducta recta, aquella trazada por Dios como supremo legislador. Se trata de un Derecho profundamente sacralizado, donde el fiel tiene su lugar justo, por lo que puede decirse que el Derecho Canónico es, en definitiva, el Derecho por excelencia, un orden jurídico paradigmático.

# LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA DE ÁLVARO D'ORS

Miguel Ayuso  
Pontificia Universidad de Comillas

---

## I. Pórtico.

Es para mí un honor participar en este homenaje al maestro Álvaro d'Ors, convocado por la más antigua de las Universidades de la América hispana, la de San Marcos de Lima. Sólo con emoción también puede acudir a una empresa como ésta que resalta tan patentemente la herencia de las Españas. Finalmente, no puedo dejar de lado la responsabilidad que entraña el cumplimiento del encargo que me ha sido hecho: presentar en sus trazos centrales una obra jurídica y política tan rica y tan compacta como la del profesor Álvaro d'Ors no es tarea fácil. Como el propio autor homenajeado ha puesto de relieve en varias ocasiones, y últimamente dando a la estampa -precisamente en la revista *Verbo*, que dirijo bajo la orientación del también gran maestro Juan Vallet de Goytisolo- unas *Claves conceptuales*<sup>1</sup> que desvelan la trama de todo su pensamiento, pero igualmente en la redacción enteramente nueva de su anterior *Una introducción al estudio del derecho*<sup>2</sup>, toda su obra está compuesta por piezas que encajan de modo perfecto, sin fisura ni contradicción. Es, pues, d'Ors, autor de un sistema, que, por otra parte, se ha forjado al calor del pensamiento tradicional hispánico, que ha enriquecido notablemente con sus aportes, por más que en ocasiones la singularidad de aquél introduzca también alguna disonancia, mejor contrapunto, en el concierto de éste. Como quiera que sea, en un ensayo de las dimensiones como el que se ha pedido no caben los análisis en exceso minuciosos ni las

1 A. D'ORS, 1996.

2 A. D'ORS, 1963 y 1999.

comparaciones o las críticas con cuidado ponderadas. Baste, por lo mismo, al objeto de cumplir con el designio de rendir homenaje a una figura impar como la de Álvaro d'Ors, con presentar algunas de las grandes cuestiones que levanta su reflexión teórica sobre la política y el derecho.

## 2. *El derecho y la política en el sistema de las ciencias.*

En su empeño de aportar una clasificación de las distintas ramas del saber, que constituyan propiamente un sistema de las ciencias, ha dedicado nuestro autor consideraciones bien sabrosas sobre el estatus epistemológico de la política y el derecho, que deben ser traídas a colación precisamente al comienzo de estas páginas<sup>3</sup>. Tras recordar que toda clasificación de las ciencias debe prescindir de un concepto excesivamente estricto de la "ciencia" y que tiene, además, un carácter convencional y relativo, entre los heterogéneos *fundamenta divisionis*, y con referencia al objeto, sigue, frente a los sistemas binarios (ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu), un criterio ternario que distingue entre ciencias naturales, ciencias humanas o morales y ciencias sociales o geonómicas, cada una de las cuales, a su vez, puede ser subclasificada en tres grupos.

Las ciencias naturales, en primer lugar, tienen por objeto los fenómenos naturales experimentables. Pueden ser elementales (física, química), biológicas y médicas. Las ciencias humanas o morales, a continuación, tienen por objeto expresiones humanas personales o reflexiones de la conciencia libre del hombre. Pueden ser teóricas, hermenéuticas y prudenciales. Las ciencias sociales o geonómicas, finalmente, tienen por objeto fenómenos del comportamiento de los grupos sociales en relación con el territorio que ocupan. Pueden ser espaciales, económicas o sociales *stricto sensu*. En la confusión entre las ciencias morales y las sociales, provocada por el binarismo, está el origen de graves perturbaciones al acabar éstas por imponer sus

3 A. D'ORS, 1973, 1977 y 1979.

exigencias metódicas a aquéllas, quedando de resultas absorbida la libertad humana en el tropismo social. De ahí que el derecho y la política son ciencias humanas prudenciales, en cuanto vienen referidas a la prudencia jurídica y a la del gobernante. Aunque admiten, eso sí, como auxiliares, y eso es de especial relevancia en el ámbito del derecho público, por la especial imbricación de la ciencia de la organización, disciplinas geonómicas.

Son de destacar las importantes consecuencias de la rotunda situación del derecho y de la política entre las ciencias morales. No obstante lo cual, surgen algunas interrogaciones a cuenta del estatuto que se atribuye a las ciencias sociales. ¿Son, en verdad, el reino de lo impersonal? ¿Las ciencias sociales (economía, sociología, etc.) no son morales? Una interpretación estrictamente sistemática de lo que escribe Álvaro d'Ors quizá condujera demasiado lejos<sup>4</sup>.

### *3. El derecho es lo que aprueban los jueces.*

La filosofía jurídica es para nuestro autor una interpretación de la realidad jurídica, esto es, de la vida en cuanto se nos manifiesta como jurídica. En este sentido, toda filosofía jurídica es resultado también de una experiencia, por cuanto supone un propio esfuerzo de comprensión de la realidad jurídica, histórica y actual. Por eso, y desde bien pronto, el profesor d'Ors, con toda simplicidad, ha querido dejarnos su propia experiencia jurídica decantada en una teoría, que ha calificado de realista, por oposición al idealismo y al positivismo<sup>5</sup>. Empeño en el que ha perseverado hasta el presente<sup>6</sup>.

