

LAS GLOSAS DE JOSÉ ORTEGA Y GASSET A HANS KELSEN

FERNANDO H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Al hablar y al escribir todos acabamos por averiguar que sólo nos entendemos nosotros mismos.

José Ortega y Gasset. *Del Imperio Romano*. 1940

1. PRESENTACIÓN

A PELANDO AL CÉLEBRE TÍTULO de una de las más célebres novelas de Johann W. Goethe, *Die Wahlverwandtschaften* (1808-1809), podríamos convenir en que las posibles *afinidades* existentes entre José Ortega y Gasset (1883-1955) y Hans Kelsen (1881-1973) son más casuales que *electivas*. En efecto, aunque sus trayectorias vitales no llegaron a cruzarse, y pese a que sus *circunstancias* no fueron las mismas, es sabido que los dos pensadores pertenecieron a una misma generación, la del '14, que, además, ambos entraron en contacto con la filosofía neokantiana de la Escuela de Marburgo durante sus respectivas etapas de aprendizaje, y que, incluso, tuvieron discípulos comunes (Luis Recaséns e, indirectamente, Luis Legaz Lacambra)¹. También compartieron, durante algunos años, el sentimiento de soledad propio de quienes se ven forzados a vivir en el exilio. Ahora bien, la suerte de ambos durante sus respectivos destierros fue desigual y bien distinta: mientras Kelsen supo hacer, con el tiempo, de su necesidad virtud continuando con éxito su carrera académica desde su llegada a Nueva York en 1940 (primero en Harvard y luego en

¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES: *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, tomo I. 1.ª ed., México D. F.: Porrúa, 1963, p. 489; J. LÓPEZ MEDEL: *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*. 3.ª ed. (1.ª ed. 1963). Madrid: Dykinson, 2003, pp. 211-236; J. J. GIL CREMADES: «Luis Legaz Lacambra». En R. DOMINGO: *Juristas universales. Juristas del siglo XX. De Kelsen a Rawls*, vol. 4., 1.ª ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 469-473.

Berkeley como *full professor*), Ortega, en cambio, deambularía entre Grenoble, París, Leiden, Buenos Aires y Lisboa, sobreviviendo con el cobro de sus exiguos derechos de autor, reeditando (más que editando) nuevos escritos, colaborando con algunos artículos esporádicos en *La Nación* e impartiendo algunos cursos (como los dedicados a la «Razón histórica» en 1940 y 1944 en las Universidades de Buenos Aires y Lisboa, respectivamente). Su regreso a España, en 1945, únicamente serviría para cambiar su *status* de expatriado por el de ensayista *condicionalmente* independiente, conferenciante con vocación de *pedagogo social*, y catedrático de Metafísica en *excedencia* y sin derecho a sueldo (desde julio de 1936 hasta 1953, el año de su jubilación)².

Decía al comienzo que no hay indicios que apunten a la posibilidad de que entre Ortega y Kelsen se hubiera producido alguna vez un encuentro puntual como el que, por ejemplo, mantuvo el primero con Martin Heidegger en Darmstadt, en agosto 1951, con motivo de la celebración de unos coloquios; ni tan siquiera en el verano de 1949, durante la única estancia de Ortega en Estados Unidos, donde ya residía Kelsen, con motivo de la conmemoración del centenario de la muerte de Goethe. El acto fue organizado por el profesor Hutchins, de la Universidad de Chicago, con la colaboración de la Fundación Ford, y contó con el concurso de gran parte de la intelectualidad norteamericana del momento, con la participación destacada de Albert Schweitzer, y de varios profesores extranjeros de gran renombre (como el propio Ortega y Ernst Robert Curtius).

No hay razones, sin embargo, que induzcan a pensar que la falta de un contacto previo suponga, por parte de Ortega y Kelsen, el recíproco desconocimiento de sus respectivas obras. Es cierto que a lo largo de la obra de Ortega hay, como veremos, tan sólo dos citas expresas a Kelsen, por ninguna del jurista nacido en Praga al filósofo madrileño, pero tampoco puede considerarse un dato insignificante el hecho de que dos iusfilósofos españoles tan próximos a Ortega, como Recaséns (en 1926) y Legaz (en 1930), recibieran una formación netamente kelseniana durante sus respectivas etapas de ampliación de estudios en Viena. Como consecuencia de ese exhaustivo conocimiento del pensamiento kelseniano por parte de nuestros dos iusfilósofos, la recepción en España de la teoría pura del Derecho no sería tardía, como ha apuntado recientemente Benjamín Rivaya en un documentado y riguroso artículo³. Efectivamente, ya en

² Los datos biográficos referentes a Kelsen y Ortega han sido extraídos, respectivamente, de la voz que G. ROBLES dedica al jurista austriaco en el volumen 4 de la obra colectiva *Juristas universales. Juristas del siglo XX. De Kelsen a Rawls*, op. cit., pp. 69-76, y de las biografías de Ortega publicadas sucesivamente por: M. ORTEGA SPOTTORNO: *Ortega y Gasset, mi padre*. 1.ª ed. Barcelona: Planeta, 1983, pp. 175 y ss. J. ORTEGA SPOTTORNO: *Los Ortega*. 1.ª ed. Madrid: Taurus, 2002, p. 410 y J. ZAMORA BONILLA: *Ortega y Gasset*. 1.ª ed. Barcelona: Plaza y Janés, 2002, p. 449.

³ B. RIVAYA: «Kelsen en España». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 107, enero-marzo, 2000, p. 153. Sobre las obras de Luis Recaséns y Luis Legaz, consúltese las monografías de B. DE CASTRO CID: *La filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*. 1.ª ed. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1974; y J. P. RODRÍGUEZ: *Filosofía política de Luis Legaz Lacambra*. 1.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

1928 se publicaría la traducción al castellano de Luis Recaséns en colaboración con Justino de Azcárate del *Compendio de Teoría general del Estado*⁴. Esta versión española del *Compendio* está prologada por el propio Recaséns con un extenso «Estudio preliminar sobre la teoría pura del Derecho y del Estado». Este trabajo lo reproducirá Recaséns casi idénticamente tan sólo un año después en un libro titulado *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico* (1929), donde, por cierto, dedica el capítulo quinto completo a «La teoría pura del Derecho (Filosofía de la Ciencia jurídica o del Derecho positivo) según Kelsen»⁵. En 1933, Recaséns volverá a prologar un libro sobre el jurista austriaco; esta vez se trata ni más ni menos que de la importante monografía de su condiscípulo aragonés Luis Legaz Lacambra titulada *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*. A partir de ese momento Legaz también continuará la labor de divulgación de la doctrina kelseniana en España a través de una serie de traducciones al castellano de algunos trabajos, como: *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho* (1933); la *Teoría general del Estado* (1934); *Esencia y valor de la democracia* (1934); *Forma de Estado y Filosofía* (1934), estas últimas en colaboración con Rafael Luengo Tapia, y «La técnica del Derecho internacional y la organización de la paz» (1935)⁶.

Resulta inverosímil, por otro lado, que Hans Kelsen no hubiera tenido alguna otra referencia de Ortega aparte de la de sus discípulos españoles. Para un pensador que, como él, no sólo se ocupó de temas jurídicos, sino también políticos, y muy en particular de cuestiones concernientes a las formas de gobierno, regímenes e ideologías dominantes de su tiempo (ténganse presentes, entre otros, sus estudios sobre la democracia, el marxismo o el bolchevismo), resultaban de consulta obligada, al menos, obras como *La rebelión de las masas* (1930). Este libro fue traducido a varias lenguas, sus ventas se contaron muy pronto en cientos de miles de ejemplares en todo el mundo, muy especialmente en Estados Unidos, Inglaterra y Alemania (cuyas primeras ediciones aparecieron en 1932) y mereció críticas favorables por parte de algunos de los intelectuales

⁴ H. KELSEN: *Compendio de Teoría General del Estado*. 1.ª ed., Barcelona: Imprenta Núñez, publicaciones de la Facultad de Derecho de Barcelona, 1928.

⁵ L. RECASÉNS SICHES: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (La Filosofía del Derecho en el siglo XX)*. 1.ª ed., Barcelona: Editorial Labor, 1929, pp. 108-164.

