

FRANCISCO ELIAS DE TEJADA

Ortega y Gasset ante la Filosofía del Derecho



SEVILLA

1967

Separata del Libro Homenaje
al profesor GIMÉNEZ FERNÁNDEZ

Depósito legal Sep. SE. - 136 - 1967

ORTEGA Y GASSET ANTE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

1.—El fabuloso fenómeno cultural que es la huella intelectual de José Ortega y Gasset ha sembrado surcos en las realidades culturales españolas. En un estudio publicado hace años en Italia bajo el título *La estela sociológica de José Ortega y Gasset*¹ señalé cómo el entero movimiento político apellidado Falange española de las JONS, sin otra excepción que la figura castellana de Onésimo Redondo Ortega, se nutre de contenidos orteguianos, sea por lo que concierne a las incitaciones movedoras, sea por lo que toca al contenido estricto de los planteamientos doctrinales. Pendón de enganche ideológico, plantando su banderín de pensador en el pa-lenque de la sociedad española de su tiempo con el gesto del reto belicoso con que un capitán clava su enseña en medio del campo de batalla, Ortega ha conseguido influir sobre los compatriotas de tal suerte que sin excepción los temas de nuestra actividad cultural son en cierta manera un diálogo, por afirmativas o por negativas, con las sugeridoras meditaciones suyas.

En el ámbito del Derecho su obra, desordenada y fulgurante, ha sido estimada incluso por sus oponentes más insignes, demole-dores desde la roca firme del tomismo de muchos argumentos orteguianos, cual el padre Santiago Ramírez en *¿Un orteguismo cató-lico?*² Y si en algunos comentarios, cual el de Franz Niedermeyer en el *José Ortega y Gasset* de la colección "Köpfe des XX. Jahr-hunderts",³ no se alude a su labor en el derecho o en la sociología jurídica dado el carácter descriptivo formal con que se limita a reseñar las polémicas por su nombre suscitadas, o en otros, al

1 En los *Scritti di Sociologia e Politica in onore di Luigi Sturzo*, Bologna, Nicola Zanichelli. II (1953), 81-99.

2 Salamanca, San Esteban, 1958, pág. 191.

3 Berlín-Dahlem, Verlag Otto H. Hess, 1959.

modo de Gonzalo Fernández de la Mora en *Ortega y el 98*⁴ se subrayan los resultados fragmentarios, de escueta avanzadilla intelectual, logrados por Ortega en materia que fue sin embargo entre todas por él predilecta, a medida que va pasando el tiempo, al cumplirse el primer decenio de su traspaso, un manojo de estudiosos, casi siempre entusiastas comentaristas o discípulos lealísimos, van procurando exprimir el jugoso limón del legado del maestro para elaborar cierta filosofía jurídica que, si él no la legó armada de todas armas cabales, sí creen pueda ser edificada con los materiales espigados en la lectura de sus escritos. Con pretensiones incluso de pasmosos alcázares de filosofía jurídica, que en labios de José Hierro S.-Pescador en la monografía *El derecho en Ortega* serán la culminación de la aportación hispánica en nuestros problemas, a lo menos desde los tiempos de Francisco Suárez, pues que Ortega y Gasset es el único hombre que desde el Doctor Eximio hemos sido capaces de regalar al pensamiento occidental. Para este bienaventurado panegirista de Ortega saldría la sola filosofía jurídica española digna de consideración. "La filosofía de Ortega —clava en las primeras líneas— es el hecho intelectual de más envergadura en la vida española dentro de lo que va de siglo. El nombre de Ortega ha sonado en el pensamiento occidental y con él, por primera vez desde Suárez, el nombre de España. Es por ello de máxima importancia una comprensión suficiente de su pensamiento si queremos aprovechar todas sus posibilidades, potenciarlo hasta el mayor grado posible. No veo otro modo de que una problemática Filosofía española —y dentro de ella, por supuesto, la Filosofía del Derecho— pueda llegar a ser una realidad en sentido pleno".⁵

Exagerado desplante de apologeta, tan errado como la apasionada negación del personaje Ortega filósofo. La actitud serena requiere averiguar la significación de Ortega para la Filosofía del Derecho sin negarle de antemano los méritos de sus intuiciones agudísimas, pero sin caer tampoco en el fanático papanatismo de dar por nulas todas las doctrinas filosófico-jurídicas formuladas en

4 Madrid, Rialp, 1961, pág. 244.

5 Madrid, Revista de Occidente, 1965, pág. 15.

España. Porque si la de Ortega existe apenas en semillas, al menos hasta que fructifique esplendorosa en la mente de sus comentaristas, ello llevaría a proclamar la absoluta carencia de filósofos del derecho durante los tres últimos siglos sobre nuestro suelo. Y semejante conclusión, por mucho que la propaguen gentes oficialmente liberales, parécenos bastante exagerada, hija del dogmatismo peculiar de quienes a cada instante abominan al menos verbalmente de cualquiera especie de dogmatismos.

