

DERECHO Y LEY EN JOSE ORTEGA Y GASSET

POR FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla

1. Razón del presente estudio.
2. La formación del Derecho.
3. Ortega y el Derecho natural.
4. Ortega y el espíritu popular o «Volksgeist».
5. El Derecho y la Moral.
6. Derecho y ley positiva.
7. Colofón.

1. En mi trabajo *Ortega y Gasset ante la Filosofía del Derecho*, destinado al volumen homenaje rendido al profesor Manuel Jiménez Fernández por la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, he puntualizado cómo Ortega queda dentro de la Teoría general del derecho al uso de 1900 dependiente de Ernst Rudolf Bierling; en mi *El concepto del Derecho de José Ortega y Gasset*, contribución al homenaje ofrecido al maestro Mariano Puigdollers por la Asociación española de Filosofía jurídica, he indicado cómo la concepción orteguiana del Derecho es mera reducción a lo fáctico, en la línea del más radical positivismo en cuanto equipara la vigencia jurídica a la violencia incontrastable de las fuerzas de la naturaleza. En el presente estudio busco analizar el modo en que ambas perspectivas orteguianas cuajan en determinados aspectos concretos de las temáticas jurídicas, ciñéndome a tres aspectos cardinales: dinámica social en la génesis del Derecho, relaciones con el clásico Derecho natural y fijación del Derecho positivo. Inherentes van los problemas del deber ser jurídico y de la axiología o de la justicia.

En aquellos estudios quedó patente la reducción del Derecho a lo fáctico, la estima de la vigencia por sólo criterio axiológico de lo jurídico y el repudio de la filosofía desde una teoría general atendida exclusivamente a los hechos, sin más variaciones que el ritmo universal de las varias coyunturas ofrecidas

ya por la razón histórica. Ahora toca apurar la formación del Derecho a fuer de uso fuerte y señalar sus referencias al Estado y a la Ética.

2. Tal como aparecía al Derecho, siendo coacción eficaz e incontrastable, uso rígido que obedecer por encima de la voluntad del individuo, venía a recoger los resultados de una opinión común, asumida impersonalmente frente a cada componente de la sociedad por los demás hombres que la forman. Sería la transformación de "die öffentliche Meinung als Brauch" apuntada por Brigitte Gräfin von Galen en su monografía *Die Kultur-und Gesellschaftsethik José Ortega y Gasset*¹. En otras palabras, las creencias como sentires colectivos, a las que Ortega se refería en su *Historia como sistema* al escribir que "aparte de lo que crean los individuos como tales, es decir, cada uno por sí y por propia cuenta, hay siempre un estado colectivo de creencia. Esta fe social puede coincidir o no con la que tal o cual individuo siente. Lo decisivo en este asunto es que cualquiera sea la creencia de cada uno de nosotros, encontramos ante nosotros constituida, establecida colectivamente, con vigencia social, en suma, un estado de fe"².

Así las cosas, la forja del uso fuerte que el Derecho es, deberá seguir el ritmo propio de la formación de tales creencias u opiniones públicas rígidas. Porque en definitiva, la dinámica a través de la cual el derecho queda establecido en sus calidades de tal Derecho, será el proceso psicológico mediante el cual alcanzan validez jurídica, aquellos contenidos insertos en la opinión pública. Y esto no con presentaciones formales, empero en relación al contenido mismo de los usos. La trayectoria por la que los usos jurídicos han llegado a ser tales usos jurídicos es la de la inserción decisiva en el ánimo del común de los miembros de la sociedad de ciertas reglas de conducta de cuyo funcionamiento pende la existencia de la sociedad misma de que se trate; casi mejor diría su esencia, toda vez que para Ortega la sociedad no consiste en los hombres que la integran, pero sí en los usos en que cuaja la realidad de lo colectivo, quedando los quehaceres concretos de los hombres parte de la so-

¹ Siegburg, F. Schmitt, 1959, pág. 70.

² *Obras completas*. Madrid, «Revista de Occidente», VI (1952), 18-19.

ciudad como determinados y precisos órdenes de conexiones interindividuales.

El proceso de formación del Derecho se articula en el juego orteguiano de las minorías ejemplares que suscitan la admiración con la subsiguiente copia por parte de las mayorías dóciles. *En cuanto al pacifismo* ha detallado los tres estadios de la formación del Derecho a fuer de uso fuerte. "Para que el derecho —escribió— o una rama de él exista es preciso: 1.º que algunos hombres, especialmente inspirados, descubran ciertas ideas o principios de derecho. 2.º la propaganda y expansión de esas ideas de derecho sobre la colectividad en cuestión. 3.º que esa expansión llegue de tal modo a ser predominante, que aquellas ideas de derecho se consoliden en forma de opinión pública"³. Es el momento en el cual el Derecho rige, porque su vigencia depende de la eficacia de la opinión. Sin que importe o no haya legislador determinado, ni jueces que regulen la aplicación concreta de aquella vigencia. "Si aquellas ideas señorean de verdad las almas, actuarán inevitablemente como instancias para la conducta a las que se puede recurrir. Y ésta es la verdadera sustancia del Derecho"⁴.