Eje de su teoría jurídica realista es la definición del derecho como aquello que aprueban los jueces<sup>7</sup>, aclarado, andando el tiempo, como aquello que aprueban los jueces respecto a los servicios personales

4 C. DE KONICK, 1945.

5 A. D'ORS, 1963.

6 A. D'ORS, 1999.

7 A. D'ORS, 1963.

socialmente exigibles<sup>8</sup>. Conclusión a la que arriba a través de un itinerario que, reducido a sus tramos esenciales, resumimos. Disponemos de dos palabras para referirnos a la realidad jurídica, *directum* y *ius*. Aquélla, que sustituyó a ésta, más antigua, significa lo que es recto, no-torcido, y son los jueces, a cuyo criterio decisorio podemos -con cierta probabilidad- anticiparnos mentalmente, los que deciden con efectos sociales sobre lo que es recto o no. El término primitivo, en cambio, significa -con valor adjetival- lo ajustado para resolver un conflicto. Y son también los jueces los que deben realizar ese ajuste en presencia de cada particular conflicto. De *ius* deriva la justicia, virtud volitiva consistente en la disposición estable de dar a cada uno lo suyo, que sigue -por lo mismo- a la prudencia, virtud intelectual que discierne qué es lo de cada uno. Justicia y jurisprudencia deben, pues, mantenerse unidas, pues la justicia es ciega -y no sólo en la interpretación simbólica- cuando no se ve asistida del conocimiento del derecho. En un segundo momento ha completado nuestro autor la definición, precisando el contenido temático de las decisiones judiciales, que es todo lo relativo a servicios personales socialmente exigibles.

Las consecuencias de tal planteamiento son ricas y no exentas de dificultad. En primer término, en cuanto al derecho natural. Pues, para escapar de la acusación de positivismo (judicial) que pudiera ende-zársela, se remonta al juicio divino, ya que conforme con su concepto de derecho, al haber un juicio de Dios hay también un derecho divino, aquello que aprueba el juez divino. Derecho divino que se contiene en la Revelación, conocido como positivo y por el que seremos juzgados. Si bien los infieles, que no conocen sin culpa el derecho divino positivo y obran con recta conciencia, serán juzgados benévolamente con un derecho mitigado que llamamos natural y que al cristiano no interesa personalmente. No obstante la alegación de nuestro autor de elaborar un concepto del derecho estrictamente jurídico y no filosófico, pues no busca sino ofrecer un medio claro para

8 A. D'ORS, 1996 y 1999.

9 J. RODRÍGUEZ ITURBE, 1967, ELÍAS DE TEJEDA, 1977; SERIAUX, 1991.

distinguir el derecho propiamente dicho de otras "apariencias sociales similares", lo cierto es que su sistema levanta dificultades no despreciables desde el ángulo de tradición católica, por dejar a un lado todo el acervo aristotélico-tomista<sup>9</sup>. Bien es cierto que, si dejamos de lado el rigor de las definiciones y la compacidad de su entrelazamiento, el tono de sus tomas de posición, quizá por su firme catolicismo, quizá por su oficio de romanista, es resueltamente clásico<sup>10</sup>.

En segundo lugar, también en lo que toca al derecho subjetivo y *a fortiori* los derechos humanos. Pues el profesor d'Ors, con especial énfasis, no sólo separa los derechos subjetivos de los deberes judicialmente exigibles, sino que recusa la distinción subjetivo-objetivo como producto del análisis racionalista e inadecuada para la inteligencia de la realidad jurídica. En cuanto a lo primero -en la estela de Michel Villey pero con desarrollo original-, halla en el derecho subjetivo una degeneración del orden de justicia, con su sustitución de la "persona" por el "sujeto" a causa del antropocentrismo individualista de matriz kantiana. Pero es que, además, lo que el juez aprueba es -entre otras cosas- a la vez el criterio jurídico, el libro que lo contiene, la competencia que se le atribuye, la pretensión formalmente presentada y la conducta a que corresponde tal pretensión. De ahí la inconveniencia de distinguir la facultad de la norma, y de ahí también el genérico "aquello" o "lo que" que figura en la definición. Su juicio terminante sobre los derechos humanos, a continuación, deriva del rechazo del derecho subjetivo y se explica por las razones de que procede éste. Por lo mismo, las declaraciones de derechos del hombre en que culmina el error del derecho subjetivo vienen a constituir una versión anticristiana del Decálogo, que sólo consta de deberes de las personas<sup>11</sup>.

#### 4. "Auctoritas" y "potestas".

<sup>10</sup> J. VALLET DE GOYTISOLO, 1998.

<sup>11</sup> A. D'ORS, 1989.

