

ESTUDIOS y NOTAS

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL PENSAMIENTO DE JOSE ORTEGA Y GASSET

El Derecho ha sido siempre uno de los temas fundamentales de la especulación filosófica, hasta el punto de que puede afirmarse que toda gran filosofía ha sido, en una de sus dimensiones, filosofía del Derecho o «filosofía política», en expresión de Leo Strauss (1), que en él hace especial referencia a la teoría del Derecho natural.

Un pensador como José Ortega y Gasset, que fué sin duda un auténtico filósofo, no podía escapar al imperio de esta ley cuasi inexorable, por virtud de la cual los grandes temas de la convivencia humana y de su forma normativa que es el Derecho tenían que ser objeto de su apasionada meditación intelectual, como lo fueron, en no escasa medida, de su voluntad de acción.

Sin embargo, la simple lectura de la obra de Ortega permite apreciar que no hay en su pensamiento una idea clara y distinta del Derecho. Con esto no queremos aludir a ausencias ni a confusiones, sino sencillamente a com-presencias, esto es, a la presencia de distintas ideas, de ideas que tienen muy distinto origen y que, por consiguiente, resultan incluso antagónicas, que conviven y juegan en su pensamiento sin fundirse en una unidad, que el autor no pudo o no se propuso conseguir.

Frente a frente, y con la misma fuerza de expansión, se encuentran en el pensamiento de Ortega una idea subjetiva del Derecho, la visión del Derecho como derecho subjetivo, pero visión

(1) *Naturrecht und Geschichte*, K. R. Koehler Verlag, Stuttgart, 1956 (traducción alemana de H. BOOG, de la edición inglesa, *Natural right and history*, The University of Chicago, 1953).

no metafísico yusnaturalista, sino histórica, entroncada con el pensamiento de los doctrinarios y con Tocqueville, y una idea objetiva, la visión del Derecho como norma, el normativismo, que se vincula con la concepción orteguiana de lo social y la idea de las vigencias sociales y del Derecho como forma de los usos (1 bis).

Parece, sin embargo, que la idea subjetiva gravita sobre el pensamiento orteguiano con más «nostalgia» que fuerza actual de convicción. Quizá porque la idea del Derecho como «vigencia social» —que es una forma de la concepción objetiva— es a su vez una vigencia social en mayor medida que la concepción subjetiva, que sobre todo ha tenido una vigencia histórica, como concepción propia de los pueblos germanos. Y no es, evidentemente, que la concepción objetiva sea incompatible con el derecho subjetivo o excluya la posibilidad de los derechos de la persona. Pero hay dos maneras muy distintas de entender estos derechos. Para Ortega, este distinto entendimiento del Derecho está representado, de un lado, por Roma y la modernidad: la democracia; de otro, por los pueblos germánicos, cuya concepción jurídica es la del liberalismo. «El espíritu romano, para organizar un pueblo, lo primero que hace es fundar un Estado. No concibe la existencia y la actuación de los individuos sino como miembros sumisos de ese Estado, de la civitas. El espíritu germano tiene un estilo contrapuesto. El pueblo consiste para él en unos cuantos hombres enérgicos que con el vigor de un puño y la amplitud de su ánimo saben imponerse a los demás, y haciéndose seguir de ellos, conquistar territorios, hacerse señores de tierras» (2). El señor no trabaja la tierra; la manda trabajar a los demás. No es dueño de la tierra porque la trabaja, sino porque la ganó en la batalla y está dispuesto a luchar por defenderla. Germanos y romanos representan «dos formas divergentes de sensibilidad jurídica... El callo del labriego y la herida del combatiente representan dos

(1 bis) Se trata de algo más que de distinguir entre derecho subjetivo y derecho objetivo. El mismo ORTEGA subraya este doble sentido y habla del derecho como «propiedad ideal de un sujeto», y así se dice «tengo el derecho de», y como «norma objetiva», como cuando se dice que «el juez ha obrado conforme a derecho» (*El genio de la guerra*, en «Obras», ed. de 1932, Madrid, Espasa-Calpe, pág. 286, nota). Se trata, más bien, de si la concepción entera del Derecho se orienta hacia el paradigma del derecho subjetivo o del derecho objetivo.

(2) *España invertebrada*, «Obras», pág. 815.

principios de derecho, llenos de sentido» (3). En la concepción germánica, el hecho de ser capaz de imponerse a los demás es el signo indiscutible de que se vale más que los demás y, por tanto, de que se sabe mandar. «La idea romana y moderna, según la cual el hombre al nacer tiene, en principio, la plenitud de los derechos, se contrapone al espíritu germánico, que no fué, como suele decirse, individualista, sino personalista. En su sentir, los derechos, por su esencia misma, tienen que ser ganados, y después de ganados, defendidos. Cuando alguien se los disputa, repugna al feudal acudir ante un tribunal que lo defienda. El privilegio que con mayor tenacidad sostuvo fué precisamente el de no ser sometido a tribunal en sus contiendas con los demás, sino poder dirimir las entre sí, lanza al puño y de hombre a hombre» (4).

Evidentemente, esta concepción inspira a Ortega una especie de irrefrenable simpatía, que le enfrenta con la concepción moderna, cuya mayor justicia, sin embargo, no puede negar (5). Pero el concepto «burgués» de la existencia, cuyo núcleo está constituido por la apetencia de seguridad, no constituye para él el ideal. «Quien analice lealmente y sin *beatería* democrática el Derecho moderno, no puede menos de descubrir en él un elemento de pusilanimidad, por fortuna mezclado con otros más respetables. Mientras las revoluciones modernas se han hecho para de-

(3) *Loc. cit.*, pág. 816.

(4) *Ibid.*, pág. 817.

(5) Sin embargo, ORTEGA presenta a veces como concepción moderna sólo la versión «positivista», frente a la cual representa evidentemente una superioridad la concepción germánica. «Para la conciencia contemporánea es evidente que el Derecho es anterior a la persona y, como el Derecho supone sanción, el Estado será también anterior a la persona. Hoy un individuo que no pertenece a ningún Estado no tiene derechos. Para el germano, lo justo es lo inverso. El Derecho sólo existe como atributo de la persona; dicho de otra manera, no se es persona porque se poseen ciertos derechos que un Estado define, regula y garantiza, sino al revés, se tienen derechos porque se es previamente persona viva, y se tienen más o menos éstos o aquéllos según los grados y potencias de esta prejurídica personalidad. El Cid, cuando es arrojado de Castilla, no es ciudadano de ningún Estado y, sin embargo, posee todos sus derechos. Lo único que perdió fué su relación privada con el rey y las prebendas que de ella se derivaban» (*Ibid.*, pág. 818). Esto es verdad contra el positivismo que desconoce los «derechos naturales de la persona»: pero la concepción metafísico-yusnaturalista tampoco define la persona en función de los derechos que le reconoce el Estado

mandar el derecho a la seguridad, en la Edad Media se hicieron para conquistar o afirmar el derecho al peligro» (6). Y es verdad que para Ortega no tendría sentido en nuestro tiempo afirmar una idea jurídica que hiciese apelación al peligro, como aconteció en el fascismo, contra el cual recordó que por constituir la vida ya en su esencia un peligro, se vive peligrosamente, y hacer de esto un lema de vida no pasa de ser una especie de divertimento propio de las épocas más vitalmente ajenas a la experiencia de la inseguridad (7). Pero la idea burguesa de la existencia no es la que inspira la ética orteguiana, en la que se afirma, por ejemplo, que «la ética industrial, es decir, el conjunto de sentimientos, normas, estimaciones y principios que rigen, inspiran y nutren la actividad industrial, es moral y vitalmente inferior a la ética del guerrero», porque al espíritu industrial le rige «un cauteloso afán de evitar el riesgo, mientras el guerrero brota de un genial apetito de peligro» (8).

La idea subjetiva del Derecho que integra el pensamiento de Ortega es la idea del liberalismo (8 bis). El Derecho es un atributo de la personalidad. Pero la personalidad y su derecho no son datos con los que ya se cuenta, sino conquistas. Pues cada cual ha de conquistarse en la vida su propia personalidad y cada personalidad ha de crearse y conquistarse sus propios derechos, convirtiéndolos en realidades históricas y luchando por ellos. La idea liberal tiene un indudable entronque aristocrático, que le enfrenta con la idea democrática pura. La democracia no es admisible para Ortega más que como «democracia liberal», o sea, como una pura forma jurídica que consagra la igualdad esencial de derechos y niega los privilegios injustos e institucionaliza el diálogo como instrumento de convivencia política. Pero en cambio repugna a Ortega la idea de hacer de la democracia un principio integral de la existencia, y frente a esto se rebela su orgullo aristocrático-liberal.

(6) *Ibid.*, pág. 817, nota.

(7) *Ensimismamiento y alteración*, Madrid, 1939, págs. 35-36. Cfr. *Kant. Reflexiones de centenario*; «Obras», pág. 952.

(8) *España invertebrada*, ed. cit., pág. 773.

(8 bis) Sin embargo, ORTEGA insiste en que la libertad es una idea anterior al liberalismo e incluso protesta contra el monopolio que éste quiere ejercer respecto de aquélla. Cfr. *Historia como sistema y del Imperio romano*, Madrid, 1941, págs. 115 y sigs.