La formación de la regla o uso jurídico arranca, en consecuencia, de un individuo determinado, pero cuando se generaliza transformándose en uso pierde la memoria de quien primero la inventó. Al devenir uso la idea inicial carece de padriños, es anónima, su sujeto es lo colectivo. De relación interindividual ha pasado a ser conexión extraindividual. En el anonimato irresponsable del uso radica su condición de regla colectiva.

Por ende, no cabe nazca el Derecho, ni ningún uso social, de ningún pacto. Los pactos, para Ortega, son puntos de asociación, nunca de sociedad; reposan sobre nombres precisos, jamás sobre bases colectivas por definición anónimas; corresponden al orbe de las relaciones interindividuales, jamás al horizonte de las extraindividuales.

Ortega rechaza el optimismo rousseauniano con el atañente pactismo que sublimaran los varones para él ilusos de la Ilus-

³ *Obras completas*, IV (1951), 289.

⁴ *Ibidem*.

tración dieciochesca. El Derecho nace de lo colectivo, es una creencia, una opinión pública rígida, sólida, recibida implacablemente, con raíces cuya razón o sinrazón no se plantea siquiera a la hora de ejercer su efectividad irresistible. “Los usos se forman a la postre —enseñó en el curso sobre *El hombre y la gente*— en la gran reunión más o menos multitudinaria que es siempre la sociedad; y para que un uso se constituya, no es menester que todos se pongan de acuerdo. Más aún: nunca, jamás se han puesto de acuerdo todos los individuos de una sociedad para constituir un uso. Además no es cuestión de acuerdo. El error del siglo XVIII fue creer lo contrario: que la sociedad y sus funciones constitutivas —los usos— se forman en virtud de acuerdo, de contrato, etc. Basta que se pongan de acuerdo —dándose o no cuenta de ello, con o sin deliberación— los que forman un cierto número. ¿Qué número? ¿La mayoría? Este es el error mayoritario: A veces es la mayoría, pero otras —y casi siempre— es precisamente una minoría, tal vez relativamente amplia, quien, al adoptar determinado comportamiento, logra, con extraño automatismo, imposible de describir en poco tiempo, que ese comportamiento, hasta entonces particular, privado, de unos cuantos, se convierta en la terrible e inexorable fuerza social que es un uso”⁵.

La formación del Derecho es uno de los aspectos del gran juego social, por Ortega reducido a la ejemplaridad de unos pocos, en alas de su aristocratismo innato y contundente. Es otro efecto más de la “élite” actuando sobre la masa, de la presión de los selectos sobre los débiles, de las minorías creadoras sobre las mayorías obedientes, del esfuerzo sobre la inercia, de las vidas nobles sobre los hombres de vulgares vidas. Idea que reaparece en la base del proceso de formación del Derecho. tal como anida en el hondón de la entera producción orteguiana. *La rebelión de las masas* no es más que el grito de terror ante la realidad presente, cuando el hombre mediocre que integra la masa aplasta a las minorías creadoras; el temblor delante de “la ausencia de los mejores” que conmueve las páginas de *La España invertebrada*⁶. “La acción recíproca entre masa y mi-

⁵ *Obras completas*, VII (1961), 224-225.

⁶ *Obras completas*, III (1950), 109.

noría selecta, que es, a mi juicio, el hecho básico de toda sociedad”⁷, repercute una vez más, ahora en el campo jurídico, donde también tiene lugar la docilidad de las mayorías respecto a la ejemplaridad de los mejores. La génesis del Derecho es de nuevo estricto proceso sociológico a estudiar a luz de las reglas de la sociología.

Tampoco esta noción era original de Ortega. Gonzalo Fernández de la Mora en *Ortega y el 98* ha achacado a Gabriel Tarde la paternidad del esquema, sea en *Les lois de l'imitation*, sea en *La logique sociale*⁸; pero la fijación del hontanar concreto resulta sobremanera difícil, ya que tratase de un lugar común en muchos escritores decimonónicos, sin contar con que para otros comentaristas cual el dominico holandés J. H. Walgrave en su *La filosofía de Ortega y Gasset*, es tema habitual entre los existencialistas, repitiendo la “plebs” de Kierkegaard, el “Man” de Heidegger, el “hombre de opinión” de Newman o “les salauds et les imbéciles” de Sartre⁹. Amén de toparse en los sociólogos franceses de la época del 1900, que tanto regalaron a Ortega, o en los existencialistas, hállese en la separación establecida por Federico Nietzsche entre “Herren-Moral y Sklaven-Moral”, tal como consta en el párrafo 260 de *Jenseits von Gut und Böse*¹⁰; tan claro precedente de Ortega que casi a la letra copia de Nietzsche, amén de la separación entre magnánimos y pusilánimes, la función creadora de valores de los que nacen bajo la estrella del sino del señorío. Si para Ortega los mejores crean los usos jurídicos, para Nietzsche “es ist das eigentliche Herrenrecht, Werte zu schaffen” en el párrafo 261 de la misma obra¹¹; con tamaña exactitud en el remedo que juzgo es aquí donde Ortega aprendió el germen de su tesis sobre las acciones de las “élites” y de las masas en la vida colectiva.

Aunque tratase de lugar común tan comúnmente empleado que resultará imposible conseguir precisiones definitivas. Sobre esa distinción está montada la óptica social de Wilfredo Pareto

⁷ J. ORTEGA Y GASSET, *La España invertebrada*. En *Obras completas*, III, 103.