⁶ Para una información bibliográfica más amplia consúltese: L. LEGAZ LACAMBRA: «La influencia de la doctrina de Kelsen en la ciencia jurídica española». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 96, noviembre-diciembre, 1957, pp. 29-40; «L'influence de Kelsen dans les doctrines (française et espagnole) contemporaines». *Annales de l'Université de Toulouse*, 1958, n.º 6, pp. 159-170. G. ROBLES: *Epistemología y Derecho*. 1.ª ed., Madrid: Pirámide, 1982, p. 175; J. J. GIL CREMADES: «Bibliografía sobre Hans Kelsen (1964-1968)». *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 147-181. A. CALSAMIGLIA: *En defensa de Kelsen*, 1.ª ed., W.P. n.º 129. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1997, p. 6. J. A. GARCÍA AMADO: *Hans Kelsen y la norma fundamental*. 1.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1996. A. E. PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 1.ª ed., Sevilla: Innovación Lagares (cito por la segunda edición de Grupo Nacional de Editores, 2004), 2003.

más prestigiosos del momento, como Thomas Mann, que compartía la crítica de Ortega a la masa por considerar la civilización como algo natural e ignorar el esfuerzo que había debido realizarse para llegar al grado de progreso del que disfrutaban las sociedades contemporáneas. Esa misma ignorancia, afirmaba el autor de *La montaña mágica*, traería la destrucción de la democracia⁷.

No tengo intención de determinar en el presente artículo el grado de influencia que pudo haber entre Ortega y Kelsen, entre otras cosas porque, aparte de parecerme una empresa harto complicada (debido a la escasez del aparato bibliográfico existente a este respecto)⁸, excedería ostensiblemente el propósito original del mismo: describir y valorar la recepción de la doctrina jurídica kelseniana por parte de Ortega. Para ello partiré de las dos únicas glosas que realizó nuestro filósofo en relación con el autor de la *teoría pura del Derecho*, y de la que, dicho sea de paso, sólo pudo conocer la primera edición. Al comentario de ambas glosas dedicaré los dos próximos epígrafes, para terminar con una serie de consideraciones que sirvan a modo de conclusión⁹.

2. LA CRÍTICA ORTEGUIANA AL HERMETISMO DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO (A PROPÓSITO DEL PINTOR DIEGO VELÁZQUEZ)

En un escrito publicado en 1946, y que sería integrado años después en su libro póstumo *Velázquez* (1959), realiza Ortega una serie de apreciaciones en relación con la evolución técnica y estética de la pintura a lo largo de la historia. Las mudanzas progresivas o regresivas acaecidas en el mundo de la pintura no constituyen para Ortega un «hecho doméstico» que se produzca tan sólo en la esfera del arte. A su entender, la evolución *interna* del arte va acompañada de una inevitable evolución *externa* o *social*. Estos cambios trascienden, pues, a la historia del arte y afectan a la historia entera, entendida integralmente, esto es, como «la única que es verdaderamente historia»¹⁰. No cabe contemplar, por

⁷ T. MANN: «Europe's Political Future». *New York Herald Tribune Magazine*, 13-IX-1931. Tomo la cita de J. ZAMORA BONILLA: *op. cit.*, pp. 302-303 y p. 568, nota 165.

⁸ La relación Ortega-Kelsen ha sido sólo objeto de la atención, hasta donde tengo noticia, de los siguientes iusfilósofos hispanoamericanos: L. LEGAZ LACAMBRA: «El Derecho internacional en el pensamiento de José Ortega y Gasset». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 111, mayo-junio, 1960, pp. 13-15; J. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: *El Derecho en Ortega*. 1.ª ed., Madrid: Revista de Occidente, 1965, p. 104; F. A. PACHECO: «El Derecho en el pensamiento de Ortega y Gasset», vol. XIV, julio-diciembre, 1976, p. 178; G. ROBLES: *Epistemología y Derecho*, *op. cit.*, pp. 181-182; véase también, del mismo autor, el epígrafe dedicado a Ortega y Kelsen: «La filosofía jurídica de Ortega: el Derecho como uso social y la justicia como valor». En F. H. LLANO ALONSO y A. CASTRO SAENZ: *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*, 1.ª ed., Madrid: Tébar (en curso de impresión) (2005); y B. RIVAYA: «Kelsen en España», *op. cit.*, pp. 151-152 y 168.

⁹ Para hallar ambas glosas me ha resultado de gran ayuda un libro de D. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ: *Índice de autores y conceptos de la obra de José Ortega y Gasset*, 1.ª ed., Madrid: Fundación José Ortega y Gasset, 2000, p. 144.

¹⁰ J. ORTEGA Y GASSET: «La reviviscencia de los cuadros». *Leonardo*, 1946, p. XIII. Artículo incluido posteriormente, como ya he comentado, en su libro (por el que citaré a partir de ahora)

tanto, con una actitud ahistórica y exclusivamente estética un cuadro (una actitud que Ortega atribuye a los «beatos del arte»), y viceversa, tampoco sería oportuno ignorar que la visión histórica del arte es también (y siempre) estética. Los cuadros, en suma, deben revivificarse, es decir, tienen que contemplarse en su *statu nascendi*, como obras dotadas de vida propia, para tratar así de captar y reproducir su energía, su capacidad de estremecer, inquietar y sorprender al público. En este sentido, lo extraordinario y lo esencial de la pintura de Velázquez sería, a juicio de Ortega, la maestría con la que aquél sabía hacer del instante algo eterno¹¹. Nada tiene que ver, por consiguiente, esta interpretación de su arte con la manera autista de percibirlo de algunos críticos del siglo XIX, sobre todo —apunta Ortega— ingleses y franceses, para los que Velázquez era «el pintor para los pintores», es decir, un pintor que encarnaría como ningún otro lo hermético y misterioso que el arte puede llegar a ser para el público profano en la materia. Frente a esta imagen reduccionista del arte velazqueño afirmará Ortega:

Este arte de Juan Palomo, esta pintura para pintores no es demasiado extraña en un tiempo como el nuestro que tiene también una física para los físicos, hermética para los demás mortales, un derecho para los juristas (Kelsen), una política para los políticos (revolucionarios profesionales), pero no se sabe cómo y en qué sentido pudo darse hacia 1640¹².

La expresión «un tiempo como el nuestro» es una coletilla con cierta carga despectiva que puede encontrarse en otros escritos orteguianos anteriores a éste, como queda demostrado en *La rebelión de las masas* (1930) o en *Misión de la Universidad* (1930). Con dicha expresión Ortega está aludiendo a un motivo recurrente de crítica contra la propensión hacia el especialismo dominante en el hombre de ciencia de su época, al que nuestro autor considera un «bárbaro moderno», el genuino prototipo del hombre-masa que ignora todo lo que no forma parte de su área de conocimiento y especialización. Ortega admite que, para progresar, la ciencia exigió a los científicos que se especializasen, pero no que la especializaran a ella, pues «la ciencia no es especialista», sentencia con rotundidad¹³. En lo referente al ámbito del Derecho, Kelsen representa para Ortega, sin lugar a dudas, el modelo de jurista-bárbaro empeñado en buscar la depuración metódica de la ciencia jurídica de todos los elementos que le sean extraños. El objetivo de esa pureza metódica no es otro que evitar a toda costa

Velázquez. Obras completas, vol. VIII, 1.ª ed. (para este trabajo he utilizado la edición de Paulino GARAGORRI, no la original de Revista de Occidente). Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983, pp. 500-501.

¹¹ *Ibid.*, p. 506.

¹² *Ibid.*, p. 500 (la cursiva es mía).

¹³ J. ORTEGA Y GASSET: *La rebelión de las masas. Obras completas*, vol. IV, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983, pp. 216-217. Véase también, del mismo autor, *Misión de la Universidad. Obras completas*, vol. 4, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, p. 322.

que la jurisprudencia pueda ser confundida con otras ciencias o contaminada por presupuestos sociales, éticos o políticos. La ciencia del Derecho tiene como principal objeto de estudio al Derecho en sí, y pretende responder a la cuestión de *qué* y *cómo* es el Derecho en cuanto estructura autorreferente, autosuficiente y autocohérente, no a la pregunta de *cómo debe ser* o *cómo deber ser hecho* el Derecho¹⁴. En suma, lo que intenta Kelsen es elevar la jurisprudencia a la altura de una ciencia auténtica, es decir, de lo que, con matices importantes respecto a Kelsen, y en contraposición a las «ciencias naturales» (*Naturwissenschaften*), Dilthey denominaría una de las «ciencias del espíritu» (*Geisteswissenschaften*) depurada de toda ideología política y de todo elemento científico-naturalista¹⁵.