La democracia, en efecto, dice Ortega (9), nació como deseo de salvar a la plebe de su baja condición. Pues bien, el demócrata ha acabado por simpatizar enteramente con la plebe, precisamente en cuanto plebe, con sus costumbres, con sus maneras, con su giro intelectual. Ahora bien, toda interpretación *soi-dissant* democrática de un orden vital que no sea el Derecho público es fatalmente plebeyismo. En el triunfo del movimiento democrático contra la legislación de privilegios, contra la constitución de cortes, etc., ha intervenido no poco esta perversión moral que Ortega llama plebeyismo; pero más fuerte que ella ha sido el noble motivo de romper la desigualdad jurídica. En el antiguo régimen son los derechos quienes hacen desiguales a los hombres, prejuzgando su situación antes de que nazcan. Con razón se niega a esos pretendidos derechos el título de derechos, y dando a la palabra un sentido peyorativo, se les llama privilegios. El nervio saludable de la democracia es, por consiguiente, la nivelación de privilegios, no propiamente de derechos. Obsérvese que los llamados «derechos del hombre» tienen un contenido negativo, son la barbacana que la nueva organización social, más vigorosamente jurídica que las anteriores, presenta a la nueva reviviscencia del privilegio. A los derechos del hombre ya existentes, habrá que acumular otros, hasta que desaparezcan los últimos restos de mitología política. Porque los privilegios, que no son derechos, consisten en perduraciones residuales de tabús religiosos. Ahora bien, si hay empeño en reducir el significado de la democracia a esta obra niveladora de privilegios, puede decirse que sus horas gloriosas han pasado. Y si la organización jurídica de la sociedad se queda en un estadio negativo y polémico, si el hombre no ve en la democracia únicamente el primer esfuerzo de la justicia, aquél en que abrimos un ancho margen a la equidad, dentro del cual crear un estructura —que sea justa, pero que sea estructura—, los temperamentos de delicada moralidad maldecirán la democracia y volverán sus corazones al pretérito, organizado, es cierto, por la superstición: mas, al fin y al cabo, organizado. Vivir es esencialmente, y antes que toda otra cosa, estructura. Una pésima estructura es mejor que ninguna, afirma Ortega con frase que recuerda el dicho de Goethe, tan traído y llevado, *prefiero la injus-*

(9) *Democracia morbosa* (Confesiones de "El Espectador"), "Obras", páginas 227 y sigs.

ticia al desorden. Por eso, para Ortega no es lícito ser ante todo demócrata ni sólo demócrata. El amigo de la justicia nivelará privilegios, pero no podrá contentarse con nivelar privilegios ni asegurar la igualdad de derechos. para lo que en todos los hombres hay de igualdad. Además de eso sentirá la misma urgencia por legislar, por legitimar lo que hay de desigual entre los hombres. Y quien se irrita al ver tratados desigualmente a los iguales, pero no se inmuta al ver tratados igualmente a los desiguales, no es demócrata, es plebeyo.

Ya se ve, pues: Ortega, hombre moderno, no admitirá que el Derecho sea fuente de desigualdad; pero también le repugnará que la desigualdad real se disimule bajo una igualdad de derechos, salvo en el campo estricto de la organización política, donde la democracia no es más que la forma jurídica de estar organizado el Estado. Pero la idea de derecho en Ortega va unida a las de poder y resistencia. En *Ideas de los Castillos* subraya la diferencia entre el señor feudal y el hombre moderno. Este no es nada, no tiene cualidades ni derechos, si no es ciudadano de un Estado; pero éste es una colectividad previa a cada individuo. El señor medieval, por el contrario, no conocía propiamente el Estado. Poseía derechos desde su nacimiento o los ganaba con su puño. Estos derechos le atañían por ser él quien era, y previamente a todo reconocimiento por parte de la Sociedad. El Estado resultaba secundariamente como un entrecruzamiento de relaciones personales. Tal modo de sentir jurídico implicaba la esencial inestabilidad del derecho. Hoy el que cree tenerlo se siente seguro. Entonces era lo inseguro por excelencia, lo que nadie da y confirma, sino que conservarlo y poseerlo es estarlo ganando a toda hora. El derecho señorial lleva en su raíz misma la guerra, al revés que el antiguo y moderno, que viene a ser sinónimo de paz (10).

No se malentienda esto, advierte Ortega (11), suponiendo que para el señor medieval el derecho es la fuerza. Se trata de algo más sutil. Aquellos hombres sentían hasta la hiperestesia las cuestiones jurídicas. El perfecto «hombre de pro», en el ideal de la

(10) «Obras», págs. 461-62. Cfr. *España invertebrada*, pág. 818. Vid. la exposición de estas ideas en HERNÁNDEZ RUBIO: *Sociología y Política en Ortega y Gasset*, Barcelona, Bosch, 1956: págs. 140-41.

(11) «Obras», pág. 462.

época, había de ser quisquilloso en todo lo que afectase a los derechos. El Cid Campeador, prototipo del noble, posee un acusado carácter de jurisperito, pues eso es lo que significa Campeador: no batallador, sino entendido en derechos, y por eso se le ve andar siempre en pleitos. Para esos hombres, la fuerza no es derecho; pero es justicia. Los pueblos del Norte pensaban que quien cree tener un derecho debe defenderlo por sí mismo. En cierta manera, para ello son una misma cosa tener un derecho y ser capaz de sustentarlo. Lo que hay en el fondo de esta actitud es, dice Ortega (12), una resistencia a disolver lo personal en lo público. Es lo contrario de lo que acontecía en el «alma antigua» y sus pervivencias modernas. Para Cicerón, libertad significaba tanto como imperio de las leyes establecidas (13). Ser libre es usar de leyes, vivir sobre ellas. Para el germano, la ley es siempre lo segundo y nace después que la libertad personal ha sido reconocida y, entonces, libremente crea la ley. Ahora bien, esto es precisamente el principio del liberalismo moderno: la libertad previa a la ley, al Estado. La confusión reinante en los cerebros acerca del liberalismo y la democracia hace que suene a paradoja esta sencilla verdad: que el liberalismo es el fruto que sobre los alcores dieron los castillos. Por paradójico que parezca, el feudalismo trajo al planeta el principio de libertad o, como entonces se decía con expresión más exacta, la franquicia. El progreso posterior se ha reducido a discutir de una parte cuáles deben ser las acciones y materias en que la persona debe quedar franca: de otra, qué individuos tienen derecho a ella. En esto, como en otras muchas cosas, las burguesías occidentales no han hecho más que imitar las maneras inventadas por las viejas aristocracias feudales. Los «derechos del hombre» son franquicias y nada más. Los señores de estas casas monstruosas que llamamos castillos han educado a las masas galorromanas, celtíberas, toscanas, para el liberalismo. La tradición de libertad en Francia aparece mejor que en parte alguna en la serie de obras escritas por nobles que recaban, frente a la realeza invasora, los privilegios antiguos. Así en Boulavilliers, así en Montlosier, así en Thierry, en las *Lettres sur l'histoire de France* que antepone a las narraciones merovingias.

(12) Ibid., pág. 463.

(13) Ibid., pág. 463. Cfr. *Del Imperio romano*, págs. 113, 115 y siguientes, 127 y sigs.

Así también, aun cuando en este punto no lo cita Ortega, en Tocqueville, cuya relación intelectual con nuestro pensador está todavía por estudiar.

Y, evidentemente, Ortega, que con tanta complacencia exhibe frente al democratismo esta ascendencia y esta vinculación aristocrática del liberalismo y este sentido histórico del derecho del hombre, no usufructuaba una mentalidad «medievalista» —como tampoco, por otra parte, se patentizaba en Tocqueville, para el cual la democracia era una conquista del hombre moderno con la que definitivamente había que contar. El régimen aristocrático había estabilizado y dado carácter definitivo a una determinada situación histórica de los derechos conquistados, y al hacer inaccesible a otras personalidades la conquista de derechos nuevos, se convirtió en fuente de privilegio y, por tanto, de injusticia. Pero de lo que se trata para Ortega es de ver siempre el derecho a la luz de una razón histórica y no de la razón abstracta. De ahí su simpatía por los doctrinarios. Por eso dice de éstos que son un «caso excepcional de responsabilidad intelectual» (14) y que, a diferencia del racionalismo linfático de enciclopedistas y revolucionarios que encuentran lo absoluto en abstracciones baratas, descubren ellos lo histórico como el verdadero absoluto, y por eso despreciaban los *derechos del hombre*, porque son absolutos metafísicos, abstracciones e irrealidades. «Los verdaderos derechos son los que absolutamente están ahí, porque han ido apareciendo y consolidándose en la historia: tales son las libertades, la legitimidad, la magistratura, las capacidades. De alentar hoy, habrían reconocido el derecho a la huelga (no política) y el convenio colectivo» (15).

(14) «Prólogo para franceses» de *La rebelión de las masas*, 3.^a ed., 1939 («Colección Austral»), pág. 21.

(15) *Ibid.*, págs. 23-24. Sin embargo, ORTEGA apunta un sentido ético-metafísico de la persona como fundamento de la concepción liberal en el comentario al *Genio de la guerra* de SCHELER, cuando censurando la equiparación que éste realiza entre asociacionismo psicológico y concepción contractualista del Estado, que es, a juicio de ORTEGA, «la más vigorosa afirmación de la persona individual que se ha hecho en la historia», dice: «Enoja a Scheler que no se reconozca en el Estado una persona real, tan real como el individuo. ¿No debe enojar más que Scheler rebaje, dentro de la enorme persona Estado la persona individual al papel de una imagen, de una sensación, de un instinto?» («Obras», págs. 276 y siguientes). Sin embargo, ORTEGA no extiende al campo social la validez

La otra idea que aparece en Ortega es la *normativista*. Aclaremos en seguida que no se trata de un normativismo jurídico formalista, sino de una concepción sociológica. El antecedente más inmediato de la concepción orteguiana de lo social se encuentra en Durkheim, cuya noción de la *contrainte* ha sido de las pocas que el propio Ortega ha declarado válidas del legado de una sociología, de la que considera que el primer fallo ha consistido en no haber sido capaz de suministrar una noción clara y precisa de lo social. Por otra parte, es cierto que existe un cierto paralelismo entre el normativismo kelseniano y la concepción orteguiana de los preceptos sociales.

Pues no es sólo que las notas de *impersonalidad*, *presión externa* e *irracionalidad*, que, según Ortega, son propias de las preceptos sociales, convengan estrictamente a las normas jurídicas en la concepción de Kelsen, sino que la vida social consiste cabalmente para Ortega en un vivir conforme a tales preceptos, y la realidad de esas formas de vida son los usos. La vida social tiene, pues, en Ortega, una dimensión y estructura claramente normativas y por eso se esfuerza él por separar esta vida social —o, concretamente, «colectiva»— (16) de la vida auténticamente personal y de la relación interindividual.

La idea de la «vigencia» ejerce, en el mundo sociológico de Ortega, una función análoga a la que representa la «validez» en el sistema de Kelsen. Si hubiéramos de expresar con una palabra

de la tesis contractualista, cuyo valor histórico-filosófico se limita al ámbito político como esquema racional justificativo. Cfr. *infra*, nota 23. En abono del «personalismo» de ORTEGA podrían aducirse textos bastante concluyentes de *Dos destinos diferentes* («Obras»), págs. 542-43; *Vitalidad, alma, espíritu*, págs. 489 y sigs.; *La socialización del hombre*, página 756; *El tema de nuestro tiempo*, págs. 846 y sigs.; *Meditación sobre la técnica*, en *Ensimismamiento y alteración*, Buenos Aires, 1939, páginas 66, 84-85, 88-89, 91-92, 113, 116, 140-41, 157. Cfr. L. LEGAZ: *Humanismo, Estado y Derecho* (cap. Alteración y alienación), Barcelona, Bosch, 1960, págs. 400-406.