⁸ GONZALO FERNÁNDEZ DE LA MORA, *Ortega y el 98*. Madrid, Rialp, 1961., pág. 252.

⁹ Traducida por LUIS G. DAAL. Madrid, «Revista de Occidente», 1965, pág. 169.

¹⁰ Stuttgart, Alfred Kröner Verlag, 1945, pág. 200.

¹¹ FRIEDRICH NIETZSCHE, *Jenseits von Gunt und Böse*, 206.

en su *Trattato di sociología générale*¹² y, por referir un solo caso entre cien, es la visión de Julián Sorel de donde nació la teoría del fascismo tal como Sergio Panunzio la plantea en *Il sentimento dello Stato*¹³ o en la *Teoría generale dello Stato fascista*¹⁴. Tan extendida estaba la perspectiva de ver en lo social el juego de la acción de la minoría sobre las masas que con anterioridad a todas las formulaciones de las postrimerías del siglo XIX fue la clave de la reacción romántica contra la Revolución francesa, incluso para la condena del pactismo rousseauiano y para afirmar el origen natural, no contractual, de las sociedades, exactamente en los términos en que Ortega y Gasset lo planteó. Quien dude de la identidad de esta postura orteguiana con las opiniones de los contrarrevolucionarios románticos lea el capítulo XIV de la *Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlichgeselligen Zustands, der Chimäre des künstlichbürgerlichen entgegengesetzt* del suizo Carl Ludwig von Haller¹⁵, titulado "Von dem Ursprung aller Herrschaft nach einem allgemeinen Uaturgesetz", donde con una sociología antes de tiempo aplica a la formación de las sociedades iguales criterios de los divulgados por Ortega.

Es tal la tendencia a plantear los esquemas sociales sobre la base de la contraposición de la ejemplaridad de los mejores subyugando con su mejor conducta la docilidad de las masas, que a ellos acude entre nosotros a principios de siglo escritor tan apartado de los barbechos arados por Ortega como lo fue don Enrique Gil y Robles en su *Tratado de Derecho político*; las leyes de concreción de la soberanía o fórmulas para el establecimiento del poder político son parejas a las novedades que Ortega pretendiera introducir entre nosotros, porque la "excelsa superioridad" de los mejores exigente del acatamiento de los vulgares es la misma relación reconocida por Ortega entre los magnánimos ejemplares respecto a los pusilánimes dócilmente seguidores¹⁶.

¹² Firenze, G. Barbera, 1916. En numerosos pasajes; por ejemplo en I, 587-592.

¹³ Roma, Librería del Littorio, s. a.

¹⁴ Padova, Cedam, 1939.

¹⁵ En seis tomos. Cito por la reproducción fotográfica de la edición de Winthertur en 1820, editada en Aalen por Scientia Verlag en 1964. Cita al volumen I, págs. 355-387.

¹⁶ Salamanca. Imp. Salmaticense. Dos tomos. Cita al II, (1902), 305-306.

Fuera el cuento de nunca acabar averiguar dónde abrevó Ortega las noticias que le han dado renombre, una vez las expuso con su inimitable galanura. Pero vengan de donde vinieren, de los contrarrevolucionarios románticos, de la sociología francesa de finales del pasado siglo, del existencialismo o, como yo creo, de Federico Nietzsche, lo cierto resulta que sobre ellas centra Ortega la génesis del Derecho.

Son los usos creación de minorías concretas, criterios aceptados por la masa cubriéndolos bajo el anonimato de lo colectivo. Lo peculiar de Ortega es, como siempre, su desgarro de "enfant terrible" constantemente presto a llamar la atención con la gentil alharaca de sus excesos verbales. Porque al aquilatar el equilibrio de las minorías con las masas, andando los caminos de Federico Nietzsche, pero con mayores fuegos de artificio en el vocabulario, asienta por origen de los usos, y por ende por origen del Derecho, el quehacer de los bárbaros que fundaron las aristocracias de Occidente. En las *Notas del vago estío* contempla en el "espíritu guerrero" el motor de las sociedades, "los resortes vitales sobre los cuales tiene que funcionar la cultura"; ya que "toda cultura tiene su raíz en la barbarie, y toda renovación de la cultura se engendra en ese fondo de barbarie, y cuando éste se agota, la cultura se seca, se anquilosa y muere"¹⁷. De donde resulta que el Derecho nuestro será el uso social extendido a la masa anónima de lo colectivo como resultado del puño creador de unos bárbaros cuyas violencias sin atencías morales forjó, al formar los usos que son ellas mismas, las sociedades en que nos movemos.

Por brutal que parezca la conclusión está en la vía pertinente a la entera temática orteguiana de un Derecho que es violencia irracional e impuesta. La génesis de los usos corrobora el abrupto sociologismo con que Ortega recorta lo jurídico a lo fáctico sin la menor consideración para ningún principio ético.

3. Pero entonces ¿no será dable hablar de un "Derecho natural" en Ortega, tal como lo hace José Hierro?¹⁸. La respuesta supone otra nueva pregunta: si por Derecho natural entendemos el de la escolástica y el de los clásicos hispanos o si por

¹⁷ En *Obras completas*, II (1950), 428.

¹⁸ JOSÉ HIERRO, *El derecho en Ortega*. Madrid, «Revista de Occidente», 1965, p. 168.

Derecho natural aludimos al jusnaturalismo abstracto de las escuelas protestantes de los siglos XVII y sus secuelas de la Ilustración en el XVIII.