2.—Cuestiones previas hay que plantearse: la influencia del magisterio orteguiano sobre los cultivadores españoles de la filosofía jurídica; y la concepción que Ortega tenga de la Filosofía del Derecho. Son las que enfoco ahora, dejando para estudios posteriores analizar el concepto que del Derecho tuvo José Ortega y Gasset.

3.—La primera cuestión, la huella de Ortega en la Filosofía del Derecho, puede ser mirada en tres aspectos: en la consideración de su pensamiento por los especialistas en la materia; en el eco de sus ideas entre quienes profesan la filosofía jurídica; y en los intentos de elaborar una Filosofía del Derecho con materiales orteguianos, habida cuenta que él no consolidó absolutamente nada de manera directa en el campo de nuestros estudios con ambición de alcances sistemáticamente conclusivos.

A lo primero, el impacto de Ortega es de tamaño formidable magnitud que rara es la historia de la filosofía jurídica moderna donde el autor no se haga cargo de aquella empresa intelectual. Así sucede con la *Historia de la Filosofía del Derecho* de Enrique Luño Peña⁶ o con el *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX* de Luis Recaséns Siches,⁷ por no mencionar más que dos ejemplos que sería harto fácil alargar.

A lo segundo, al eco de su influjo sobre los especialistas en Filosofía del Derecho, cabe aludir a numerosos nombres, de suerte que, en sí, en la enunciación acabaría por comprenderse a la mayor

6 Barcelona, La Hormiga de Oro, 1955, págs. 742-743.

7 México, Porrúa, 1963. Dos tomos con paginación seguida.

parte de los actuales tratadistas españoles. Luis Recaséns Siches reconoce expresamente el magisterio orteguiano en numerosas referencias, incluso confesiones de discipulado fervoroso, como las que formula en sus *Lecciones de Sociología*⁸ y en *Vida humana, Sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho*.⁹ Luis Legaz Lacambra, que ya subraya en su *Filosofía del Derecho* el orteguismo que impregna la especulación de Recaséns,¹⁰ debe a Ortega infinidad de puntos de vista, tan patentes y variados que resulta inadecuada su enumeración, por fuerza harto prolija; dependencia de Ortega y Gasset apuntada por Miguel Reale en la recentísima cuarta edición de su *Filosofía do Direito*.¹¹ De José Corts Grau y Joaquín Ruiz Giménez ha dado cuenta Agustín de Asís en su *Manual de Derecho Natural*,¹² refiriendo el "gran impacto" que Ortega causó en ellos. En Eustaquio Galán, que le dedica sendas páginas en su *Introducción al estudio de la Filosofía jurídica*,¹³ la huella es tan clara como lo sería en Legaz o en Recaséns. El propio autor de estas líneas, situado en posiciones ciertamente no orteguianas, débele sugerencias luminosas por sí mismo reconocidas, después que lo fueran por Luis Legaz Lacambra¹⁴ y por Agustín de Asís.¹⁵ Las notas acumuladas por Jesús López Medel en su estudio *Ortega en el pensamiento jurídico contemporáneo*,¹⁶ con ser amplísimas, podrían completarse con el repaso de algunas de las indicaciones que someramente he recogido.

Influjo que se extiende al orbe de los juristas filósofos de Hispanoamérica en trayectorias que la brevedad del presente trabajo, valorativo de la Filosofía jurídica orteguiana, que no amasijo de erudiciones, impide recordar siquiera. Baste remitir al lector curioso a las páginas con que Eduardo Nicol centra en Ortega *El*

8 México, Porrúa, 1948, pág. 317, nota 15 bis, entre cien más.

9 México, Fondo de Cultura económica, 1945. Segunda edición, pág. 59.

10 Barcelona, Bosch, 1953, pág. 135, nota 1.

11 São Paulo, Saraiva, 1965, pág. 464.

12 Granada, Urania. I (1963), 314.

13 Madrid, Gráficas González, 1947, págs. 557-564.

14 Luis Legaz Lacambra: *Situación presente de la filosofía jurídica en España*. Coimbra, Universidad, 1946, pág. 28.

15 Agustín de Asís: *Manual I*, 315.

16 Madrid, Ibarra, 1963, págs. 40-44.

*problema de la filosofía hispánica*¹⁷ o a las apreciaciones de Josef L. Kunz en su *Latin-American philosophy of law in the Twentieth century*.¹⁸

El tercer punto a considerar es el de los intentos de levantar orteguianamente el sistema filosófico jurídico que él no elaboró. Amén de los estudios críticos citados al sesgo del análisis crítico, las reconstrucciones de la aportación de Ortega a la filosofía jurídica han tenido lugar en dos esferas: como una parte del sistema o en sendos estudios monográficos.