(16) La distinción entre vida interindividual, colectiva y social (como «un todo viviente más amplio que comprende lo individual y lo colectivo» y que es «una sección de un todo vital amplísimo...: la vida o realidad histórica») se encuentra en *La filosofía de la historia de Hegel y la historiología*, «Obras», págs. 1.457-58; cfr. *El hombre y la gente*, Madrid, 1957, especialmente págs. 121 y sigs., 203 y sigs., 229 y sigs., 297 y siguientes.

alemana estas nociones, recurriríamos a la *Geltung*. La vigencia es para Ortega el fenómeno sociológico fundamental (17), el carácter más sustantivo del hecho social y de la sociedad como conjunto de todos los hechos sociales; pero no consiste en la adhesión individual, exactamente igual a como la norma kelseniana afirma celosamente su carácter autárquico o heterónomo, y su sentido consiste en su puro valer, *gelten*, aun cuando esté montado sobre un «mínimum de eficacia» (lo mismo que la vigencia orteguiana es la cristalización de un hecho de la vida personal que ha perdido su sentido originario). «Cuando algo es uso no depende de la adhesión de los individuos, sino que precisamente es uso porque se impone a ellos» (18). La vigencia social, sea del origen que sea, no se nos presenta como algo que depende de nuestra individual adhesión, sino que, por el contrario, es indiferente a nuestra adhesión, *está ahí*, tenemos que contar con ella y ejerce, por tanto, sobre nosotros su coacción, pues ya es coacción el hecho de que tengamos que contar con ella (19). Pero también podemos recurrir a ella como a una instancia de poder en que apoyarnos. «Se trata, pues, de atributos constitutivos de todo hecho social. La sociedad, conjunto de los usos, de un lado, se nos impone; de otro, la sentimos como instancia a que recurrir y en que ampararnos. Lo uno y lo otro, ser imposición y ser recurso, implican que la sociedad es, por esencia, poder, un poder incontrastable frente al individuo. La opinión pública, la opinión reinante, tiene tras de sí ese poder y lo hace funcionar en las diversas formas que corresponden a las diversas dimensiones de la existencia colectiva. Ese poder de la colectividad es el *poder público*» (20).

Pero esto no impone, evidentemente, ninguna personalización o personificación del poder social. Si en Kelsen el Estado es la existencia de un orden jurídico, la sociedad es para Ortega un sistema de vigencias sociales o, lo que es lo mismo, un sistema normativo aun cuando visto en su funcionamiento como «uso»,

(17) *El hombre y la gente*, pág. 307.

(18) *Ibid.*

(19) *El hombre y la gente*, págs. 308-9; sobre las creencias como ideas en que el hombre está, *cf.* *Ideas y creencias*, Madrid, 1942, páginas 15 y sigs., 23 y sigs., 131 y sigs.; *Esquema de las crisis*, Madrid, 1942, págs. 54 y sigs., 72 y sigs.; sobre las creencias como vigencias, *Historia como sistema y del Imperio romano*, pág. 102.

(20) *El hombre y la gente*, pág. 309.

o sea, como un vivir conforme a preceptos impersonales e irracionales que ejercen una presión externa sobre el individuo.

El Derecho es una forma de los usos, el hermano menor, pero más enérgico, del uso y la costumbre; pero el Derecho se relaciona también con el Estado. Ahora bien, el Estado existe para hacer que la sociedad sea realmente lo que por este nombre se entiende que debe ser. Pues el término sociedad encubre un eufemismo; no es nunca la sociedad lo que el nombre promete. En su seno hay también la di-sociedad, la repulsión entre los individuos, la lucha entre sus elementos efectivamente sociales y sus comportamientos disociadores y antisociales. «Para lograr que predomine un mínimo de socialidad 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» (21).

Ahora bien, el normativismo sociológico de Ortega se supera en una dimensión que apunta a un nuevo sentido, también objetivo, del Derecho, que se vincula estrechamente con el anterior del que, en realidad, constituye un aspecto fundamental y una razón de ser. Curiosamente, este sentido recuerda el que hizo suyo la Escuela histórica, si se prescinde del mito del espíritu popular. Es el Derecho como «convicción» común, convicción que se expresa en «principios jurídicos» o en «normas». En esta concepción, la «norma» significa algo trascendente al Derecho positivo. Aun cuando Ortega no usa jamás esta terminología, podría hablarse de una irrupción en su sistema del pensamiento yusnaturalista, lo mismo que era un residuo yusnaturalista la distinción hecha por la escuela histórica entre «Derecho verdadero» y «Derecho legislado». En este sentido llama a veces Ortega al Derecho «lo justo» y habla de la inexistencia o de la imprecisión del *jus* por relación a ciertos ámbitos en los que, indudablemente, existen reglas posi-

(21) *El hombre y la gente*, págs. 311-12. Cfr. *Historia como sistema y del Imperio romano*, págs. 117-19. Allí se dice, entre otras cosas: «La sociedad, lejos de ser una cosa bonita, es una cosa terrible. Condición inexcusable para que el hombre sea hombre es, a la par, su auténtico infierno... Es indudable que hay un infierno cismundano: la sociedad» (página 117). Esto recuerda el sartriano «el infierno son los otros».

tivas pactadas o legisladas. Y de ese modo escapa Ortega al positivismo, porque la existencia de reglas que el jurista positivo toma en cuenta no significa que en el ámbito en cuestión tenga vigencia —en el sentido de la teoría social orteguiana— una verdadera norma de Derecho.

El Derecho es, pues, para Ortega, un conjunto de usos sociales (22). Pero, en primer término, los usos presuponen una sociedad, una convivencia. En el vacío social no hay Derecho. No hay síntoma más seguro para descubrir la existencia de una sociedad que la existencia de un hecho jurídico. Aquí Ortega emplea un lenguaje indudablemente equívoco, pues en eso que llama «vacío social» se pueden producir «pactos» que, a su vez, engendran «asociaciones», y uno y otro son, sin duda, hechos jurídicos. Pero, para Ortega, esos que el jurista consideraría hechos jurídicos son pura fantasmagoría si se producen sobre ese vacío social que consiste en la ausencia de una «convivencia inveterada». Con ciertas reservas y cautelas pudiéramos decir que, para Ortega, la «comunidad» es un hecho sociológico más básico y radical que la «asociación» (23), la cual sólo puede surgir y existir sobre la base de aquélla, mientras que su realidad es puramente aparente y fantasmal si le falta esa realidad previa en que asentarse. Ahora bien, la comunidad consistiría precisamente en la existencia de un sistema de usos como vigencias sociales efectivas. El carácter

(22) *El hombre y la gente*, págs. 252-53, 309; *La rebelión de las masas* («Prólogo para franceses»), págs. 13-14 y («Epílogo para ingleses») páginas 261-64. Expresamente repudia —basándose en la obra de LOENING sobre «La esencia y la raíz del Derecho», 1909— la concepción imperativista del Derecho, según la cual el Derecho es tal porque es mandado: vid. *El genio de la guerra*, pág. 288, nota. Cfr. *Historia como sistema*, página 170, donde glosa la fórmula de HORACIO: *Leges sine moribus vanae*, considerándola como «uno de los grandes principios sociológicos. Sólo aguarda a ser libertado de la vaguedad con que, hasta ahora, se le ha entendido mediante una teoría de los complementos extralegales que cada ley necesita».

(23) Este es el sentido de la afirmación de ORTEGA: «Uno de los más graves errores del pensamiento moderno, cuyas salpicaduras aún padecemos, ha sido confundir la sociedad con la asociación, que es, aproximadamente lo contrario de aquélla. Una sociedad no se constituye por acuerdo de las voluntades... 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» (*Prólogo para franceses*, pág. 13).

general del uso, a su vez, consiste en ser una norma del comportamiento intelectual, sentimental o físico, que se impone a los individuos, quieran éstos o no. El individuo podrá, a su cuenta y riesgo, resistir al uso, pero precisamente este esfuerzo de resistencia demuestra mejor que nada la realidad coactiva del uso, su vigencia. Una sociedad (esa «comunidad» como realidad social básica) es un conjunto de individuos que mutuamente se saben sometidos a la vigencia de ciertas opiniones y valoraciones. Según eso, no hay sociedad sin la vigencia efectiva de cierta concepción del mundo, la cual actúa como una última instancia a que se puede recurrir en caso de conflicto (24). En este sentido podemos decir que, para Ortega, el Derecho consiste radicalmente en una *opinio juris* efectivamente vigente. Por eso dice que para que exista el Derecho o una rama de él es preciso, primero, que algunos hombres especialmente inspirados descubran ciertas ideas o principios de derecho; segundo, que haya una propaganda y expansión de estas ideas de derecho sobre la colectividad en cuestión, y tercero, que esa expresión llegue de tal modo a ser predominante, que aquellas ideas de derecho se consoliden en forma de «opinión pública». Sólo entonces podrá hablarse, en la plenitud del término, de derecho, es decir, de norma vigente. «No importa que no haya legislador, que no haya jueces. Si aquellas ideas señorean la verdad las almas, actuarán inevitablemente como instancias para la conducta a que se puede recurrir. Y esta es la verdadera sustancia del derecho» (25).

Así, pues, como en la escuela histórica, el Derecho consiste en la común convicción que se incorpora en un sistema de usos y funda la existencia de una comunidad social. Esa común convicción es la «norma» que da sentido a las contiendas entre los hombres y los pueblos. Contiendas que carecen de sentido jurídico cuando falta esa norma. Esta ausencia es precisamente la que se da en un ámbito concreto como es el Derecho internacional. No existe una norma jurídica internacional porque no hay un sistema de convicciones comunes ni de usos efectivamente vigentes de carácter universal, y así no hay una verdadera sociedad (como comunidad) internacional. En consecuencia, no está definido el Derecho internacional ni en la dimensión objetiva ni en la dimen-

(24) *Epílogo para ingleses*, págs. 264-65.

(25) *Epílogo para ingleses*, págs. 254-55.

sión subjetiva, y todo en ese ámbito resulta indeciso e impreciso. Y el lenguaje de Ortega no contribuye, ciertamente, a la precisión. Sin embargo, se puede seguir la línea de su pensamiento.

Ortega expone por primera vez sus ideas acerca del Derecho internacional en un comentario a la obra de Max Scheler (26) —la menos afortunada de sus obras, a su juicio— *Der Genius des Krieges*, que es una especie de justificación metafísica de la posición alemana en la guerra del 14. La discrepancia de Ortega con el punto de vista de Scheler no le hace incidir en un pacifismo *bon marché*, del que siempre huyó nuestro pensador. Por eso dice que así como la posible injusticia del Derecho positivo no nos impide ver la interna aspiración de justicia que puede animarle, así la barbarie de la guerra no debe cegarnos para la posible justicia de la misma. Todo derecho justo puede ejercerse en forma imperativa. No es que el Derecho sea Derecho porque se ejerza imperativamente, pero lo justo posee, desde luego, la condición de ser imperable, precisamente porque es Derecho. Ahora bien, la imperación es una actividad ejercida por las bayonetas: es la fuerza bruta imperando en el interés del Estado. Nuestra repulsa a la guerra no proviene de su violencia, pues hay violencias justificadas, y la adhesión que prestamos a ciertas violencias —la que acompaña a la imposición del Derecho— proviene de la claridad racional, cultural, de la norma jurídica que invoca (27).