De Derecho natural a la escolástica o a los clásicos españoles no hay asomos en Ortega, porque Ortega repudia el punto de arranque que sirve de transfondo indiscutible al jusnaturalismo católico: el dualismo Creador-creatura, el equilibrio de un orden por Dios establecido frente al cual la criatura se halla forzada en perpetua actitud terrenal de libre disyuntiva. "Nada que sea sustantivo ha sido regalado al hombre. Todo tiene que hacérselo él" son palabras de *Ensimismamiento y alteración*¹⁹ que no dejan sospechas de la más mínima duda acerca de la concepción antropocéntrica a rajatabla en la cual Dios no aparece sino como neblinosa referencia inútil. La altísima autoridad del supremo teólogo de la Iglesia Católica en el siglo que corremos, el dominico Santiago Ramírez, ha dicho sobrados argumentos para mostrar la imposibilidad de acomodar la especulación orteguiana con los postulados dogmáticos del catolicismo en sus monografías *La filosofía de Ortega y Gasset*²⁰, *¿Un orteguismo católico?*²¹ u *Ortega o el núcleo de su filosofía*²².

Tampoco parece posible hablar en Ortega de un jusnaturalismo abstracto al estilo protestante, porque en estas líneas se prescinde de la historia, se considera al hombre fuera del lugar y del tiempo, se recogen las consecuencias de la ruptura luterana entre el orden de la gracia y el orbe de la naturaleza, de suerte que el hombre es punto de partida para reflexiones en las que nada significan sus realidades concretas: es número, razón o sujeto desnaturalizado, o al menos habiendo cuenta de una naturaleza desnuda de referencias concretas. En Ortega y Gasset, por el contrario, no existe tema radical otro que la vida, que el hueco preciso que cada hombre ocupa en el giro de los sucesos. La vida es historia, no la naturaleza de los pensadores dieciochescos. Aquí Ortega sigue a Dilthey en confesión expresa,

¹⁹ En *Obras completas*, V (1951), 301.

²⁰ Barcelona, Herder, 1958, págs. 442-447.

²¹ Salamanca, San Esteban, 1958, págs. 130-133.

²² Madrid, Punta Europa, 1959, págs. 53-62.

rechazando las concepciones abstractas del jusnaturalismo protestante que regió la Ilustración. “La filosofía es un hecho humano —aseveró en *Guillermo Dilthey y la idea de la vida*— y hemos visto que para Dilthey —ésta es su genialidad y su limitación— el hombre no tiene una naturaleza de un modo único e invariable en su última contextura, como creía aún el siglo XVIII, sino que sólo tiene historia”²³. Para Ortega resulta inconcebible una metafísica válida por sí misma con pretensiones de eternidad, o sea una concepción del ser y del universo que no suponga una reflexión dominada por la circunstancia. Contra las dimensiones intemporales, abstractas, permanentes, desasidas de la circunstancia, que inspiraron a un Puffendorff o a un Thomasius, yergue su razón histórica en un perspectivismo que recorta cualquier especulación metafísica o cualquier antropología abstracta a la mención de una coyuntura pasajera. “Sin remedio —asentó en la lección universitaria *Sobre las carreras*— hacemos metafísica desde un lugar determinado de la historia de la filosofía, y en general, de la historia humana”²⁴. Resulta empeño tan incómodo cuanto innecesario la por lo demás facilísima tarea de mostrar con textos oportunos cómo la razón histórica excluye cualquier jusnaturalismo fundado en la esencia del hombre concebido naturaleza perpetua y separada del contorno de sus realizaciones históricas.

Claro resulta lo dicho con el fallido intento de José Hierro de formular cierto Derecho “natural” dentro de la ideología orteguiana. Porque semejante Derecho como raíz fundamental del devenir cuajado en los usos sociales, no aparece en lugar alguno de las exposiciones orteguianas. Ni siquiera es dable inferir la lista de una serie de derechos aplicados, referidos a la propiedad o a la libertad, transparentes derivaciones de un derecho objetivo anterior a los usos históricos en que sociológicamente consiste lo jurídico para Ortega. Los derechos subjetivos a la libertad o a la propiedad son usos sociales, no acoplamientos a la vida colectiva de principios de un Derecho “natural” anclado objetivamente en la radicalidad de natura-

²³ En *Obras completas*, VI, 198.

²⁴ En *Obras completas*, V, 178.

leza humana. El único derecho natural reconocido por Ortega es el derecho a ser historia, consecuencia lógica de que para él el hombre es historia y no naturaleza.

No es que el hombre haga historia desde su naturaleza, es que resulta mera historia. De ahí no quepa otro derecho que el de historicarse, porque únicamente historicándose da aplicación a su esencialidad, que es historia pura sin referencias a previa naturaleza.