La pureza metódica proclamada por Kelsen, que en resumidas cuentas exigía a los científicos del Derecho rigor, asepsia política, neutralidad axiológica y aplicación de un método estrictamente normativo (sin ninguna contaminación metodológica extraña), ejerció una extraordinaria influencia sobre los jóvenes iusfilósofos del primer tercio del siglo XX, entre otros, naturalmente, también sobre los dos discípulos de Ortega: Recaséns y Legaz, como reconocerá este último años después en un artículo de su periodo de madurez:

Sobre los hombres de mi generación la doctrina de Kelsen ejerció un atractivo irresistible en virtud de dos características consecutivas de la misma, a saber,

¹⁴ H. KELSEN: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. 1-rste. Auflage, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1911 (cito por la reimpresión de Scientia Verlag Aalen de 1960, pp. 42 y ss.). Véase también, del mismo autor, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*. 1-rste Auflage, Wien: Franz Deuticke, 1934, pp. 1 y ss. Como nos recuerda Guido Fassò, a la teoría pura del Derecho ya habían aludido antes de Kelsen tanto el jurista suizo Ernst Roguin (1851-1939), como Rudolf Stammler (1856-1938), este último concretamente en el epígrafe 8 de la introducción a su libro *Theorie der Rechtswissenschaft* (1911); cfr. G. FASSÒ. *La filosofía del diritto dell'Ottocento e del Novecento*. 1ª ed., Bologna: Il Mulino, 1970 (cito por la nueva edición de Il Mulino de 1988, p. 334, que, a pesar de cambiar el título presenta, en realidad, el mismo contenido del tercer tomo de la *Storia della filosofia del diritto*, publicado en 1970).

¹⁵ H. KELSEN: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*. *Op. cit.*, *Vorwort*, p. III. En cuanto a W. Dilthey, es sabido que, dentro de las ciencias del espíritu, distingue dos tipos de ciencias particulares: las «ciencias de los sistemas culturales» (*Wissenschaften von den Systemen der Kultur*) y las «ciencias de la organización externa de la sociedad» (*Wissenschaften der äusseren Organisation der Gesellschaft*). Constituyen objetos de las primeras los productos de la libre determinación de los individuos, como el arte, la religión, la filosofía, la ciencia y, en resumidas cuentas, todos aquellos que no se hallan condicionados por las situaciones sociales. Son objetos del segundo tipo de ciencias todas aquellas instituciones objetivas en las que los individuos se encuentran reunidos con independencia de su voluntad (como la familia, el Estado, la Iglesia...). ¿Y el Derecho? Pues bien, el Derecho vendría a ser para este autor un hecho del mundo histórico-social que se sitúa a caballo entre ambas ciencias del espíritu y que, por tanto, las conecta: este *hecho* es el *Derecho*. El propio Dilthey lo expone del siguiente modo: «en el hecho del Derecho, como raíz de la convivencia social de los hombres, no se hallan separados todavía los sistemas de la cultura de la organización externa de la sociedad. Es característica de esta situación que todo concepto jurídico implica el factor de la organización externa de la sociedad». Cfr. W. DILTHEY (1979): *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte. Gesammelte Schriften (I)*. 1-rste Auflage, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979 (original de 1883), p. XV.

el principio de la pureza metódica y la espléndida y coherente arquitectura de su construcción doctrinal. Había buenos motivos para que fueran esas las razones de su atractivo. El ambiente intelectual de la época, el tipo de educación científica en que habíamos sido formados encontraba cumplidas sus exigencias precisamente en la doctrina de Kelsen. Era una época en la que las cuestiones referentes al método científico tenían —al menos por referencia al Derecho— tanta o tal vez mayor importancia que las concernientes al contenido de la ciencia. Sin duda había aquí resonancias de aquella actitud crítica y cautelosa iniciada por Descartes y llevada a sus últimas consecuencias por Kant, para el que su preocupación intelectual máxima parecía ser, en opinión de Ortega y Gasset, no tanto el *querer saber* como el *querer no errar*. Denunciar, pues, una impureza metódica era denunciar un camino errado que era preciso evitar¹⁶.

A diferencia de sus discípulos y de gran parte de la doctrina iusfilosófica de la Europa de la década de los años treinta, Ortega no se mostró tan dispuesto a compartir ni el entusiasmo del iuspositivismo formalista, ni tampoco las pretensiones de autosuficiencia y asepsia propias de la Ciencia del Derecho. Así es, inspirándose en una frase Husserl: «Las ciencias han perdido la fe en sí mismas», Ortega reflexionará a propósito de la crisis de principios en la que se hallan sumidas las ciencias (fundamentalmente la física, la matemática y la lógica) en los últimos tiempos. Pero, según el filósofo madrileño, el dramatismo de esta situación no se extiende tan sólo al terreno de la razón teorética, donde se han abierto simas insondables de problematismo (al producirse el desvanecimiento del concepto de materia y del principio de causalidad en física, así como del principio del tercio excluso en lógica-matemática), sino que, al mismo tiempo, ha afectado a la razón práctica produciéndose con ello la consiguiente «volitización» de la moral como orden racional regulador de la conducta y, sobre todo, la «aniquilación» o «trituration» del Derecho que se sustancia en la supresión de lo que él denomina como «el derecho a la neutralidad» (conviene señalar que Ortega escribe en estos términos durante la Segunda Guerra Mundial)¹⁷. La falta de conciencia jurídica en las sociedades modernas, la pérdida de fe por parte de los hombres en la estabilidad del Derecho y en sus instituciones (la misma fe que existiera antaño en el Derecho romano y en la seguridad que éste aportaba), la completa ignorancia tanto por parte de los políticos como de los juristas y, aún peor, de los iusfilósofos de lo que en realidad *es* el Derecho han generado la quiebra actual de los sistemas jurídicos. A propósito de este general desconocimiento de lo que conceptualmente representa el Derecho, clamará Ortega:

¹⁶ L. LEGAZ LACAMBRA: «Kelsen hoy». *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVI, 1972, p. 79.

¹⁷ J. ORTEGA Y GASSET: *Sobre la razón histórica. Obras completas*, vol. XII, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente (original de 1944), 1983, p. 292, donde Ortega explica con más detalle en qué consiste «la supresión del derecho a la neutralidad»: «La supresión del derecho a la neutralidad que empieza por la anulación de la libertad de comercio en el neutral y sigue por la intervención en los servicios postales y la violación del secreto de la correspondencia y termina en la adscripción forzosa a alguno de los países beligerantes, es síntoma claro de haberse por completo obnubilado en el mundo la conciencia del derecho. Porque al suprimirse ese derecho particular —la neutralidad con todos sus atributos— no se le sustituye por otro y en su hueco aparece solo el arbitrio del poderoso».

«¡Esto es una de las grandes vergüenzas de la época contemporánea!»¹⁸. En relación con las desastrosas consecuencias a las que podría conducirnos la destrucción del Derecho si no se restaura de nuevo el respeto a la ley y al principio de seguridad jurídica (sacrificados en aras de lo que el califica como «una maza extrajurídica»: la justicia), Ortega realizará la siguiente admonición:

La destrucción universal del Derecho, señores, clama urgentemente al cielo; por eso había con tanta urgencia que clamar. A fuerza de hablar de *justicia* se ha aniquilado el *jus*, el Derecho, porque no se ha respetado su esencia, que es la inexorabilidad y la invariabilidad. El reformismo del Derecho, al hacerlo inestable, mudadizo, lo ha estrangulado [...] Derecho es solo hoy el runrún de algo que se va a quitar, no es lo que se da, y todo a cuenta de la llamada justicia. Para el romano no había más justicia que la justicia del juez, la justicia intrajurídica; por eso dice que lo justo es justo porque es Derecho. Es la justicia que produce y crea el Derecho, pero no esa vaga e irresponsable cosa de que se habla en los editoriales de los periódicos y en las vociferaciones de los mítines, que haciendo al Derecho inestable, ha quitado de cuajo debajo de los pies de los hombres la tierra firme en que antes se afianzaba, y al faltarle este punto de apoyo ¿qué puede hacer el hombre sino caer? Ya no puede afianzarse en esa tierra firme que era el Derecho y desde la cual podía intentar ser con dignidad. Ahora el Derecho se hace informe y el hombre cae [...] Todo caer es decaer. La destrucción del Derecho no puede producir sino el envilecimiento del hombre y así, con esta palabra, lo pronosticaba yo al europeo hace un cuarto de siglo¹⁹.