En cambio, la guerra nos produce una repugnancia invencible. Ella proviene «de la indecisión del *jus* que pretende representar». La guerra que sólo es guerra defensiva no irrita ni repugna. «Si el hombre lograra estatuir un claro y bien fundado sistema del Derecho a la guerra, el solo anuncio de romperse entre dos Estados la paz provocaría en la conciencia universal, y especialmente en los Estados no beligerantes, aquella misma adhesión que en la vida interior de una sociedad proporciona fuerza decisiva a la autoridad y a la ley; en tal situación, el Estado que injustamente provocara la guerra sería considerado como un criminal y, con suma probabilidad, preferiría estarse quedado» (28). No hay, pues, para Ortega un Derecho internacional objetivo, un

(26) *El genio de la guerra*, págs. 271 y sigs.

(27) *Ibid.*, págs. 288-89.

(28) *Ibid.*, pág. 289.

sistema de normas objetivas vigentes constitutivas de un auténtico Derecho internacional. No se trata exactamente de que la conciencia de los hombres y los pueblos no preste adhesión a la norma de que «no debe haber guerras injustas», y que esa norma no sea una vigencia social, sino de que esa norma ética no suministra un criterio seguro; con ella sólo no es posible «saber a qué atenerse», porque con ella no sabemos cuándo una guerra es injusta; no hay común convicción segura y socialmente vigente que defina la justicia de la guerra. En este sentido, hablando de la guerra del 14, decía Ortega: «Sospecho que si un hombre de buena fe fuese encargado de dirimir la actual contienda entre Alemania e Inglaterra, no podría lealmente hacerlo por carecer de principios jurídicos donde orientar su juicio» (29). Veinte años después, con referencia a la segunda guerra mundial, Ortega seguía pensando exactamente lo mismo.

No hay, pues, Derecho internacional. Y si no existe el Derecho internacional, carecerá de sentido decir que el Derecho internacional está en crisis. Ortega no cree en esa «crisis» de que tanto se habla, por razones paralelas a las que le impiden creer en la «decadencia» de España. Sólo puede decaer lo que ha alcanzado la plenitud, pero lo que ha acontecido a España es haber tenido que aceptar un destino histórico para cuyo cumplimiento se necesitaba haber alcanzado una plenitud a la que estaba lejos de llegar. Lo mejor de España no es su pasado, sino su futuro. Análogamente, no existe todavía un Derecho internacional, sino algo que usufructúa ese nombre que en realidad no merece. «Dos siglos de Derecho natural precedieron a la Revolución francesa y posibilitaron el nuevo régimen, frente al cual el antiguo significaba el empeño de la guerra interior, la violencia y la barbarie. Ahora intentamos hacer las cosas al revés, comenzamos por crear institutos de arbitraje internacional, cuando no existe aún en la conciencia pública el sistema de normas objetivas, según el cual tendría que funcionar aquél» (30). Aquí podría objetarse a Ortega que la Escuela del Derecho natural tenía como contenido el «*ius nature et gentium*», y que con anterioridad a esa escuela los problemas del Derecho de gentes y de la justicia de la guerra ya habían sido ampliamente debatidos y formado un indiscutible estado

(29) *Ibid.*, pág. 289.

(30) *Ibid.*, pág. 289.

de conciencia. Ortega no puede ignorar esto, no lo ignora de hecho, por lo que en su anterior afirmación tiene que haber alguna razón más honda que la justifique. Y, en efecto, topamos aquí con una idea muy personal que nuestro filósofo apunta sobre la naturaleza del Derecho internacional. Su tesis es que el llamado Derecho internacional solamente se ha ocupado de aquellos conflictos entre Estados que pueden subsumirse en normas jurídicas de carácter privado, pero que ni de lejos se ha aproximado aún la invención jurídica a los problemas específicamente internacionales. «No habrá Derecho internacional mientras se crea que el Estado pueda representarse de modo suficiente por la idea de persona jurídica oriunda del Derecho privado o del Derecho público» (31).

Es claro que esta afirmación equivale a destruir por entero la tradición del moderno Derecho internacional, es decir, del único Derecho internacional existente hasta ahora como objeto de un saber jurídico. Pues precisamente el Derecho internacional ha nacido históricamente con la idea de la persona pública como representación suficiente del Estado. El Derecho romano había sido históricamente la ciencia jurídica por excelencia, y la ciencia del Derecho internacional, la escuela racionalista del *jus gentium* nació inseparablemente unida a concepciones jurídicas romanistas.

Ahora bien, la civilística romana encontró precisamente en la persona pública del Estado europeo un punto de apoyo para sus métodos de trabajo (32). La definición que da Vattel del Derecho de gentes —«ciencia del Derecho existente entre las naciones o Estados, y de las obligaciones que responden a este Derecho»— parte del concepto de Estado como persona moral: «Les nations ou Etats sont des Corps politiques, des sociétés d'hommes unis ensemble pour procurer leur salut et leur avantage, à forces réunies. Une pareille société a ses affaires et ses intérêts, elle délibère et prend des résolutions en commun; et par là elle devient une personne morale, qui a son entendement et sa volonté propre, et qui est capable d'obligations et de droits» (33). Sobre esta base, la

(31) *Ibid.*, págs. 289-90.

(32) C. SCHMITT: *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus publicum europeum*, Greven Verlag, Köln, 1950, pág. 118.

(33) *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758 (ed. de la Carnegie Institution, 1916), t. I, Préliminaires, §§ 1. 2.

escuela del *jus gentium* construyó la coexistencia de estas personas como una *societas*, como una *communitas* o incluso como una *familia* de personas soberanas equivalentes; y de esta construcción extrajo determinadas consecuencias prácticas. Las personas soberanas, dice Carl Schmitt (34), crearon y a su vez fueron sujeto del *jus publicum europaeum* y se comportaron recíprocamente como individuos humanos, no como individuos privados dominados por el Estado, sino como *magni homines*, como personas públicas.

- Como consecuencia de esta personalización, las relaciones entre los Estados soberanos fueron susceptibles tanto de la cortesía, la *comitas*, como de la juridicidad, del *jus*. Lo decisivo para esta construcción no es si estas relaciones están aún dentro del «estado de naturaleza» o encajan ya en el Derecho positivo, al modo de una sociedad o una comunidad civilística. Lo importante es la analogía del Estado con la persona humana, a través del concepto de «persona moral» tal como lo hemos visto expresado en Vattel, en la que coinciden tanto la línea yusnaturalista, desde Hobbes a Rousseau, Kant y Hegel, como la dirección jurídico-positiva. «Esta afirmación hizo posible el Derecho internacional como ciencia, objeto de una disciplina propia en las Facultades de Jurisprudencia. Merced a la personalización de los Estados territoriales europeos ha nacido la ciencia jurídica del *jus inter gentes* interestatal» (35).

Pues bien, esta tradición, que es la existencia misma del Derecho internacional como ciencia, es lo que destruye Ortega y Gasset con su tesis sobre la naturaleza de esa rama del Derecho. Evidentemente, él no desconoce los antecedentes doctrinales que acaban de ser señalados, pero les niega validez; los considera simple expresión de una fase del pensamiento jurídico que no ha alcanzado aún el nivel del Derecho internacional. Y es obvio que existen relaciones entre los Estados, relaciones en las que los Estados intervienen como personas jurídicas, y que esas relaciones se llaman «relaciones internacionales». También es evidente que esas relaciones pueden adoptar la forma de la guerra. Pero aquí nos sorprende Ortega con otra afirmación. Como quiera que Ortega usa a veces indistintamente las nociones de «Derecho» y «lo justo», las guerras que se producen como forma de relación entre

(34) Ob. cit., págs. 118 y sigs.

(35) C. SCHMITT, ob. cit., pág. 119.

Estados soberanos y que necesariamente se dan en un ámbito «jurídicamente vacío», puesto que el Derecho internacional no existe, son *guerras injustas*, porque no hay ninguna juridicidad objetiva que las defina. El conjunto de reglas hoy existentes que usufructúan el nombre de «Derecho internacional» aspira, con la mejor intención, a evitar las guerras o, al menos, trata de regularlas de algún modo sometiéndolas a una disciplina jurídica. Pero todo lo más que puede hacer es evitar estas guerras injustas «y dirimir los conflictos que no son específicamente conflictos de pueblos» (36). He aquí, pues, la nueva idea que apunta Ortega. Pues el problema está precisamente para él en evitar las «guerras justas», o sea, establecer la juridicidad que defina la justicia de la guerra: «Inventar las normas jurídicas donde pueda ser recogida la justicia indomesticada que ahora busca su justificación en la guerra, del mismo modo que el Estado no adquirió una fuerza superior a la costumbre de la venganza privada hasta que no existió un derecho claro, lógico y evidente en el cual se salvara y organizase la justicia latente en aquélla» (37).

Lo que aquí aparece es un concepto muy personal de la «guerra justa». Muy personal y, desde luego, no demasiado claro. Ortega hace caso omiso por completo de toda la tradicional doctrina acerca de esta materia que, desde San Agustín, ha sido bastante concienzudamente elaborada. Para Ortega, «guerra injusta» parece sinónima de «guerra promovida por un Estado como persona jurídica». Sería «injusta» por promoverse en un espacio jurídicamente vacío, por cuanto el Derecho verdaderamente «internacional» no existe (o, al revés: no existe precisamente porque sólo es inter-nacional). Esta falta de Derecho no la convertiría, sin embargo, en un hecho lícito o indiferente porque, al fin y al cabo, sobre los Estados existe un Derecho sedicente internacional, que no lo es en realidad, porque en verdad es un Derecho político o un Derecho civil, pero un Derecho que resulta violado por los Estados contendientes. Por eso, es misión de ese Derecho evitar y reprimir esas guerras, que son injustas, por la relación a él. Pero toda guerra no es necesariamente injusta, pues no lo es la «guerra entre pueblos». Las normas que prohíben cualquier forma de guerra, al menos como guerra de agresión, no responden a la

(36) *El gemio de la guerra*, pág. 290.

(37) *Loc. cit.*, pág. 290.

realidad y naturaleza de las cosas, no recogen la justicia íntima que puede haber en esas guerras. El criterio orteguiano de la justicia de la guerra parece así orientarse hacia un plano biológico.