Por eso el sólo derecho humano es el de la continuidad, o sea el de dar efectividad a su esencia histórica, tomando historia aquí como radicalidad ontológica, mucho más precisa que la condición de hacedor de lo histórico que le reconocían las posiciones culturalistas alemanas. De tener el hombre naturaleza, ésta sería la de *hacerse* historia, más que la de *hacer* historia. Y el hombre *se hace* historia no porque sea libre o tenga propiedades, sino porque hila el pasado con el presente y el futuro. Sólo si descoyuntamos todas las terminologías recibidas y llamamos naturaleza a la historia que es la naturaleza peculiar del hombre, cabría hablar de un Derecho natural en Ortega. Pero ni él lo hace, ni por tanto nos será lícito a nosotros alterar caprichosamente el valor de los vocablos consagrados. Ortega habla del derecho fundamental humano a la continuidad, nunca de Derecho natural ni aún siquiera de derechos naturales. Es que el Derecho natural, en ninguna de sus clásicas acepciones, tiene sentido en las concepciones jurídicas de José Ortega y Gasset.

Así, por ejemplo, en el *Prólogo para franceses* hace constar cómo "las revoluciones, tan incontinentes en su prisa, hipócritamente generosa, de proclamar derechos, han violado siempre, hollado y roto, el derecho fundamental del hombre, tan fundamental, que es la definición misma de su sustancia: el derecho a la continuidad"²⁵. Y enseguida, apropiándose de palabras extrañas, aquí muy en su punto: "Romper la continuidad con el pasado, querer comenzar de nuevo, es aspirar a descender y plagiar al orangután. Me complace que fuera un francés, Dupont-White, quien hacia 1860 se atreviese a clamar:

²⁵ En *Obras completas*, IV, 136.

“La continuité est un droit de l’homme; elle est un hommage à tout ce qui le distingue de la bête”²⁶.

Al compás del sociologismo jurídico orteguiano no cabe, ni al socaire subrepticio, ningún principio ni sistema de Derecho natural.

4. ¿Será entonces quizás ese conjunto de usos en que el Derecho consiste algo más que ley positiva o norma en sentido corriente, la expresión del alma popular que acuñara el romanticismo y cristalizó en la escuela histórica bajo el nombre de “Volksgeist”?

Lo han apuntado Luis Legaz Lacambra²⁷ y Joaquín Garrigues²⁸. Pero no me parece posible, tanto por textos contrarios harto explícitos, como porque el “Volksgeist” rompe la arquitectura social de lo colectivo que es la entraña cardinal del Derecho para Ortega.

Para Ortega el “Volksgeist” es “arbitrario misticismo” en *El hombre y la gente*, lección 8.^a ²⁹. Debido a que el espíritu popular sería su sujeto responsable y cierto, siendo así que los usos son por definición frutos de la gente, o sea de los demás, del común de la sociedad entendido como algo difuso y anónimo. El anonimato es tan capital en la forja del uso como el “Volksgeist” es resultado de un sujeto creador concreto: del alma popular. El alma popular sería un “alguien”, el uso tiene por autor lo que sea tan difuminado e impreciso que apenas si puede tomarse por un “algo”. “No hay tal alma colectiva —sentenció Ortega— si por alma se entiende —y aquí no puede entenderse otra cosa— sino algo que es capaz de ser sujeto responsable de sus actos, algo que hace lo que hace porque tiene para él claro sentido”³⁰. Lo que contradice a la raíz del uso, segregación de la sociedad entendida como lo colectivo, esto es, por encima y más allá de los hombres que la constituyen, puesto que la sociedad consiste en el conjunto de los

²⁶ Ibidem.

²⁷ LUIS LEGAZ LACAMBRA, *El derecho internacional en el pensamiento de José Ortega y Gasset*. En la *Revista de Estudios políticos*, III (mayo-junio 1960), 16.

²⁸ JOAQUÍN GARRIGUES, *Discurso en el Acto en memoria del catedrático don José Ortega y Gasset*. Madrid, C. Bermejo, 1955, pág. 52.

²⁹ En *Obras completas*, VII, 199.

³⁰ Ibidem.

usos y no en las personas que de ella forman parte. Lo impersonal y anónimo de las relaciones extraindividuales colectivas cae del lado del uso, mientras que el "Volksgeist", con la atribución de determinadas reglas de convivencia a cierta determinada alma popular, pertenece al orbe de las conexiones interindividuales. De ahí la lógica con que Ortega remacha su repudio del "Volksgeits" escribiendo que la sociedad es una colectividad, "lo humano sin el hombre, lo humano sin espíritu, lo humano sin alma, lo humano deshumanizado"³¹.

No hay para Ortega un Derecho que no sea uso. No puede ser derecho ni en especie particular diversa la expresión de un alma de la comunidad. Pues las colectividades carecen de alma ni son síntesis de almas ni un alma ensanchada; son hechos, son los usos mismos. Colectivo, sociedad y usos coinciden con exclusividad en la fijación del concepto del Derecho. La apelación a un "Volksgeist" como instancia distinta de los usos destruye el concepto orteguiano de la sociedad, colectividad reducida a los hechos que son los usos. No cabe tampoco el "Volksgeist" en la visión orteguiana de lo jurídico. Tenía razón la condesa de Galen cuando opinaba que en Ortega no existe la posibilidad de tomar en cuenta "keine Kollektivseele"³².

5. El Derecho que es uso fuerte carece de ningún valor moral; la Etica resta ajena a estas reglas cuya primordial nota es la de la irracionalidad y la de la imposición violenta.

Amén de que la razón histórica implica el relativismo moral más absoluto. La inexistencia de valores permanentes en la fundamentación de un Derecho natural levantado sobre la invariable permanencia de la naturaleza humana, es asimismo inexistencia de una Etica invariable. No habiendo nada más allá del hombre, siendo todo sin excepción obra del hombre, lo será también la Etica; pues el hombre es historia en su esencia última, sus frutos serán variables a tenor de la mudanza de perspectivas inherente a la razón histórica.