Tipo de las temáticas donde el estudio de la sociedad o del Derecho queda como fragmento de la perspectiva general de su pensamiento es el que acometen el jesuita chileno Arturo Gaete en *El sistema maduro de Ortega*¹⁹ o José Ferrater Mora en *Ortega y Gasset. An outline of his philosophy*.²⁰ Modelos de estudios especializados son en España los de José María Hernández Rubio *Sociología y política en Ortega y Gasset*,²¹ Luis Díez del Corral *Ortega ante el Estado*,²² Luis Legaz Lacambra *El derecho internacional en el pensamiento de Ortega y Gasset*,²³ Antonio Perpiñá Rodríguez *El pensamiento sociológico de Ortega y Gasset*,²⁴ Luis Recaséns Siches *Sociología, filosofía social y política en el pensamiento de José Ortega y Gasset*,²⁵ Eugenio Frutos en *La sociología de Ortega y Gasset*,²⁶ junto con los arriba citados de José Hierro o de Jesús López Medel; sin contar los que dependen directamente casi hasta hacer suyas las tesis orteguianas a la letra, cual Alfonso García Valdecasas en *Las creencias sociales y el derecho*,²⁷ monografía de depurados cortes orteguianos. En Italia los esfuerzos

17 Madrid, Tecnos, 1961, pág. 152.

18 New York, Inter-American Law Institute, 1950, págs. 69-70.

19 Buenos Aires, Compañía general Fabril editora, 1962, págs. 173-195.

20 New haven, Yale University Press, 1957, págs. 55-60. En la edición castellana de Barcelona, Seix Barral, 1958, págs. 113-124.

21 Barcelona, Bosch, 1956.

22 En la *Revista de Estudios Políticos* 69 (1953), 3-21.

23 En la misma *Revista de Estudios Políticos* III (1960), 5-41.

24 En *Arbol* 183 (marzo 1961), 253-280.

25 En *Cuaderno Americanos de México* XV (1956), 86-119.

26 Zaragoza, Universidad, 1957.

27 Madrid, Gráficas Valera, 1955. Por ejemplo, al escribir que "el derecho se nos ha revelado como condensación de aquellas creencias sociales que son vividas en la sociedad necesarias para la subsistencia y coexistencia sociales" (pág. 32).

de Ugo Lo Bosco en *Filosofía e Diritto in Ortega y Gasset* ²⁸ y de Renato Treves en *La filosofia politica di José Ortega y Gasset*. ²⁹ En Alemania el libro de Brigitta Gräfin von Galen *Die Kultur- und Gesellschaftsethik José Ortega y Gassets*. ³⁰ En Argentina el profesor universitario de La Plata César E. Pico en su comunicación al primer congreso nacional argentino de filosofía *Los usos causa formal de la sociedad. Sumaria exposición y justificación de la tesis de Ortega*. ³¹ Ensayos de varia fortuna, con reconstrucciones parciales, de cuyo conjunto resulta la actualidad del tema del planteamiento de la filosofía jurídica de Ortega o, si el lector prefiere, en Ortega; toda vez que tales reconstrucciones, con su variopinta multiplicidad de facetas, se orientan en idéntica línea conceptual, registrando los temas consabidos de la razón histórica o de la coincidencia del derecho con los usos sociales.

La huella de Ortega es así difusa y variada, amplia y cargada de repercusiones. Las interpretaciones escogidas como esquemas de referencia brindan entre la maraña paralela de las repeticiones inevitables en tantos esfuerzos paralelos de exégesis la unidad del pensamiento visto desde distintos ángulos visuales. No agotan tampoco la fecundidad de las temáticas, ya que quíerese o no cada uno de los comentaristas, ante los mismos materiales idénticos que Ortega no llegó a ordenar, concluyen construcciones en las cuales asoma la recepción subjetiva de cada uno de ellos. Son criterios personales a cuyo través filtrase la ideología orteguiana igual que traspasa la misma luz solar, blanca y brillante, cristales de dispares coloridos. Más que un Ortega filósofo del Derecho resultan tantas interpretaciones de las posibles ideas del maestro sobre cuestiones sociológicas o jurídicas cuantas sean las empresas acometidas con sana voluntad de comprensión. La índole brillantísima del estilo personal en que aquellos materiales fueron cortados por la bien cortante pluma del luminoso escritor que Ortega fue, su afán por

²⁸ Roma, Milone, 1961.

