
Judicialismo y realismo jurídico en d'Ors

D'Ors' Judicial View and Juridical Realism

José Justo MEGÍAS QUIRÓS

Universidad de Cádiz

josejusto.megias@uca.es

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

Resumen: D'Ors ofrece una visión particular del Derecho, próxima al realismo pero ciertamente distinta. En este artículo se analiza brevemente la idea de este jurista sobre los diversos significados del *ius*, el valor de las decisiones judiciales, la importancia de la ley para la sociedad y la relevancia del derecho natural.

Abstract: D'Ors offers a particular vision of Law, close to realism but certainly different from it. In this article, I briefly discuss the idea of this jurist on the various meanings of *ius*, the value of judicial decisions, the importance of legislation to society and the relevance of Natural Law.

Palabras clave: Álvaro d'Ors; Derecho; derechos; ley; jurisprudencia; Derecho natural.

Keywords: Álvaro d'Ors; Law; rights; Act; Jurisprudence; Natural law.

Llama notablemente la atención en los escritos de A. d'Ors, al margen de su vasto conocimiento jurídico, su interés por el enfoque práctico del Derecho y la escasa afición –como él mismo puso de manifiesto– por una especulación teórica que se agotara en elucubraciones estériles. De ahí que debamos entender su manifiesta aversión hacia la Filosofía del Derecho como un rechazo de esa filosofía teórica ajena a los problemas jurídicos reales¹. Hasta tal punto se marcó como objeto de su investigación la realidad (y no la teoría) jurídica que en el artículo *Principios para una teoría realista del Derecho*², publicado en 1953, su argumentación

¹ En este sentido hay que interpretar su afirmación de que lo que dice un filósofo está muy bien para la teoría, pero para un jurista práctico sirve de poco. Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*. Cuadernos del Instituto Jurídico Español (CSIC), nº 24, Roma-Madrid, 1973, pp. 45-46. Gran parte de los artículos que publicó en revistas jurídicas fueron posteriormente recogidos en obras recopilatorias. Serán las que utilice para las citas a fin de hacer más sencilla su localización. Aunque existen numerosas fuentes indirectas, por razones de espacio y sencillez, me limitaré a las fuentes directas.

² «Principios para una teoría realista del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho I* (1953), pp. 301-330 (recogido posteriormente en *Una introducción al estudio del Derecho*. Rialp, Madrid, 1963). Ante las críticas de que no podía ser enmarcada en el realismo jurídico en sentido estricto, él mismo admitiría que debería haberla denominado *judicialista*: «la palabra *realista*, como ya han

teórica no se aparta en momento alguno de la realidad. No es extraño por ello que en ocasiones afirmara que para el jurista era suficiente el sentido común, verdadera «filosofía práctica de los juristas» y alejado del riesgo de teorizar³.

Peor opinión le merecía la sociología jurídica, de la que afirmaba que hundía al Derecho en el vulgarismo. Para d'Ors, el error de la sociología es que prescinde del ser humano en su dimensión personal para fijarse en él como parte de una masa, desde la que trata de dar explicaciones de las cuestiones jurídicas. A la sociología no le interesa encontrar o descubrir lo justo en cada situación concreta, sino cómo reacciona la masa ante cada una de esas situaciones, por lo que el Derecho deja de aparecer como la ciencia de lo justo y de lo injusto para convertirse en un compuesto de normas y decisiones que regula la conducta de la masa⁴.

Estos presupuestos llevaron a d'Ors a acercarse al estudio tanto del Derecho romano como del contemporáneo siempre desde una perspectiva práctica y pegada a la realidad, sin dejarse arrastrar por las diversas propuestas positivistas del siglo XX que, por un lado, renunciaban a descubrir lo justo concreto en beneficio de acordar lo que debería ser tenido por justo y, por otro, se limitaban en el fondo a hacer una filosofía teórica sobre el derecho positivo. Es cierto que algunas propuestas de d'Ors recuerdan a las de ciertas corrientes positivistas que destacan el protagonismo de los jueces a la hora de decir lo que es el derecho, pero se aparta de ellas desde el momento en que acepta la existencia de un orden jurídico natural y rechaza la concepción que estas corrientes tienen de la ley como el derecho por excelencia.

1. EL DERECHO COMO POSICIÓN JUSTA RECONOCIDA POR EL JUEZ

Resulta difícil para la mentalidad contemporánea imaginar un mundo jurídico en el que los derechos de la persona no estén en primer plano, hasta el punto de que nos parece que todo lo demás gira en torno a ellos y que la finali-

observado mis críticos, hubiera podido ser sustituida por *judicialista*». *Prelección Jubilar*. Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1985, p. 19.

³ Afirmaba en concreto que no quería hacer filosofía del derecho porque no quería hacer teoría: «El sentido común es la verdadera filosofía de los juristas». *Derecho y sentido común*. 2ª ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 26 (reitera la idea de nuevo en la p. 29 con las mismas palabras). En realidad sí que hacía filosofía del derecho, aunque se trata de una filosofía práctica del derecho, como se aprecia también en *Nueva introducción al estudio del Derecho*. Civitas, Madrid, 1999.

⁴ Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., pp. 19-25.

dad principal del derecho positivo es reconocerlos u otorgarlos y protegerlos. De este modo, nos resulta de lo más normal la referencia al Derecho (con mayúscula) como orden normativo y a los derechos (con minúscula) como facultades de los sujetos. No fue ésta la visión de los juristas romanos y tampoco lo fue la de d'Ors, que tomó prestada de aquellos una concepción del Derecho de difícil aceptación para una mentalidad tan individualista y aficionada a la dogmática como la contemporánea.

Efectivamente, d'Ors advierte que para los juristas romanos el término *ius* tenía al mismo tiempo connotaciones objetivas y subjetivas sin que unas se impusieran sobre las otras, de modo que su traducción al castellano más correcta sería la de *posición justa*⁵ y no la más ambigua de *derecho*. Además, ese *ius* era siempre identificable con el *iustum* porque eran una misma cosa, sin que se pudiera hablar de un orden de adecuación entre uno y otro⁶; es decir, no se planteaban si el derecho lo era porque se adecuaba a lo justo o si algo era justo porque se adecuaba a un derecho, sino que uno y otro tenían un mismo origen y nacimiento.

La determinación de una posición, que para ser justa deberá ser reconocida por los jueces como veremos más adelante, no depende únicamente de la voluntad pública, sino que puede tener su origen y fundamento también en las voluntades privadas. De este modo podríamos distinguir entre posiciones fijadas o impuestas por una norma pública, que se denominarían *situaciones*, y posiciones fijadas o acordadas por personas privadas, que se denominarían *relaciones*. Siempre que fueran justas, las primeras constituirían el derecho pú-

⁵ Así, por ejemplo, al tratar sobre la propiedad, expone que «cuando el que pretendía ser propietario civil afirmaba que la *res* era suya *ex iure Quiritium* (siendo *Quirites* un término arcaizante para designar a los ciudadanos romanos), es claro que ese *ius* no es ahí un *derecho subjetivo* de propiedad, pero tampoco, precisamente por falta de contraposición conceptual, un *Derecho objetivo* de la propiedad civil, sino que con ese término se significaba algo que preferimos traducir como *posición justa según el orden civil*». «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», en *Temas de Derecho*, vol. VI-2 (1991), pp. 25-26.