Por dos lados, en consecuencia, rechaza Ortega la estimativa ética del Derecho. De una parte, porque el uso duro vige porque

³¹ Ibidem.

³² B. G. VON GALEN, *Die Kultur- und Gesellschaftsethik José Ortega y Gassets*, 63.

sí, sin necesidades de matices axiológicos distintos de la validez que le otorga la fuerza con que se impone al individuo. De otra parte porque la razón histórica excluye cualquier ética permanente y, por decirlo con palabras de José Hierro, “pone al Derecho en conexión con la ética social propia de cada momento histórico”³³. La razón, en sus dos facetas de razón vital y de razón histórica, elimina cualquier valoración moral del hecho o uso duro social que es lo jurídico.

La moral cristiana era una “virtus” ascética en el sentido aristotélico de ejercicio en el dominio de sí mismo, era el freno a las pasiones, la fuerza superior que domeñaba las fuerzas inferiores del yo, la ley paulina del espíritu sujetando los apetitos. La Etica no cristiana será la “virtú” maquiavélica, dar rienda suelta a las energías vitales del yo para domeñar la adversa fortuna. La moral de Ortega se sitúa en la segunda fila en alas de la “razón vital”. Las confesiones son terminantes. Para Ortega moral y vida coinciden, sin que la primera frene a la segunda en la acepción aristotélica. “Me irrita este vocablo “moral” —confiesa en *Por qué he escrito “El hombre a la defensiva”*. Me irrita porque en su uso y abuso tradicionales se entiende por moral no sé bien qué añadido de ornamento puesto a la vida y ser de un hombre o de un pueblo. Por eso yo prefiero que el lector lo entienda por lo que significa, no en la contraposición *moral-inmoral*, sino en el sentido que adquiere cuando de alguien se dice que está *desmoralizado*. Entonces se advierte que la moral no es una *performance* suplementaria y lujosa que el hombre añade a su ser para obtener un premio, sino que es el ser mismo del hombre cuando está en su propio quicio y vital eficiencia. Un hombre desmoralizado es simplemente un hombre que no está en posesión de sí mismo, que está fuera de su radical autenticidad y por ello no vive su vida y por ello no crea ni fecunda ni hinche su destino. Para mí la moral no es lo que el hombre *debe ser*, pero por lo visto puede prescindir de ser, sino que es simplemente el ser inexorable de cada hombre, de cada pueblo”³⁴. Siendo el Derecho reflejo de la sociedad, encarna la vida de un pue-

³³ JOSÉ HIERRO, *El derecho en Ortega*, 273.

³⁴ En *Obras completas*, IV, 72-73.

blo; no como alma, sí como realidad de una tabla de valores en la que apenas si entra, aislada y solitaria, la fuerza de la vigencia que le es característica. La moral según la razón vital es accesoria, inútil; hablar de ella basta para provocar la irritación de Ortega. Todo lo más, a la vera de su vigencia inexorable, cabría valor la utilidad del uso fuerte; una utilidad además estimada en la conveniencia de cada instante, como señala Ubaldo Casanova Sánchez en el libro *Ortega, dos filosofías*³⁵; porque la razón vital es al mismo tiempo razón histórica atendida a mudantes perspectivas.

Entra ahora en juego el relativismo de Ortega, que Miguel Oromí ha demostrado abarcaba a la historia y a la vida, ambas ligadas inseparablemente³⁶, sobre rieles nietzscheanos puntualizados por José Sánchez Villaseñor³⁷, ejemplo típico de la Ética de situación en la medida en que ata a las perspectivas cambiantes toda tabla de valores morales. Conforme varía el ser de cada hombre o de cada pueblo varía la realidad de lo colectivo que refleja el uso fuerte del Derecho en cada caso. La moral depende de la coyuntura de los avatares sucesivos. No repercute en el Derecho, expresión de la opinión general impersonalizada de una sociedad; pero en el caso improbable en que hubiera de ser traída a colación, mudaría al giro de las variaciones sucesivas tal como las serpientes mudan de camisa. Ni Dios ni la naturaleza la sostienen; es la veleta que gira al soplo de las opiniones sucesivas de las colectividades sociales.

La justicia no entra en el Derecho, hijo de la razón vital, porque su objetividad permanente choca con la razón histórica. “Es, pues, la justicia un gran cuento chino” asegura desde la primera de sus *Glosas* en 1 de diciembre de 1902³⁸. “Justicia y verdad, obra del espíritu, son espejismos que se producen en la materia”, remachará en las *Meditaciones del Quijote*³⁹. La justicia equivale a una “vacía urna”, declara en *El genio de la guerra y la guerra alemana*⁴⁰. “El hombre no ha lo-

³⁵ Madrid, Studium, 1960, pág. 135.

³⁶ MIGUEL OROMÍ, *Ortega y la filosofía*. Madrid, Esplandián, 1953, pág. 168.

³⁷ JOSÉ SÁNCHEZ VILLASEÑOR, *José Ortega y Gasset. Pensamiento y trayectoria*. México, Jus, 1943. Págs. 159 y 169-170.

³⁸ En *Obras completas*, I (1950), 14.