²⁹ En los *Studi in memoria di Gioele Solari*. Torino, Ramella, 1954, páginas 463-507.

³⁰ Heidelberg-Löwen, F. H. Kerle Verlag — Verlag E. Nauwelaerts, 1959.

³¹ En las *Actas* del primer congreso nacional de filosofía, en Mendoza. Buenos Aires, Platt. III (1950), 1741-1756.

el juego pulido de las palabras, su pretensión de deslumbrar con malabarismos llamativos o con calificaciones ostensiblemente retumbantes, cooperan a que la luz del sol de sus escritos en vez de filtrarse no deje incontables veces de reflejarse en los abigarrados colores de los personales vidrios de sus exégetas, dejando sumido al crítico que enjuicia tales comentaes en la desolada imposibilidad de concordar lo que ellos zurcieron con empeños de albañiles que trazan sus arquitecturas en tarea de adivinación de los planos que el maestro dibujara. La labor de la exégesis del supuesto pensamiento filosófico-jurídico de Ortega tiene muy mucho de artesanía intelectual, de suerte que nuestra valoración ha de procurar no perderse en la rutina de los comentaristas, antes, sin darles de lado, concretar en líneas maestras lo que Ortega pensó, a fin de valorar el conjunto de sus especulaciones más allá de las reconstrucciones por fuerza siempre taradas de personalismos generosos.

4.—Las obras en que Ortega hace referencia a la filosofía jurídica fueron ya catalogadas por Enrique Luño Peña con precisión certera. Son para el maestro de Barcelona las tituladas *El genio de la guerra y la guerra alemana*, *El ocaso de las revoluciones*, *Sobre el fascismo*, *El origen deportivo del Estado*, *Socialización del hombre*, *La pedagogía social como programa político*, *Vieja y nueva política*, *España invertebrada*, *Ideas de los castillos*, *La rebelión de las masas*, *Mirabeau o el político*, *Sistemas de política española*, *La redención de las provincias y la decadencia nacional*, *Rectificación de la República*, *Historia como sistema* y *Del imperio romano*.³² A las que Jesús López Medel añade otras ulteriormente editadas; tales *En torno a Galileo*, *El hombre y la gente* o *Una interpretación de la historia universal*.³³

La primera observación por esos elencos suscitada es que ninguno de semejantes títulos se acerca ni por asomo a lo que parece ser debiera constituir asunto de la especulación filosófico-jurídica según los tratados habituales en una disciplina que a la altura en que Ortega escribió tenía sobrada trabazón sistemática.

³² Enrique Luño Peña: *Historia de la Filosofía del Derecho*, 743.

³³ Jesús López Medel: *Ortega en el pensamiento jurídico contemporáneo*, 28

Defecto formal que deja de serlo si abarcamos con ojeada general la entera obra orteguiana y comprendemos su gusto gitanesco por rendir agradable, capaz de círculos anchos de lectores, temas metafísicos o sociológicos expuestos con su garbo consabido y que dichos en libros doctrinales no saldrían de los patios de las escuelas universitarias. Gentileza digna de agradecimiento, pero que a la hora de las catalogaciones procura confusionismos capaces de redundar en la no cabal valoración de quien con tamaño desenfado trató y encuadró las cuestiones atañentes a la consideración filosófica de lo jurídico.

Sobrepasado tal reparo en homenaje a la magnitud señera del personaje, asoma la duda de si la catalogación de la obra de Ortega acerca del Derecho es propiamente filosófica o da en apéndice de la sociología jurídica. Respuesta que resultará del análisis de la obra escrita, de ver cómo define lo que sea una Filosofía del Derecho. Y respuesta que carece de importancia quizás para los seguidores de la moda presente, dados en desmedrar la tesitura clásica, jusnaturalista o por lo menos filosófica, para reducir la disciplina a colofón de la sociología. Aunque por supuesto desde el ángulo de estudiosos atentos al estricto sentido peculiar de nuestras problemáticas la cuestión no puede ser baladí ni secundaria, porque minimizarla o eludirla redundaría en aceptar el aniquilamiento de la filosofía jurídica tal como viene siendo concebida desde hace siglos. De todas suertes, de los resultados quedará en pie la dimensión de José Ortega y Gasset como posible filósofo del Derecho.

5.—Ortega y Gasset, filósofo que en caso alguno nada hubiera tenido que ver con el positivismo, tiene, en la nomenclatura del vocabulario igual que en la génesis de la formulación del contenido, una noción de la Filosofía del Derecho cercanamente emparentada con las de los positivistas, porque no consiste en aplicar a las realidades jurídicas criterios filosóficos arrancados de las concepciones del universo, sino en extraer de las concretas circunstancias, diríamos de los fenómenos, meollos de esquemas abstractos que, en su mano de pensador, cobran a renglón seguido valor de radical filosofía.