La elucidación orsiana sobre la distinción entre autoridad y potestad es, posiblemente, otro de los ejes de su obra, que abraza las orillas de la reflexión jurídica y política<sup>12</sup>. Distinción capital en el derecho y la constitución política romanos, sin ella no puede alcanzarse la contraposición -básica en aquél- entre un derecho obra de los juristas con autoridad, y la ley fuente de potestad por antonomasia, ni el equilibrio -capital en aquélla- de la autoridad del Senado con el ejercicio de la majestad del pueblo por medio de la potestad de los magistrados. Pero su virtualidad trasciende la reconstrucción histórica romana, expandiéndose por los feraces predios del orden político en su historia y en su realidad presente<sup>13</sup>.

Con el aforismo "pregunta el que puede, contesta el que sabe" sintetiza su autor la necesaria distinción -que algunos han considerado radicalizada en la presentación de nuestro autor<sup>14</sup>- entre un poder y un saber socialmente reconocidos, constitutivos respectivamente de potestad y autoridad y en la que ésta opera como límite de aquélla. El poder, que es la disposición personal de los medios necesarios para organizar efectivamente la convivencia de un grupo social, se diferencia de la pura fuerza -incapaz de ser convertida en potestad por el reconocimiento social- en la delegabilidad de aquél, no predicable de ésta, y que asciende hasta el vértice del orden político ocupado por Dios. Cabe diferenciar, a continuación, habida cuenta de la mayor o menor congruencia del poder con el orden natural y con la tradición de un pueblo, el poder legítimo del ilegítimo. Ambos pueden ser legales -en cuanto respetuosos con la ley convencional pública-, distinguiéndose tan sólo a cuenta de su relación con el ámbito supraconvencional que es en el que se residencia la legitimidad. Poder y autoridad, también, deben ser socialmente reconocidos para convertirse de modo respectivo en potestad y autoridad. Elemento constitutivo el de su reconocimiento social, que arraiga sobre un dato de hecho, de difícil ponderación, que a su vez determina la dificultad de precisar jurídicamente su origen, sobre todo en el caso del poder,

12 A. D'ORS, 1973 y 1979.

13 A. DOMINGO, 1987 y 1999.

14 J. A. WIDOW, 1988.

que -a diferencia de la autoridad- exige subordinación. Cuando la potestad es reconocida por su legitimidad de origen estamos ante una "arquía", mientras que cuando la potestad se reconoce de facto nos hallamos en presencia de una "cracia". Así pues, el reconocimiento social de la potestad no se constituye en origen de ésta, sino en condición de su legitimidad de ejercicio. Por ello, aunque el buen ejercicio del poder nunca sea el origen de la legitimidad, un poder originariamente legítimo puede quedar deslegitimado por el abuso de su ejercicio. La potestad que pierde el reconocimiento social, por su parte, se convierte en poder despótico.

La autoridad, carente de poder, no puede ni impedir ni ejecutar los actos de la potestad. Su función no es otra, pues, que la de limitarla, por medio del refrendo (autorización) o censura (desautorización) de sus actos. La *praxis* romana, prolongada en la Edad media cristiana<sup>15</sup> conservó tal separación de autoridad y potestad, mientras que el Estado moderno, al consagrar la confusión de ambas, comenzó impidiendo la necesaria limitación de la potestad por una autoridad independiente, para terminar buscando dicha restricción donde no podía hallarse, por medio de una imposible división de poderes. En efecto, absorbida la autoridad por la potestad, el equilibrio que debería producirse por la independencia de aquélla frente a ésta, se trata de alcanzar por una división interna de la misma potestad, que debilita más el poder del gobernante que produce un equilibrio benéfico para la libertad estable. Los tribunales constitucionales, por lo demás, han venido a desmentir dicha teoría de la división de poderes, al controlar igualmente las leyes, las sentencias judiciales y las decisiones del gobierno<sup>16</sup>.

##### **5. Dos "stationes": de la crítica de la secularización europeizante a la crítica del Estado.**

<sup>15</sup> F. WILHELMSSEN, 1991.

<sup>16</sup> A. D'ORS, 1985.

En sus reflexiones sobre las raíces de la crisis moral de nuestro tiempo, en absoluto desligadas de lo que acabamos de ver, pueden distinguirse dos etapas que, aunque estrechamente entrelazadas, muestran acentos distintos según el discurrir del tiempo en nuestro siglo XX a punto de extinguirse. Primeramente, su atención se dirigió a la crítica de la secularización europeizante. Marcado por su experiencia vital en la guerra de España, que califica de cruzada nacional, y que no produjo en nuestro autor una simple reacción emocional o patética, sino un estímulo para la reflexión, capta con agudeza la distancia entre la tradición comunitaria patria y la secularización europea. En esto hay un perfecto acuerdo con los más destacados representantes de su generación pertenecientes a la común estirpe del pensamiento tradicional: Francisco Elías de Tejada, Rafael Gambra o Francisco Canals<sup>17</sup>: "Europa" no pasa de ser un mal producto de la secularización de la Cristiandad y el "europeísmo" debe ser considerado para los españoles como una maléfica seducción aniquilante de la sustancia hispánica<sup>18</sup>. Un segundo momento de la misma batalla intelectual contra la secularización y sus consecuencias se centra -partiendo de la enseñanza schmittiana- en la crítica del Estado, concepto histórico surgido en el siglo XVI como recurso de fuerza para superar las guerras de religión, y cuya necesidad no sintió España -libre por fortuna de tales guerras por su unidad religiosa-, de manera que entre nosotros el Estado sólo se ha ido realizando lenta y dificultosamente a remolque de influencias extranjeras, sobre todo francesas. La previsión de un nuevo regionalismo regido, a escala universal, por el principio de subsidiariedad, y concretado en España en la defensa de la foralidad, han sido desarrollos constantes en tal orientación<sup>19</sup>.