Ortega parece seguir aquí el planteamiento de aquellos iusfilósofos del *Nachkrieg* que, como Gustav Radbruch, plantearon la necesidad de renovar el Derecho debido al estado de destrucción jurídica generalizado en el que quedaron sumidos los Estados y sus correspondientes sistemas de Derecho durante y después de la Segunda Guerra Mundial. Si bien es cierto que Ortega compartía la misma opinión que Radbruch en lo referente a la conveniencia de restaurar cuanto antes el respeto a la ley y a la seguridad jurídica²⁰, también es verdad que mantenía discrepancias de fondo con este jurista alemán en lo concerniente a su exigencia de renovar la justicia en sentido iusnaturalista, dado que, como acabamos de comprobar, Ortega se aproxima más al *formalismo ético* entendiendo este término en el sentido explicado por Norberto Bobbio en su *Teoría della norma giuridica* (1954), es decir, como parte nuclear de una doctrina que considera justo lo que es conforme a la ley rechazando cualquier criterio de justicia que pretenda evaluar o situarse por encima del Derecho positivo²¹.

¹⁸ *Ibid.*, p. 291.

¹⁹ J. ORTEGA Y GASSET: *Una interpretación de la historia universal. En torno a Toynbee. Obras completas*, vol. IX, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente (original de 1960), 1983, pp. 227-228.

²⁰ G. RADBRUCH: «Die Erneuerung des Rechts». En *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* 1-*rste*. Auflage, Darmstadt: Maihofer, 1962 (tomo la cita del libro de J. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: *El Derecho en Ortega*, *op. cit.*, p. 345, nota 845).

²¹ N. BOBBIO: *Teoría della norma giuridica*, 1.ª ed., Torino: G. Giappichelli, 1958, pp. 73-75.

Ahora bien, que Ortega sea formalista desde un punto de vista ético, lo cual le aproxima (en este aspecto) a Kelsen, no implica que lo sea también en sentido *científico* y, por ende, que participe del mismo modo de concebir la ciencia jurídica y el trabajo del jurista (cuya labor es tan sólo de reconocimiento o declarativa, pero no creativa, pues asume la tarea de elaborar el sistema de conceptos jurídicos tal como se deduce de las leyes positivas) que puedan defender autores como Hans Kelsen. En efecto, mientras que para el jurista austríaco (durante su primera etapa) el Derecho se reduce a una estructura lógico-formal pura, centrada en el análisis de la norma jurídica (entendiendo esta última como un juicio lógico-hipotético²², en virtud del cual, se enlazan un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que consiste en una sanción penal o medida coactiva impuesta por el Estado), para el pensador español, en cambio, el Derecho es, ante todo, un hecho social, una realidad, algo con lo que nos encontramos o que aparece en nuestras relaciones interindividuales, en la convivencia con los demás, en la vida colectiva. El Derecho es para Ortega el prototipo de los usos fuertes, esto es, una forma de comportamiento tan ejemplar que su práctica es inexcusable para la supervivencia de la propia sociedad, tal y como él mismo nos recuerda en su obra póstuma *Meditación de Europa* (1960):

La idea de la sociedad como reunión contractual, por tanto, jurídica es el más insensato ensayo que se ha hecho de poner la carreta delante de los bueyes.

²² Como señala A. E. Pérez Luño, «en una segunda etapa de su concepción normativa, que se inicia con su *Teoría General del Derecho y el Estado* (*General Theory of Law and State*) de 1945 y culmina en la segunda edición de su *Teoría pura del Derecho* (*Reine Rechtslehre*) que fue editada en 1960, Kelsen inicia una revisión de sus planteamientos que le conduce a abandonar su calificación de la norma como juicio hipotético. En esta segunda etapa, Hans Kelsen intentará responder a las críticas avanzadas a su concepción inicial de la norma jurídica, que al plantearse como un mero juicio lógico quedaba prácticamente confundida o equiparada con la proposición normativa, es decir, con las explicaciones de la ciencia jurídica sobre las normas. En esta fase de su evolución científica, considera necesario distinguir la norma jurídica (*Rechtsnorm*), de la proposición normativa (*Rechtssatz*). Kelsen sostiene que ambas categorías pertenecen al ámbito del deber ser (*Sollen*), pero mientras las proposiciones normativas tienen un carácter lógico-descriptivo, o un deber ser descriptivo (*Soll-Satz*), las normas, aunque pertenecen al mundo del «deber ser», entrañan un significado prescriptivo (*Soll-Norm*)»; cfr. A. E. PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, op. cit., p. 52. Esa nueva etapa del itinerario intelectual coincide con la llegada de Kelsen a Estados Unidos y, según algunos autores, se materializa en 1960 (año de la publicación de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*). En esta segunda etapa, de marcado signo imperativista-voluntarista, es en la que —según José Delgado Pinto— «se acentúa la divergencia entre los dos polos o principios que orientan su teoría. De un lado, su positivismo voluntarista, que le lleva a admitir la existencia de contradicciones dentro del Derecho positivo. De otro el postulado epistemológico de que la ciencia debe representar su objeto como unidad, describiéndolo en un conjunto de enunciados no contradictorios»; cfr. J. DELGADO PINTO: «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico». En M. COBO DEL ROSAL, A. MOSTAZA RODRÍGUEZ, I. PEIDRO PASTOR, M.ª C. DE VESES PUIG y J. BALLESTEROS LLOMPART: *Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, 1.ª ed., Valencia: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia (1977), p. 208. Véase también, del mismo autor, «La validez del Derecho como problema de la Filosofía jurídica». En F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA: *Estudios en honor del Doctor Luis Recaséns Siches*, 1.ª ed. México D. F.: Universidad Autónoma de México (1980), pp. 221 y ss.

Porque el derecho, la realidad «derecho» —no las ideas sobre él del filósofo, jurista o demagogo— es, si se me tolera la expresión barroca, secreción espon-tánea de la sociedad y no puede ser otra cosa. Querer que el derecho rijá las relaciones entre seres que previamente no viven en efectiva sociedad, me parece —y perdóneseme la insolencia— tener una idea bastante confusa y ridícula de lo que el derecho es²³.

Ortega, como ha advertido recientemente María Isabel Ferreiro Lavedán, no puede aceptar que la unión o complementariedad necesaria existente entre Derecho y Estado signifique que el poder coactivo del Estado sea el sustentador último del Derecho, como pretende Kelsen²⁴. Tampoco cree que estos dos términos (Derecho y Estado) se identifiquen en una misma ecuación, pues no sólo afirma la prioridad del Derecho respecto al Estado, sino que incluso se atreve a defender la preeminencia de la sociedad sobre ambos conceptos, dado que tanto el Derecho como el Estado son para él poder social condensado —como ocurre en todas las realidades sociales— por el «pálpito social u opinión pública, resultado de la interacción entre minoría y masa, mecanismo constitutivo de toda sociedad»²⁵. Antes de cerrar este epígrafe, debe quedar claro que, a juicio de Ortega:

...el derecho —digo— no se funda últimamente en algo, a su vez, jurídico como la ciencia no se funda últimamente en nada científico, sino que ambos se fundan, cuando los hay, en cierta situación total de la vida humana colectiva²⁶.

²³ J. ORTEGA Y GASSET: *Meditación de Europa. Obras completas*, vol. IX, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente (original de 1960) (1983), p. 256. En sentido análogo, cfr., del mismo autor, *Del Imperio Romano. Obras completas*, vol. VI, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983 (original de 1940), (en esta ocasión cito por la edición de bolsillo de Revista de Occidente-Alianza Editorial de 1985, habida cuenta de que al final de este libro se incluye «un capítulo sobre la cuestión de cómo muere una creencia», que no aparecía recogido en las *Obras completas* editadas por Paulino Garagorri en 1983. La página en la que puede encontrarse esta cita es la 205).

²⁴ H. KELSEN: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, op. cit., pp. 97-188. Véase también, del mismo autor, *Allgemeine Staatslehre*. 1.ª Auflage, Wien: Julius Springer, pp. 16 y ss. A diferencia de Kelsen, para Ortega esa fuente última del Derecho estaría representada por un concepto que designa una realidad sociológica primaria: la *opinión pública*, la cual, a su vez, encuentra en el *poder público* su «emanación activa o energética [...] en la cual flotan todos los demás usos o vigencias que de ella se nutren». El ejercicio del poder público, función para la que nace el Estado, es el mando; cfr. J. ORTEGA Y GASSET: *El hombre y la gente. Obras completas*, vol. VII., 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente (original de 1957) (1983), p. 268.

²⁵ M. I. FERREIRO LAVEDÁN: «La definición del Derecho como uso de Ortega y Gasset». En F. H. LLANO ALONSO y A. CASTRO SAENZ: *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*, op. cit. Para un estudio más detallado del mecanismo de interacción entre minoría y masa, cfr., de la misma autora, *La teoría de los usos de Ortega y Gasset*, 1.ª ed., La Coruña: Tórculo Ediciones, pp. 107-166. También para Salvador Lisarrague, otro de los discípulos iusfilósofos de Ortega (aunque para decir esto se inspira más bien en Dilthey), «es la organización externa de la sociedad la que confiere pues al Derecho esa su peculiar situación como puente entre dos mundos»; cfr. S. LISARRAGUE: *Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho*, 1.ª ed., Barcelona: Bosch, 1948, p. 39.

