

Ortega y Gasset sobre Kelsen y el derecho

Enrique Bacigalupo

Resumen

Ortega y Gasset y Kelsen provienen de la Escuela neokantiana de Marburgo, de Cohen y Natorp. Ortega consideró en 1948, en breves líneas, que la teoría pura del derecho era extravagante y que el derecho no podía tener un fundamento último a la vez jurídico. El autor intenta descubrir las razones de la crítica de Ortega a la teoría pura del derecho de Kelsen, analizando sus diferentes posiciones respecto de la teoría de los valores, de la distinción entre Ser y Deber ser y del método jurídico.

Palabras clave

Ortega y Gasset, Kelsen, teoría del derecho, teoría de los valores, método jurídico, neokantismo, Escuela de Marburgo, fundamento último del derecho, ser y deber ser

Abstract

Ortega y Gasset and Kelsen stem from the Marburg School of neo-kantianism of Cohen and Natorp. In 1948 Ortega considered in just a few lines that the pure theory of law was extravagant and that the law cannot have its final foundation be legal. The author tries to discover the reason for Ortega's criticism of Kelsen's pure theory of law analyzing its various positions with respect to the theory of values, the distinction of To Be and Ought to Be and the legal method.

Keywords

Ortega y Gasset, Kelsen, theory of law, value theory, legal method, neo-kantianism, Marburg School, final foundation of law, to be and ought to be

I

Permítanme comenzar con una referencia al origen del tema de mi intervención. En ocasión de la presentación, en este mismo seminario, de una nueva reedición de *¿Qué es filosofía?*, escrito en 1929, me pregunté y pregunté cuál era la vinculación del pensamiento de Ortega con la filosofía de su tiempo expresada en esta obra. La cuestión me parecía pertinente porque la relación del pensamiento de Ortega con la filosofía alemana de su tiempo es, a mi modo de ver, bastante clara. Ciertamente los estudios publicados por Javier San Martín sobre la fenomenología en España¹, donde destacan el trabajo de José Lasaga sobre la actualidad de Husserl en Ortega, el del propio Javier

¹ Cfr. Javier SAN MARTÍN (ed.), *Phänomenologie in Spanien*. Würzburg: Koenigshausen & Neumann, Serie Orbis Phänomenologicus, 2005.

Cómo citar este artículo:

Bacigalupo, E. (2016). Ortega y Gasset sobre Kelsen y el derecho. *Revista de Estudios Orteguianos*, (33), 115-131.
<https://doi.org/10.63487/reo.315>



Este contenido se publica bajo licencia Creative Commons Reconocimiento - Licencia no comercial - Sin obra derivada. Licencia internacional CC BY-NC-ND 4.0

Revista de
 Estudios Orteguianos
 N° 33. 2016
 noviembre-abril

San Martín sobre la estructura de la reducción fenomenológica y el de Jorge Ucatescu sobre la fenomenología en la elaboración de la cuestión del ser, muestran, entre otros trabajos no menos valiosos, hasta qué punto Ortega difundió la filosofía alemana en España. Pero, sugerí que quizás podría ser útil para la interpretación y el desarrollo del pensamiento de Ortega, comparar las ideas de Ortega con las de algunos de los autores que, partiendo de la Escuela de Marburgo de Hermann Cohen y Paul Natorp, como es el caso de Nicolai Hartmann, conformaban ese contexto filosófico dentro del cual, muy probablemente Ortega pensaba o, al menos, podría haber pensado.

Por lo tanto, mi intervención de hoy podría ser considerada como la segunda parte de la presentación de la nueva edición de *¿Qué es la Filosofía?* Quiero agradecer al Seminario de Filosofía de esta casa, y especialmente a Javier Zamora, la deferencia de permitirme exponer ante Uds. algunas consideraciones, carentes de toda pretensión, sobre las relaciones del pensamiento de Ortega con el de Kelsen.

La primera cuestión es clara: los vínculos del pensamiento de Ortega con la filosofía alemana de su tiempo en general, en verdad, no es problema. La respondió el mismo Ortega. En 1934, en el “Prólogo para alemanes”, donde la relación del pensamiento de Ortega con la filosofía alemana de su tiempo, a mi juicio, queda clara. Ortega es un filósofo, que como Hartmann o Kelsen también parte del neokantismo. Los años de su formación en Leipzig, en Berlín y, especialmente, en Marburgo, en “el burgo del neokantismo”², donde Ortega estuvo en 1907 y 1911, su amistad con Nicolai Hartmann, así como sus escritos sobre Husserl, quien había publicado *Ideen zu einer Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie* en 1913, que, a mi juicio tanto influyó en Ortega, parecen una confirmación de sus vínculos, muchas veces críticos, con el pensamiento filosófico surgido de Marburgo y la filosofía de su tiempo.

Quedaba el problema de cómo se situaba Ortega frente a algunas cuestiones más concretas que habían desarrollado sus condiscípulos de Marburgo, en particular, la cuestión de los valores y las tesis de Nicolai Hartmann sobre la ética y la “fuerza motivadora de los valores”³. Cuando yo mencioné el neokantismo, a Nicolai Hartmann y el problema de los valores, que tanto habían influido en la filosofía del derecho, Javier Zamora, que es un conocedor extraordinario, no digo ya de todas las palabras, sino de todas las letras escri-

² José ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*. Madrid: Taurus / Fundación José Ortega y Gasset, 2009, IX, 125-136. Se cita a Ortega según la última edición de sus *Obras completas*: José ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*, 10 volúmenes. Madrid: Taurus / Fundación José Ortega y Gasset, 2004-2010. En adelante, se citará en romanos el volumen y en arábigos las páginas.