Ambos estadios, perfectamente coherentes no sólo en sí mismos, sino también desde las atalayas del sistema orsiano, sin embargo han destacado -entre los signos contradictorios de la experiencia presente- en cada momento realidades que, en ocasiones, remaban contracorriente, mientras que otras, marchaban con el viento a su favor. Así,

17 M. AVUSO, 1994 y 1998.

18 A. D'ORS, 1954.

19 A. D'ORS, 1961, 1973 y 1979.

de un lado, la denuncia del "europeísmo" sólo podía encontrar hostilidad en un panorama en que precisamente se comenzaba a cambiar la victoria española de 1939 por la de sus enemigos de 1945<sup>20</sup>; mientras que, por otra parte, el pacifismo propagado por los vencedores de 1945 se manifestaba incompatible con la subsistencia del Estado soberano. Ante esta aporía del Estado nacional, superado *ad extra* por organismos supranacionales y *ad intra* por autonomías regionales infranacionales, pero carentes aquéllos de toda idea moral -salvo la vaga y hasta aniquilante del pacifismo- y abriéndose paso éstas a través de cauces revolucionarios, su conclusión es que ese Estado nacional, llamado a desaparecer, subsiste realmente como una débil reserva de integridad moral<sup>21</sup>.

#### 6. La posesión del espacio y el "ordo orbis".

Íntimamente ligada a lo anterior se halla su presentación geodierética, que no geopolítica -aquella distribución racional del espacio según el doble criterio de la necesidad y la capacidad técnica, ésta simple estrategia estatal-, de la "posesión del espacio". Alzada sobre la base de que la virtud de la justicia también postula "dar a cada pueblo su suelo", pero no como dominio absoluto, sino como preferencia real compatible con la de otros grupos sociales menores y mayores según el principio de subsidiariedad<sup>22</sup>. En efecto, las preferencias posesorias, desde las más elementales de la familia y la empresa, llegan a los grandes espacios atravesando las ciudades, las comarcas, las regiones y las naciones. Entre las dos últimas surgen algunas dificultades de intelección, primero, y -consiguientemente- de integración. Pues si bien en un uso del lenguaje que no resulta forzado se podría decir que la "región" es el territorio de una "nación" -en cuanto el primero de los términos viene referido al reparto local y el segundo se contrae a la identidad del grupo personal que lo ocupa-, el uso más extendido ha dado a éste -identificado con el actual Estado- mayor amplitud

20 A. D'ORS, 1987.

21 A. D'ORS, 1984.

22 A. D'ORS, 1998.

que a aquél. Así pues, aunque la pretensión del catedrático afincado en Pamplona sea precisamente la de prescindir del Estado, en lo recién planteado se estaría dando a "nación" el ámbito de los actuales Estados y a "región" el de una parte autonómica dentro de la "nación". La actual Constitución española, por lo mismo, al entender algunas regiones como naciones (las llama "nacionalidades") ha terminado por crear una confusión entre la "nación" (española) y esas "naciones" ("nacionalidades") con autonomía, a la vez que un cierto complejo de inferioridad en las "regiones". Lo primero se agrava donde la población regional tiene conciencia de su identidad personal de un modo similar a la total de la nación, pues el término que comprende ambos sentimientos es el afectivo de patria, que alude a la comunidad de origen y tradición, y resulta compatible para los dos niveles regional y nacional, salvo cuando el conflicto separatista o el centralista quiere hacer desaparecer uno a costa del otro<sup>23</sup>. Sobre estas tensiones, concluye finalmente, no caben las afirmaciones *a priori*, porque dependen de actitudes sentimentales coyunturales, que la razón no puede desconocer pero tampoco tomar como fundamento constitutivo: así, no puede excluirse que la región se convierta en nación o -más infrecuente- que la nación se convierta en región de una nación mayor.

La construcción se cierra en el nivel de los grandes espacios, confederación de naciones que ni constituyen en su integración un Estado ni siquiera lo son sus integrantes. Garantía de libertad que, en cambio, desaparece con el superestado universal, potestad de suyo inevitable. Las naciones, pues, se incorporan libremente a un gran espacio, por más que razones de diversa naturaleza la favorezcan: geográficas, religiosas o incluso -donde existió una unidad religiosa, hoy perdida, de la que una ética común se configura como un resto- éticas. Así pues, tal articulación se encuentra con el límite de la unidad política del mundo. Y es cierto que, aun partiendo en una visión teológica del dato de la universalidad, una visión cristiana no puede ambicionar la derrota de una superpotencia por otra, ni el triunfo de