En efecto. Al ocuparse, o como a él mejor le hubiese gustado expresar, preocuparse de los conceptos capitales del Derecho al analizar el Derecho de Roma en la lección 9.^a del curso profesado en el otoño de 1948 en torno a *Una interpretación de la historia universal*,³⁴ confunde ambos extremos en la consideración de lo jurídico: el núcleo de saberes que suben desde las realidades concretas con el núcleo de criterios ajenos a ellas de los que el filósofo se vale para calibrar los alcances de aquellas mismas realidades jurídicas. Planteamiento archiconocido del que todo jurista suele valerse en la estimación de los sistemas, máxime cuando la Filosofía jurídica de nuestro siglo no ha sido otra tarea que la de superar aquel positivismo reinante a lo largo de casi el entero siglo XIX. Si de los hechos salen, cual las nubes emanan del pantano, las perspectivas jurídicas o si los hechos son iluminados, como la luz del sol sobre las aguas empantanadas, por una claridad que los hechos no producen, la lumbre que de la filosofía viene. En la terminología conocida y regularmente sin excepciones manejada, porque esa terminología lejos de dar un capricho es el preciso instrumento del que hemos de valernos para discurrir sobre temas atañentes al Derecho, la primera actitud cuaja en la Teoría general del derecho, lenguaje característico de las escuelas positivistas; la segunda en la Filosofía del Derecho, término empleado por los superadores del retrasado positivismo decimonónico.

Tan es así que lo que separa tajantemente la *Juristische Prinzipienlehre* de Ernst Rudolf Bierling del *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* de Rudolf Stammler no es el disgusto por la insatisfacción de las sistemáticas hijuelas del positivismo, que ambos comparten por completo; sino que Bierling trata de depurar los conceptos de la jurisprudencia en una Teoría general del derecho labrada con métodos exclusivamente empíricos, o sea encerrándose en la observación y en la inducción, mientras que para Stammler el concepto universal del Derecho, con la secuela de las tablas de las categorías jurídicas fundamentales, constituyen algo previo a cualquier experiencia jurídica, esto es dan por supuesto un concepto anterior de lo que el Derecho sea.

34 Madrid, Revista de Occidente, 1959.

Ortega no concibe una Filosofía del Derecho de otra guisa que como una Teoría general del Derecho, que viene a ser la sola válida, “lo que suele llamarse una filosofía del derecho” en sus palabras mismas.³⁵ Tan estricta Teoría general del derecho en lugar de Filosofía del derecho que la total especulación orteguiana es alrededor y no en lo jurídico, limitase a describir lo que sea la realidad jurídica sin calificarla, nos dice que hay un Derecho sin pretender siquiera averiguar la esencia del Derecho, busca puntualizar la eficacia de la vigencia de la norma en cuanto uso fuerte que duramente obliga sin ambiciones por desentrañar el por qué de la vigencia que torna obligatorio al uso fuerte.

Delante del Derecho prototipo, del derecho famoso de Roma, rinde sus armas intelectuales diputándolo hecho puro, con intenciones proclamadas de eliminar la consideración filosófica que es contenido característico y peculiar de la Filosofía del Derecho. “Tenían, pues, los romanos —definía— 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 filósofos griegos por los jurisconsultos romanos en tiempos ya muy avanzados. Son, pues, beaterías filosóficas en torno al derecho, y para el romano el derecho era todo lo contraria de una beatería: era una tremenda y cruda realidad”.³⁶

La Filosofía del derecho en Roma, esto es, la especulación filosófica sobre el Derecho romano queda así reducida a beatería despreciable. Lo que cuenta es la realidad vivida, el derecho efectivo, la vigencia en sí con elusión de las razones de vigencia dimanadas de un horizonte cultural ajeno a la vigencia misma. Es el hecho del Derecho romano lo que cuenta, con desdén notorio y

³⁵ *Una interpretación de la historia universal*, 238.

³⁶ *Una interpretación de la historia universal*, 238-239.

subrayado hacia la estimativa según argumentos superiores, en especial según argumentos filosóficos. Del hecho de la norma o fenómeno del uso fuerte es de donde partirá la consideración del Derecho de Roma, jamás de deleznales planteamientos filosóficos, rechazables beaterías inútiles. Ni más ni menos que para los positivistas, para Ortega el Derecho es regla sociológica y lo que importa es la vigencia que la atañe; jamás norma sujeta a criterios de la validez inherente a la filosofía. Su arranque conducirá todo lo más a una Teoría general del Derecho de cuño sociológico, nunca capaz de izarse a las cimas de una Filosofía del Derecho.