También aquí se pone Ortega en contradicción con una larga tradición. El problema de la guerra justa tiene, por de pronto, en la historia, una dimensión ético-normativa. Desde San Agustín a Vattel, la justa causa de guerra ha sido siempre vista en la «injuria» inferida al Estado. A esta causa objetiva —amplia y diversamente matizada, según los autores— debería añadirse, para la justicia de la guerra, la justificación subjetiva; la guerra debería tener, en terminología de Vattel, no sólo «razones justificativas» sino «motivos» rectos y no simples «pretextos» (38). La doctrina del *justum bellum* ha constituido siempre una instancia objetiva a la que apelar para juzgar de la razón o sinrazón de una guerra. En la práctica política internacional, este concepto se fué ampliamente secularizando y formalizando, y en la práctica, más que en la doctrina, el concepto de «guerra justa» fué sustituido por el de «guerra legítima». Carl Schmitt señala (39) que merced precisamente a la idea de la guerra como guerra entre Estados, se impuso una humanización y una racionalización de la máxima eficacia en comparación con la brutalidad de las guerras de religión o de las guerras entre partidos, que eran guerras de exterminio, en las que los enemigos se discriminaban recíprocamente como criminales y piratas, mientras que en el nuevo concepto las dos partes se miraban como Estados, sujetos de un igual Derecho. Y así fué posible distinguir el enemigo del criminal, configurar la figura de un *justus hostis* y celebrar con el vencido un tratado de paz. La calidad de Estados soberanos de los sujetos del *jus belli* es lo que en la práctica decide la existencia de una guerra justa. Pues aun cuando, objetivamente, sólo una de las partes contendientes puede tener de su parte la razón, y en ese sentido la guerra no puede ser justa por ambas partes, hay muchas causas dudosas, y no hay nadie que pueda —sin atacar la independencia del Estado— decidir de parte de quién está la

(38) *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, t. II, l. III, ch. 3. Vid. también esta distinción en los teólogos, por ejemplo, en ALFONSO DE CASTRO, sobre lo cual cfr. mi estudio *Las ideas yusinternacionalistas de Alfonso de Castro*, «Revista Española de Derecho internacional» (en prensa).

(39) *Der Nomos der Erde*, págs. 112 y sigs.

razón. Y así dice Vattel: «Puis donc que les Nations sont égales et indépendentes, et ne peuvent s'ériger en juges les unes des autres; il s'ensuit que dans toute Cause susceptible de doute, les armes de deux parties que se font la guerre doivent passer également pour légitimes, au moins quant aux effets extérieurs, jusqu'à ce que la cause soit décidée» (40). Cada vez más, la guerra se parece a un duelo efectuado en presencia de testigos imparciales (41); las formalidades propias de la declaración de guerra alcanzan un valor absolutamente primordial y sirven para distinguir las guerras legítimas de las ilegítimas. «Comme il est également possible que l'une ou l'autre des Parties ait le bon droit de son côté, et que personne ne peut en décider, vu l'indépendance des nations; la condition de deux ennemis est la même, tant que dure la guerre. Ainsi, lorsqu'une nation, ou un Souverain, a déclaré la guerre à un autre Souverain, au sujet d'un différend qui s'est élevé entre-eux, leur guerre est ce que l'on appelle entre les nations une guerre légitime et dans les formes; et comme nous le ferons voir plus en détail, les effets en sont les mêmes de part et d'autre, par le droit des gens volontaire, indépendamment de la justice de la cause» (42). Por eso dice Carl Schmitt (43), con referencia más a la práctica política que a la doctrina, que «guerra justa en el sentido del Derecho internacional europeo de la época interestatal es toda guerra entre Estados llevada a cabo por los ejércitos militarmente organizados de los Estados reconocidos del Derecho internacional europeo, sobre suelo europeo y de acuerdo con las reglas del Derecho de guerra europeo».

Es evidente que, desde el punto de vista moral o ético-jurídico, este concepto de la guerra justa resulta tan insatisfactorio como deficiente. Pero eso no da la base para invertir pura y simplemente el concepto y declarar que es guerra injusta toda guerra entre Estados soberanos. Pues en el sentido de la doctrina teoló-

(40) Loc. cit., § 40.

(41) «Defensio autem non in eo tantum consistit, ut intentta ab hoste vis repellatur aut declinetur, sed ut hosti vis reponatur» (PUFFENDORF: *De iure naturae et gentium*, t. II, l. VIII, c. VI, 10).

(42) *Le droit des Gens*, l. III, ch. IV, § 68. Esta posibilidad de «devolver hecho por hecho», de «pagar en la misma moneda» es característica del duelo e implica unas «reglas de juego» como instancia a que recurrir.

(43) Ob. cit., pág. 115.

gica o ético-jurídica puede ser guerra justa, y no es tampoco ilegal si se respetan las leyes existentes de la guerra. En cambio, ¿por qué el concepto de guerra justa ha de identificarse con el de «guerra entre pueblos»? Ortega, en verdad, no aporta demasiadas precisiones a esta idea, que queda más bien sugerida, y sólo trazada en esbozo. Lo que él hace es una invitación a los juristas a que lleven a cabo la hazaña de acuñar los nuevos conceptos jurídicos que se necesitan para crear un Derecho internacional. El filósofo pasea su mirada de águila sobre el panorama de las doctrinas y las realidades internacionales y exclama: «no es eso, no es eso». Los pueblos tienen derechos que ninguna norma ha recogido. En este punto, Ortega apuntará de nuevo hacia una concepción subjetiva del Derecho.

Ello debe implicar la acuñación del concepto de Estado no como persona jurídica, al modo del actual Derecho público, sino como sujeto específicamente internacional. El concepto de persona es inservible, porque hay que contar con la modificación histórica del sujeto. El ciclo de las variaciones individuales es hasta cierto previsible —por ejemplo, el advenimiento de la mayor edad— y puede ser objeto de clasificación jurídica anticipada. Pero los pueblos experimentan otras variaciones con las que necesariamente hay que contar, porque a tenor de las mismas adquieren derechos nuevos de los que en otra situación no podían considerarse titulares. Un pueblo ayer salvaje puede convertirse en un pueblo culto, y por el hecho de esta madurez cultural se convierte en portador de derechos específicos. Una nación ayer inerte, sin capacidad organizadora y cohesiva, puede llegar a ser hoy un centro de atracción histórica, un poder moral e intelectual. A la inversa, grandes Estados llegan a caer en la abyección, en lamentable decrepitud, tal vez en demencia (44). Todo esto puede repercutir en la capacidad jurídica respectiva. Obsérvese que aquí Ortega engloba casos que pueden ser muy diferentes. Pues el caso del primer ejemplo responde a una situación tipificable por anticipado, del mismo modo que en el orden interno la legislación puede negar derechos políticos a los analfabetos. Pero el analfabeto que deja de serlo adquiere, *ipso facto*, aquellos derechos. Del mismo modo no es imposible determinar de algún modo, por ejemplo, por una Asamblea, que un pueblo

(44) *El genio de la guerra*, pág. 291.

salvaje ha adquirido la madurez cultural suficiente para reconocerle una plena autodeterminación. De esto estamos viendo casos todos los días, y lo único que cabe preguntarse es si realmente se da con plena eficiencia el supuesto de esa plenitud de capacidad jurídica internacional. Pero Ortega no piensa sólo en eso. Hace referencias también a lo que podríamos llamar capacidad de protagonismo histórico de un pueblo, determinada tanto por la extensión geográfica o la densidad demográfica, como por el grado de su «decadencia» histórica, etc.

Ahora bien, en primer lugar, esto es por naturaleza imprevisible y cualquier Derecho que verdaderamente lo sea implica exigencias de orden, de firmeza y estabilidad, y no puede introducir en su seno un principio cuyo sentido estuviese en pugna con aquellas exigencias. De otro lado, la doctrina orteguiana podría llevar a consecuencias con las que, por lo menos, no es seguro que el propio Ortega estuviese de acuerdo. Cabe dudar, pues, si toda esta especulación ha sido seriamente pensada o si dentro del sistema de ideas orteguiano no tiene más bien un carácter lúdico, esto es, si se trata en verdad de un mero juego de ideas o de ideas que juegan.

Tampoco han faltado en el pensamiento yusinternacionalista algunos intentos de poner en marcha nuevos conceptos que responden justamente al advenimiento de esas situaciones nuevas en que de pronto se encuentra un pueblo, en el sentido de los ejemplos que, a juicio de Ortega, patentizan la inutilidad del concepto de Estado como persona jurídica y sujeto, en cuanto tal persona, del Derecho internacional. Recuérdese, por ejemplo, el concepto de «gran espacio» que, según Carl Schmitt (45), se ha introducido en el Derecho internacional, y que no expresa la idea de un espacio abstracto, físico o matemático, sino un espacio concreto, «con dimensiones geográficas e históricas», concepto surgido en nuestro siglo, con el extraordinario crecimiento de la técnica y de la economía y, sobre todo, de los medios de comunicación. A su vez, este concepto hace

(45) *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte*, Berlin-Wien-Leipzig, 1939; *Raum und Grossraum im Völkerrecht*, «Zeitschrift für Völkerrecht», XXIV Jhg., 1940; *El concepto de imperio en el Derecho internacional* (trad. de J. CONDE de un capítulo de *Völkerrechtliche Grossraumordnung*). REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, 1.

posible y necesaria la existencia de los «imperios». Según el fino pensador germano, el concepto de Estado resulta hoy inadecuado a la imagen de un mundo de dimensiones planetarias. Los imperios son las potencias rectoras y propulsoras, cuya idea política irradia sobre un espacio determinado en el que por principio se excluye la intervención de otra potencia extraña. El Estado moderno supone una organización muy perfecta y complicada, y no todos los pueblos actuales poseen las condiciones morales e intelectuales ni son capaces de la tensión psíquica requerida para elevar y mantener en perfecto funcionamiento el complejo mecanismo del Estado moderno. Tampoco todos los pueblos pueden representar el papel de potencias rectoras ni erigirse, por tanto, en imperios. Tras el sistema de equilibrio político, implicado por la debilidad real de los Estados europeos, se ocultaba la real preponderancia de Inglaterra. El advenimiento del III Reich significó que la Europa central, antes débil, se convirtió en el gran espacio de un imperio en el que un pueblo, a la altura de la empresa histórica que se le imponía llegó a ser el guardián y el garantizador de la no intervención extraña en aquel ámbito.