23 A. D'ORS, 1996b.

unos terceros infieles, sino la reintegración de todos en el *unum ovile*: por ello, todo acto que conduzca a ese fin ha de verse como históricamente valioso, y toda fuerza que aspire a ser históricamente valiosa debe aplicarse sin excusa a ese fin. Sin embargo, no debe dejar de añadirse que esa concepción en modo alguno se resuelve en el Imperio o en alguna forma más o menos leviathánica de Estado, pues la función histórica del cristianismo no puede reducirse a la producción y conservación de un Imperio, sino que resplandece en la plenitud gloriosa de la Iglesia. Así pues, desde el punto de vista cristiano, la unidad del mundo está incoada en la vocación universal de la Iglesia, por más que desde el ángulo político resulte un designio pérfido precisamente por contrario a la unidad de la Iglesia. Porque la unificación del mundo ha de entenderse como contrafigura de la Iglesia, lo que abre una perspectiva de "pluralismo" político -con un significado bien diferente del hoy acuñado-, que ha bautizado con la expresión por él mismo acuñada de "regionalismo funcional"<sup>24</sup>.

### 7. *Ni comunismo ni consumismo.*

Tras la ruina, ya que no del comunismo como superestructura ideológica, sí al menos de la economía socialista, parece dominar el mundo libre de trabas la economía capitalista a que nuestro autor también ha dedicado consideraciones críticas, bajo la sombra de Max Weber. A partir del dato cierto para el jurista de que las cosas consumibles no pueden producir frutos civiles, niega que las usuras sean fruto del dinero, por lo que lógicamente el inversionista -con su aportación de sólo dinero- es un prestamista y no un socio de la empresa. En consecuencia, ésta no debe ser considerada como una organización instrumental para la producción de bienes y el enriquecimiento, sino como forma de convivencia laboral que debe ser regida, en una u otra medida, por los que trabajan como socios y no como simples asalariados y por los que aportan bienes no consumibles de los que sí pueden obtenerse frutos<sup>25</sup>. La denuncia de la falacia del capitalismo abre el

24 A. D'ORS, 1961.

camino así a un nuevo planteamiento del derecho laboral, incluido el de la empresa, que puede servir de modelo del ordenamiento civil del futuro, centrado en la idea del servicio socialmente exigible al que antes nos referimos.

Pero también se ha atrevido a apuntar un remedio para evitar el mal del consumismo, a que conduce el capitalismo, y que en su opinión es mayor aun que el socialismo comunista. En efecto, la libertad de mercado, de la que parte el capitalismo, puede considerarse natural y, dentro de ciertos límites, conveniente. Sin embargo, a través de la competitividad y la publicidad, conduce al consumismo. La cuestión es, pues, romper la secuencia que liga inexorablemente el bien del mercado libre con el mal del consumismo, para lo que propone eliminar la publicidad comercial y sustituirla por una austera información que ayude al consumidor y no lo corrompa. Así, la competitividad selvática que fomenta el capitalismo, en perjuicio siempre del más débil, se reduciría a una más humana y limitada competencia, en beneficio de la comunidad y no de los productores más fuertes.

### **8. Teología política.**

Expresamente se ha referido nuestro autor, al cerrar uno de sus libros más significativos<sup>26</sup>, a su cultivo de la teología política, vinculado una vez más a una lectura muy personal y en absoluto canónica de Carl Schmitt<sup>27</sup>, y centrado en la crítica de los efectos de la reforma protestante, en la que divisa la esencia de la Edad moderna, en los terrenos de la ética, la política, el derecho y la economía. En buena medida, todo su pensamiento -apretadamente reseñado- es un combate sin cuartel contra la secularización del espíritu "europeo" no-confesional, contra la forma política del "Estado", contra el "derecho subjetivo" y contra el "consumismo" capitalista. Así como la afirmación, como salida a la crisis contemporánea, de una nueva ética

25 A. D'ORS, 1990.

26 A. D'ORS, 1987.

27 A. D'ORS, 1996c.

confesional de la que dependa un nuevo *ordo orbis*, un nuevo derecho justo y un desmantelamiento del *status quo* capitalista<sup>28</sup>.

Enfrentado con la realidad presente, la encuentra traspasada por signos contradictorios, y aunque ve síntomas del fracaso de la ética no-confesional, del Estado y del pacifismo, al igual que percibe la insatisfacción por los resultados del individualismo jurídico y de la inmoralidad capitalista, no deja de observar la fluidez de una situación que, lejos de cuajar en un nuevo orden, puede producir incluso la desaparición de los restos del "orden" moderno. A partir de esa inspiración orsiana he concebido buena parte de mi modesta obra<sup>29</sup>.

Por eso confiesa que, a estas alturas de su vida, no ve otra luz que la trascendental divina. Al tiempo que reconoce que "el estímulo primero de toda mi teoría política es aquel grito de "¡Viva Cristo Rey!" con el que murieron muchos de mis compañeros en la Cruzada (española), así como otras muchas víctimas del terror, muchas de ellas mártires". "No era aquél un grito sólo de fe y de bravura en momentos de sacrificio heroico, sino algo mucho más grave y elevado: una afirmación del primer principio para una teoría política cristiana"<sup>30</sup>.

### 9. Bibliografía citada.

AYUSO, MIGUEL:

-1994: *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Madrid.

-1996: *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid.

-1998: *Koinós. El pensamiento político de Rafael Gambra*, Madrid.