La Filosofía jurídica romana era, sin embargo, una realidad histórica tan evidente como el Derecho vigente fue, sin que Ortega pueda, por ende, dejar de considerarla por su lado. Por lo cual, a tenor de su tendencia a buscar la descripción de los procesos de la realidad como la manera más adecuada para calar su cabal entendimiento, formula la ascensión desde el hecho de la vigencia de la regla jurídica en Roma a la especulación filosófica con arreglo a la siguiente tabla, que copio a la letra para su recta comprensión.

“No viene ahora a cuento —concluyó— expresar el asunto en toda su generalidad porque resultaría demasiado abstracta. Usando, pues, como ejemplo el caso del derecho romano, yo diría que es preciso en *eso* que llamamos así distinguir tres estratos diferentes:

1.º La realidad jurídica vivida por el romano efectivamente, por tanto, derecho como realidad, esto es, en el sentido primario pleno y sustantivo del término.

2.º La reflexión sobre esa realidad de los técnicos jurisperitos, por tanto, la teoría técnica del derecho o jurisprudencia *que ya no es realidad jurídica “sensu strictu”*.

3.º La reflexión sobre esta jurisprudencia que da en una teoría abstracta del derecho, es decir, la llamada filosofía del derecho”.³⁷

³⁷ Una interpretación de la historia universal, 239 nota.

Son las mismas, literalmente, expuestas en la carta a Joaquín Garrigues referida por éste en el *Discurso* en el homenaje del 18 de noviembre de 1955. En *Actos en memoria del catedrático don José Ortega y Gasset*. Madrid, C. Bermejo, 1955, páginas 51-52.

Con lo cual de lo concreto del uso duro vigente que el derecho fue se pasa sucesivamente a una abstracción conceptual en dos etapas: la científica, verificada por los jurisperitos o científicos del Derecho, y la filosófica, obra de los filósofos propiamente dichos. La ciencia formada empíricamente es la raíz de la filosofía. Los conceptos jurídico-filosóficos más abstractos son en resumen la última abstracción llevada a cabo por los filósofos sobre el resultado de otra abstracción menor de alcances científicos, aquí jurisprudenciales. Los juristas depuran, analizan, comparan, catalogan, ordenan empíricamente las realidades vividas como Derecho concreto de casos concretos; es una tarea empírica de la cual brotan, cristalizados con orden de sistema de ciencia, manojos de conceptos de base empírica, tallados doctrinalmente por vías de observación y de comparaciones; la Jurisprudencia es la ciencia del Derecho construida con rigor de métodos que a finales del siglo XIX solían tacharse de positivistas.

El tránsito de la Jurisprudencia a la Filosofía jurídica sigue idéntico camino, porque en la exposición orteguiana no es más que una abstracción ceñida a los elementos que la inducción había conseguido. Son dos tipos de "reflexión" exactamente iguales, no distinguidos más que por constituir dos etapas sucesivas tanto en línea lógica como en línea de desenvolvimiento cronológico. Ortega no diferencia cualitativamente a las dos, como dando por supuesto son de calidad idéntica. El escalón jurisprudencial es una etapa científica intermedia, pero nada más. Lo que los jurisperitos llevaron a cabo sobre los hechos, los filósofos lo llevan a término sobre el resultado de la labor de los jurisperitos; sin otro ingrediente, sin ninguna argumentación exterior ni superior, sin criterios distantes de las premisas que los hechos jurídicos fueron. La especulación filosófica del Derecho es una refundición ulterior de construcciones científicas, agarrados también los filósofos a aquellas premisas insoslayables de los usos fuertes vigentes en Roma. Todo lo que no sea seguir esta línea de depuraciones ascendentes es beatría inútil, menospreciable futilidad.

La cuestión cardinal de la Filosofía jurídica, la de la justicia, no cuenta por ello en absoluto, porque la Filosofía jurídica no

pasa de especulación científica dedicada a abstracciones más cimeras. “La justicia —dirá— vendrá como un aditamento o perfección de esa realidad primaria que es el derecho”.³⁸ No importa la estimativa filosófica que centra lo jurídico en lo justo, sino la desnuda realidad sociológica del Derecho vivido como uso duro que se impone. Esto es, lo que cuenta es la seguridad, matiz sociológico de lo jurídico, no la justicia, elemento filosófico. La justicia, esquema filosófico, es algo secundario, variable, a la lar inútil para el jurista.