²⁶ J. ORTEGA Y GASSET: *Una interpretación de la historia universal. En torno a Toynbee*, op. cit., p. 144.

Esta situación no es otra que la establecida por el sistema de usos (al cual me referiré más adelante) y, más concretamente, por los usos constitutivos de la opinión pública. En resumidas cuentas, concluye Ortega:

El derecho es, pues, fundamento de la vida toda de un pueblo y desde esta hay que entenderlo, tanto en su conjunto como en cada una de sus instituciones²⁷.

Al estudio que del concepto del Derecho y de su componente social hace Ortega —opuesto al planteamiento iuspositivista-normativista realizado por Kelsen— dedicaré el siguiente epígrafe.

3. LA CRÍTICA ORTEGUIANA AL REDUCCIONISMO DEL ANÁLISIS POSITIVISTA Y NORMATIVISTA DE HANS KELSEN (A PROPÓSITO DE UNA EXTRAVAGANCIA INTERPRETATIVA)

La segunda referencia crítica de Ortega a Kelsen, mucho más amplia que la que acabamos de glosar, se encuentra en otro de sus escritos póstumos, publicado en 1960. En ella se afirma lo que sigue:

¡Adiós el *consensus* en que se basa la unidad efectiva del Estado! ¡Adiós la creencia total común de la que brota y en que se funda toda la legitimidad en el ejercicio del poder público! El derecho no se funda últimamente en algo, a su vez, jurídico como pretendía la extravagancia de Kelsen, extravagancia oriunda de haber entendido mal a mi maestro de Marburgo, el gran Hermann Cohen, como le había ya entendido mal Stammler, a quien Cohen, por ser Stammler judío y haberse convertido, llamaba, hablando conmigo, *Ab-stammler*, es decir, desertor o degenerado. La teoría del derecho de Kelsen, que se han empapuzado los juristas y filósofos del derecho de todo el mundo, solo podía terminar donde ha terminado —con una palinodia. *El derecho —digo— no se funda en algo, a su vez, jurídico, como la ciencia no se funda últimamente en nada científico, sino que ambos se fundan, cuando los hay, en cierta situación total de la vida humana colectiva.* De aquí que al quebrarse la creencia común se resquebraje la legitimidad²⁸.

En relación con este fragmento que acabo de reproducir, y que, como ya he dicho, se encuentra en el capítulo VIII de su libro *Una interpretación de la historia universal* (1960), cabe hacer algunas consideraciones que serán desglosadas en los dos próximos subepígrafes.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.* (La cursiva es mía). Por coherencia interna y en aras de la claridad, he preferido reproducir el párrafo íntegro a pesar de que en la parte final hay un fragmento, en cursiva, reproducido anteriormente en la cita que acompaña a la nota 26.

3.1. Ortega frente al neokantismo de la Escuela de Marburgo

En lo concerniente a la supuesta tergiversación de la doctrina neokantiana de Cohen y a su crítica tan desafortunada a Stammler (quien, como es sabido, hizo una libre interpretación del kantismo más ortodoxo y, en lo relativo al ámbito jurídico, concebía el Derecho como una categoría lógica anterior a la propia experiencia jurídica)²⁹, estimo que, antes que por desconsideración intelectual hacia este último (al que, por cierto, en otro trabajo denomina «el más ilustre filósofo del derecho de la actualidad»)³⁰, Ortega se mueve más bien por un afán de marcar públicamente distancias respecto al formalismo idealista de la Escuela de Marburgo (de cuyo dogmatismo, curiosamente, absuelve a Cohen o a Natorp con la misma facilidad con la que culpa a Stammler). Años antes, sin embargo, en una reseña a un libro de Francisco Rivera Pastor, *Lógica de la libertad* (un trabajo, por cierto, con un claro enfoque anti-neokantiano), Ortega calificaría la obra de Stammler de «magistral y venerable», aunque también le haría copartícipe (en esta ocasión junto a Cohen) de haber intentado vanamente «henchir de materia esas formas vacías que son en Kant lo bueno y lo justo», y culminaba su reseña diciendo:

No vacilemos en decirlo. El neokantismo fue la doctrina donde nos hemos educado para la filosofía; guardemos gratitud a nuestros maestros. Pero el neokantismo no es la ciencia actual, ni mucho menos la futura³¹.

Sobre los motivos que impulsaron a Ortega a desplazarse a estudiar a Marburgo, he publicado hace poco un artículo, por lo que me remitiré a él para no extenderme más de lo debido en este asunto³². En lo que al presente trabajo se refiere, basta con decir que, a juicio de Ortega, para aprender filosofía en España era preciso salir de ella y estudiar en Alemania. Una vez allí, para saber «qué es la filosofía», era conveniente sumergirse de lleno en el neokantismo de la Escuela de Marburgo, punto de referencia de las demás universidades germanas. Y, por fin, para que uno pudiera permitirse no ser kantiano, era imprescindible penetrar hasta el último rincón de dicho sistema, o sea, «ser neokantiano hasta la médula» y, una vez entendida y asimilada esta doctrina, intentar buscar una salida. Ortega finalizaría sus estudios en Marburgo en 1907, cuatro años más tarde

²⁹ R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2-ste, Auflage (1-ste. Aufl. 1921), Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1923, pp. 41-45 y 48-49 (correspondientes a los epígrafes 18 y 21, respectivamente).

³⁰ J. ORTEGA Y GASSET: «El genio de la guerra y la guerra alemana» (1917). En *El Espectador (II). Obras completas*, vol. II, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983, p. 210.

³¹ J. ORTEGA Y GASSET: «Un libro sobre la filosofía del Derecho» (1918). En *Obras completas*, vol. III. 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983, pp. 25-26 (vale también para los demás entrecomillados de este párrafo. La cursiva de la cita es mía).

³² F. H. LLANO ALONSO: «La filosofía kantiana desde la perspectiva teórica de José Ortega y Gasset». En F. H. LLANO, A. CASTRO, F. CONTRERAS y J. M. PANEA: *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el Bicentenario de su muerte*, 1.ª ed., Sevilla: Editorial Innovación Lagares (2.ª edición de 2004), 2003, pp. 232 y ss.

regresaría ya convertido en catedrático de Metafísica y sabedor de que estaba engendrando su propio sistema de ideas dentro de una original doctrina: el raciovitalismo³³. A partir de este momento, y pese a que Ortega nunca dejaría de considerar a Kant como «el *magister*»³⁴, iniciará una navegación en solitario que le alejará del subjetivismo característico del idealismo neokantiano. Como presupuesto de partida, Ortega se propuso evitar caer en la misma *ontofobia* en la que se precipitaron sus maestros marburgueses al reducir los objetos de la experiencia a simples contenidos de conciencia y, con ello, decretar a su vez la abolición de todo lo que estuviera fuera de la estricta subjetividad del Yo pensante. En su opinión, los neokantianos deberían aceptar que en todo hombre hay una doble dimensión objetiva-subjetiva, es decir, una parte racional y otra vital, que forman parte inescindible de su ser. Las siguientes palabras ofrecen un elocuente testimonio del firme convencimiento de Ortega en este sentido:

...todo concepto o significación concibe o significa algo objetivo (toda idea lo es de algo que no es ella misma), y, no obstante, es innegable que todo concepto o significación existe como pensado por un sujeto, como *elemento de la vida de un hombre*. Resulta, pues, a la vez subjetivo y objetivo³⁵.

Como puede apreciarse, Ortega concibe la faceta individual y la social de los hombres en permanente y recíproca sintonía. En efecto, sólo mediante esta mutua comunión del «Yo individual» con el mundo fenoménico y circunstante que le rodea, podrá el hombre alcanzar la plenitud de su ser o, mejor dicho, de su «estar» en la vida. A esta misma idea de plenitud ontológica es, precisamente, a la que alude Ortega cuando proclama con una de sus más célebres máximas «Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella, no me salvo yo»³⁶. Como es sabido, para Ortega, «circunstancia» es el conjunto de cosas que rodean al hombre, cosas a las que éste debe buscar un sentido y que tiene que reabsorber, porque sólo en la medida en que logre la integración de ese entorno, conseguirá también adaptarse al medio que le envuelve y que está más allá de su propio «ensimismamiento». En suma, como en su día explicara José Ferrater Mora, para Ortega, «las circunstancias son el cordón umbilical que nos vincula al resto del universo», pero también «constituyen un ingrediente esencial de nuestras vidas»³⁷.