³ H.-G. GADAMER, *Philosophische Lebrjahre*, 3.ª edición. Fráncfort del Main: Klostermann, 2012, p. 21.

tas por Ortega, señaló que éste había discrepado con Kelsen y que en esa discrepancia acaso era posible encontrar alguna pista de las relaciones de Ortega con ciertos aspectos del neokantismo y de su posterior desarrollo. Pensamos entonces que sería interesante considerar los puntos de vista de Ortega y su confrontación con Hans Kelsen. Y así surgió la idea de esta intervención.

Es muy poco lo que Ortega dijo sobre Kelsen.

En algún momento pensé que con tan poco material no era posible presentar un tema atrayente. Pero la sugerencia de Javier Zamora era especialmente atractiva para mí, que soy un modesto jurista, interesado en la filosofía del derecho, especializado en el derecho penal, una rama del derecho que sigue durante más de un siglo la idea expuesta por Hegel en el §2 de sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (*Líneas fundamentales de la filosofía del derecho*) de 1821, según la cual “la ciencia del derecho es una parte de la filosofía”. Además me he formado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y durante más de cinco años he ampliado mis estudios del derecho penal en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, dirigido primero por Hans Welzel y luego por Armin Kaufmann. En mis años en la Universidad de Buenos Aires la filosofía del derecho estaba íntegramente volcada en el pensamiento de Husserl y de Kelsen. Entre mis primeras experiencias docentes estuvo la de ser alumno-ayudante en la cátedra de Filosofía del Derecho de Ambrosio Gioja, en la que tenía la tarea de ayudar a los estudiantes a comprender *Ideas*⁴ (*Ideen*) de Husserl, traducido por Manuel García Morente, que seguramente yo tampoco entendía muy bien, y la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen. En la cátedra de Ambrosio Gioja se formaron representantes muy cualificados de la moderna filosofía del derecho, muy reconocidos en España y en Europa y profundos conocedores del pensamiento de Kelsen: Carlos Alchurrón, Eugenio Buligyn, Ernesto Garzón Valdés, Roberto Vernengo y otros cuyos trabajos han sido objeto de la obra de Manuel Atienza, actual catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, sobre la Escuela de Buenos Aires.

En aquella época yo compartía una tendencia crítica hacia la filosofía del derecho de Kelsen. Crítica que era, en realidad, más política que filosófica: no entendía por qué razón Kelsen consideraba que un orden jurídico injusto y dictatorial, que desconociera valores fundamentales de la cultura jurídica, debía ser considerado, de todos modos, un orden jurídico y objeto de la ciencia del derecho. Me resultaba casi imposible llamar orden jurídico al conjunto de disposiciones dictadas por los varios gobiernos militares que se sucedieron

⁴ Edmund HUSSERL, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*, 1.^a edición. Halle: Max Niemeyer, 1913.

durante mis años de estudiante en Buenos Aires o al orden jurídico del Tercer Reich alemán. Entonces creía que un orden jurídico sólo podía ser tal si era legítimo. Esta crítica se inspiraba en autores como Hermann Heller y, en un cierto sentido, había sido difundida en España por Fernando de los Ríos en el Prólogo a la traducción de Recaséns Siches de la *Introducción a la Ciencia del Derecho* de Gustav Radbruch, de 1930.

Con el paso de los años creo haber entendido que mi crítica política estaba equivocada y que, en verdad, Kelsen, del que nunca puse en duda que había sido un gran demócrata, convencido y sacrificado, tenía razón, o al menos tenía *su razón* para excluir la legitimidad del orden jurídico del objeto de conocimiento propio de la ciencia del derecho. En realidad, la pureza del método propuesto por Kelsen era consecuencia de una determinada concepción de lo científico. De todos modos, sobre su teoría pura del derecho, sin duda, era posible discutir. Y precisamente sobre ella discutió Ortega.

En consecuencia, pensé que el tema podría ser interesante para aclararme ciertos aspectos del pensamiento orteguiano, implícitos en esas breves consideraciones sobre Kelsen, y para reflexionar una vez más sobre la teoría pura del derecho de Kelsen. En otras palabras: me parece interesante intentar descubrir por qué Ortega dijo lo que dijo sobre la teoría pura del derecho de Kelsen. Sobre todo porque se trata de dos filósofos que vivieron un mismo tiempo (José Ortega y Gasset, 1883/1955; Hans Kelsen, 1881/1973), que reconocieron haber sido discípulos de Hermann Cohen⁵ y que, por lo tanto, desarrollaron su pensamiento desde puntos de partida similares, llegando, sin embargo, a conclusiones bien distintas.

II

¿Qué dijo Ortega sobre Kelsen? En su estudio *Sobre una nueva interpretación de la Historia Universal. Exposición y examen de la obra de Arnold Toynbee: A Study of History*, de 13 de diciembre de 1948⁶, en la Lección VIII Ortega habla de “la transición de la Roma sumergida en sí misma a la Roma abierta que se inicia durante la segunda guerra púnica⁷, dedica un largo comentario a Tito Livio y a su descripción de la situación generada cuando “invadió la ciudad una muchedumbre de formas de religión, principalmente extranjeras, de suerte que pareció como si de repente o los hombres o los dioses se hubiesen vuelto otros”. Es entonces cuando dice:

⁵ Cfr. José ORTEGA Y GASSET, IX, 1321; y Hans KELSEN, “Prólogo”, en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.ª edición. Tubinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1923, pp. 27 y ss.

⁶ José ORTEGA Y GASSET, IX, 1185 y ss.

⁷ *Ibid.*, 1319.