Lo dirá paladinamente Ortega: “Esto era el Derecho para los romanos. Gracias a esa seguridad de su Derecho, el ciudadano de Roma podía hincar en él confiadamente sus talones, hacerse en él firme y, tranquilo, sintiéndose amparado, por decirlo así, en su retaguardia podía buscar sin azoramiento, susto ni neurosis cómo comportarse para ser hombre con dignidad, para desarrollar su vida personal con entereza y seriedad y formarse un carácter compacto y enérgico. En suma, ser romano. Porque a esa genial sensibilidad que le hace ver el Derecho, sobre todo sentir efectivamente el Derecho como algo a la vez inexorable e invariable, es a lo que debe haberse podido hacer el gran pueblo que fue. En cambio, no ha habido tal vez ninguno a quien menos preocupase eso que vaga e irresponsablemente nosotros llamamos justicia. Por lo mismo que sabía muy bien, bajo la iluminación de una sorprendente intuición, que no hay dentro de lo humano ninguna forma de conducta que pueda considerarse, de modo último y absoluto, como superior a las demás, y a la que, por tanto, todas las demás tengan que supeditarse y hasta anularse; como sabía que no hay, por ejemplo, ni puede haber nada que sea absolutamente eso que nosotros llamamos hoy justicia y que mañana nos parecerá injusticia. ¿Qué hacían los romanos? Dotaban de caracteres absolutos, rígidos, invariables e ineluctables a una figura de comportamiento —digámoslo con alguna exageración deliberadamente para que la cosa resulte más clara—; dotaban de esos caracteres absolutos, rígidos, invariables a una figura de comportamiento *cualquiera*.

³⁸ Una interpretación de la historia universal, 238.

Y éste es el auténtico sentido del Derecho romano, y éste es, a la postre, el auténtico sentido de todo Derecho. El perfil concreto de las instituciones jurídicas romanas —las procesales, la patria potestad, la propiedad, la herencia, etc.— no se derivaban de ninguna supuesta idea del Derecho, sino o de simples usos inveterados o de compromisos entre los grupos sociales en lucha. De ordinario, la línea de ese perfil de la institución marca exactamente la línea del equilibrio dinámico entre las fuerzas sociales de lucha; y, por tanto, la figura de la institución, su perfil, lo que hace es definir un compromiso, un acuerdo. Las instituciones romanas, como toda la historia romana, no han vivido de la justicia extrajurídica, sino de la concordia política. Toda la historia romana gira en torno al concepto de la concordia, que cuando funciona con sus caracteres más amplios es lo que se llama la *concordia ordinis*, el venir a acuerdo las distintas clases sociales”.³⁹

Es, pues, para Ortega, la justicia ingrediente extrajurídico, factor filosófico que no cuenta a la hora de perfilar sociológicamente a un derecho que es hecho fáctico de uso duro que rige inexorablemente en la medida en que representa el compromiso de fuerzas dinámicas en contrapuestas tensiones sociales. El Derecho es sociología, no filosofía; arranca de la realidad concreta y las construcciones filosóficas más abstractas que sobre él se formulen, más que filosóficas son sociológicas. No interesan los criterios ajenos a los hechos, porque de los hechos, y solamente de ellos, a través de una primera observación científica, resultan las temáticas que impropriamente en el contenido constituyen las “beaterías” a que Ortega y Gasset reduce la Filosofía del derecho.

6.—De donde resulta que las palabras de Ortega adolecen de un retraso de sesenta años, pues en resumidas cuentas su actitud delante de la Filosofía del Derecho es la que tuvo Ernst Rudolf Bierling en 1894. Ortega busca sobre todo y exclusivamente en lo jurídico forjar la vigencia del uso fuerte e incontrastable que el Derecho es. En diciembre de 1937 escribía en París *En cuanto*

39 *Una interpretación de la historia universal*, 332-333.

al *pacifismo* y decía: "Para que el Derecho 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". Entonces, y sólo entonces, podemos hablar en la plenitud del término de Derecho, es decir de *norma vigente*... Y esta es la verdadera esencia del Derecho".⁴⁰ Esto es, señalar en la realidad social la vigencia de una regla incontrastable, de un uso específicamente duro y fuerte: tal es la misión asignada por Ortega y Gasset a su Teoría general del derecho, frente a las "beaterías" acreditadas a la especulación filosófico-jurídica.

Cabalmente la contraposición con que Bierling enfrentaba la Teoría general del derecho que era su teoría de los principios jurídicos, a la Filosofía jurídica, cuando perfilaba ser objeto de aquélla emprender una "besonderer Untersuchung... und der Grund, der Sinn und der Grenzen ihrer Gültigkeit darzulegen".⁴¹

Para Ortega los planteamientos éticos no cuentan, recortando la problemática al jugoso contrapeso de las fuerzas sociales en concordia. La justicia era para él, no factor esencial del Derecho, sino "un gran cuento chino",⁴² uno de los magnos "espejismos que se producen en la materia".⁴³ Es una de las beaterías deleznales a recluir en la despreciada Filosofía del derecho, que nada significan para la Teoría general del derecho, única arquitectura doctrinal que en lo jurídico le interesa.