Las ideas de Ortega parecen representar un antecedente clarísimo de estos puntos de vista. Nuestro pensador afirmó expresamente adhiriéndose en esto a Max Scheler, que cuando un pueblo llega, por ejemplo, a una fase de crecimiento y apogeo, se encuentra con un estado posesorio, con un reparto del mundo que, si era justo, sólo podía serlo partiendo de la idea de que se adecuaba de alguna manera con la justa capacidad de poseer a la sazón existente en los Estados. «Pero, trastornada la escala de capacidades, por mengua de unos Estados y robustecimiento de otros, aquel Estado posesorio resultaba injusto» (46). Esto es también exactamente lo que decía Hitler, con lo cual no queremos decir que, sólo porque él lo dijese, carecía de razón. Hitler podía tener razón al decir eso, la tenía sin duda, aunque no la tuviese en todo lo que hizo como consecuencia y aplicación de esa premisa. Es evidente que tampoco Ortega estaría de acuerdo con lo que luego mostró ser una auténtica y criminal locura. ¿Pero, *ab initio*, la guerra desencadenada por Hitler no encaja bastante adecuadamente en la noción de «guerra justa» tal como, al margen de la noción tradicional, ha sido esbozada por nuestro

(46) *El genio de la guerra*, pág. 293.

filósofo? El hecho de su posible repudio por discrepancia ideológica con el régimen que la llevó a cabo es evidente que no tiene nada que ver con la cuestión puramente teórica aquí planteada.

Lo cierto es que, para Ortega, el problema que presenta el crecimiento de los pueblos no puede resolverse con los criterios «civilistas» al uso, como el del primer ocupante, el prescriptivo, etcétera. Pues estos principios y criterios son inaplicables por esencia al Derecho internacional. «El estado posesorio de las naciones no se parece en nada a la posesión individual y, consecuentemente, el derecho que se discute no es el de propiedad. El Estado consiste en un poder *sui generis*, que no puede asemejarse a ningún otro, y se trata del reparto de ese poder sobre la tierra y los individuos» (47). En el orden internacional no hay «derechos adquiridos». La ventaja del principio de nacionalidades, con todas sus limitaciones y errores, ha tenido la utilidad de que bajo su influencia nos hayamos acostumbrado a no respetar ciertos derechos adquiridos; gracias a él, muchas colonias se han separado de sus metrópolis en medio del general entusiasmo. Y esta habituación a no respetar el pasado más de lo justo es de incalculable importancia para que pueda un día existir el verdadero Derecho internacional (48). Poco a poco se ha extendido la convicción de que ciertas formas de la riqueza privada no pueden, sin injusticia, considerarse transferibles. ¿Por qué no ha de acontecer lo mismo con el poder del Estado? «Sólo la funesta analogía de lo civil con lo internacional nos lleva a la ficción de interpretar el Estado como una persona que no muere nunca. La tercera afirmación de los derechos adquiridos ha sido siempre el agente de las revoluciones, donde se hace la violencia creadora de nuevos derechos. Mucho más acontece esto con los derechos adquiridos internacionales: ellos son y serán la fuente sangrienta de donde las guerras manan» (49).

(47) Loc. cit., pág. 293.

(48) Loc. cit., págs. 293-94. Por eso le parece a ORTEGA un contrasentido que los radicales censuren el ataque a los «derechos adquiridos» realizado por Alemania al declarar la guerra, siendo así que el socialismo representa de suyo un desconocimiento de tales derechos, y por eso, la obra de F. LASALLE, que fué su más inteligente representante, versa precisamente sobre el sistema de los derechos adquiridos, al que somete a crítica.

(49) Loc. cit., pág. 294.

Este ejemplo es sólo un ejemplo, pero no ejemplifica toda la situación. Ortega no creería, sin duda, a la vista de lo que acontece precisamente en estos momentos —el advenimiento a la O. N. U. de los pueblos de color emancipados, por ejemplo, de la Comunidad francesa— que por ello ya había nacido el «verdadero» Derecho internacional. sólo porque se está rompiendo históricamente con todo residuo de «derecho adquirido». Pues, según Ortega —en pleno acuerdo con la realidad— esos pueblos no son «iguales» ni entre sí ni respecto de los antiguos sujetos del Derecho internacional histórico, y siempre podrán producirse desigualdades nuevas e imprevisibles para ser encajadas en categorías jurídicas rígidas.

Por eso, nuestro pensador afronta la cuestión con toda radicalidad y reconoce que es preciso tener en cuenta el «derecho de la fuerza». No se trata de decir que «el Derecho es la fuerza». Evidentemente, no es eso, no se trata de eso. Pero la verdad es, para Ortega, que eternamente, en una forma o en otra, pero siempre de manera imprevisible, se producirán en la humanidad condensaciones de poder y de fuerza sociales. Siempre habrá fuertes y débiles. *Y los fuertes serán violentos mientras los débiles no reconozcan este derecho de la fuerza.* No es que la fuerza sea un derecho, sino que *tiene* un derecho, como la persona tiene los suyos esenciales. «Pero unos hombres, en gracia del derecho que la fuerza *tiene*, hacen de ella un derecho, y otros en cambio, a causa de la *injuria* que la fuerza es, le quitan el que tiene. Hace quinientos años, nadie sospechaba que el nacer hombre —un hecho material del cosmos— trajese consigo como ideales añejos unos ciertos derechos sociales. Semejante es hoy nuestra situación al desconocer que el hecho material de ser fuerte —espiritual o físicamente— acarrea derechos determinados. Cuando éstos se definan y codifiquen, las armas yacerán en los Museos como monstruos incomprensibles» (50). Lo que no ha hecho Ortega en absoluto ha sido indagar o mostrar la razón de por qué, a su juicio, la fuerza tiene un derecho y qué significa, en última instancia, esta afirmación. Pero en ella se pone una vez más de relieve aquella ascendencia de la noción subjetiva del derecho y de la idea de la libertad política entendidas más como pura afirmación histórica de la personalidad con-

(50) Loc. cit., págs. 299-300.

creta —en la resistencia frente al poder concreto del señor que aspira a ser más fuerte— como cualidad fundada en una noción metafísica o como pura derivación y concesión de una norma positiva.

En vísperas de la segunda guerra mundial, Ortega sigue profesando puntos de vista análogos, aun cuando su concepción jurídica está más orientada hacia el objetivismo. Desde luego, la guerra le parece un mal, pero estima que el pacifismo no tiene ideas claras de las cosas. La guerra es «un enorme esfuerzo que hacen los hombres para resolver ciertos conflictos». Contra la concepción que considera la guerra algo natural al hombre, Ortega afirma que no es un instinto sino un invento: «Los animales no la conocen, porque es una institución humana como la ciencia o la administración». «El pacifismo está perdido y se convierte en nula beatería si desconoce que la guerra es una genial y formidable técnica de la vida y para la vida» (51). Los pacifistas no lo entienden así y dormitan en la creencia de que para eliminar la guerra basta con no hacerla o, a lo sumo, con trabajar en que no se haga. Ahora bien, si la guerra es un esfuerzo, sólo un esfuerzo mayor puede eliminarlo o, más bien, un sistema de esfuerzos complicadísimos, un difícil conjunto de nuevas técnicas. Esos esfuerzos y esas técnicas deben tender a crear algo que todavía no existe: el Derecho internacional (52). La paz es, entre otras cosas, el Derecho como forma de trato entre los pueblos. El pacifismo usual ha dado, por supuesto, que este Derecho existe y que está ahí a disposición de los hombres, y que sólo las pasiones de éstos y sus instintos de violencia inducen a ignorarlo. Pero eso es, dice Ortega, gravemente opuesto a la verdad. No existe un Derecho referente a las materias que originan inevitablemente las guerras; no sólo en el sentido de que no se haya consolidado como norma firme en la opinión pública, sino ni siquiera como idea, como teorema incubado en

(51) *Epílogo para ingleses*, pág. 252.

(52) *Epílogo para ingleses*, pág. 253. Ya en *El genio de la guerra* había apuntado que «Alemania hace ahora la guerra porque no ha tenido nunca talento jurídico. Si hubiera dedicado a la creación de un nuevo Derecho una mínima parte de las energías que empleara en disponer una guerra más, acaso más cuantiosa y metódica que todas, pero, en fin de cuentas, sin novedad humana alguna, de mayor altura sería su destino» (página. 299).

la mente de algún pensador. «No sabemos cuáles son los derechos subjetivos de las naciones y no tenemos ni barruntos de cómo sería el Derecho objetivo que pueda regular su movimientos» (53). ¿Cuáles son los derechos de un pueblo que ayer tenía veinte millones de habitantes y hoy tiene cuarenta u ochenta? ¿Quién tiene derecho al espacio deshabitado del mundo? Estos ejemplos elementales y toscos ponen de relieve el carácter ilusorio de todo pacifismo que no empiece por ser una nueva técnica jurídica. Indudablemente, no se trata de una invención fácil, pues si lo fuera ya estaría hecha. Es tan difícil como la paz, con la cual coincide. «Pero una época que ha asistido al invento de las geometrías no euclidianas, de una física de cuatro dimensiones y de una mecánica de lo discontinuo puede mirar sin espanto esa nueva empresa, que es del mismo estilo que aquellos progresos doctrinales» (54). Hay, pues, que crearlo todo: el sistema de ideas, la técnica jurídica que las aplique y el conjunto de usos en que cristalicen. En ese ámbito, no existe ninguna realidad jurídica auténtica. Las normas en él vigentes están extraídas del Derecho civil o del Derecho público interno, pero apenas sirven para encubrir el profundo vacío social-jurídico que hay en su base, el verdadero «estado de naturaleza» en que se desarrollan las relaciones entre los pueblos.

Y, sin embargo, nuestra época ha conocido muchos esfuerzos en pro de la construcción de un «orden jurídico internacional». Hay una proliferación de tribunales internacionales, de órganos de arbitraje entre Estados, pero todo eso no sirve más que para ocultar la indigencia de verdadero Derecho internacional que padecemos. «El Derecho que administran es, en lo esencial, el mismo que ya existía antes de su establecimiento. Si se pasa revista a las materias juzgadas por esos tribunales se advierte que son las mismas resueltas desde antiguo por la diplomacia. No han significado progreso alguno importante en lo que es esencial: en la creación de un Derecho para la peculiar realidad que son las naciones» (55).

Y lo mismo pasa con la creación de la Sociedad de Naciones. En 1938, Ortega la consideraba —igual que al Tratado de Versa-

(53) *Epílogo para ingleses*, pág. 255.

(54) *Ibid.*, pág. 258.