¡Adiós, el *consensus* en que se basa la unidad efectiva del Estado! ¡Adiós, la creencia total común de la que brota y en que se funda toda la legitimidad en el ejercicio del poder público! El derecho no se funda últimamente en algo, a su vez, jurídico, como pretendía la extravagancia de Kelsen, extravagancia oriunda de haber entendido mal a mi maestro de Marburgo, el gran Hermann⁸ (...). La teoría del derecho de Kelsen, que se han empapuzado los juristas y filósofos del derecho de todo el mundo, sólo podía terminar donde ha terminado – como una palinodia. [El derecho no se funda últimamente en algo a su vez, jurídico,] como la ciencia no se funda últimamente en nada científico, sino que ambos se fundan, cuando los hay, en cierta situación total de la vida humana colectiva. De aquí que al quebrarse la creencia común se resquebraje la legitimidad⁹.

¿Por qué dice Ortega que la teoría de Kelsen era extravagante? ¿Por qué la considera fuera del contexto de la filosofía de entonces? Hay dos cuestiones que, a mi modo de ver, serían las posibles razones de la extravagancia de la teoría jurídica de Kelsen: 1) la cuestión de la teoría de los valores y 2) la del método dualista y la del fundamento del derecho como sistema normativo. Trataré de analizarlas separadamente.

Es preciso, de todos modos, aclarar que Ortega no fue el único crítico de Kelsen y de la filosofía del derecho neokantiana¹⁰.

III

Si se comparan estas consideraciones con las palabras escritas por Kelsen en 1934 en el Prólogo de la primera edición de su *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), pienso que tal vez sería posible comenzar a desentrañar el fundamento de la crítica de Ortega.

Decía Kelsen en 1934: “Hace más de dos décadas, que he emprendido la tarea de desarrollar una teoría pura del derecho, es decir: purificada de toda ideología política y de todos los elementos científicos-naturales, que sea consciente de las reglas propias de su objeto”¹¹. Ya en 1911 Kelsen había expuesto

⁸ Se refiere a Hermann Cohen.

⁹ *Ibid.*, 1321.

¹⁰ Cfr. ERICH KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*. Tübinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1921, pp. 21 y ss.; y A.-J. KORB, *Kelsens Kritiker*. Tübinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 2010.

¹¹ HANS KELSEN, “Prólogo”, en *Reine Rechtslehre*. Leipzig: Franz Deuticke, 1934, p. III. (la expresión “Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes” la he traducido como “reglas propias de su objeto”).

su tesis sobre el método jurídico y sus diferencias con el método de la sociología, con la finalidad de excluir de la ciencia jurídica los conceptos de naturaleza explicativa y subrayar el carácter normativo de los conceptos jurídicos¹².

La pureza del método de Kelsen se basó, en primer lugar, en postulados neokantianos. Ante todo, en la distinción del objeto del conocimiento respecto del valor del mismo. Sólo de esta manera era posible purificar la teoría del derecho de toda ideología política, es decir: sólo de esta manera era posible excluir la valoración de un sistema jurídico del sistema jurídico mismo, que debía ser objeto de la ciencia del derecho. Y sólo de esta manera era posible, por ejemplo, no confundir la culpabilidad de un sujeto, como concepto normativo, con un suceso psicológico-real¹³.

Esta finalidad purificadora del método era posible gracias al *método dualista*, adoptado por Kelsen, cuyo punto de partida era la idea (neokantiana) según la cual “los predicados de valor no son una propiedad de las cosas (*Dinge*) o sólo relaciones, que en sí mismas les corresponden, sino que [el valor] sólo es asignado [a las cosas] por su relación con una conciencia que las valora”¹⁴.

Este dualismo conduce a la distinción entre *ser* y *deber ser*, entre valoración del objeto y objeto valorado, entre deber y tener que. La adhesión de Kelsen al método dualista está expresamente reconocida con toda claridad en el prólogo de sus *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, en 1911, donde justifica su posición metodológica: “por lo tanto –dice Kelsen–, como justificación de mi punto de vista [dualista] no encuentro ninguna otra respuesta honrada que no sea ésta: yo no soy monista”. En otras palabras: ¿Pensaba Kelsen que la decisión sobre los puntos de partida del pensamiento científico son un acto de responsabilidad del científico?

El punto de vista de Kelsen sobre la distinción entre los valores y el objeto de la valoración era también defendido por Nicolai Hartmann: “Los valores no sólo son independientes de las cosas valiosas (*Wertdingen*) (bienes) –decía Hartmann–, sino que también son su condición positiva”. Son aquello mediante lo cual las cosas (*Dinge*) –y en el sentido más amplio las cosas reales y situaciones de toda clase– tienen el carácter de “bienes”, es decir: por el cual son “valiosas”. Esta proposición –agrega Hartmann– podría ser traducida en sentido kantiano: “los valores –en tanto tienen relación con hechos– son “«condiciones de la posibilidad» de los bienes”¹⁵.

¹² HANS KELSEN, *Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*. Tübinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1911.

¹³ *Ibid.*, p. 42.

¹⁴ W. WINDELBAND, *Einleitung in die Philosophie*, 3.ª edición. Tübinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1923 (1.ª edición, 1914), p. 245.

¹⁵ Nicolai HARTMANN, *Ethik*, 4.ª edición. Berlín: De Gruyter, 1962 (1.ª edición, 1925), p. 122.

Ya en este punto, es decir en el dualismo objeto/valor, se separan los caminos de Ortega y Kelsen: porque para Ortega “los valores no son las cosas deseadas o deseables”¹⁶, producto de una conciencia que valora, sino que “los valores son cualidades irreales residentes en las cosas”¹⁷. Dicho de otra manera: las cosas *tienen* su valor. Para Kelsen, por el contrario, el punto de partida es el dualismo de ser y deber ser, de forma y contenido, de valor y objeto valorado.