³³ J. ORTEGA Y GASSET: «Reflexiones de centenario. 1724-1924». En *Kant* (1929). *Obras completas*, vol. IV, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, p. 25. Véase también, del mismo autor, «Filosofía pura. Anejo a mi folleto *Kant*». En *Kant, op. cit.*, p. 48; 1983 «Prólogo para alemanes» (1958), en *Obras completas*, vol. VIII, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983, pp. 32-33.

³⁴ J. ORTEGA Y GASSET: «Renan» (1909). *Obras completas*, vol. I, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983, p. 448.

³⁵ J. ORTEGA Y GASSET: «Filosofía pura. Anejo a mi folleto *Kant*». En *Kant, op. cit.*, p. 57.

³⁶ J. ORTEGA Y GASSET: *Meditaciones del Quijote* (1914). *Obras completas*, vol. I, 1.ª ed., Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983, p. 322.

³⁷ J. FERRATER MORA: *Ortega y Gasset: etapas de una filosofía*, 1.ª ed., Barcelona: Seix Barral (original de 1952), 1973, pp. 50-51.

A la idea de vida como «realidad indubitable», «realidad primaria» o «realidad radical», así como del concepto del Derecho como realidad social (opuesto al de la tesis postulada por el normativismo formalista), aludiré en seguida, pero antes de terminar con este apartado dedicado al desencuentro entre Ortega y sus maestros de la Escuela de Marburgo (cuyas discrepancias fueron, dicho sea de paso, teóricas pero nunca afectivas), quisiera, por extensión, determinar el motivo por el que Ortega responsabiliza también a Kelsen de compartir el idealismo formalista inherente al neokantismo. Dicho en otras palabras, ¿dónde veía exactamente Ortega el influjo de la doctrina kantiana sobre Kelsen? Para responder a esta pregunta hay que remitirse necesariamente a una de las obras de juventud del jurista austriaco: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, publicada en 1911. En este libro, Kelsen concibe la norma jurídica como juicio hipotético e intenta ofrecer un concepto puro de la normatividad jurídica. Partiendo de que el Derecho consiste esencialmente en normas, Kelsen llega a la conclusión de que su teoría debe ser (y no puede ser otra cosa que) una ciencia normativa, es decir, una doctrina de la proposición o precepto jurídico; en resumidas cuentas, del Derecho objetivo³⁸. Contra lo que cabría esperar de un autor que llega a la teoría pura del Derecho desde el campo del Derecho público y que, a mayor abundamiento, era discípulo de eminentes iuspublicistas (como Gerber, Laband y Jellinek), Kelsen se apartará de sus maestros en un determinado momento por entender que éstos se han quedado a medio camino en su empeño (a la postre frustrado) de elaborar una construcción jurídico-formal del Estado. Es entonces —según explica Recaséns— cuando Kelsen se propone ser fiel al imperativo de *pureza metódica*, y para ello se apoyará sobre la sólida base de la distinción kantiana entre el *ser* y el *deber ser*³⁹. En otras palabras, mientras las leyes naturales pertenecen al mundo del *ser*, las normas jurídicas se sitúan en la esfera del *deber ser*. Inspirándose en esta dicotomía ontológico-deontológica, Kelsen trata de depurar en su trabajo el método jurídico extrayendo de él los elementos sociológicos, que representan expresión de hechos y que, por consiguiente, suponen un serio inconveniente (como agentes fácticos contaminantes) para una teoría normativa que no pretende ocuparse de lo que *es* sino de lo que *deber ser*⁴⁰. La norma jurídica será, por tanto, un juicio de deber-ser (*Sollen*) fundado sobre el principio de imputación (*Zurechnung*), o sea, una hipótesis lógica a tenor de la cual, ante el concurso de determinados supuestos,

³⁸ L. RECASÉNS SICHES: «Estudio preliminar». En *Compendio de Teoría General del Estado*, op. cit., p. 25.

³⁹ L. RECASÉNS SICHES: *Los temas de la Filosofía del Derecho*, 1.ª ed., Barcelona: Bosch, 1934, p. 34.

⁴⁰ Como ha señalado Antonio E. Pérez Luño, esta necesidad de preservar la pureza de la normatividad jurídica, conducirá a Kelsen a «rechazar las teorías imperativistas del positivismo jurídico del siglo XIX (von Ihering, Austin), que identificaban el derecho con un conjunto de mandatos respaldados por la coacción del Estado». Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO: *Trajectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, op. cit., p. 51.

deberá producirse la imputación de una consecuencia jurídica que se conocerá como sanción⁴¹.

El comienzo de la relación entre Hans Kelsen y Hermann Cohen (que tan determinante habría de resultar para impulsar el normativismo del joven Kelsen) tendrá lugar un año después de la primera edición de los *Hauptprobleme*, cuando la revista *Kant-Studien* publique una reseña a su libro que le resultará reveladora, además de servirle de complemento filosófico a su método científico⁴². En general, 1912 representa para Kelsen el año del acercamiento a la filosofía neokantiana de la Escuela de Marburgo y, en particular, el descubrimiento de las obras de Cohen, las cuales —en palabras de Recaséns— «le brindaron nuevos fundamentos para su método y algunas sugerencias que desarrolló en libros posteriores»⁴³. Ciertamente, a partir de estas lecturas neokantianas Kelsen se esmera en lograr la completa asepsia del método jurídico frente a otras tendencias o consideraciones de carácter político que pudieran enturbiar o comprometer la pureza de su doctrina jurídica. Así, en 1913 señalará en su trabajo *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft* la necesidad de prescindir en la *reine Rechtslehre* de toda doctrina sobre la justicia o conveniencia de las distintas instituciones, así como de limitarse exclusivamente a captar la estructura esencial de las mismas, esto es, sus conceptos formales. En 1920 aparecería otra de sus grandes obras, *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts*, en el que dos nuevos principios vienen a completar el pensamiento de Kelsen: en primer lugar, como ya sabemos, la identificación absoluta entre Estado y Derecho, y, en segundo lugar, la necesidad de lograr una unidad sistemática que domine a todas las normas supuestas como Derecho positivo vigente. El primero de estos principios, el de la identidad entre Estado y Derecho, se precisará un poco más en 1922, concretamente en *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, ensayo en el que se sostiene que el concepto del Estado sólo puede formularlo la teoría jurídica, y que nunca un estudio sociológico llegará a captar la esencia del mismo. Por fin, en 1925, publicará una obra en la que se resumirán todas sus investigaciones anteriores, *Allgemeine Staatslehre*, en la cual se parte de la base de que el Estado es un orden normativo coercitivo y se intenta demostrar que todos los problemas planteados por la teoría general del Estado son estrictamente jurídicos y sólo resolubles desde este punto de vista⁴⁴. Y por cierto,

⁴¹ H. KELSEN: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, op. cit., pp. 72 y ss.

⁴² Advierte Luis Legaz Lacambra que para impulsar inicialmente su normativismo, Kelsen también se sirvió de las interpretaciones de Kant realizadas por Windelband y Simmel. Cfr. L. LEGAZ LACAMBRA: «Kelsen hoy», op. cit., p. 81, nota 2. En esta nota también se reproduce el texto de la reseña a los *Hauptprobleme* a la que he hecho mención más arriba y que dice lo siguiente: «Nunmehr ergab sich mir als bewusste Konsequenz der erkenntnistheoretischen Grundeinstellung Cohens, der zufolge die Erkenntnisrichtung der Erkenntnisgegenstand aus einem Ursprung logisch erzeugt wird, dass der Staat, sofern er Gegenstand juristischer Erkenntnis ist, nur Recht sein kann».

⁴³ L. RECASÉNS SICHES: «Estudio preliminar». *Compendio de Teoría General del Estado*, op. cit., p. 26.

⁴⁴ Debo este resumen bibliográfico kelseniano a la magnífica síntesis realizada por Recaséns en su «Estudio preliminar» a la edición castellana del *Compendio de Teoría General del Estado*, op. cit., pp. 26-27.

en esta convicción kelseniana de que es la Ciencia jurídica la que crea, constituye o determina su objeto (o sea, el Derecho o el Estado), al igual que la Ciencia natural produce el ser natural, es precisamente donde algunos estudiosos —entre otros, Ortega y Gasset— han creído ver uno de los vínculos de «parentesco» más fuertes entre Kelsen y algunos neokantianos (como Stammler)⁴⁵.