⁶ *Ius* «correspondía en la mentalidad romana a un término intermedio, elástico y comprensivo, un término que hemos tratado de traducir con la expresión española *posición justa*. La idea de la licitud o de la justicia habita así en el mismo término *ius*, y por ende no se puede plantear la discusión sobre una prioridad; no se puede decir que el *ius* lo es por ser justo, ni al revés, que lo justo lo es por adecuación al *ius*. *Ius* e *iustum* son, en realidad, lo mismo, y no debemos olvidar que *ius* nace, lo mismo que *derecho*, como adjetivo al igual que *fas*: *ius est, fas est*. Ese equilibrio del término *ius, derecho*, entre lo objetivo y lo subjetivo permite una gran flexibilidad de expresión, y que se abarque a la vez, sin traslados mentales, por ejemplo, el *ius civitatis*, el *ius utendi*, el *ius fundi* y el *ius sufragii*». *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 13.

blico, mientras que las segundas constituirían el derecho privado. Así, una servidumbre de paso por una finca, por ejemplo, podría ser otorgada por el dueño de la misma y se enmarcaría en el ámbito del derecho privado o impuesta por una ley y lo haría en el ámbito del derecho público⁷.

Pero para que se origine el derecho objetivo-subjetivo no basta con que la voluntad, privada o pública, que determina una posición sea libre o «válida» (como diríamos hoy), sino que precisa del reconocimiento del juez revestido de autoridad y con competencia para decir lo que es justo. Esta exigencia es lo que hace que la propuesta de d'Ors fuera calificada como visión judicialista –y no propiamente realista– del derecho, calificación que él mismo admite tras las primeras críticas y que trató de justificar posteriormente⁸. En sus *Principios para una teoría realista del Derecho* afirmaba que derecho es lo que dice el juez con autoridad, pero con ello no pretende ofrecer una definición filosófica o revelar la esencia del derecho, sino poner de relieve el papel destacado que juega el juez para determinar lo jurídico de forma definitiva. En los últimos escritos, cuando cobra notoriedad la idea de servicio en su pensamiento, concretará más su definición: derecho es «aquello que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles»⁹. Efectivamente, d'Ors ha ido perfilando con el paso de los años su idea sobre el derecho para que éste cumpla realmente con su fin en la sociedad, hacer posible la convivencia social pacífica y justa, y por ello propone sustituir la prevalencia de la potestad y el individualismo característico de nuestra sociedad por la idea de *servicio justo* como eje central de todo el

⁷ «Desde el punto de vista privado se trata de una *relación* patrimonial creada por la voluntad privada; desde el punto de vista público, que es el de la ley, se trata de una *situación* determinada por la voluntad pública. De este modo puede decirse que el derecho privado es un derecho de relaciones y el derecho público es un derecho de situaciones. El término que comprende tanto las relaciones como las situaciones es el de *posición*. Podemos decir que el derecho consiste en posiciones justas, esto es, aprobadas por los jueces». *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., pp. 24-25. Cfr. también *Nueva introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 47.

⁸ *Vid.*, por ejemplo, «Derecho es lo que aprueban los jueces», en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., pp. 45-54.

⁹ *Nueva introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 85. La idea de servicio a los demás estará especialmente presente en sus últimos escritos, pues «el hombre es, por naturaleza, un ser que sirve necesariamente a sus semejantes... El negarse a servir para nada ni a nadie es evidentemente contra el derecho natural». *Derecho y sentido común*, cit., p. 156. Pero no todo deber de servir es jurídico, sino sólo aquellos que sean socialmente exigibles: «El deber de servir es un deber moral que sólo en determinados casos resulta socialmente exigible y por ello jurídico». *Loc. cit.*, p. 157. Cfr. también *Nueva introducción al estudio del Derecho*, cit., pp. 72-73.

derecho¹⁰. Para ello no sólo son necesarias las normas de organización, sino que resulta imprescindible la actividad del juez para concretar qué es derecho en cada caso.

Ahora bien, surge en primer lugar la cuestión de por qué lo que dice un juez con autoridad es derecho y debe ser tenido por justo. Y esta cuestión nos reconduce a la distinción entre autoridad y potestad que d'Ors toma de la práctica romanística hasta que ambas realidades comenzaron a ser confundidas por Octavio Augusto en interés propio¹¹. La potestad «puede definirse como el poder socialmente reconocido, y la autoridad como el saber socialmente reconocido. Tienen de común el reconocimiento social, sin el cual la potestad es pura fuerza y la autoridad es pura ciencia, pero se distinguen claramente por cuanto la potestad es expresión de voluntad, y la autoridad es expresión de entendimiento»¹². Durante los primeros siglos la potestad correspondía de forma exclusiva a los magistrados y legitimaba sus actos de gobierno y las leyes, mientras que la declaración del derecho correspondía también en exclusiva al Senado y a los jurisprudentes, que eran quienes estaban revestidos de autoridad. Es cierto que las *leges* impulsadas por los magistrados podían ser causa del derecho, imponiendo límites o nuevos datos al *ius*, por eso en sentido impropio se podría decir de ellas que también eran derecho¹³. Lo propio de la potestad no es el derecho, sino el poder de dirigir, cuidar y hacer posible el orden social en el día a día y, en la medida en que lo consigue, encuentra su legitimación. Por ello podría afirmarse que «el primer deber natural de la

¹⁰ «La idea central para esta nueva concepción del Derecho, no sería ya 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 deben a otras en razón de su posición relativa, la cual viene determinada a la vez por condicionamientos sociales y por las opciones libres de su propia autonomía personal». *Prelección Jubilar*, cit., p. 31.

¹¹ Esta distinción es fundamental en la doctrina de d'Ors, de ahí que sea una constante en sus escritos. *vid.*, por ejemplo, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., pp. 87-105, *Ensayos de teoría política*. Eunsa, Pamplona, 1979, pp. 111-121, *Prelección Jubilar*, cit., pp. 9-14, *Derecho y sentido común*, cit., pp. 98-104, *La violencia y el orden*. Dyrsa, Madrid, 1987, pp. 48-64, etc.

¹² *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 87. Insiste más adelante al afirmar en la p. 93 que «Podríamos definir la autoridad como la verdad socialmente reconocida y la potestad como la voluntad del poder socialmente reconocida. El reconocimiento social es común a ambas, pero esto no basta para confundirlas, pues son esencialmente distintas y hasta en cierto modo incompatibles».