La discusión entre dualistas y monistas ocupó la atención de la filosofía de los años de la República de Weimar¹⁸ y también después. Su influencia sobre los juristas fue muy importante¹⁹.

Esta confrontación de los puntos de partida de Ortega y de Kelsen nos permite llegar a una primera conclusión: seguramente Ortega no atribuyó el carácter de extravagante a la teoría pura del derecho de Kelsen por el dualismo metodológico, que como vimos no compartía. La discrepancia está en las relaciones de los valores con los objetos valorados, que Ortega entendía en un sentido monista. Pero, en este punto, ambos discutieron sobre una cuestión que formó parte de los temas centrales de su tiempo y que no era en modo alguno “extra-vagante”. No debe haber sido, por lo tanto, el dualismo metodológico lo que Ortega consideraba extravagante.

IV

La extravagancia que Ortega imputaba a Kelsen debe residir, por lo tanto, en algún otro aspecto del pensamiento de éste: concretamente en la fundamentación última del derecho (en realidad del sistema normativo) en algo jurídico. Para Ortega, como vimos, *el derecho no se funda últimamente en algo a su vez jurídico*.

¿A qué se refiere Ortega cuando critica el fundamento último del derecho en algo jurídico en la teoría de Kelsen?

¹⁶ José ORTEGA Y GASSET, III, 538.

¹⁷ *Ibid.*, 542.

¹⁸ Cfr. por ejemplo Carl SCHMITT, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, p. 19. La cita de Carl Schmitt sugiere que es conveniente aclarar, dada cierta tendencia a identificar las posiciones teóricas con una ideología política, que no todo monista fue nazi; hubo nazis monistas y dualistas. Fernando DE LOS RÍOS fue posiblemente monista, a juzgar por su “Prólogo” a la *Introducción a la Ciencia del Derecho* de Gustav RADBRUCH (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1930), donde critica “el formalismo de la «escuela pura del derecho»” (p. 13).

¹⁹ En el derecho penal claramente: Alexander GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*. Bonn: Röhrscheid, 1950.

A mi modo de ver, se refiere a un aspecto de la teoría pura del derecho que es consecuencia de la distinción básica entre ser y deber ser, que es esencial en la teoría de Kelsen. En otras palabras: se refiere a la *norma básica* o *fundamental*²⁰ que Kelsen propone como fundamento último de un sistema jurídico-normativo.

Dice Kelsen²¹: “La oposición entre ser y deber es de carácter formal y lógico y, en la medida en la que uno se mantenga dentro de los límites de una consideración lógico-formal, no hay ningún camino que conduzca de uno al otro, ambos mundos están uno frente al otro separados por un abismo sin ningún puente. La cuestión del porqué de un deber sólo puede conducir a un deber, de la misma manera que la cuestión del porqué de un ser sólo tiene por respuesta otro ser”. Y agrega: “La llamada «fuerza normativa de lo fáctico»²², es sencillamente aquel hecho histórico-psicológico, que aparece frente al individuo como debido, lo que por regla es observado desde antiguo por todos o por la mayoría (...). Esta forma de consideración, en tanto deduce el deber del ser, ya no concibe al deber de manera lógico-formal como opuesto al ser”²³. En concreto, esto significaba que el derecho como sistema normativo no debía ser deducido de los hechos, sino de una norma: “Que tengamos un deber siempre sólo puede ser fundamentado (*erweisen*) en otro deber presupuesto con seguridad, *si es que debe ser fundamentado lógicamente*”²⁴. Consecuentemente, como se verá, Kelsen distinguió tajantemente entre *validez* y *eficacia* de las normas²⁵.

Por lo tanto, la distinción entre ser y deber ser como categorías no comunicables es un presupuesto necesario de la pureza del método jurídico postulado por Kelsen. En realidad, es una consecuencia más del dualismo en la teoría de los valores.

El problema del método dualista aparece de esta manera claro. Si el ser y el deber ser son incommunicables, ¿cómo se fundamenta la validez de una determinada norma, es decir: de un determinado deber ser? Excluida la posibilidad de fundamentarla en un hecho, el fundamento sólo puede ser otra norma, otro deber ser. Y ésta es la tesis de Kelsen.

Si esto es así, el fundamento último de un sistema de normas jurídicas sólo puede ser otra norma de la que las normas del sistema sean deducibles. Ésta es la cuestión del fundamento de la *validez* de las normas, que es diferenciada de

²⁰ No confundir con la Constitución como norma básica.

²¹ Hans Kelsen, *Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, ed. cit., pp. 6 y ss.

²² Se refiere a W. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2.^a edición. Berlín: O. Häring, 1905, pp. 329 y ss.

²³ Hans Kelsen, *Über die Grenzen...*, ed. cit., p. 8.

²⁴ *Ibid.*, p. 7. Bastardilla en el original.

²⁵ Cfr. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, ed. cit., pp. 205 y ss; y pp. 212 y ss.

la cuestión de su *eficacia*. *Validez* y *eficacia* son también, nuevamente, consecuencia de la distinción existente entre ser y deber ser. La *validez* se refiere a la obligatoriedad de la norma, a la deducción de una norma de otra, la norma básica, mientras la *eficacia* se refiere a la relación de la norma con los hechos que pretende regular, con su cumplimiento o incumplimiento fáctico. Con palabras de Kelsen: “La cuestión de por qué una norma es válida, es decir: por qué una persona debe comportarse de esa manera, no puede ser respondida con la comprobación de un hecho (*Seinstatsache*), porque el fundamento de la validez de una norma no puede ser un hecho”²⁶.

Claro que siempre se presentará el problema de la validez de la primera norma, la de mayor jerarquía, del sistema. ¿Cuál es, por lo tanto, el fundamento de la validez de la primera norma del sistema?