³⁹ En *Obras completas*, I, 385.

grado todavía elaborar una forma de justicia que no esté circunscrita en la cláusula *rebus sic stantibus*". Encontramos en *En cuanto al pacifismo*⁴¹. "Nace, pues, la justicia como simple conveniencia vital y subjetiva; la sensibilidad jurídica, orgánicamente, no tiene, por lo pronto, más ni menos valor que la secreción pancreática", corrobora en *El tema de nuestro tiempo*⁴² en la más gráfica desdeñosa eliminación de la justicia que no sea interpretada por la brutal explicación de las ciegas energías vitales.

Relativismo y vitalismo, dos y una misma cosa, se dan la mano para expulsar del Derecho, uso fuerte de la sociedad, la más remota referencia a la moral. Derecho es fuerza anónima, sencilla y crudamente.

Cual lo fue el Derecho romano, prototipo supremo de todos los derechos que hayan existido. Ortega quiere buscar en Roma la comprobación de sus opiniones. El Derecho de Roma fue un sistema de usos fuertes, en los que no entraba ni salía para nada la noción de lo justo. Nació como una realidad vivida, sobre cuyo cañamazo los jurisperitos trazaron determinados esquemas científicos, sin que aparezcan las calificaciones éticas hasta una etapa asaz posterior, como consecuencia de la recepción de doctrinas filosóficas que nada tenían que ver con el Derecho propiamente dicho, todo él mera realidad vivida rígidamente: las que vinieron de Grecia, carentes de hilación con las temáticas usadas desde los días de la Roma arcaica. En Roma "la justicia vendrá como un aditamento o perfección de esa realidad primaria que es el Derecho. Tenían, pues, los romanos de él una idea perfectamente inversa de la predominante en las mentes europeas, por lo menos en los últimos dos siglos. Con aquella fórmula me refiero estrictamente a lo que el Derecho era como realidad efectivamente vivida por los romanos, no a lo que primero Cicerón y luego las *Instituta* y el *Digesto* y las *Pandectas* definían en términos generales como Derecho, el cual no tenía nada que ver con el real Derecho romano, sino que eran ideas recibidas de los fi-

⁴⁰ En *Obras completas*, II (1950), 206.

⁴¹ En *Obras completas*, IV, 292.

⁴² En *Obras completas*, III, 167.

lósofos griegos por los jurisconsultos o romanos en tiempos ya muy avanzados. Son, pues, beaterías filosóficas en torno al Derecho, y para el romano el Derecho era todo lo contrario de una beatería: era una tremenda y cruda realidad”⁴³.

Semejante juicio, inscrito en *Una interpretación de la historia universal en torno a Toynbee*, delata la contraposición patente por Ortega establecida enfrentando el derecho a la justicia. No ya ésta queda fuera de aquél, sino que resulta su enemiga. El Derecho es “fede imponendosi come realta” por decirlo con Ugo Lo Bosco en su *Filosofía e diritto in Ortega y Gasset*⁴⁴, la justicia beatería insulsa que contrasta con la efectividad de lo jurídico.

Aplicándose esta contraposición a todos los problemas. El criterio orteguiano en la guerra justa cae dentro del plano biológico, dictaminó autorizadamente Luis Legaz Lacambra al analizar las concepciones de Ortega acerca del derecho internacional⁴⁵. La justicia social decae a “retórico e insincero suspiro romántico” en el *Prólogo para franceses*⁴⁶, porque es también aquí otra beatería ineficazmente ridícula. El mundo moderno va por malos pasos precisamente porque se intenta superarle con esta justicia vaga y necia, por Ortega despreciada hasta los tuétanos de las entrañas. “A fuerza de hablar de justicia se ha aniquilado el *jus*, el Derecho”, clamó al cabo de sus conferencias sobre Toynbee⁴⁷ en la constante insistencia de contemplar los temas contradictorios.

Lo que Ortega disputa Derecho es el uso ciego, arbitrario, porque sí de la opinión que avasalla con esta fuerza rígida del uso colectivo. Sin que la justicia entre en sus ingredientes; al contrario es el estéril cavilar de algunos vagos inútiles que solamente sirve para entorpecer o confundir la clara vigencia del uso en que reside lo jurídico.

6. El Derecho coincide con el uso fuerte, expresión del poder social en que encarna lo colectivo. Es la opinión pública en

⁴³ En *Obras completas*, IX (1962), 158-159.

⁴⁴ Roma, Milone editore, 1961, pág. 104.

⁴⁵ LUIS LEGAZ LACAMBRA, *El derecho internacional en el pensamiento de José Ortega y Gasset*, 23.

⁴⁶ En *Obras completas*, IV, 133.

⁴⁷ En *Obras completas*, VII, 227.

su pureza más requintada. Cuando los elementos contrarios de lo que Ortega denomina la “disociedad” cobran valimiento, será necesaria una medicina para la sociedad enferma, un factor que asegure la eficacia de las vigencias de los usos: tal es el Estado. La génesis del Estado desde la sociedad es el proceso de endurecimiento mayor de unos usos ya de por sí duros. “Para lograr que predomine un mínimo de sociabilidad y, gracias a ello, la sociedad como tal perdure, necesita hacer intervenir con frecuencia su interno “poder público” en forma violenta y hasta crear —cuando la sociedad se desarrolla y deja de ser primitiva— un cuerpo especial encargado de hacer funcionar aquel poder en forma incontrastable. Es lo que ordinariamente se llama el Estado”, concluye la última lección del curso sobre *El hombre y la gente*⁴⁸.