¹³ «La *lex*, acto de potestad, fija límites e impone nuevos datos al *ius*, y en este sentido ella misma llega a ser considerada como expresión del *ius*». *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 88.

potestad está en mantener un orden social estable, es decir, en la defensa del pueblo frente al desorden»¹⁴.

La autoridad, en cambio, es «un saber que no participa en la potestad ni depende de ella, sino que, por el contrario, puede declararse en contra de ella denunciando los abusos del ejercicio del poder»¹⁵. No sólo no participa de la potestad, sino que debe renunciar a ella porque su misión es *declarar* la verdad jurídica, no imponer un sucedáneo de verdad, y para declarar esa verdad jurídica no hay que tener poder, sino conocimiento suficiente para descubrirla y el único interés de que prevalezca por sí misma¹⁶.

En esa confianza se fundamentaba el reconocimiento social fuera de toda duda que erigía al jurisprudente en autoridad, y en la confianza también de que la potestad, el poder socialmente reconocido, no traspasaría las fronteras que la delimitaban. Cuando estos presupuestos se cumplen, podríamos afirmar que lo que dice el juez, mediante su sentencia, en un conflicto concreto es «el derecho propiamente dicho», mientras que cuando es el poder quien declara lo que se convierte en exigible con carácter general «tenemos el derecho en sentido impropio»¹⁷.

Ahora bien, hoy encontramos dos dificultades que impiden, en mi opinión, aceptar este planteamiento y de las que también d'Ors es consciente, aunque ello no le lleve a modificar su concepción del derecho, sino a matizarla. La primera de ellas es la figura contemporánea del juez, que no es equivalente a la del jurista romano. La segunda es la compleja confusión entre autoridad y potestad con las que se reviste hoy a los poderes públicos.

En relación a la primera, el propio d'Ors reconoce que entre el jurista romano y el juez actual existen unas diferencias esenciales. Mientras que el pri-

¹⁴ *Derecho y sentido común*, cit., p. 98. Afirma a continuación que «un gobernante incapaz de restablecer el orden infringido puede acaso mantenerse como poder, incluso sin rechazo del pueblo, pero su potestad queda entonces deslegitimada por el ejercicio insuficiente que atenta contra ese primer deber de mantener un orden».

¹⁵ *Derecho y sentido común*, cit., p. 100. Cfr. *La violencia y el orden*, cit., pp. 57-58.

¹⁶ Entiende d'Ors que la separación de poderes propuesta por Montesquieu no es más que una burda imitación de la distinción entre autoridad y potestad, cuyo fracaso se debe a que plantea tres poderes que se controlan (disputan el poder mezclado con autoridad) con trampas, pretendiendo en el fondo no una verdadera separación, sino un equilibrio de fuerzas. Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., pp. 96-97.

¹⁷ *Derecho y sentido común*, cit., p. 28. También afirmará d'Ors que el derecho es sentido estricto es un orden judicial conducido por los prudentes del derecho, distinto de las normas que organizan la sociedad, que sólo podría ser llamado derecho en sentido impropio. Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., pp. 84-85.

mero era una persona privada que ponía al servicio de la sociedad sus profundos conocimientos jurídicos, los jueces de hoy son funcionarios directamente al servicio del Estado e indirectamente al servicio de la sociedad, por lo que no resulta infrecuente dudar de su imparcialidad a la hora de juzgar¹⁸. A ello se une el hecho de que el jurista se había ganado la autoridad gracias a su conocimiento jurídico y a su prudencia, autoridad que permanecía intacta mientras siguiera demostrando tales cualidades. Ni siquiera, por lo menos hasta el siglo III d.C., estaba obligado a ofrecer una solución (todo conocimiento tiene límites) a los litigantes, de modo que si en un caso no llegaba a vislumbrar la verdad jurídica podía abstenerse de dictar sentencia. En cambio, al juez actual se le otorga una autoridad que se mantiene en el tiempo con independencia de su prestigio personal, siempre que no lo haga manifiestamente mal. Además, se le presumen conocimientos y preparación de los que en ocasiones carece, al menos en los momentos iniciales de su actividad, y se le obliga a dictar sentencia (no se puede abstener) en todos los casos que se le planteen, aunque no haya llegado a alcanzar una verdad jurídica¹⁹. Por último, a ello habría que añadir que, mientras que el jurista romano tenía gran libertad para formar su criterio, el juez actual está completamente constreñido por los textos legales y la jurisprudencia.

Esta constricción nos lleva a la segunda dificultad, que no es otra que la usurpación de la autoridad por parte de los poderes legislativo y ejecutivo en la actualidad. Como expone d'Ors, hasta el siglo I d.C. se mantuvo una completa separación entre autoridad y potestad que permitió diferenciar entre lo que era derecho y lo que no, separación que se fue diluyendo poco a poco hasta que desapareció en el siglo III d.C. Aunque junto a la autoridad *oficial* sobrevivió una autoridad *privada*, ésta fue debilitándose hasta su completa eliminación. Desde el triunfo del positivismo legalista en el siglo XIX hasta nuestros días no se han producido grandes cambios, y no nos extraña que el poder legislativo, confundiendo potestad y autoridad, haya asumido el papel principal de crear el derecho mediante sus normas, de modo que la misión del juez se ha reducido prácticamente a dictaminar lo que se ajusta a esas normas, no a decir lo que es justo, pues lo justo y lo legal quedan equiparados por el positivismo. A pesar de

¹⁸ *Prelección jubilar*, cit., p. 21. Las dudas sobre su imparcialidad no recaen solamente sobre un posible interés personal, sino sobre las posibles presiones que los poderes puedan ejercer sobre él.

¹⁹ Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 59.

ello, d'Ors mantuvo su propuesta de que derecho, en sentido estricto, seguía siendo únicamente lo que dictaran los jueces en sus sentencias²⁰. Lo demás, las leyes por ejemplo, no eran más que reglas necesarias para la organización de la sociedad, a las que sólo se las podía llamar derecho en un sentido amplio porque poco tenían que ver directamente con lo justo concreto, aunque sí podían servir como criterios para que un juez dictaminara lo que era justo²¹. Rechazaba así la posibilidad de identificar el sistema u orden normativo con el derecho, aunque no rechazaba su valor: «llegué a concebir el Derecho, no como un orden normativo de la convivencia social, sino como un repertorio de criterios prudenciales útiles para poder juzgar imparcialmente los conflictos interpersonales. De ahí la reducción del Derecho a aquello que puede, en principio, quedar sometido a la prudencia de los jueces, tanto si se trata de las mismas normas, como de actos personales lícitos o ilícitos, como de las pruebas judiciales de tales actos, etc. Todo aquello que un juez imparcial puede tomar en consideración en razón de su oficio de juzgar se identifica para mí como lo propiamente jurídico, y de ahí la conocida definición de *Derecho es aquello que aprueban los jueces*»²².