3.2. *Perspectivas raciovitalistas: el Derecho como realidad social, la sociedad como sistema de vigencias colectivas y el uso como norma*

Así como para Kelsen el Estado equivale a la existencia de un orden jurídico, la sociedad constituye para Ortega un sistema de vigencias sociales, es decir, un sistema normativo que funciona como un conjunto de usos que ejercen sobre el individuo social una coacción. Y es que, como advierten Luis Legaz y José Hierro, si el uso fuera considerado por Ortega tan sólo como un hecho social, sin capacidad normativa, su fuerza *real* (y su vigencia) dependería exclusivamente de la frecuencia de su reiteración⁴⁶. Los usos, por tanto, son para Ortega algo más que una simple conducta repetida por varios individuos que ha terminado mecanizándose, tal y como sostienen Max Weber y Henri Bergson⁴⁷. En los usos se reúnen, además, cinco rasgos muy característicos: 1) su coactividad; 2) su irracionalidad; 3) un proceso de formación muy lento; 4) su *normatividad*; y 5) su vigencia social⁴⁸. Pues bien, una vez aclarado que el uso es algo más que «un simple precipitado de frecuencia», Ortega distingue, a continuación, entre «usos débiles y difusos» (aquí estarían comprendidos los que siempre se han denominado vagamente como «usos y costumbres» en el vestir, en el comer o en el trato social corriente) y los «usos fuertes y rígidos» de los que, aparte de los usos económicos, formarían parte «el Derecho y el Estado, dentro del cual aparece esa cosa terrible, pero inexorable e inexcusable que es la política»⁴⁹. Ahora bien, sobre el criterio a seguir para poder diferenciar, dentro de los usos fuertes, el Derecho de las otras dos categorías (la economía y el Estado), se ha debatido ampliamente dentro de la doctrina española: así, para Cuenca Anaya, si en realidad existe dicho criterio, Ortega no parece haberlo encontrado, dado que, al hablar de la fortaleza o la debilidad de los usos, sólo está sugiriendo unos criterios estrictamente cuantitativos, no cualitativos y, por

⁴⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁴⁶ L. LEGAZ LACAMBRA: «El Derecho internacional en el pensamiento de José Ortega y Gasset», *op. cit.*, p. 14; J. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: *El Derecho en Ortega*, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁷ J. ORTEGA Y GASSET: *El hombre y la gente*, *op. cit.*, pp. 212-213.

⁴⁸ Sobre los usos, entendidos por Ortega como hechos constitutivos y regulativos de la sociedad, *vid.*, L. PELLICANI: «La sociología de Ortega y Gasset». En *Rivista di Sociologia*, 1976, n.º 31, pp. 62 y ss. Véase también, del mismo autor, *La sociología storica di Ortega y Gasset*, 1.ª ed., Milano: SugarCo Edizioni, 1987, pp. 51 y ss.

⁴⁹ J. ORTEGA Y GASSET: *El hombre y la gente*, *op. cit.*, p. 228.

lo tanto, no nos proporcionarían diferencias específicas o sustanciales entre estas tres categorías⁵⁰; en opinión de Truyol y Serra, en cambio, esta distinción es meramente formal, no material, porque, según este autor, «la distinción conceptual no supone ni significa separación»⁵¹; por otra parte, Pérez Luño ha interpretado que «Ortega, al incluir entre los usos fuertes a la economía, el derecho y la política, ampliaba hasta tal extremo el ámbito de los usos que terminaba por difuminar y confundir sus límites. De ahí que estime preferible establecer la diferencia entre la fortaleza y la debilidad de los usos en función de su respectivo grado de obligatoriedad»⁵². Finalmente, el propio Ortega advierte, previendo seguramente las críticas que le plantearían en el futuro los filósofos del Derecho a su teoría de los usos, que se pueden establecer diferencias entre usos sociales, pero no entre naturalezas sociales, por lo que, en su opinión, se hace imprescindible concebir al Derecho como «un uso entre usos». Al hilo de esta advertencia afirmará Ortega:

Si los filósofos del Derecho quieren ser gentiles conmigo, repasen todas las definiciones más importantes que se han dado del Derecho, los ensayos para diferenciarlo de otros fenómenos sociales —como costumbres, reglas convencionales, moral, etc.—, y comparen eso que se dice allí y esta advertencia que acabo de hacer⁵³.

Con todo, como han señalado Rodríguez Paniagua y Ferreiro Lavedán, no puede negarse que la teoría orteguiana merece ser destacada por ser «especialmente sugestiva» pues, al manifestar que el Derecho no puede ser otra cosa más que una clase o conjunto de usos, es decir, un uso entre usos, pone de relieve «lo que el empeño en diferenciar el Derecho de los usos borra o desvanece: la íntima interconexión entre el Derecho y el resto de la vida social, que es lo que parece realmente interesante y trascendente»⁵⁴.

En cuanto a la normatividad de los usos, que es, según hemos visto, el cuarto de sus cinco rasgos característicos, podría llegarse a la conclusión (errónea) de que existe base suficiente para concluir que Ortega deja una puerta entreabierta al normativismo y que, por ello, podría existir un cierto nexo de unión entre nuestro pensador y Kelsen en este sentido. Sin embargo, como han aclarado,

⁵⁰ F. CUENCA ANAYA: *El Derecho en Ortega y Gasset*. 1.ª ed., Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1994, p. 19.

⁵¹ A. TRUYOL Y SERRA: «Derecho natural». En AA.VV.: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Francisco Seix, 1950, p. 768.

⁵² A. E. PÉREZ LUÑO: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 2.ª ed. (1.ª ed. 1997). Madrid: Tecnos, 2002, p. 152.

⁵³ J. ORTEGA Y GASSET: *El hombre y la gente*, *op. cit.*, p. 228.

⁵⁴ J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA: *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*, 3.ª ed., Madrid: Universidad Complutense, 1988, pp. 48-50; M. I. FERREIRO LAVEDÁN: *La teoría de los usos de Ortega y Gasset*, *op. cit.*, p. 245. En sentido análogo, véase también el artículo de R. BARBA VARA: «Notas para una definición orteguiana del Derecho». *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. 23, 1991, pp. 164-166.

primero Luis Legaz, y posteriormente Gregorio Robles⁵⁵, mientras el normativismo de Kelsen es jurídico-formalista, en tanto que el de Ortega sería de orden sociológico, y su antecedente teórico más inmediato se encontraría en la noción de *contrainte* de Durkheim. El que la vida social tenga para Ortega una dimensión y estructura claramente normativas explica, según Legaz, que su maestro español se preocupe de separar la vida social o colectiva (como un todo viviente que comprende en toda su amplitud lo individual y lo colectivo), de la vida auténticamente personal y de la relación individual. Relacionando el cuarto y el quinto rasgo característicos de la teoría orteguiana de los usos comprobaremos cómo la «vigencia» ejerce en el mundo sociológico de Ortega una función análoga a la de la «validez» en el sistema de Kelsen. Sin embargo, a diferencia de la norma jurídica kelseniana, que consiste en un puro mandato de deber ser independiente de su eficacia o influencia real, y cuya validez se deriva de su propia esencia *ideal*, en el caso de los usos orteguianos (sobre todo los fuertes) es la sociedad quien se nos impone a la vez que nos ampara, es imposición y recurso. Mientras que para Kelsen, como ya hemos visto, el ordenamiento jurídico es coactivo en tanto que *es o equivale* al Estado, en el caso de Ortega es la sociedad quien, como sistema de vigencias sociales, como «arquitectura *usual*» (como una maquinaria articulada por una cadena de usos), y a través de la opinión pública (o «la opinión reinante»), coacciona a los individuos para que realicen aquellas conductas inexcusables para la propia supervivencia social, e impide que se produzcan comportamientos «disociadores» o antisociales que puedan llegar a atentar contra su común convivencia. En Ortega, como señala Hierro Sánchez-Pescador, «la falta de Estado no empece, pues, a la existencia del Derecho»⁵⁶; es la gente quien «opina» y quien «coacciona». El Estado no será, por consiguiente, más que un instrumento para el ejercicio del poder público (el mismo poder en el que a su vez se apoya la opinión pública). Al ejercicio de ese poder público, como ya he dicho anteriormente, Ortega le denominará «mando»⁵⁷.