El estado es así la sociedad misma quintaesenciada y exacerbada al término de un fatal proceso histórico. En cuanto razón vital el Estado es la sociedad llevada a términos extremos, el uso social duro trocado en uso durísimo. Desde la razón histórica es el coronamiento de los usos arcaicos en usos más próximos en el tiempo.

Con lo cual para Ortega el Estado es desnudo poder, violencia suma, tan irracional cuanto los usos eran irracionalmente violentos y avasalladores. Cuando la realidad social se torna “paralítica” por caer a ineficaces sus usos⁴⁹, el Estado llega a ser la manera necesaria de la imposición usual al individuo.

El instrumento nuevo para hacer frente a la nueva situación es el Derecho positivo, la ley. Dícelo Ortega paladinamente en la *Misión del bibliotecario*: “En el Estado, en cambio, el carácter de vigencia efectiva propia a todo lo social, adquiere su última potencia y parece como si hiciese algo sólido, perfectamente claro y preciso. El Estado procede por leyes que son enunciados terriblemente taxativos, de rigor casi matemático. Por eso indicaba yo antes que el orden estatal es la forma extrema de lo colectivo, el superlativo de lo social”⁵⁰.

Lo que deja Ortega en penumbras inexplicables es como será

⁴⁸ En *Obras completas*, VII, 269.

⁴⁹ En *cuanto al pacifismo*. En *Obras completas*, IV, 292.

⁵⁰ En *Obras completas*, V, 219.

hacedero siga siendo uso, cuando el uso es por definición irreferible a nadie y puro anonimato, este sistema nuevo donde la ley está referida a una nueva entidad concreta: el conjunto de los usos rigidísimos. A no ser que identifique a ley con Estado, en las fórmulas en que lo hiciera Hans Kelsen. Buen conocedor del kelsenianismo, Luis Legaz Lacambra se ha planteado la cuestión en su estudio *El derecho internacional en el pensamiento de José Ortega y Gasset*⁵¹, para señalar la disparidad entre los respectivos conceptos de normatividad, para Kelsen lógica estricta, para Ortega vigencia sociológica. Aunque con ello perfila pero no resuelve el problema, porque el aparato de usos en que según Ortega consiste el Estado es siempre aparato de reglas usuales de normas.

Complicase el dilucidamiento porque aquí asoma de nuevo el abigarrado confusionismo con que Ortega, "dilettante" en el terreno jurídico, se contradice. De un lado la ley coincide con el Estado, uso irracional y anónimo. De otro la ley es renovadora intencionadamente, es en el discurso del 4 de septiembre de 1931 en las cortes republicanas "algo que añadimos a una espontaneidad insuficiente; es la corrección de lo roto; son un estímulo a lo que no es aún pleno; son, pues, incitaciones... La ley tiene que suscitar nuevas realidades, la Ley ha sido antes y lo será cada vez más, creadora; la Ley es siempre más o menos reforma y, por tanto, suscitadora de nuevas realidades"⁵². Pues, ¿cómo podrá ser reformadora y sujeto de creaciones una ley que coincide con un Estado que no es más que el sistema de usos duros más endurecidos todavía en que la sociedad consiste?

El normativismo sociológico orteguiano tropieza naufragante entre el Scila de Kelsen y el Caribdis del uso a lo Durkheim. Sin esperanzas de salvación posible. Por mucha buena voluntad que pongan los expositores la maraña resulta inextricable. Estado, sociedad, ley, uso y rigidez bailan la danza de las contradicciones.

7. Lo mismo sucedería si tocásemos el punto de las rela-

⁵¹ Citada, págs. 13-14.

⁵² Recogido en *Rectificación de la República*. Madrid, «Revista de Occidente», 1931. págs. 87-88.

ciones entre el Derecho, norma sociológica, y la personalidad, lo que suele denominarse relaciones del Derecho subjetivo con el objetivo. Las meditaciones orteguianas en torno a lo jurídico constan de una serie de referencias bebidas en lecturas diversísimas, encajadas en el marco de un sociologismo cerrado, jamás sistematizadas ni aún expuestas en orden correlativo. No tuvo ni originalidad ni acierto. Ni inventó nada ni supo ordenar lo que rebuscó sin concierto de programa. Su actitud hostil hacia la Filosofía del derecho va acompañada a la deificación de la violencia. Cuando se expresa el limón de sus escritos solamente segrega el jugo de una fuerza irresistible, irracional, amoral y anónima, que asciende ciegamente desde la sociedad arcaica a los estilos del Estado contemporáneo. No dan más de sí las dos caras de la Vida, valor supremo, sea vista por razón vital, sea considerada como razón histórica.

Enfoca al Derecho como el “journaliste de génie” que le definió Bergson⁵³ o el “saggista d’eccezione” que dijera Renato Treves⁵⁴

⁵³ Apud. PATRICIO CANTO, *El caso Ortega y Gasset*. Buenos Aires, Leviatán, 1952, pág. 37.

⁵⁴ RENATO TREVES, *La filosofía política de José Ortega y Gasset*. En los *Studi in memoria di Giole Solari*. Torino, Ramella, 1954, pág. 464.