Pero, si todo lo que aprueban los jueces es derecho, ¿debe ser tenido por justo concreto todo lo que aprueban los jueces? Ante esta pregunta, d'Ors sostiene que todo lo que aprueban los jueces constituye derecho, pero eso no significa que siempre deba ser tenido por justo²³. La primera razón de ello es que, como podemos comprobar en la vida real, en ocasiones un juez superior puede declarar injusto lo que previamente haya sentenciado como justo un juez inferior. Ambas sentencias deben ser tenidas como derecho, pero sobre estos supuestos dirá que «Derecho injusto es aquello que un juez aprueba y otro juez superior desaprueba»²⁴. Esta consideración sería válida en la mayor parte de las ocasiones, pero no lo sería cuando, por ejemplo, fuera el juez su-

²⁰ «Toda conducta reprobada por un juez no es ya abusiva, sino simplemente *antijurídica*, aunque pueda hallarse al amparo de alguna ley estatal». *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 150.

²¹ Proponía evitar el «error de considerar que es Derecho todo aquello que se reviste de forma legal... El Derecho es un producto de la Autoridad y no de la Potestad, de la Autoridad de los juristas y no de la Potestad del legislador... Toda la vida jurídica gira en torno al juez, y éste es el centro de la compleja constelación de todo lo jurídico». *Prelección Jubilar*, cit., p. 21.

²² *Prelección Jubilar*, cit., pp. 19-20. Reitera que derecho en sentido estricto es todo lo que dicen los jueces en el desempeño de su función, pero también en sentido amplio lo es todo aquello que les sirve para tomar esas decisiones (libros de doctrina, leyes, costumbres, etc.). *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 47.

²³ Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 49.

²⁴ *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 142.

perior quien, mediante una decisión injusta, corrigiera y anulara la decisión justa del inferior. Una sentencia injusta lo puede ser por incongruencia con el derecho humano que hubiera establecido criterios acertados para decir lo que es justo y que no han sido respetados, o por la incongruencia con el derecho natural del derecho positivo aplicado por el juez. En el primer caso nos encontramos con sentencias que carecen de legalidad, en el segundo con las que carecen de legitimidad²⁵. A ello hay que añadir, afirma d'Ors, que los jueces pueden dictar sentencias injustas por ignorancia o por mala voluntad, pero aun en todos estos casos seguirían siendo derecho²⁶.

En definitiva, d'Ors admite que, aunque no sea lo normal, podríamos encontrarnos en la práctica con un derecho injusto, pero ello no es óbice para continuar afirmando que todo lo que dicen los jueces es el derecho en sentido estricto porque con sus decisiones fijan la pretendida posición justa en una determinada relación.

2. DERECHO NATURAL

Esto nos lleva a preguntarnos por su concepción sobre el derecho natural, pues, si bien admite su existencia, parece que no le atribuye la relevancia suficiente como para afirmar que una sentencia contraria al derecho natural deja de ser derecho en sentido estricto.

Es frecuente encontrar en sus numerosas referencias al derecho natural su equiparación con el derecho divino²⁷, o que dé por válida la definición de derecho natural recogida en el Decreto de Graciano como el derecho contenido en la Ley y en el Evangelio²⁸, o que llegue a hablar incluso de un derecho

²⁵ «Puede haber así sentencias judiciales injustas por incongruencia con el mismo derecho humano, pero no sólo sentencias, sino también leyes injustas por incongruencia con el derecho natural». *Derecho y sentido común*, cit., p. 41. Y añade: «esta posible contradicción entre el derecho humano (...) nos obliga a distinguir entre la *legalidad* que es humana, y la *legitimidad*, que depende del derecho natural» (p. 42).

²⁶ Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 49. Fue criticado por aceptar con esta afirmación uno de los presupuestos positivistas, pero d'Ors lo rechaza afirmando que siempre se podría recurrir a un juez superior y que, en última instancia, las sentencias injustas inapelables quedarían sometidas al juicio divino. Cfr. loc. cit., pp. 49-51.

²⁷ Cfr., por ejemplo, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 5 y *Derecho y sentido común*, cit., pp. 175-176.

²⁸ Cfr. *Derecho y sentido común*, cit., p. 18.

natural católico, por lo que recibió algunas críticas. Aceptar de forma simplista y literal estas afirmaciones sólo contribuiría a generar confusión sobre lo que entendía por derecho natural, pues con ellas se refería únicamente al origen divino de un orden jurídico natural situado por encima de la voluntad humana y que regía para todos los hombres de todos los tiempos y todos los lugares. Por ello se entiende que lo presente como un orden universal, asequible al conocimiento de cualquier ser humano sin necesidad de revelación divina (*Ley y Evangelio*) y sin necesidad siquiera de creer en Dios porque bastaba con la razón natural²⁹. «Aunque el derecho natural sea racional, sólo una razón no ofuscada por las pasiones humanas puede llegar a conocerlo, y, si su voluntad sigue a la razón, también cumplirlo. Por tanto, el derecho natural es algo que se impone al hombre en virtud de la propia naturaleza, y que no depende de la diversidad de las conciencias individuales o de las religiones»³⁰.

Aunque en diversos escritos muestra su aversión a la metodología escolástica por lo que ésta tiene de teórica, en este caso se aprecia cierto sabor escolástico cuando distingue entre derecho natural primario y secundario, es decir, entre aquello que es exigido o prohibido directamente por el derecho natural por ser necesario (el *per se* de los escolásticos) y aquello que simplemente no es contrario al derecho natural en razón de las circunstancias históricas (el *secundum quid* de los escolásticos)³¹. En todo caso, tanto uno como otro son asequibles a la razón humana, que no lo crea, sino que descubre las exigencias jurídicas naturales que regulan el comportamiento y las relaciones de los seres humanos reales y concretos entre sí. Aclara, por ello, que, aunque en ocasiones se haya utilizado la expresión derecho natural para designar lo jurídico y lo moral, el verdadero derecho natural que interesa al jurista es el «consistente en aquello que puede ser objeto de juicios humanos socialmente

²⁹ Afirma que para conocer el derecho natural no es necesaria la fe, aunque admite que ésta facilita (sólo facilita) su conocimiento. Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 5.

³⁰ *Derecho y sentido común*, cit., pp. 21-22. Cualquier persona, desde que alcanza uso de razón y conciencia de sí mismo, puede conocer las exigencias del derecho natural: la «conciencia de sí mismo [del hombre] es natural, y todo el derecho natural parte de esa primera intuición del hombre sobre sí mismo». Loc. cit., p. 117.