La respuesta de Kelsen: “La norma, que es el fundamento de otra norma, es respecto de ésta una norma superior. Pero la búsqueda del fundamento de la validez de una norma no puede conducir al infinito, como la búsqueda de la causa de un efecto. Tiene que terminar en una norma que se presupone como la última, la de mayor jerarquía. En tanto la norma de mayor jerarquía ella tiene que ser *presupuesta*, dado que ella no puede ser *impuesta* por una autoridad, cuya competencia, a su vez, tendría que ser derivada de otra norma de más alto nivel”²⁷. Esta norma presupuesta como norma básica –concluye Kelsen– “no puede ser cuestionada”. Esta norma es denominada por Kelsen “norma básica”²⁸. “Todas las normas cuya validez se reconduce a una norma básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo”²⁹.

Ésta es, a mi entender, la tesis de Kelsen que Ortega ha considerado extra-vagante, porque fundamenta el derecho últimamente “en algo, a su vez, jurídico”, es decir: en una norma jurídica: la norma básica.

Según Ortega, la causa de este error de Kelsen (su extra-vagancia) provendría, como vimos, de haber entendido mal a su maestro de Marburgo, “el gran Hermann”³⁰.

Sin embargo, no parece que la tesis de la norma fundamental o norma básica sea una creación totalmente fuera del contexto filosófico del neokantismo. En *La fundamentación de la ética de Kant* (*Kants Begründung der Ethik*) (1.^a edición, 1877; 2.^a edición, 1910) Cohen, el reconocido maestro de Ortega y de Kelsen, sostiene que su libro “emprende la exposición de la fundamentación de Kant

²⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, ed. cit., p. 196.

²⁷ *Ibid.*, p. 197.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ José Ortega y Gasset, IX, 1321.

de la Ética en la teoría del conocimiento, de defenderla y de representarla”³¹. Pero, además, “el gran Hermann”, es decir, Hermann Cohen, admitía la distinción entre ser y deber ser, que, como se vio, es el apoyo de la tesis de Kelsen. Señala, en este sentido, lo infructuoso de la confusión de Schopenhauer del deber (*sollen*) con el tener-que (*müssen*)³².

Las demás características de la teoría de Kelsen también encuentran apoyo en la filosofía del neokantismo: especialmente el formalismo o la importancia de la teoría del conocimiento.

Para la descripción del neokantismo de la Marburger Schule creo, que lo más adecuado es ceder la palabra a Johannes Hirschberger, que en su clásica *Historia de la Filosofía (Geschichte der Philosophie)*³³ dice:

La Escuela de Marburgo, con Hermann Cohen (1842-1918), Paul Natorp (1854-1924), Arthur Liebert (1878-1946), Ernst Cassirer (1874-1945), el joven Nicolai Hartmann (1882-1950) y otros, parte del ideal matemático-científico natural del conocimiento de Kant, deja de lado la cosa en sí (*das Ding an sich*), no conoce ningún material amorfo, produce el objeto a través del logos y se interesa ante todo por este espíritu, sus formas, conceptos, funciones y métodos. La metafísica es rechazada. Es como si toda la filosofía sólo pudiera ser teoría del conocimiento. Sólo la estética y la ética son todavía cultivadas (*gepflegt*), y allí nuevamente la presión recae sobre el formalismo y el criticismo, de tal manera que forma y validez ocupan el lugar del contenido específico³⁴.

Más brevemente dice Gadamer, en su recuerdo de Natorp, que la idea básica del neokantismo de Marburgo formulada por Cohen puede ser resumida de la siguiente manera: “es el método del origen, es decir, de la producción de la realidad mediante el puro pensar”³⁵. En su autobiografía de 1947 decía Kelsen: “Cuando tomé conocimiento de los escritos de Hermann Cohen, quedó claro para mí que la «pureza del método» era el objetivo al cual yo tendía, más instintivamente que por reflexión sistemática”³⁶. Por lo tanto, el formalis-

³¹ Hermann COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, prólogo de la 1.ª edición. Berlín: Ferd. Dümmler, 1877.

³² *Ibid.*, 2.ª edición, 1910, p. 5.

³³ Johannes HIRSCHBERGER, *Geschichte der Philosophie*, 2 vols., 12.ª ed. Fráncfort del Main: Zweitausendeins, 1980 (1.ª ed., 1948).

³⁴ Johannes HIRSCHBERGER, ob. cit., t. II, p. 536.

³⁵ H.-G. GADAMER, *Philosophische Lebrjahre*, ed. cit., p. 61.

³⁶ Hans KELSEN, *Autobiografía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Instituto Hans Kelsen, 2008. Kelsen se refiere a la *Ética de la voluntad pura*, concepto también mencionado por H. COHEN en *Kants Begründung der Ethik*, ed. cit. (2.ª edición, 1910), p. 21.

mo y la pureza metodológica postulada por Kelsen son elementos fundamentales de la filosofía neokantiana.

En la época de su formación en Marburgo, Ortega ya pudo percibir las nuevas orientaciones que comenzaban a surgir en ese tiempo. La percepción de que algo nuevo se perfilaba en el horizonte está también recogida en el “Prólogo para alemanes” (1934), donde dice: “las filosofías neo-kantianas o próximas a ellas, únicas vigentes entonces, (...) nos parecían [a Ortega, a Nicolai Hartmann y a Heinz Heimsoeth]... *forzadas* (...). Aquellas filosofías nos parecían profundas, serias, agudas, llenas de verdades y, *no obstante, sin veracidad*”³⁷. Y agrega: “el grupo de jóvenes que entre 1907 y 1911 aprendía en la ciudadela del neokantismo los usos de la milicia filosófica (...) no era ya neokantiano”³⁸. Aunque, como el mismo Ortega reconoce, “lo que entonces, a mi juicio, *sentíamos* o presentíamos, y que ahora voy a formular, no lo pensábamos entonces, claro está, ni lo sabíamos decir”³⁹.