DOMINGO, RAFAEL:

-1987: *Teoría de la "auctoritas"*, Pamplona.

28 A. D'ORS, 1993.

29 A. AYUSO, 1996.

30 A. D'ORS, 1987.

-1999: *Auctoritas*, Barcelona.

ELIAS DE TEJADA, FRANCISCO:

-1977: *Tratado de filosofía del derecho*, volumen II, Sevilla.

KONINCK, CHARLES DE:

-1945: *Sciences morales et sciences sociales*, en *Laval philosophique et théologique* (Quebec) n° 1/2.

D'ORS, ALVARO:

-1954: *De la guerra y de la paz*, Madrid.

-1961: *Papeles del oficio universitario*, Madrid.

-1963: *Una introducción al estudio del derecho*, 1ª ed., Madrid, incluye como apéndice *Principios para una teoría realista del derecho*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1953.

-1973: *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, donde se incluyen los referidos en el texto *Derecho y ciencias sociales* (1970), *Derecho es lo que aprueban los jueces* (1973), *Autoridad y potestad* (1968) y *El principio de subsidiariedad* (1968).

-1977: *Sistema de las ciencias*, IV, Pamplona.

-1979: *Ensayos de teoría política*, Pamplona, donde se incluyen *Derecho, política, organización: un ensayo de ubicación sistemática* (1977), *Doce proposiciones sobre el poder* (1978) *Legitimidad* (1977) y *Autonomía de las personas y señorío del territorio* (1976).

-1985: *Prelección jubilar*, Santiago de Compostela.

-1984: *Tres aporías capitales*, en *Razón Española* (Madrid) n°2.

-1987: *La violencia y el orden*, Madrid.

-1989: *Una introducción al estudio del derecho*, 8ª edición, Madrid.

-1990: *Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía*, en *Revista chilena de derecho* (Santiago de Chile) n° 17/3.

-1993: *Retrospectiva de mis últimos XXV años*, en *Atlántida* (Madrid)

n° 13.

-1996: *Claves conceptuales*, en *Verbo* (Madrid) n° 345-346.

-1996b: *El nacionalismo, entre la patria y el Estado*, en *Verbo* (Madrid) n° 341-342.

-1996c: *El "Glossarium" de Carl Schmitt*, en Dalmacio Negro (ed.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid.

-1998: *La posesión del espacio*, Madrid.

-1999: *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid.

RODRIGUEZ ITURBE, JOSE:

-1967: *El concepto de derecho en la doctrina española actual*, Pamplona.

SERIAUX, ALAIN:

-1991: *Présentation, traduction et notes de Une introduction a l'étude du droit*, Aix-Marsella.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN:

-1998: *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, Madrid.

WIDOW, JUAN ANTONIO:

-1988: *Sobre la naturaleza de la potestad*, en *Philosophica* (Valparaíso) n°11.

WILHELMSSEN, FREDERICK D. :

-1991: *The Political Philosophy of Alvaro d'Ors*, en *The Political Science Reviewer* (Bryn Mawr) n°20.



# ÁLVARO D'ORS Y EL MAGISTERIO DE CARL SCHMITT

Montserrat Herrero  
Universidad de Navarra

---

## 1. Breve historia de una amistad.

Las primeras noticias que tuvo Álvaro d'Ors del nombre y la figura de Carl Schmitt le llegaron a través de su padre, Eugenio d'Ors, en cuyo *Glosario* se destacaba la valía y originalidad del pensamiento del jurista alemán, al que conoció también personalmente. Como relata d'Ors<sup>1</sup>, por esa vía le llegó el libro de Carl Schmitt *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, que, según reconoce, fue decisivo para su futuro pensamiento antiliberal.

El encuentro personal se produjo en 1944. A comienzos de ese año el joven profesor d'Ors estaba de catedrático en la Universidad de Granada, a la que Carl Schmitt fue invitado por Sánchez Agesta para dar una conferencia sobre *Vitoria y su fama*. Álvaro d'Ors le acompañó en esa ocasión. Esos días granadinos supusieron el origen de una gran amistad y el comienzo de un fecundo intercambio de ideas entre ambos. Después de ese encuentro se sucedieron muchos otros, la mayoría de ellos en Santiago. Ello se debe a que, por un lado, d'Ors se trasladó a Santiago en septiembre del mismo año 44, para empezar allí el curso de Derecho Romano y, por el otro, a que la única hija de Carl Schmitt se casó algunos años después, en 1959, con el catedrático de Historia del Derecho de Santiago, Alfonso Otero. El tener allí a su única hija Ánima hacía que Schmitt pasara largas temporadas en Santiago, de

<sup>1</sup> En sus *Catalipómenos metaescolásticos. Sinfonía de una vida*, aún inéditos, que citamos *ex manuscripto*.

modo que la conversación entre ambos juristas no se veía interrumpida durante mucho tiempo. Sea como fuere, no desaprovechaban ninguna posibilidad de encuentro, bien en Santiago bien en Alemania. Precisamente había sido con ocasión de uno de esos encuentros, en concreto en Heidelberg, cuando Ánima conoció al que sería después su marido. Álvaro d'Ors los presentó y después fue padrino de su hija, Dusanka, a la que dedica uno de sus *Catalipómenos*.