³¹ Afirma, por ejemplo, que la propiedad privada es de derecho natural secundario (lícita, pero no absolutamente necesaria). La tierra pertenece en primer lugar a todos y en común, y si se repartió entre las personas o se permitió su apropiación particular en algún momento fue por algún motivo razonable, pero ello no anula que la propiedad particular deba estar siempre al servicio de la comunidad y cumpla una función social. «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», cit., pp. 23-24.

organizados; en este sentido, se trata de conductas que de algún modo afectan a la convivencia social, que son, por lo tanto, actualmente exigibles, en tanto hay toda una serie de otros deberes de la conciencia humana que no afectan al orden civil, y sólo pueden ser juzgados por Dios»³². Por tanto, sólo es objeto del derecho natural aquello que puede afectar a las relaciones humanas dentro de la sociedad y no lo que pertenece exclusivamente al plano moral de la persona.

A diferencia del derecho natural racionalista de la Modernidad, el derecho natural que describe d'Ors no consiste en un conjunto de derechos del hombre en abstracto, sino en principios que deben regir la conducta de cada persona concreta y en deberes de cuyo cumplimiento depende el buen funcionamiento de la sociedad³³. La razón es que su planteamiento parte de la consideración de las situaciones jurídicas concretas, no de la persona en un plano abstracto a la que se le atribuyen derechos. Esas situaciones concretas originan deberes naturales y, sólo secundariamente, podríamos hablar de derechos naturales que son reflejo de esos deberes³⁴. Así por ejemplo, ante el daño causado por alguien al bien común o a una persona en particular, existe el deber de los responsables del orden social de castigar al culpable, que como mínimo deberá reparar al perjudicado (al que reconocemos el derecho a ser reparado); para la detención de una persona por sospechas de la comisión de un daño (delito) existe un principio de derecho natural que prohíbe absolutamente la obtención de confesiones bajo tortura (lo que nos lleva a configurarlo indirectamente como el derecho a no ser torturado); otro principio exige que nadie sea considerado culpable hasta que no se demuestre su culpabilidad (configurado en nuestra sociedad como el derecho a la presunción de inocencia); otro principio exige que no se imponga una pena sin previo juicio contradictorio en el que no pueden actuar las mismas personas como acusadores, testigos y jueces (derecho a la defensa efectiva); otro principio exige que no se pueda imponer una pena arbitraria al culpable, sino ajustada a la gravedad de los hechos y que

³² *Derecho y sentido común*, cit., p. 19.

³³ Así, afirma que «el derecho natural no consiste en *derechos subjetivos* sino en *deberes*», o que «el derecho natural, al que sigue el humano *positivo*, no por resultar positivo debe confundirse con un orden de derechos que las personas pueden exigir, sino que se trata siempre de *deberes* y no de *derechos*». *Derecho y sentido común*, cit., pp. 17 y 20 respectivamente.

³⁴ «No tiene sentido, desde nuestro punto de vista, el hablar de *derechos (subjetivos) humanos* y no de *preferencias de las personas*, que, como ya hemos tenido ocasión de explicar, son el reflejo de los *deberes personales* cuyo cumplimiento puede exigirse». *Derecho y sentido común*, cit., p. 119.

esté contemplada en el derecho humano (principio de seguridad jurídica), etcétera³⁵. En definitiva, «desde un punto de vista jurídico humano, puesto que el derecho supone siempre relación, lo que importa no es el hombre, sino la personalidad que accidentalmente exista entre esos hombres necesariamente relacionados unos con otros. Así, pues, el derecho natural que venimos explicando, que es el que de algún modo incide en el derecho humano, consiste en deberes de las personas, no del hombre en sí mismo»³⁶. Supone una ruptura radical con el derecho natural moderno y racionalista, que no sólo partía de la consideración de la naturaleza abstracta del ser humano, sino que de ella sólo extraía derechos y ningún otro deber más que el de respetar esos derechos en los demás. Para d'Ors, si queremos conocer el contenido del derecho natural, debemos partir de la realidad humana, sin abstracciones racionales, y advertiremos la existencia de unos deberes naturales que aseguran la convivencia pacífica y en armonía de las personas.

La dificultad radica en determinar cómo obliga este derecho natural al juez y qué ocurre cuando no respeta sus exigencias al fundamentar sus sentencias en normas humanas contrarias a aquél. En estos supuestos, la obligación moral del juez de respetar el derecho natural persiste junto a la vinculación material de la norma positiva. El juez deberá buscar una solución jurídica que se ajuste a las exigencias del derecho natural sin que implique la inaplicación de la ley positiva, pero si esto no es posible sólo le quedarán dos opciones. La primera, dictar una sentencia que, aunque contravenga la ley positiva, sea justa, arriesgándose a que se le imponga la sanción que corresponda. La segunda opción será aplicar la ley positiva y dictar una sentencia ajustada a la legalidad, asumiendo que su conducta no quedará exenta en su momento del juicio divino³⁷.

3. DERECHO Y LEY

Afirmar en la actualidad que una ley no es derecho sería algo impensable, pero no siempre se reconoció la ley como derecho. Describe d'Ors cómo en un principio junto al *iuris* jurisprudencial, verdadero derecho (revestido de un carácter intelectualivo), también existía la *lex*, pero ni formaba parte de él ni era

³⁵ Cfr. *Derecho y sentido común*, cit., pp. 105-112.

³⁶ *Derecho y sentido común*, cit., p. 118.

³⁷ Cfr. *Derecho y sentido común*, cit., pp. 18-19 y 175-176.

fuente del derecho, sino simple manifestación del poder del gobernante (con carácter volitivo e imperativo). «*Ius* y *lex* se mantenían como órdenes distintos, y tan sólo la progresiva intromisión de la *lex* en el terreno del *ius*, dando orientaciones al administrador de la justicia y condicionando las resoluciones casuísticas de la misma jurisprudencia, hizo que la *lex*, la *lex* publica, llegase a ser considerada como productora de *ius*, como fuente del derecho»³⁸. La ley se convirtió así en fuente del derecho junto a los *responsa prudentium* no por su propia autoridad, sino apoyada en la fuerza del gobernante, y poco a poco ganó terreno con el sistema del *ius publice respondendi* fomentado por el emperador, que trató de convertir a los juristas en meros asesores del legislador y de la voluntad imperial³⁹. El paso definitivo lo daría más tarde Justiniano con el *Corpus iuris civilis*, presentado por el emperador como la biblia jurídica, incuestionable, equiparando las sentencias allí contenidas con sus *leges*, de modo que éstas se convertían de modo definitivo en un producto tan incuestionable como las sentencias⁴⁰.