Sin embargo, en 1911 no todos los jóvenes filósofos alemanes habían abandonado el neokantismo de la Escuela de Marburgo. Por lo menos esto era así en el caso de los filósofos del derecho. Entre estos ese abandono no se percibía de la misma manera que en los filósofos. Tal es el caso, de Gustav Radbruch, cuyos *Grundzüge der Rechtsphilosophie* aparecieron en 1914, y, precisamente, de Hans Kelsen, cuyos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (*Principales problemas de la teoría jurídica del Estado*) fueron publicados precisamente en 1911. En la segunda edición de esta obra, en 1923, Kelsen ya había reconocido a Hermann Cohen como su maestro, lo que, como vimos reiteró en su autobiografía de 1947. Actualmente se discute la vinculación del pensamiento de Kelsen con el de Cohen y con el neokantismo de Marburgo, sin embargo, no parece ser totalmente clara. Recientemente ha sido señalada su posición distanciada de la de Cohen en un único trabajo en el que Kelsen, antes de escribir el prólogo de la 2.^a edición de los *Hauptprobleme*, había tomado una cierta distancia de la obra de Cohen⁴⁰. De aquí se deduciría que es posible suponer, se dice, que Kelsen, en realidad, habría tenido una mayor vinculación con el neokantismo de la llamada escuela sudoccidental alemana, de Wilhelm Windelband⁴¹ o Heinrich Rickert⁴², que con la

³⁷ José ORTEGA Y GASSET, IX, 143 (en bastardilla en el original).

³⁸ *Ibid.*, 141.

³⁹ *Ibid.*, 143.

⁴⁰ Hans KELSEN, *Rechtswissenschaft und Recht*, 3 vols. Viena/Leipzig: Franz Deuticke, 1922/1923.

⁴¹ Cfr. W. WINDELBAND, ob. cit.

⁴² Cfr. H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*. Tubinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1.^a ed., 1914; 2.^a ed., 1919; 3.^a ed., 1926.

ortodoxa versión de Marburgo⁴³. Pero, sea como sea, no parece posible alejar a Kelsen del neokantismo.

De todos modos, lo que parece evidente es que Ortega no fue un neokantiano y por esa razón no podía compartir los puntos de vista de Kelsen. Por lo menos no lo fue en el ámbito de la ética y de la teoría de los valores. Lo dice él mismo, sobre todo refiriéndose a la filosofía jurídica. En 1918, al comentar en *El Sol* de 4 de mayo la *Lógica de la libertad* de Rivera Pastor, afirma Ortega: “El neokantismo fue la doctrina donde nos hemos educado para la filosofía; guardemos gratitud a nuestros maestros. Pero el neokantismo no es la ciencia actual, ni mucho menos la futura. El más vivo interés del libro que el señor Rivera publica –agrega– yace precisamente en su intento de superar el neokantismo”⁴⁴. En *¿Qué es filosofía?* anunció un curso de ética, que entiendo que no llegó a ser dictado⁴⁵, donde seguramente se habría ocupado de la cuestión de las normas y los valores. Entonces hacía seis años que se había publicado la importante *Ética* de Hartmann, que tendría inmediata trascendencia y cuyas conclusiones Ortega habría considerado en su curso de ética. Este curso de ética hubiera sido especialmente interesante para los juristas.

La problemática de los valores y de la ética, que fueron temas importantes de la filosofía neokantiana y, sobre todo, también de la filosofía posterior al neokantismo, sin embargo, no aparecen en *¿Qué es filosofía?*, cuya materia principal es, a mi modesto entender, la *realidad radical de la vida*⁴⁶, pero donde no es abordada la dimensión de la relación de mi vida con la de los otros, que está en la base de la ética y de todo sistema jurídico-normativo. Estas cuestiones serán más tarde materia de *El hombre y la gente* (1934), aunque, probablemente, más en un sentido sociológico que ético. En *¿Qué es filosofía?* Ortega afirma también el primado de la conciencia (Lección VII) y concluye que el dato radical del Universo “es la existencia conjunta de un yo o subjetividad y su mundo. No hay el uno sin el otro. Yo no me doy cuenta de mí sino como dándome cuenta de objetos, de contorno. Yo no pienso si no pienso cosas –por tanto al hallarme a mí hallo siempre frente a mí un mundo”⁴⁷. Se trata, como se ve, de un mundo de cosas sensorialmente percibidas. Pero, también sostiene que “vivir

⁴³ Cfr. A.-J. KORB, ob. cit., p. 16.

⁴⁴ JOSÉ ORTEGA Y GASSET, III, 96.

⁴⁵ VIII, 363.

⁴⁶ La filosofía de la vida (*Lebensphilosophie*) tuvo especial desarrollo a principios del siglo XX en autores franceses, como Henri Bergson (1859-1941) y Maurice Blondel (1861-1949). El objeto, el ser y la existencia adquirieron en esta filosofía de la vida una posición central en el pensamiento filosófico, donde lo irracional, lo único, lo interior, lo espiritual y la experiencia ocupan la atención en forma predominante. Cfr. Johannes HIRSCHBERGER, ob. cit., t. II, pp. 571 y ss.

⁴⁷ JOSÉ ORTEGA Y GASSET, VIII, 344.

es constantemente decidir lo que vamos a ser"⁴⁸. De todos modos, los valores no aparecen en relación al sujeto, aunque es evidente que las decisiones de la vida están en gran medida relacionadas con normas (éticas o jurídicas) y, por ello, con valores.