(55) *Ibid.*, págs. 255-56.

lles que la fundó— un cadáver. Pero no porque fuese cadáver en aquel momento, sino porque nunca había sido otra cosa. Pues, sobre todo, la Sociedad de Naciones fué un error ya en la hora de su nacimiento, y no un error cualquiera «sino un error que reclama el atributo de profundo: un profundo error histórico» (56). El «espíritu» que, según Ortega, impulsó hacia aquella creación, el sistema de ideas filosóficas, históricas, sociológicas y jurídicas de que emanaron su proyecto y su figura, estaba ya *históricamente* muerto en aquella fecha, pertenecía al pasado y, lejos de anticipar el futuro, era ya arcaico. «La Sociedad de Naciones fué un gigantesco aparato jurídico para un Derecho inexistente. Su vacío de justicia se llenó fraudulentamente con la sempiterna diplomacia, que al disfrazarse de Derecho contribuyó a la universal desmoralización» (57). Suponemos que Ortega extendería por analogía este juicio al aparato jurídico internacional creado después de la segunda guerra mundial: La Organización de las Naciones Unidas. ¿O tal vez hechos, como el «derecho de veto» de los «grandes» implican, al menos, el atisbo de esa nueva técnica jurídica que patentizaría que un verdadero Derecho nuevo, un Derecho «internacional» comienza a gestarse en las mentes de los hombres?

La verdad es que en toda esta materia tenemos que contar con un fuerte *handicap*, que es la falta de una idea clara del Derecho en Ortega, de una noción filosófica del mismo unívocamente expuesta. Su visión subjetiva del Derecho se acerca demasiado a la del historiador; su noción objetiva a la del sociólogo; pero cuando habla del Derecho como «lo justo» (58), no

(56) *Ibid.*, pág. 256.

(57) *Ibid.*, pág. 257.

(58) De acuerdo con su posición filosófica general, no cree en la justicia como un «valor» por el cual tenga que medirse el Derecho; es más bien la idea de Derecho la que tiene primacía, y en ella se absorbe la idea de justicia. Esta, en efecto, es vacía y presupone un orden de Derecho que ha repartido las cosas y los bienes, lo suyo de cada uno: cfr. *El genio de la guerra*, pág. 284; *¿Qué son los valores?*, «Revista de Occidente», 1924; *El tema de nuestro tiempo*, «Obras», págs. 850, 865. «Que un pueblo (el romano) haga del Derecho su pasión primordial es cosa que no entendemos, tal vez porque no entendemos muy bien lo que es el Derecho, nacidos en un tiempo que ha triturado todo derecho con una maza extra-jurídica denominada justicia, y cree torpemente que el derecho es derecho

hace otra cosa sino expresar la existencia del Derecho ya en su forma subjetiva, ya en su aspecto objetivo como sistema de usos y convicciones. ¿Pero cuál es el sentido último de lo jurídico? Lo que no está dicho de manera unívoca y conceptualmente clara puede, sin embargo, deducirse del sentido del pensamiento orteguiano y también de algunas afirmaciones expresas: el Derecho es la paz como forma de trato entre los hombres y los pueblos. Pero no una «paz de cementerio», sino una paz dinámica, que se constituye en la lucha y en la resistencia. Pero la paz no puede consistir sólo en una situación circunstancial de ausencia de guerra, sino en un estado en el que están definidas las «condiciones de vida» de los sujetos que deben vivir en paz, pues al definirse dichas condiciones, habrá que definir también los medios pacíficos de reconocerlas cuando sean desconocidas y en la medida en que lo sean.

Pero a este punto Ortega no aporta, no puede aportar ninguna precisión positiva. Sus caracterizaciones son necesariamente de signo negativo. «Habría —dice— que liberar la actividad humana, que es el Derecho, de cierta radical limitación que ha padecido siempre. Pues el Derecho es estático y por eso su órgano principal se llama Estado. El hombre no ha logrado todavía elaborar una forma de justicia que no esté circunscrita en la cláusula *rebus sic stantibus*. Pero las cosas humanas no son *res stantes*, sino todo lo contrario, es decir, cosas históricas, puro movimiento, mutación perpetua. El Derecho tradicional es sólo reglamento para una realidad paralítica. Y como la realidad histórica cambia periódicamente de modo radical, choca, sin remedio, con la estabilidad del Derecho, que se convierte en una camisa de fuerza. Pero una camisa de fuerza puesta a un hombre sano tiene la virtud de volverle loco furioso» (59). Sí, aun cuando entre la mansa

porque es justo, mientras el romano castizo pensaba, inversamente, que lo justo es justo porque es derecho» (*Historia como sistema y Del imperio romano*, pág. 129).

(59) *Epílogo para ingleses*, pág. 258. La demasiada afirmación de la primacía del poder en la determinación de la permanencia o no de las circunstancias ha sido causa de que ERICH KAUFMANN aparezca como uno de los negadores del Derecho internacional, aun cuando no con entera justicia (*Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, Tübingen, 1911). Sobre el problema vid., por ejemplo, entre otros, G. SCHELLE: *Précis de Droit des Gens*, II, págs. 416 y sigs. Según él, la cláusula

quietud y la furiosa locura hay un término medio, al que los pueblos han recurrido a menudo, a saber, declarar que las circunstancias han variado, y dejar que el poder afirme su primacía sobre las vinculaciones normativas. Pues precisamente —*extrema se tangunt*— el mucho insistir en esa cláusula tiene el sentido de una negación de la objetividad y la rigidez y estabilidad del Derecho internacional. Por supuesto, del Derecho *sedicente* internacional, que para Ortega no lo es. ¿Pero consistirá la afirmación del verdadero Derecho internacional en lo que la conciencia jurídica viene considerando como «negación» del único Derecho internacional que la humanidad ha conocido hasta ahora? Evidentemente no es ese tampoco el sentido de la doctrina de Ortega, pero aun cuando interese más el fondo último de las cosas que el uso terminológico, procede señalar la imprecisión con que las doctrinas jurídicas son a veces utilizadas dentro del sistema intelectual de nuestro filósofo.

Pero lo que está claro en él es la idea de que en el Derecho internacional alcanza su máxima potencia la «incongruencia entre la estabilidad de la justicia y la movilidad de la realidad, que el pacifismo quiere someter a aquélla» (60). Bajo el punto de vista del Derecho, la historia es, ante todo, el reparto del poder sobre la tierra. Y mientras no existan principios de justicia que, si quiera en teoría, regulan satisfactoriamente esos cambios del poderío, todo pacifismo es pena de amor perdida. Porque si la realidad histórica es eso, ante todo, parecerá evidente que la injuria máxima sea el *statu quo*. Por eso tenía que fracasar necesariamente la Sociedad de Naciones, «gigantesco aparato construido para administrar el *statu quo*». Y con cierto olvido de que, según el propio Ortega, los criterios civilistas son los que imponen su rigidez al Derecho internacional, afirma que «el Derecho civil y la política evolucionan; sólo el Derecho internacional permanece rígido».

Además de estos criterios negativos, Ortega no deja de aportar alguna idea positiva acerca de cómo debe construirse y pen-

«rebus sic stantibus» tiene precisamente el sentido de un reconocimiento de que «le dynamisme social exige un dynamisme juridique correspondant. Le droit positif ne peut pas être plus immuable que le Droit objectif dont il est l'expression. Il n'y a pas plus de traités éternels que de lois éternelles» (pág. 417).

(60) *Epílogo para ingleses*, pág. 259.

sarse el nuevo Derecho internacional. Se sirve para ello de la Commonwealth británica que constituye, según él, «el fenómeno jurídico más avanzado que se ha producido en el mundo». La utilidad de su definición jurídica sería inmensa. Sería fundamental que el jurista redujese a conceptos claros «esa situación efectiva de derechos que consiste en puros márgenes y puras elasticidades» (según las notas que le asignaba Austen Chamberlain en su histórico discurso de 12 de septiembre de 1925): «Porque la elasticidad es la condición que permite a un Derecho ser plástico, y si se le atribuye un margen es que se prevé su nacimiento. Si en vez de entender esos dos caracteres como meras elusiones y como insuficiencias de un Derecho las tomamos como cualidades positivas, es posible que se abran ante nosotros las más fértiles perspectivas» (61).

Sobre el Derecho continental pesa una doble tradición de sustancialismo metafísico y de conceptualismo —que es la proyección lógica de aquél— que resulta nefasta para la renovación jurídica. Tal es el transfondo último del pensamiento de Ortega, tal el supuesto condicionante de la actitud orteguiana ante el mundo del Derecho. La clarificación de esta actitud le lleva —como, de modo parecido, a Radbruch (62)— a mostrar su simpatía por el sistema jurídico inglés. La capacidad para descubrir la nueva técnica de justicia que Ortega viene propugnando, la encuentra preformada en toda la tradición jurídica de Inglaterra más intensamente que en la de ningún otro país. Pero es porque la manera inglesa de ver el Derecho no es sino un caso particular del estilo general que caracteriza al pensamiento británico, en el cual adquiere su expresión más extrema y depurada, lo que acaso es el destino intelectual del Occidente, a saber, interpretar todo lo inerte y material como puro dinamismo, sustituir lo que no parece ser sino «cosa» yacente, quieta y fija por fuerzas, movimientos y funciones (63).

Esta exposición no debe terminar con un juicio negativo sobre la doctrina jurídica de Ortega y mucho menos debe llevar a incluir a nuestro pensador entre los «negadores» del Derecho in-

(61) *Epílogo para ingleses*, pág. 260.

(62) *El espíritu del Derecho inglés*, ed. esp. de la «Revista de Occidente» (F. VELA), Madrid, 1958.

(63) *Epílogo para ingleses*, pág. 261.

ternacional o a considerarlo como un belicista, un exaltador de la guerra. A pesar de que, frente a la interpretación económica de la historia sugirió la posibilidad de una interpretación bélica de la misma (64), a pesar de su desprecio por la ética industrial y burguesa y su afirmación de la superioridad del ethos guerrero, a pesar de su repulsa del «pacifismo» o, más bien, de la ideología puesta en circulación por los *soi-dissants* pacifistas, Ortega Gasset es contrario a la guerra, en cuanto que considera que el verdadero progreso jurídico consistiría en su eliminación, y por eso cree que ese terrible instrumento que es la guerra «sólo ha producido efectos justos y de duradero beneficio a aquellos pueblos que lo han manejado, no por sí mismo, sino con vistas y en servicio de claros ideales de Derecho» (65). Pero ese progreso implica una creación, una invención que aún no ha sido llevada a efecto. No hay Derecho internacional, sino un *Ersatz* del mismo; pero *debe de haber Derecho internacional* y el sentido del pensamiento orteguiano es el de una incitación a los juristas para que hagan posible este hallazgo del que la humanidad está todavía huérfana.