Para d'Ors, sin embargo, no toda ley merece la consideración de Derecho en sentido estricto, aunque se la pueda considerar Derecho en un sentido amplio. La razón de ello es que la mayor parte de las leyes públicas tienen como objeto la organización social⁴¹ y sólo una parte pequeña de la legislación es la que realmente establece criterios que pueden servir al juez para decidir lo que es justo en los casos concretos. «Tenemos así dos momentos esenciales de toda normatividad jurídica: la revelación de la verdad jurídica [inseparable de unos hechos reales], el descubrimiento del Derecho, objeto de la Juris-

³⁸ *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 2. Cfr. también *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., pp. 151-152.

³⁹ Aunque este camino comenzó con Octavio Augusto, con Adriano, junto a los *responsa* de los jurisprudentes, aparecen los *rescripta* del emperador que se consolidan como nueva fuente del *ius* y que acabará desplazando a los *responsa* privados (cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 89). A mitad del siglo III la ley se convirtió en fuente única del derecho al monopolizar la Jurisprudencia el poder absolutista y suprimir los jueces privados. «Se impuso victoriosamente la técnica, que es cosa al alcance de cualquiera, sobre la prudencia, que es virtud más exquisita. Y por encima de todo el mundo jurídico se entronizó la autoridad de la Ley. El legalismo: he ahí la gran idolatría de la nueva organización del Derecho». *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 60.

⁴⁰ Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., pp. 6-7. Así terminaba el poder con la libertad de la jurisprudencia, aunque no podía evitar las críticas a su producto legalista. Cfr. loc. cit., p. 60.

⁴¹ Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 48. En la página siguiente afirma explícitamente que «la ley es tan sólo una forma que puede contener Derecho o dar disposiciones de otro tipo [para organizar]».

prudencia, y una disposición de potestad, un establecimiento ordenador, que es el Reglamento [la ley]. Estas son propiamente las dos únicas fuentes de la normatividad: la Jurisprudencia y el Reglamento»⁴².

Esas leyes que contienen criterios para que el juez decida sobre los casos que se someten a su juicio pueden ser justas o no, pues las hacen los hombres y todos somos falibles, pero por el hecho de que una ley sea injusta no deja de ser ley. En este punto se aparta d'Ors intencionadamente de la escolástica medieval cuando mantenía que una ley injusta no era verdadera ley, sino corrupción de ley. Para d'Ors esta opinión escolástica se debía a que siempre vinculaban la ley a la obligación moral de su cumplimiento, y una ley injusta no podía obligar en conciencia, por lo que no podía ser verdadera ley. Pero d'Ors rechaza este argumento al entender que una cosa es la obligación en conciencia (sobre la que el legislador no tiene competencia alguna) y otra muy distinta la vinculación material del ciudadano a la norma (que sí compete establecerla al legislador). Ante una ley injusta, el ciudadano puede no estar obligado en conciencia a cumplirla, pero ello no le exime de la vinculación material, que sigue existiendo porque la ley ha sido dictada por quien es competente⁴³. Para estos supuestos, afirma d'Ors, «aunque las leyes sirven para establecer un cierto orden social, esto no supone que todas las leyes impliquen un deber moral de cumplirlas, pues pueden ser injustas y por ello contrarias al bien común»⁴⁴, aunque la potestad podría forzar a los ciudadanos y a los jueces mediante su poder de coacción a acatar la ley injusta⁴⁵. Si un juez, que está vinculado materialmente a una norma injusta, dicta una sentencia basándose en ella, lo que diga también será derecho, aunque se trataría de un derecho imperfecto⁴⁶.

⁴² *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 57.

⁴³ Cfr. *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., pp. 125-133. Entiende d'Ors que pedir a la potestad (al legislador) que el orden que establezca sea siempre justo puede ser excesivo, pues en ocasiones no es fácil determinar lo que es justo (que es la función que corresponde propiamente a los jueces). Cfr. *La violencia y el orden*, cit., p. 64.

⁴⁴ *Derecho y sentido común*, cit., p. 103. Por ello, «la voluntad de un legislador no puede obligar moralmente las conciencias individuales, sino que a éstas sólo puede obligar la regla moral personalmente aceptada. En consecuencia, la ley, por sí misma, no obliga moralmente, aunque se aplique independientemente de su aceptación o no por la conciencia del afectado por ella». *Nueva introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 70.

⁴⁵ Y no siempre podría estar justificado su incumplimiento, bien porque se podría generar un desorden con consecuencias muy negativas para la sociedad o bien por la sanción excesiva que se sufriría. Se impone, por tanto, obrar con prudencia según el caso. Cfr. *La violencia y el orden*, cit., pp. 70-71.

⁴⁶ Cfr. *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., pp. 132-133.

Una ley puede ser injusta por las consecuencias negativas que derivan de su aplicación, aunque en el plano abstracto o teórico previo de elaboración hubiera pasado todos los filtros o pruebas de razonabilidad. En estos casos nos encontraríamos con normas que, sin ánimo de generar consecuencias injustas por parte del legislador, su redacción o disposición es tan deficiente que su propia aplicación impide hacer justicia, es decir, no sirve realmente como criterio para los jueces porque el fin perseguido se vuelve inalcanzable. Pero también existen otras normas injustas por el contenido material, por contravenir «los preceptos del derecho natural, positivo o negativo»⁴⁷. Con estas normas injustas, como ya hemos visto, la potestad pierde su legitimidad⁴⁸, pero la ley no deja de ser ley y vincula materialmente al juez y a los ciudadanos. La razón de ello es que hoy es inviable apelar a una ley universal más allá del consenso democrático, pues a la democracia no le hace falta la legitimidad, se conforma con la legalidad decretada por el pueblo mediante sus mayorías⁴⁹.

4. LOS DERECHOS SUBJETIVOS

El derecho subjetivo fue objeto de estudio por parte de d'Ors desde épocas tempranas de su investigación⁵⁰, concluyendo que «aunque podemos traducir a menudo la palabra *ius* por nuestro derecho subjetivo, los romanos no llegaron a entenderla precisamente en ese sentido, porque no construyeron tal categoría»⁵¹. Para d'Ors, los romanos de las épocas arcaica y clásica no distinguían la acepción

⁴⁷ *Derecho y sentido común*, cit., p. 98.

⁴⁸ La legitimidad no supone solamente conformidad a la ley convencional de una sociedad, sino también a una ley más permanente que ésta y que está por encima de ella. Cfr. *La violencia y el orden*, cit., pp. 48-49.

⁴⁹ *Ensayos de teoría política*, cit., p. 145. Afirma d'Ors que la democracia usa la ficción por la que parece que los límites que imponen las leyes han sido aprobados por los ciudadanos, aunque no todos hayan participado en su aprobación o haya sido rechazada por un grupo. En este caso la razonabilidad es sustituida por la voluntad mayoritaria al establecer los límites sociales en atención a criterios políticos, técnicos, económicos o de orden público. Cfr. loc. cit., pp. 207-209.