4. CONCLUSIONES

Al término de este comentario de las glosas de Ortega a Kelsen, creo que es posible extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, y esto resulta evidente después de todo lo dicho, Ortega contempla la teoría del Derecho como sociólogo, en tanto que Kelsen lo hace como jurista. Mientras Kelsen busca un fundamento jurídico intrínseco al

⁵⁵ L. LEGAZ Y LACAMBRA: «El Derecho internacional en el pensamiento de Ortega y Gasset», *op. cit.*, pp. 13 y ss.; G. ROBLES MORCHÓN: *Epistemología y Derecho*, *op. cit.*, pp. 181-182; véase también, del mismo autor, el epígrafe dedicado a Ortega y Kelsen: «La filosofía jurídica de Ortega: el Derecho como uso social y la justicia como valor», *op. cit.*

⁵⁶ J. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: «El Derecho en Ortega», *op. cit.*, pp. 61 y ss.

⁵⁷ Véase la parte final de la nota 24.

propio Derecho, Ortega se inclina, en cambio, hacia una fundamentación extra-jurídica (raciovitalista) del mismo⁵⁸. Uno se mueve en el ámbito ideal del deber ser y de los juicios e hipótesis lógicas (sobre todo durante su primera etapa, que es la que mejor conoce Ortega), en tanto que el otro lo hace en el terreno fáctico correspondiente a la realidad social y su entorno.

En segundo lugar, como indiqué al comienzo, estimo que pretender establecer en estos momentos, cincuenta años después de la muerte de Ortega, en qué medida pudo o no influir en su formación jurídica o, más concretamente, en su visión normativista de los usos la doctrina de Kelsen, no pasa de ser un ejercicio especulativo bastante estéril⁵⁹. Para ser honestos, la gran obra de Ortega sobre el Derecho quedó sólo proyectada en los apéndices de *El hombre y la gente*, por lo que es, después de todo, una obra inacabada. De cualquier modo, es en este libro y en algunos otros, como los póstumos *Del Imperio Romano* o *Una interpretación de la historia universal. En torno a Toynbee*, en algunas de sus lecciones magistrales, en varios de sus discursos y artículos de prensa, donde se encuentra diseminada toda su reflexión jurídica. La visión sistemática del Derecho en Ortega que haya podido ofrecerse después, a través de estudios tan completos como el de José Hierro Sánchez-Pescador, está, inevitablemente, lastrada por todas estas dificultades. Con razón ha afirmado Hierro, en este sentido: «Ortega es así y así hay que tomarlo»⁶⁰.

En tercer lugar, pienso que puede suscribirse el comentario de Recaséns, según el cual, aunque sería injusto negar el valor de la explicación científica que da Kelsen de la esencia formal de las normas jurídicas, así como el mérito de haber puesto de relieve la mayoría de los conceptos jurídicos formales, y las nociones y categorías puras que constituyen el *a priori* del Derecho, tampoco sería oportuno soslayar la relevancia de una crítica que, como la de Ortega, denuncia la existencia de, al menos, dos «mutilaciones o amputaciones» de la *teoría pura del Derecho*: «De un lado, el olvido de que el Derecho es una realidad humana, una obra del hombre, condicionada por una serie de factores. De otro lado, el olvido de que el sentido del Derecho es el propósito o la intención de realizar unos valores específicos». Tras estas consideraciones, Recaséns, que en este punto está claramente inspirado por el raciovitalismo orteguiano

⁵⁸ Este contraste entre el carácter autorreferencial de la Ciencia del Derecho y la teoría raciovitalista se ve hoy reproducido en el debate en torno a la fundamentación de los sistemas jurídicos y la teoría de los derechos fundamentales mantenido entre los partidarios del procedimiento auto-poietico de legitimación del Derecho, como por ejemplo, Luhmann o Teubner, y quienes propugnan, por el contrario, una alternativa a favor de un proceso práctico de estructuración concreta y empírica (heteropoiética), como en el caso de Mühler. Para una información más detallada de este debate actual, véase el libro de A. E. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8.ª ed. (1.ª edición, 1984), Madrid: Tecnos, 2003, pp. 591-592.

⁵⁹ Como revela Benjamín Rivaya en su completo artículo «Kelsen en España», durante la década de los sesenta y los setenta del pasado siglo, existía la creencia, compartida por un sector amplio de la doctrina, de que «Ortega había bebido en la doctrina de Kelsen y no sólo en la de Durkheim para construir su concepto de sociedad». Cfr. B. RIVAYA: «Kelsen en España», *op. cit.*, p. 151.

⁶⁰ J. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: *El Derecho en Ortega*, *op. cit.*, p. 15.

terminará diciendo que: «en los conceptos aclarados por Kelsen no aparece el hecho radical, necesario de que lo jurídico es una *función de la vida humana* suscitada por ciertos tipos de sugerencias que se dan en la realidad social; ni tampoco aparece esa aspiración axiológica, esa intencionalidad estimativa que es esencial a todo Derecho»⁶¹. También Legaz, el otro discípulo español de Kelsen, se manifestó a favor de una interpretación abierta y omnicomprensiva del Derecho y del Estado, materias éstas en las que, según él, «parecen ineliminables no sólo las dimensiones ideológicas y valorativas, sino también las conexiones con la realidad social»⁶².

Por último, y en relación con la conclusión anterior, considero que la perspectiva sociológica del Derecho de Ortega, expuesta a través de su teoría de los usos sociales, en combinación con la filosofía del raciovitalismo, ejercerán una influencia extraordinaria en un amplio sector de la Filosofía del Derecho iberoamericana contemporánea, sobre todo en el ámbito de la doctrina de la experiencia jurídica y del tridimensionalismo jurídico (denominada por otros pluridimensionalidad del fenómeno jurídico), si bien es cierto que en la difusión y el posterior desarrollo de sus enseñanzas jugarán un papel destacado algunos de sus principales discípulos (tanto filósofos como iusfilósofos)⁶³. Pruebas de la presencia de Ortega las encontramos, obviamente, en las obras de Recaséns, Legaz, Lisarrague y Ruiz-Giménez. Indirectamente, la proyección del legado socio-jurídico orteguiano también se extiende a otros iusfilósofos relevantes, como el mejicano García Máynez o el brasileño Reale⁶⁴. Más recientemente, y siempre dentro del marco doctrinal de la teoría de la experiencia jurídica, destacan, entre otras, las enjundiosas contribuciones doctrinales de Pérez Luño, Ballesteros y el peruano García Belaunde. A este respecto, habría mucho que decir en relación con la importante función de enlace desempeñada por el raciovitalismo respecto a dos corrientes doctrinales tan complementarias como la de la filosofía de la vida y la teoría de la experiencia jurídica. Este hilo conductor nos llevaría desde el vitalismo de Bergson y la idea de vida en Dilthey,

⁶¹ L. RECASÉNS SICHES: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*, 1.ª ed., México D. F.: Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1971, pp. 21-22.

⁶² L. LEGAZ LACAMBRA: «Kelsen hoy», *op. cit.*, p. 81.

⁶³ Conviene insistir, a este respecto, como ha señalado López Medel, en que la presencia orteguiana en Hispanoamérica, ya sea entre filósofos como Romero, Ramos, Gaos, Nicol o Romano Muñoz, o bien entre los iusfilósofos, como Recaséns o García Máynez, «se opera bien directamente, bien a través de sus discípulos, singularmente —por citar a los indiscutidos— Zubiri y García Morente, que fue profesor algún tiempo en la Universidad argentina de Tucumán»; cfr. J. LÓPEZ MEDEL: *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*, *op. cit.*, p. 67. Véanse también los estudios de A. E. PÉREZ LUÑO: «Aproximación al ideario jurídico de Niceto Alcalá Zamora y Torres». *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 76, 1999, p. 605; B. DE CASTRO CID: *La filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*. 1.ª ed., Salamanca: Universidad de Salamanca, 1974, pp. 43 y ss.; G. ROBLES MORCHÓN: «El raciovitalismo como ideología». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 215, 1977, pp. 109-206. A. BECERRA BAZAL: *Dos facetas de la filosofía del Derecho de Recaséns Siches*, 1.ª ed., Madrid: Alianza, 1990, pp. 86 y ss.

⁶⁴ Cfr. G. FASSÒ: *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, *op. cit.*, p. 419.

pasando por el raciovitalismo de Ortega, hasta la doctrina de la experiencia jurídica, algunas de cuyas principales figuras acaban de ser mencionadas. En todo caso, es éste un tema tan específico que exige ser abordado en un estudio pormenorizado que se aleja del propósito de este trabajo, hacerlo ahora, por tanto, sería pecar de exceso, contraviniendo así el consejo que Goethe, a quien cité al principio, pone en boca de Fausto, y según el cual: «si no es un perfecto estúpido, el orador (en este caso el escritor) ha de buscar el provecho que es justo»⁶⁵.

⁶⁵ *Fausto*, I, Acto único (Fausto habla con Wagner).