La ausencia de la cuestión axiológica no deja de llamar la atención; aunque tal vez haya sido una característica de su tiempo, pues tampoco Karl Jaspers en su conocida *Einführung in die Philosophie* (1953) dedica un capítulo diferenciado a la axiología.

El caso de Ortega es llamativo pues –como vimos– ya en 1923 había desarrollado una teoría sobre “Qué son los valores”⁴⁹, sosteniendo que “valorar no es *dar* valor a quien [o a algo que]⁵⁰ por sí no lo tenía; es reconocer un valor residente en el objeto”⁵¹. Y concluía: “No son, pues, los valores un don que nuestra subjetividad hace a las cosas, sino una extraña, sutil casta de objetividades que nuestra conciencia encuentra fuera de sí, como encuentra los árboles y los hombres”⁵².

En otras palabras: los valores prácticamente se identifican con las cosas. No habría cosas valoradas, sino cosas valiosas por sí. Su idea del método, por lo tanto, es diferente de la de Kelsen: Ortega era, en realidad, monista. Al parecer –concluye Ortega– esta exclusión del subjetivismo y del relativismo determina que “la Ética, la Estética, las normas jurídicas entran en una nueva fase de su historia”, pues “se acerca el momento de cumplir el postulado que Comte exigía para hacer entrar de nuevo en caja la vida de los hombres: una sistematización de los sentimientos”⁵³.

La cuestión de los valores y del dualismo o monismo no era, pues, la única diferencia. Había además otras razones que separaban a Ortega de Kelsen. Especialmente en lo referente a la pureza metodológica. En 1918, en la nota de Ortega en *El Sol* del 4 de mayo sobre la *Lógica de la libertad* de Rivera Pastor, en la que se ocupa de la filosofía del derecho y de la idea de Kant según la cual en el conocimiento moral tenemos que hallar los principios rectores de la voluntad mediante el puro pensar, “sin intuición alguna”, dejó abierta la respuesta a la pregunta de si la rotunda oposición de Rivera a la tesis de Kant, exigiendo para la Moral y el Derecho una intuición propia, es o no acertada⁵⁴.

⁴⁸ *Ibid.*, 358.

⁴⁹ III, 531 y ss.

⁵⁰ Insertado por el autor.

⁵¹ *Ibid.*, 542.

⁵² *Id.*

⁵³ *Ibid.*, 549.

⁵⁴ *Ibid.*, 96.

Da la impresión de que desde el punto de vista del sistema normativo, basado en la distinción de ser y deber ser, Ortega tampoco podía compartir las tesis de Kelsen, porque Ortega no pensaba la ética sobre la base del deber como idea primaria de la moral⁵⁵. Entendía que esta idea primaria de la moral es la *ilusión*. “El deber es cosa importante –decía– pero secundaria –es el sustituto, el *Ersatz* de la ilusión”⁵⁶. Es claro que excluyendo el concepto de deber es imposible un acuerdo sobre un sistema normativo.

V

La crítica de Ortega a Kelsen pienso que debe ser entendida a partir del punto de vista de su concepción de la “realidad radical de la vida”. Desde esta perspectiva parece claro que el derecho, como sistema normativo, no debe ser entendido como Kelsen, es decir, desde un punto de vista lógico-formal y normativo, sino como una realidad de la vida y, por lo tanto, una realidad del ser, que responde a métodos sociológicos. Seguramente, desde su concepción, Ortega hubiera estado más de acuerdo con la *teoría de las normas de cultura* de Max Ernst Mayer⁵⁷, con un método histórico-sociológico como el practicado por Hermann Heller⁵⁸ o con un positivista como Franz v. Liszt, que entendía el derecho como un producto cultural de la conciencia de un pueblo⁵⁹.

Hecho este análisis podemos llegar a una conclusión: Ortega y Kelsen, cada uno en su sistema, tenían razón, sólo que hablaban de cosas diferentes. Ortega pensaba en el fundamento del derecho entendiéndolo como sistema de normas culturales reales, poniendo en duda la distinción rígida entre ser y deber ser, mientras que Kelsen pretendía explicar un sistema abstracto de normas jurídicas desde puntos de vista lógicos. Para Kelsen el punto de vista de Ortega debía ser considerado sociológico. Para Ortega la fundamentación de un sistema jurídico-normativo en la norma básica era extravagante.

VI

Una última cuestión: ¿qué ocurrió después de Ortega y Kelsen en estas cuestiones? ¿Tienen actualidad estos problemas en la ciencia del derecho de

⁵⁵ Cfr. VIII, 363.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Cfr. Max Ernst MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*. Breslau: Schletter, 1903.

⁵⁸ Hermann HELLER, *Staatslehre* (1934), en *Gesammelten Schriften*, III. Leiden: Sijthoff, 1971, pp. 81 y ss.

⁵⁹ Cfr. Franz VON LISZT, “Prólogo”, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, I. Berlín: O. Liebmann, 1905-1909.

nuestros días? Probablemente tienen poca actualidad. Pero, en cualquier momento podrían recuperarla. La búsqueda de un puente entre ser y deber ser, entre valoración del objeto y objeto valorado motivó fuertes debates, sobre todo en el ámbito del derecho penal y en la metodología jurídica, en los años 50 y 60 del siglo XX. Para Hans Welzel (1904-1974), mi maestro de Bonn, “no es el método el que determina el objeto, sino al contrario es el método el que por necesidad esencial debe regirse por el objeto como parte del ser óntico”⁶⁰. De esta manera, la distinción radical entre ser y deber ser, en el sentido de Kelsen y de la teoría neokantiana del derecho, puede ser, por lo menos, relativizada. Aunque hay que advertir que esta forma de ver el problema no prejuzga sobre el problema de la norma básica o fundamental como presupuesto necesario de todo sistema jurídico-normativo en sentido lógico formal. El tema de la pertenencia de una norma al sistema, directamente vinculado al de la norma básica de Kelsen, es todavía objeto de investigaciones importantes como las de E. Buligyn y Carlos Alchurrón, con clara cercanía ahora a la filosofía analítica.