⁵⁰ «Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*», en *Studi in memoria di E. Albertario*. Milano, Giuffrè, 1953, vol. II, pp. 279-299; «Varia romana: I. *Ius*, en sentido objetivo-subjetivo», en *Anuario de Historia del Derecho Español XXIV* (1954), pp. 635-636; y «Varia romana: I. *Ius*, posición jurídica», en *Anuario de Historia del Derecho Español XXV* (1955), p. 825.

⁵¹ «Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*», cit., p. 280. D'Ors hizo notar la ambigüedad del término, «que tan pronto se nos muestra en un sentido objetivo, de ordenamiento, como en uno subjetivo, de facultad», pero sin separar netamente los dos aspectos.

objetiva y subjetiva de derecho con el rigor con que las distinguimos hoy, sino que más bien empleaban el término *ius* con un valor *dinámico*, que abarcaba estos dos aspectos y otros intermedios, difíciles de clasificar para una mentalidad contemporánea. Por tanto, el *ius* que aparecía en Ulpiano, por ejemplo, cuando definía la justicia debía ser entendido como reconocer a cada cual su posición justa, algo mucho más complejo que un simple derecho subjetivo. Así, el jurisprudente, a cuyo juicio se sometía una reclamación de un ciudadano y que debía decidir sobre un conflicto jurídico, después de estudiarlo, *pondría* o colocaría a cada una de las partes implicadas en su posición debida⁵². Sin embargo, cuando en la época postclásica las *leges* imperiales se impusieron como derecho objetivo en su sentido moderno, «nada queda ya a la *disposición* de los particulares, si no es el acogerse simplemente a los beneficios de las leyes. Por este motivo, surge en época post-clásica la idea de *ius* como derecho subjetivo»⁵³.

La acepción subjetiva del derecho es perfectamente reconocible en los textos del periodo postclásico romano, sólo que sus autores no teorizaron sobre ella⁵⁴ ni le dieron la importancia que nosotros le otorgamos en la actualidad, pues las facultades o pretensiones individuales, aunque fueran importantes, estaban para el jurista en un segundo plano: «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»⁵⁵. El *tener derecho* debía ser entendido, por tanto, principalmente como que una conducta o acción era recta y se adecuaba a las exigencias de un orden jurídico objetivo, ya fuera el natural o el positivo⁵⁶.

⁵² Cfr. «Aspectos objetivos y subjetivos...», cit., pp. 284-285. Afirma que «el juez *pone* las cosas en su sitio; coloca a cada uno en la posición conveniente: en eso consiste precisamente la *iustitia*, virtud eminentemente judicial, si bien puede decirse igualmente del legislador, o de la *lex* misma, que *dat* o *tribuit ius*».

⁵³ «Aspectos objetivos y subjetivos...», cit., p. 297. A continuación expone una serie de textos en los que el término *ius* aparece en su sentido subjetivo: D. 2, 8, 7, pr.; 40, 11, 3; 48, 7, 7; 49, 17, 19, 2; etcétera.

⁵⁴ Los juristas romanos huían de las especulaciones teóricas estériles que de poco servían para el jurista práctico, y esta distinción entre Derecho y derechos era «un producto de la especulación racional no excesivamente necesario para la inteligencia de la realidad jurídica». *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 14.

⁵⁵ *Prelección Jubilar*, cit., pp. 24-25.

⁵⁶ Y este fue el alcance que d'Ors propuso siempre en sus escritos, coherente con su propuesta que entendía los derechos subjetivos como reflejo de los deberes contenidos en el Derecho. Cfr. *Derecho y sentido común*, cit., p. 29.

Por ello no resulta extraño que d'Ors afirme que «la categoría del derecho subjetivo es una creación del racionalismo protestante»⁵⁷, no en un sentido literal, sino en el sentido de que fue esta mentalidad la que lo situó en el centro de todo orden jurídico al convertir al individuo en eje sobre el que debía girar toda la realidad. Por un lado, para d'Ors, la corriente protestante desplazó la relación entre Dios y el hombre al ámbito de la intimidad de éste, sin relevancia en el ámbito social, por lo que carecería de fundamento defender que el orden divino para la creación rigiera también las relaciones sociales. De este modo, el papel del hombre cambiaba rotundamente. Si anteriormente se había utilizado el término *subiectum* para designar al hombre porque estaba *sujeto* a un orden superior también en lo externo, con la ruptura protestante dejaba de estar sometido naturalmente a orden alguno para convertirse en creador de su propio orden autonómico, constituido por derechos subjetivos cuya protección correspondería al Estado⁵⁸. Con esta mentalidad, la persona dejaba de ser persona para convertirse en simple individuo que, al no estar condicionado por la realidad de las relaciones sociales, podía configurar la realidad jurídica a su medida, sin más limitación que los acuerdos alcanzados con el resto de individuos en una negociación libre.

D'Ors critica esta mentalidad porque no existen los individuos o sujetos abstractos y aislados, sino las personas concretas, en el marco de las relaciones sociales y con sus propias personalidades reales (hijo, padre, cónyuge, empleado, etc.), de modo que «el ser persona supone siempre una concreta y relativa existencia social, por muy elemental que ésta sea»⁵⁹. El orden jurídico, por tanto,

⁵⁷ *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 14. También en «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», cit., p. 20 afirma que «la idea de derecho subjetivo es moderna», y en la p. 25 refiere «cuán extraña a la mentalidad romana fue la idea moderna del *derecho subjetivo*» al explicar los *iura prediorum*.

⁵⁸ «Con esta ruptura protestante, el hombre queda constituido en centro, y religado tan sólo en su intimidad con aquel que puede suponerse creador de una naturaleza que se ordena por sí misma, un ser lejano que se mantiene ajeno a la vida social. Desde este momento se viene a concebir el Derecho como un sistema de facultades individuales, del que, por una inversión semántica del *subjectum*, que significa lo sujeto a un orden superior, se llama ahora el *sujeto del derecho*, como contrapuesto al *objeto*. Se entroniza así la idea de que el Derecho consiste en los *derechos subjetivos*, y no era inconsecuente que, instalada la nueva forma del 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*». *Prelección Jubilar*, cit., p. 25.

⁵⁹ *Prelección Jubilar*, cit., p. 31.

habrá que descubrirlo o conformarlo desde la perspectiva de la persona, no del individuo, pues «todo hombre es necesariamente una persona para otro hombre –*homo homini persona*–, ya que no puede haber relación sin la correspondiente personalidad»⁶⁰. Y esta idea se encuentra en el fondo de su concepción de los derechos subjetivos no como poderes personales ilimitados, sino como reflejos de los deberes jurídicos (de servicio) hacia las demás personas y que son socialmente exigibles: «los pretendidos derechos subjetivos no se pueden concebir como poderes personales constituidos por la ley, pues implican siempre deberes respecto de otras personas»⁶¹. Claro que también pueden ser contemplados como poderes personales o, como d’Ors prefiere llamarlos, preferencias personales que los jueces aprueban, pero siempre que se ejerciten dentro de sus límites y con rectitud.