Para llegar a este logro se requiere, además, superar la fase de los nacionalismos exacerbados y ayudar al proceso de decantación de las realidades supranacionales con las que se colma el «vacío social» existente entre nación y nación. Una «Sociedad de Naciones» no es más que una «Asociación de naciones», pero si la asociación no surge sobre el área de una auténtica sociedad en la que ya tiene existencia un Derecho, no puede, por el hecho del contrato, engendrar la realidad jurídico-social de la sociedad. El primer gran paso se habrá dado, pues, cuando la idea de Europa se haya convertido en realidad jurídico-social. Para los europeos está llegando —hace ya más de treinta años que lo afirmó Ortega— la sazón en que Europa se puede convertir en idea nacional. «Y es mucho menos utópico crearlo hoy así que lo hubiera sido vaticinar en el siglo XI la unidad de España y de Francia. El Estado nacional de Occidente, cuanto más fiel permanezca a su auténtica sustancia, más derecho va a depurarse en un gigantesco Estado continental» (66).

Europa es la unidad de paisaje en que se mueven las naciones

(64) «Obras», págs. 558-568.

(65) *El genio de la guerra*, pág. 299.

(66) *La rebelión de las masas*, pág. 218.

occidentales desde el Renacimiento, y ese paisaje europeo son ellas mismas, que, sin advertirlo, empiezan ya a abstraer de su belicosa pluralidad. Francia, Inglaterra, España, Italia, Alemania, pelean entre sí, forman ligas contrapuestas, las deshacen, las recomponen. Pero todo ello, guerra como paz, es convivir de igual a igual, lo que ni en paz ni en guerra pudo hacer nunca Roma con el celtíbero, el galo, el británico y el germano (67). Pero, en cada generación, las almas han acrecentado su homogeneidad: todas poseen un mismo plan o arquitectura psicológica y, sobre todo, van adquiriendo un contenido común: «religión, ciencia, derechos, arte, valores sociales y eróticos, van siendo comunes. Ahora bien: esas son las cosas espirituales *de que se vive*» (68). Sobre cada hombre pesa mucho más lo que tiene de europeo que su porción diferencial de francés, español, etc. Si al hombre medio de cualquier país se le extirpase todo lo que usa, piensa, siente, por recepción de otros países continentales, sentiría terror: vería que no le era posible vivir sólo de ello; que las cuatro quintas partes de su haber íntimo son bienes mostrencos europeos.

Los nacionalismos son callejones sin salida, especie de manía o pretexto de que se usa para eludir el deber de invención y de grandes empresas. El nacionalismo es a su vez un impulso de dirección opuesta al principio nacionalizador, porque éste es inclusivista, mientras aquél es exclusivista (69). Por eso, el verdadero cosmopolismo no debe nutrirse de la exclusión de las diferencias nacionales, sino al revés, de entusiasmo hacia ellas; debe buscar la pluralidad de formas vitales con vistas no a su anulación sino a su integración, porque, como decía Goethe: «Sólo todos los hombres viven lo humano» (70).

La misión de los europeos es, pues, hacer de Europa una nación. Los europeos no saben vivir si no van lanzados a gran empresa unitiva, y pocas podrían ofrecérsele tan seductoras como ésta, frente al comunismo, que ofreció su «plan de cinco años» que, al fin y al cabo, representó un ensayo gigante de empresa humana —y en eso precisamente estaba su «peligro»—. Por eso Ortega veía en la construcción de Europa, como gran Estado na-

(67) *La rebelión de las masas*, pág. 218.

(68) *La rebelión de las masas*, pág. 219.

(69) *La rebelión de las masas*, pág. 222.

(70) *Epílogo para ingleses*, pág. 238.

cional, la única empresa que pudiera contraponerse a la victoria del plan de cinco años (71).

A pesar de que los acontecimientos de los años treinta no permitían mantener un excesivo optimismo, Ortega conservó siempre su fe en Europa y en el imperativo moral de hacer de ella una realidad. Siguió pensando que Europa será la ultra-nación, la unidad concreta a la que se llegará a través de los nacionalismos exacerbados del momento. Pero reconoce, sin embargo, que hoy está «desocializada», es decir, que le faltan principios de convivencia que sean vigentes y a los que quepa recurrir (72). Por eso, volver a encontrar las vigencias socializadoras de esta realidad europea es la primera condición para la implantación de un *jus* entre sus pueblos.

Ahora bien, nosotros pensamos que esto es válido respecto de un *jus europaeum*, pero no del *jus gentium* como tal. Este debe existir sin ser necesariamente la forma de vida de una «sociedad» o «comunidad» internacional como figura de contornos sociológicos precisos (73), sino como *correlato de la idea de la humanidad*, en cuanto postulado ético-jurídico en el que se concreta una exigencia irrenunciable de Derecho natural.

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA

Catedrático de Filosofía del Derecho

RÉSUMÉ

Un penseur comme Ortega y Gasset ne pouvait manquer de s'intéresser aux importants thèmes des relations humaines et de leur forme normative qui est le Droit. Mais dans Ortega y Gasset

(71) *La rebelión de las masas*, págs. 223 y sigs.

(72) *Epílogo para ingleses*, pág. 267. Después de compuesto este artículo se ha publicado en la colección de «Obras inéditas» de ORTEGA, la *Meditación de Europa*, que corrobora y desarrolla todos los puntos de vista anteriores.

(73) Me he ocupado de este asunto en mis escritos *La sociedad internacional como realidad sociológica*, en «Curso y Conferencias de la Escuela de Funcionarios internacionales», I, Madrid, 1956. y *Völkergemeinschaft, Ideologie, Utopie und wirklichkeit*, en «Festschrift für Carl Schmitt», Berlín, 1958.

nous trouvons la présence de différentes idées, qui sont même antagoniques, et qui dans sa pensée n'arrivent jamais à se fondre en une unité.

Une idée subjective du Droit et une idée objective y apparaissent avec la même force d'expansion. La première n'est pas une vision métaphysique et naturaliste mais historique, en affinité avec les idées des doctrinaires et avec Tocqueville; la seconde est un normativisme qui est uni à ce qui est social et à l'idée des règles sociales et du Droit comme forme des coutumes. L'idée subjective du Droit qui intègre la pensée d'Ortega est l'idée du libéralisme. Le Droit est un attribut de la personnalité mais la personnalité et ses droits ne se reçoivent pas, il faut les conquérir. Ortega admet la démocratie libérale mais nie la démocratie comme principe intégral de l'existence; le démocrate ne peut être seulement démocrate, il n'admettra pas que le Droit soit une source d'inégalité mais non plus que l'inégalité réelle soit dissimulée sous une égalité de droit, sauf dans le domaine de l'organisation politique, où la démocratie n'est que la forme juridique de l'organisation de l'État.

L'idée normative d'Ortega ne fait pas de référence à un normativisme juridique et formaliste, mais à une conception sociologique. La vie sociale consiste à vivre conformément aux préceptes juridiques; elle a une perspective et une structure nettement normatives. Et la réalité de ces formes de vie est représentée par les coutumes. Le Droit est donc, pour Ortega, un ensemble de règles sociales.

Il n'existe pas de règle juridique internationale parce qu'il n'y a pas de système de convictions communes ni de règles de caractère universel vraiment en vigueur et donc il n'y a pas de vraie société internationale. Par conséquent le Droit International n'est défini ni dans la perspective objective ni dans la perspective subjective, et tout dans ce domaine est imprécis et indécis. Et sans doute, même si l'on peut suivre la ligne de sa pensée, le langage d'Ortega ne contribue pas à la précision.

Pour Ortega il n'y a pas de système de règles objectives en vigueur qui constituent un authentique Droit International. Le dit Droit International s'est seulement occupé de conflits entre Etats qui peuvent être enfouis dans les règles juridiques de caractère privé; les quelles peuvent résoudre seulement les conflits qui ne

soient pas spécifiquement des conflits de pays: quant à ceux-ci il faut inventer les règles juridiques qui définissent la justice, et le criterium d'Ortega paraît s'orienter vers le plan biologique. Ici il annoté un concept de l'Etat non comme personne juridique sinon comme sujet spécifique avec ses éléments historiques, et la nécessité de compter sur le "droit de la force", ce qui s'unit avec la notion subjective du Droit, de la liberté politique.

Le Droit actuel est statique et il faut une forme de justice qui ne soit pas comprise dans la clause "rebus sic stantibus". Du point de vue du Droit, l'histoire est le partage du pouvoir sur la terre. Il faut une idée dynamique de la justice qui régle le changement de pouvoir; Pour l'élaboration de laquelle Ortega apporte comme unique donnée positive la référence à la pensée juridique anglaise.

S U M M A R Y

A thinker such as Ortega y Gasset could not help but be interested in the great themes of human living together and of its normative form which is Law. But we find Ortega has various different ideas, which even become antagonistic, and which never fuse into one unity in his thought.

There also appears a subjective and an objective idea of Law with the same power of expansion. The former is not metaphysical-naturalistic but historical, related with doctrinaires' thought and with Tocqueville the second is a normativism which is connected to socialism and to the idea of Liberalism. Law is an attribute of personality but personality and its rights is not something which is received, but something that must be won. Ortega admits liberal democracy but denies democracy as an integral principle of existence: the democrat cannot only be democrat, he will not admit that Law be a source of inequality of right, except in the political organization field, where democracy is no more than the juridical form by which the State is organized.

Ortega's normativistic idea does not refer to a formalistic juridical normativism but to a sociological conception. Social life consist in living in accordance with juridical injunctions; it has a dimension and structure clearly normative. And the reality of these ways of life are the habits. Law is, in Ortega's mind, an ensemble of social habits.

These does not exist a juridical international standard because there is no system of common convictions nor customs effectively in force of a universal character and therefore there is not a real international society. Consequently international Law remains undefined both in the objective and subjective dimension, and everything in this orbit becomes vague and indecisive. And, of course, although the line of thought can be followed, Ortega's language does not contribute to precision.

As far as Ortega is concerned, there is no system of objective effective standards constituting an authentic international Law. The so called International Law has only dealt with conflicts between States which can be subsumed in juridical norms of a private character: norms which can only solve the conflicts which are not specifically village conflicts: as regards these, juridical norms must be made which define justice and Ortega's opinion appears to follow the biological plan. Here he appoints a State concept not as juridical person but as a specific subject with its historical elements. And the necessity of remembering the "right of force" which joins together with the subjective idea of Law, of political liberty.

Present Law is static and there is a need of a form of justice that is not circumscribed in the clause "rebus sic stantibus". From the Law's point of view, history is the distribution of power on the earth. There is a need of a dynamic idea of justice which controls the change of power: Ortega contributes as sole positive factor a reference to English juridical thought.