El modelo que en un cierto sentido se impuso y que significó un cambio metodológico, sin el que el estado actual del derecho no sería explicable, fue el propugnado por Hans Welzel, inspirado en Nicolai Hartmann. Ciertamente, como pensaba Welzel, la valoración del objeto no modifica al objeto valorado; éste es como es, antes y después de ser valorado y conocido. Entre ser y deber ser, por lo tanto, el abismo no carecería de puentes. Pero, es necesario precisar: la determinación de una conducta se desarrolla en dos niveles: el nivel de la *determinación causal del suceso orientada por la finalidad del sujeto*, que propone el fin de su acción y elige los medios para alcanzar el fin propuesto, y el nivel de la *determinación del sujeto por valores*, en donde se plantea el problema de su libertad. De esta manera el sujeto es, en realidad, el puente, todavía desconocido por Kelsen, entre el ser y el deber ser. La cuestión ha sido ampliamente desarrollada por Hartmann⁶¹ y su influencia sobre el pensamiento de Welzel no me parece cuestionable.

En las discusiones actuales los problemas lógicos y la cuestión de la verdad de las proposiciones normativas, por ejemplo, han adquirido una considerable importancia⁶². Brevemente: las consecuencias del método propugnado por Welzel (al menos en el derecho penal) se han mantenido, pero sus fundamentos filosóficos ya no son actuales. Hay nuevos puntos de vista divergentes y

⁶⁰ Hans WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (1935), en *Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie*. Berlín: De Gruyter, 1975, p. 79.

⁶¹ Nicolai HARTMANN, ob. cit., pp. 725 y ss.

⁶² Cfr. G. VON WRIGHT, *Norms, truth and logic*, en *Practical reason*, II (1982), apud R. VERNENGO, en *Anales de la Cátedra Fco. Suárez*, 25 (1985), pp. 13 y ss.

renovadores de la problemática⁶³, incluso entre los discípulos de Welzel⁶⁴, pero eso no es en modo alguno evitable, ni evitarlo sería deseable. ●

Fecha de recepción: 18/07/2016

Fecha de aceptación: 13/10/2016

■ REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, A. (1979): *Denkweisen der Rechtswissenschaft*. Viena: Springer.
- COHEN, H. (1877): *Kants Begründung der Ethik*, 1.^a edición (2.^a ed., 1910). Berlín: Ferd. Dümmler.
- GADAMER, H.-G. (2012): *Philosophische Lehrjahre*, 3.^a edición. Fráncfort del Main: Klostermann.
- GRAF ZU DOHNA, A. (1950): *Der Aufbau der Verbrechenlehre*. Bonn: Röhrscheid.
- HARTMANN, N. (1962): *Ethik*, 4.^a edición. Berlín: De Gruyter, 1962.
- HELLER, H. (1971): *Staatslehre*, en *Gesammelten Schriften*, vol III. Leiden: Sijthoff, pp. 81 y ss.
- HIRSCHBERGER, J. (1980): *Geschichte der Philosophie*, 2 vols, 12.^a ed. Fráncfort del Main: Zweitausendeins.
- HUSSERL, E. (1913): *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*, 1.^a edición. Halle: Max Niemeyer.
- JAKOBS, G. (2008): *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a edición. Berlín: Duncker & Humblot.
- JELLINEK, W. (1905): *Allgemeine Staatslehre*, 2.^a edición. Berlín: O. Häring.
- KAUFMANN, E. (1921): *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*. Tübinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck).
- KELSEN, H. (1911): *Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*. Tübinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck).
- (1922/1923): *Rechtswissenschaft und Recht*, 3 vols. Viena/Leipzig: Franz Deuticke.
- (1923): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.^a edición. Tübinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck).
- (1934): *Reine Rechtslehre*. Leipzig: Franz Deuticke.
- (2008): *Autobiografía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Instituto Hans Kelsen.
- KORB, A.-J. (2010): *Kelsens Kritiker*. Tübinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck).
- LISZT, F. von (1905-1909): *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, vol I. Berlín: O. Liebmann.
- MAYER, M. E. (1903): *Rechtsnormen und Kultur-normen*. Breslau: Schletter.
- ORTEGA Y GASSET, J. (2004-2010): *Obras completas*, 10 vols. Madrid: Taurus / Fundación José Ortega y Gasset.
- RADBRUCH, G. (1930): *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Prólogo de Fernando DE LOS RÍOS. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- RICKERT, H. (1926): *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 3.^a edición. Tübinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck).
- SAN MARTÍN, J. (ed.) (2005): *Phänomenologie in Spanien*. Würzburg: Koenigshausen & Neumann.

⁶³ Cfr. entre otros: A. AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*. Viena: Springer, 1979.

⁶⁴ Cfr. G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a edición. Berlín: Duncker & Humblot, 2008.

SCHMITT, C. (1934): *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt.

WELZEL, H. (1975): *Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie*. Berlín: De Gruyter.

WINDELWAND, W. (1923): *Einleitung in die Philosophie*, 3.^a edición. Tübinga: J. C. B. Mohr (P. Siebeck).

WRIGHT, G. von (1985): *Norms, truth and logic*, en R. VERNENGO, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25, pp. 13 y ss.