Después de su traslado a la Universidad de Navarra en 1961 d'Ors procuró una invitación de Carl Schmitt que dio allí, el 15 de marzo del año 1962, una conferencia con el título *Teorías modernas sobre el partisano*. Conferencia que dio también en Zaragoza, donde fue publicada.

No sólo fueron los encuentros la ocasión de intercambio de ideas, sino también la correspondencia que mantuvieron desde 1948 hasta poco antes de la muerte de Carl Schmitt<sup>2</sup>; en los últimos años, era Álvaro d'Ors quien escribía, pues Schmitt apenas podía hacerlo, como se puede ver en la última carta de Schmitt a d'Ors de 23. 5. 1978, en parte redactada por su hija Ánima. En esas cartas, cuya publicación preparo, se completa y precisa de modo patente la semejanza de las preocupaciones teóricas y prácticas de ambos juristas y, también, el diferente enfoque y alcance de las respuestas, que ya se perciben en los escritos de ambos. Desde muy temprano muestran su mutua admiración, aunque Álvaro d'Ors reconocía siempre la superioridad del maestro alemán. En carta de 30.12. 1948 comunica Schmitt a d'Ors que ha citado en su conferencia sobre *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* los *Presupuestos Críticos para el estudio del Derecho*<sup>3</sup>, el único escrito del joven profesor d'Ors que en ese momento conocía.

Como el mismo Álvaro d'Ors reconoce<sup>4</sup>, Carl Schmitt fue para él un gran maestro, aunque d'Ors no fue en sentido propio alumno suyo, ni

- 2 En breve editaremos esa correspondencia, que consta de 125 cartas en total. Aquí haremos sólo alguna referencia a ella y citaremos parcialmente del manuscrito.
- 3 Recoge la memoria de oposición esa cátedra de Derecho Romano, celebradas el mes de diciembre de 1943.

se pueda considerar un mero representante español de sus tesis, pues d'Ors tiene un pensamiento propio, que abarca diversos campos no tratados por Schmitt, aparte de las diferentes divergencias en temas comunes. Fue más bien un punto de constante referencia, de alguien que le podía entender, con quien podía dialogar, con el que le unían muchas afinidades, con quien poder llegar hasta el final de las preguntas y de las respuestas.

En mi opinión, la posibilidad de entendimiento mutuo y de diálogo verdadero, a pesar de la divergencia en algunas cuestiones, que en absoluto suponía una sombra en ese diálogo, era lo que hacía que se respetasen mutuamente, salvando la actitud reverencial de Álvaro d'Ors con Schmitt, reverencia lógica también por la diferencia de edad. En cualquier caso, a través de la correspondencia se puede ver cómo la consideración del jurista alemán por nuestro romanista no era menor. Cito unas líneas de la carta de 30.12.1948 de Carl Schmitt:

“envíeme pronto esos artículos suyos. Puede estar seguro de que van a encontrar en mí un buen lector. Los buenos lectores son hoy tan escasos como las buenas publicaciones. Sin embargo, por encima de todo interés temático, me encantaría poder volver a conversar con usted de esa manera”<sup>4</sup>

Muestra clara del reconocimiento de d'Ors por el jurista de Plettenberg es la ofrenda que le dedicó: su libro *De la Guerra y de la Paz*, de 1954. La dedicatoria reza: *Carolo Schmitt clarissimo viro gratus solvit amicus*. Como el mismo d'Ors dice en el prólogo, todos los escritos que ahí aparecen están ligados entre sí por la común inspiración que deben a Carl Schmitt. Un lugar destacado entre los escritos que ahí se recogen, publicados por primera vez en distintos

<sup>4</sup> Son muchos los lugares donde Álvaro d'Ors reconoce esa influencia: en el prólogo de su libro *De la Guerra y de la Paz*, en la *Retrospectiva de un Jurista* publicada por la revista *Atlántida* y aún más recientemente en su escrito sobre *el Glosario de Carl Schmitt*, etc.

<sup>5</sup> Se refiere a cómo lo hicieron en Granada.

años, ocupa *Carl Schmitt en Compostela*<sup>6</sup>. Compostela era para ambos juristas algo más que un lugar físico, era el contexto de su diálogo, era también el símbolo de un orden y de un poder espiritual.

## 2. *Temas comunes y divergencias.*

La obra y el pensamiento de estas dos señaladas figuras del pensamiento contemporáneo no se puede comparar o relacionar por los aspectos precisos del ámbito de la ciencia a la que cada uno dedicó su mayor quehacer, pues fueron diversos: Schmitt se dedicó fundamentalmente al Derecho Público, d'Ors al Derecho Romano. Sin embargo, se pueden encontrar temas comunes en la medida en que ambos juristas se atrevieron a pensar radicalmente el derecho y la política. Se puede decir, por tanto, que es principalmente la filosofía política el lugar donde se comunican los dos pensadores. El que se pueda hablar de filosofía política en ambos quiere decir que -como bien indica F.D. Wilhelmssen para el caso de Álvaro d'Ors, pero que me parece extensible al jurista alemán-, independientemente de que ambos tuvieran un cierto recelo respecto a lo puramente abstracto y una preferencia por lo concreto, tenían un "asidero metafísico en el mundo"<sup>7</sup>.