Ni más ni menos que escribía Bierling en la *Juristische Prinzipienlehre*. Fuera de la validez, sostenía Bierling, nada interesa a la Teoría general de los principios jurídicos, pues tales cuestiones son parte de la Filosofía del Derecho. "Alle die weiteren Fragen, die sich demjenigen aufdrängen, der seine Rechtsauffassung in

⁴⁰ José Ortega y Gasset: *Obras completas*. Madrid, Revista de Occidente, IV (1951), 289.

⁴¹ Ernst Rudolf Bierling: *Juristische Prinzipienlehre*. Edición facsímil en Aalen, Scientia, en cinco tomos. Cita al I (1961), 13.

⁴² *Obras completas* I (1950), 14.

⁴³ *Obras completas* I, 385.

engeren Beziehung zu seiner ganzen Weltanschauung zu setzen unternimmt der es m. a. W. versucht, die Stelle und die Bedeutung aufzuzeigen, die dem "Recht" innerhalb der gesamten Weltordnung zukommt, alle diese Fragen lassen die juristische Prinzipienlehre als solche unberührt. Insbesondere hat dieselbe... völlig davon abzusehen, ob es schlechthin gültige sittliche Ideen oder, was wesentlich dasselbe besagt, ob es einen absoluten giebt, und welche sittlich-praktischen Konsequenzen sich hieraus für die materielle Beurteilung des bestehenden und die Gestaltung des künftigen Recht ergeben. Gerade diese Aufgaben aber werden stets die eigentliche Domäne der Rechtsphilosophie bilden".⁴⁴

Las relaciones entre Teoría general del derecho y Filosofía del derecho sustentadas por Ortega y Gasset son las que Ernst Rudolf Bierling sostenía en 1894.

7.—Llegados a esta altura cabe preguntarse por la justeza filosófica, o si se quiere científica, con la que Ortega menospreciaba la obra de Rudolf Stammler. Ciertamente que en *El genio de la guerra y la guerra alemana* le diputaba "el ilustre filósofo del Derecho en la actualidad";⁴⁵ pero no es menos cierto que en el artículo publicado en *El Sol* el 10 de febrero de 1918 *Un libro sobre Filosofía del Derecho* acúsale de fracaso en el haber "intentado vanamente henchir de materia esas formas vacías que son en Kant lo bueno y lo justo".⁴⁶

En el afán de desprenderse de las primeras leches mamadas en ubres neokantianas, Ortega traza su peculiar gesto olímpico para condenar en una frase autoritaria, ya que no autorizada, el portentoso empujón con que Rudolf Stammler derribó los armatostes del positivismo jurídico. No quiso confesar que llenaba el vacío stammleriano con ingredientes positivistas o sociológicos, que tanto monta en el presente caso, y puesto a elegir entre sus amados tudescos la vía superadora de la insatisfacción generada por la exclusividad del empirismo jurídico, entre las dos tentativas de

44 E. R. Bierling: *Juristische Prinzipienlehre* I, 13.

45 *Obras completas* II (1950), 210.

46 *Obras completas* II, 25.

Bierling y Stammler optó por la primera. Eso sí adobándola con sus habituales galanuras literarias para vestirla de originalidades aparentes, mas sin calibrar que Bierling se queda dentro del positivismo pese a su noble esfuerzo por excederlo, mientras que Stammler le supera merced precisamente a aquel neokantismo inicial orteguiano del que nuestro Ortega buscó desprenderse como de una juvenil enfermedad vergonzosa casi. La visión orteguiana de la Filosofía del Derecho está mirada con óptica neopositivista. Ni es original ni stammleriana; es remedo fiel de la trama de principios jurídicos elaborada por Ernst Rudolf Bierling.

Y lo peor era que en el neokantismo de donde Stammler sacó energías para superar las temáticas positivistas estaba ya condenado este rechazo orteguiano de la Filosofía del Derecho en nombre de una Teoría general del derecho. Le bastaría recordar la separación establecida por Paul Natorp entre "Systematik" y "System" en la primera de las lecciones de su *Philosophische Systematik* ⁴⁷ para haber ultrapasado brava y felizmente el escollo del resabio positivizante donde todavía Bierling tropezara y que, a fuer de neokantiano consecuente, Stammler saltó con gallardía memorable.

La incapacidad de Ortega para entender la Filosofía del derecho proviene de su desdén contra el neokantismo. Que luego transformó en menosprecio de la para él ininteligible Filosofía jurídica.

FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Sevilla

⁴⁷ Cito por la edición en Hamburg, Félix Meiner, 1958, págs. 1-2.