La asunción de estos deberes naturales de servicio no implica la pérdida de la libertad que persiguió el individualismo con sus propuestas, pues la libertad no debe ser entendida únicamente como la capacidad de elegir sin limitación, sino como la capacidad de optar incluso cuando sólo haya una opción lícita (que se convierte en deber) y libremente se asume tal opción de obrar con rectitud⁶². No hay verdadera libertad cuando nos dejamos llevar por los caprichos que dañan a los demás o a la sociedad, aunque se presenten como derechos subjetivos, pues la libertad, propiamente, «consiste en la independencia para alcanzar los propios fines, sin sufrir coacción por el grupo a que se pertenece. En su aspecto negativo, esto quiere decir que el grupo debe abstenerse de intervenir cuando el miembro puede alcanzar por sí mismo aquellos fines, y debe limitarse a crear las condiciones propicias para que los miembros puedan vivir con esa libertad. En su aspecto positivo, quiere decir que el miembro debe responder de sus propios actos, pues la verdadera libertad es inseparable de la responsabilidad»⁶³. Para d’Ors, el liberalismo moderno, en el

⁶⁰ *Derecho y sentido común*, cit., p. 118.

⁶¹ *Nueva introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 27. De forma más explícita afirmará más adelante que «todo el derecho consiste en la obligación de conducirse de un modo correcto, que es lo que llamamos servicios». Loc. cit., p. 73.

⁶² Cfr. *Ensayos de teoría política*, cit., pp. 201-203. Ese sometimiento a actuar con rectitud vendrá exigido en numerosas ocasiones por la ley sin que suponga una pérdida de libertad. «La ley es un dictado social de la razón, y quien a ella se somete, a la razón se somete, y sigue siendo libre. Es más, se puede decir incluso que la libertad social consiste cabalmente en el sometimiento a la ley, y no a una voluntad personal». Loc. cit., p. 206.

⁶³ Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 115. Para d’Ors la responsabilidad precede a la libertad: «El hombre es libre porque es responsable, no es responsable porque es libre: lo esencial es la responsabilidad, y la libertad, un requisito de la responsabilidad». *Derecho y sentido común*, cit., p. 36.

fondo, renunció a la auténtica libertad personal y a su ejercicio responsable a cambio de unos derechos positivos concedidos por el Estado, sin más medios para evitar que éste se convirtiera en totalitario que la voluntad de la mayoría, pero las mayorías no siempre implican que se haya acordado lo justo y recto⁶⁴.

CONCLUSIONES

En el pensamiento jurídico de d'Ors se aprecia un compromiso esencial con la búsqueda de lo justo concreto, no de una justicia abstracta. Su cercanía al realismo jurídico le lleva a presentar la justicia no como un objetivo ideal, sino como una virtud volitiva y permanente que persigue dar a cada uno lo suyo, es decir, determinar lo justo en cada caso concreto⁶⁵. Y junto a este compromiso con lo justo destaca su mentalidad práctica; no pretende teorizar o filosofar sobre lo que sea o deba ser el derecho en abstracto, sino que trata de dar respuesta a las cuestiones que debe afrontar el juez a la hora de aplicar los criterios que le permiten determinar lo justo en los casos concretos, porque lo que diga el juez será derecho.

Preside también su pensamiento la completa armonización entre libertad individual y deber de servicio a la sociedad, determinante para su idea sobre el derecho. La libertad, como capacidad del ser humano derivada de su modo de ser responsable, implica en su vertiente negativa no tener dueño, mientras que en su vertiente positiva supone la posibilidad de perseguir los fines propios sin ser sometido a coacción por parte de los demás. Estos fines propios nunca prevalecen sobre el bien común, por lo que el ejercicio de los derechos subjetivos o preferencias personales estará siempre sometido al deber jurídico de servicio a la sociedad

Esto le lleva a presentar el derecho desde una perspectiva netamente objetivista y a relegar a un plano secundario las preferencias individuales, y para ello se precisa determinar en cada caso concreto la posición justa. De modo general corresponde a una parte de la legislación (aquella que no es puramente organizativa de la sociedad) fijar esa posición justa, pero la última palabra en este terreno corresponde siempre al juez, que con sus sentencias aprueba lo que es derecho en sentido estricto. La ley, cuando es correcta, servirá como un

⁶⁴ Cfr. *Ensayos de teoría política*, cit., pp. 213-215 y 220-221.

⁶⁵ Cfr. *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., pp. 12-13.

criterio más al juez para determinar la posición justa, por lo que se puede decir de ella que también es derecho, aunque en un sentido impropio.

Tanto el contenido de la ley como el de las sentencias del juez deben ser congruentes con el derecho natural, entendiendo por éste la parte jurídica (no moral) del orden establecido por Dios para la creación. Es decir, el derecho natural se corresponde con aquella parte que establece los deberes de servicio hacia los demás que son (*per se*) socialmente exigibles y, en un segundo plano, los derechos de quienes serán beneficiarios del cumplimiento de esos deberes sociales. También hace mención de un derecho natural secundario, constituido por los deberes sociales que en atención a las circunstancias reales son establecidos por el legislador o mediante acuerdo humano cuando el derecho natural primario deja abiertas varias posibilidades adecuadas.

Una ley incongruente con el derecho natural carece de legitimidad, aunque esté revestida de legalidad por proceder de la potestad competente, por lo que nunca podrá obligar en conciencia, aunque sí vincule materialmente. Ello significa que se podrá utilizar la fuerza para lograr su cumplimiento, pero no que establezca lo que deba ser tenido por posición justa. También el juez, cuando aprueba lo que es derecho con su sentencia, puede establecer una posición injusta por ignorancia, por maldad o por verse forzado a aplicar una ley incorrecta. Para su anulación se precisa que un juez superior lo declare así, pero si no lo hace o no existe instancia superior que la modifique, la sentencia debe ser tenida por derecho en sentido estricto, aunque será el juez injusto quien tenga que rendir cuenta de su injusticia ante Dios, porque no queda por ello exento de responsabilidad ante el Juez Supremo.

Ésta es, a mi juicio, la mayor brecha que presenta su propuesta judicialista del derecho frente al realismo jurídico clásico. Es cierto que para d'Ors no toda ley ni toda sentencia elaborada o formulada correctamente en términos técnicos deben ser tenidas por justas, pero sí como derecho en sentido propio o impropio. Quizá por la relevancia que cobra el principio de seguridad jurídica, se aparta de la concepción realista del derecho para la que o el *ius* era *lo justo*, o no era *ius*. Pero lo que no se puede poner en tela de juicio es la coherencia y honestidad de d'Ors al exponer su pensamiento jurídico, sin concesión alguna a lo políticamente correcto.