En las líneas que siguen intentaremos recorrer los temas comunes y las divergencias de ese rico diálogo.

### 2. 1. *La nómica.*

D'Ors decía que si debía su *syntaxis* a su padre, debía a Schmitt la "nómica" o ciencia del *nomos*<sup>8</sup>. Al decir esto, d'Ors muestra haber captado muy bien la esencia original del pensamiento schmittiano, pues como intentamos mostrar en su día<sup>9</sup>, toda su lógica-política

6 *Arbor*73, 1952, pp. 46-59. Recogido posteriormente en *De la Guerra y de la Paz*, pp. 181-204.

7 F. WILHELMSSEN, 1995:464

implícita parte del concepto de *nomos* de la tierra: la toma originaria de la tierra por parte del hombre. La toma de la tierra es un acontecimiento histórico que presupone una disposición trascendente humana; una posición espacial en el tiempo, que dará origen al despliegue práctico de la vida de las comunidades humanas. Por eso, para Schmitt la propiedad, la economía, el derecho internacional y político, de algún modo, siempre están refiriendo a la constitución fundamental de ese acto originario. En mi opinión, no es simplemente un *Anfang*, sino un *Prinzip*, si se nos permite utilizar esta ventaja de la lengua alemana, aunque este punto no está explícito en la obra schmittiana.

El libro *La posesión del espacio* (1998) viene a ser como la culminación de la “nómica” schmittiana en Álvaro d’Ors. Pero ya reflejaba esa idea en su concepto de *etymos nomos*<sup>10</sup>. Para el romanista, este concepto queda inmediatamente referido a la esencia y el origen de las instituciones.

“Existen ciertas constantes o principios a los que las ‘instituciones’ parecen hallarse necesariamente sometidas, aunque la experiencia histórica puede mostrar eventuales desviaciones y como infracciones de tal necesidad”<sup>11</sup>.

Del mismo modo que en el lenguaje es preciso buscar la etimología, el *etymos logos*, así en el pensamiento jurídico y político hay que buscar

8 En el Prólogo de *De la Guerra y de la Paz* reproduce Álvaro d’Ors esta inscripción grabada en un poste del bar del hogar de los Otero-Schmitt; “*Patri syntaxis debeo i nomican autem vestro*”.

9 M. Herrero, *El nomos y lo político: La filosofía política de Carl Schmitt*. Ahí decíamos (p. 45) que, a pesar de la explicitación tardía de este concepto (1950 en *Der Nomos der Erde*), implícitamente es ya una preocupación schmittiana desde 1934, cuando aparece citado por primera vez en *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*.

10 Esta expresión aparece por vez primera en *Forma de Gobierno y Legitimidad Familiar*, conferencia de 1959, publicada en 1960 y recogida después en *Escritos varios sobre el Derecho en Crisis*. Más tarde y más desarrollado aparece el concepto en *Para una metahistoria jurídica*, *Verbo*, n. 253-254, 1987, pp. 295-308. Escrito que ha sido recogido recientemente en *Parerga Historica* (1997), p.53.

11 A. d’Ors 1997: p. 56

la ley, el *nomos* primigenio de toda institución, dirá d'Ors, en *Forma de Gobierno y Legitimidad Familiar* (Cfr. D'Ors 1973 p. 123). Ahí encontraremos la justificación y la norma del desarrollo de esa institución.

Así lo hace también en su análisis de la institución de la propiedad, en el escrito *La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil*<sup>12</sup>, donde atribuye al hecho originario de la "toma de la tierra" la semilla de la lógica de la contraposición entre lo público y lo privado. Así dice:

"Todo el desarrollo jurídico, social, económico y político de la contraposición entre lo público y lo privado parte de este hecho radical de una asignación particular de parte del suelo: lo que, para seguir la expresión de Carl Schmitt, podemos llamar 'el *nomos* de la tierra', 'Der *Nomos der Erde*', que es el título de una de sus más importantes obras".<sup>13</sup>

Utiliza aquí d'Ors el concepto schmittiano según su propio esquema conceptual, como un *etymos nomos* de una institución, a saber, la propiedad privada, y no según el de Schmitt, pues éste le da un sentido más amplio, como vimos más arriba. D'Ors es consciente de que la consideración de la dependencia del origen tiene una importancia crucial en toda investigación histórico jurídica o política. Hasta el punto de considerar que sólo se pueden hacer analogías históricas de instituciones que tengan un origen similar. Es decir, que para considerar una analogía es preciso, previamente, tener en cuenta la genealogía o lo que él denomina homóclisis. (Cfr. D'Ors 1997 p. 106). Ahora bien, el concepto orsiano, en su primera formulación, no se refería a la dependencia del origen en sentido histórico, sino más

12 En su origen fue una conferencia pronunciada en la Universidad de la Coruña, el 21 de marzo de 1988 y publicado por primera vez en *Historia del derecho privado: Trabajos en homenaje a Ferrán Valls i Taberner*, Barcelona-Málaga, 1989, p. 2841 y ss. Recogida después en *Parerga Historica* (1997) de donde aquí se cita.

13 A. D'Ors 1997 p. 337