

# **LA NOCIÓN DE PODER CONSTITUYENTE EN ORTEGA Y GASSET**

*Comunicación del Dr. Ramón Trejo,  
en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional,  
el 4 de julio de 2018*



# LA NOCIÓN DE PODER CONSTITUYENTE EN ORTEGA Y GASSET

Por el Dr. RAMÓN TREJO

## Resumen

El presente comentario intenta una reconstrucción de la teoría del Poder Constituyente a la luz de los conceptos orteguianos, como “razón histórica”, “los usos”, “la gente”, o el “horizonte histórico”, compaginados al calor de los aportes clásicos del Constitucionalismo occidental. El punto de partida considera el pensamiento que tuvo José Ortega y Gasset para los argentinos, a los cuáles les dedicó una de sus meditaciones y llamó con gran entusiasmo “pueblo joven”. A partir de esta expresión, comienza el estudio de la visión constitucional de José Ortega y Gasset<sup>1</sup>, en particular, para explicar la capacidad constituyente que tiene cada pueblo para darse sus propias instituciones.

---

<sup>1</sup> Las citas de la presente comunicación, cuando se refieren a los títulos individuales de sus obras, pertenecen a la colección de Ortega y Gasset original de “El arquero”, Revista de Occidente, Madrid. Las citas de sus Obras Completas, Penguin Random House Grupo Editorial, España, 2017.

## Introducción

Los Estados nacionales en occidente han sido constituidos en la historia contemporánea a través de diversos ordenamientos jurídicos, justificados a partir de elementos cuyo anclaje argumentativo incluyen desde hitos históricos basados en hechos políticos puntuales, hasta argumentos de la más pura racionalidad. Este artículo tendrá por finalidad, una reconstrucción de la teoría del Poder Constituyente a la luz de los conceptos orteguianos. Para ello, tomaremos principalmente un núcleo de conceptos, como “la razón histórica”, “usos” “la gente”, o el “horizonte histórico” compaginados con las teorías clásicas del Estado. La razón de esta elección, surge de considerar que el pensamiento de José Ortega y Gasset es por todos conocido, especialmente para los argentinos, a los cuáles el filósofo dedicó una de sus meditaciones y llamó con gran entusiasmo, “pueblo joven”. A partir de esta expresión, bien puede comenzar bajo la égida filosófica del autor, el estudio de una teoría del Estado, su formación y especialmente, una explicación de la capacidad constituyente que tiene cada pueblo para darse sus propias instituciones y gobernarse a sí mismo.

La expresión “joven” para referirse a la Argentina nos da una gran e importante idea sobre lo que piensa este autor sobre el Estado: es una organización que depende de las ideas que van surgiendo en el transcurso del tiempo; es decir, transcurre, avanza o retrocede; es dinámico, móvil; nace, vive y muere; comienza y termina, se agranda o empequeñece. Hay en toda su obra una vinculación entre ideas y sucesos históricos que determinan –en su tiempo- la formación de los Estados, su presente y ello a raíz de las sucesivas etapas, que resume como “razón histórica”. Cuando trasladamos ese dinamismo a las doctrinas clásicas que fundan el Derecho Constitucional, vemos que los elementos difieren en su concepción.

Bajo el prisma del derecho constitucional, no puede catalogarse a Ortega y Gasset como un contractualista, marxista o metafísico, ni siquiera como un historiador –oficio que critica agudamente- sino que, en lo que a este trabajo respecta, se presentará como un pensador autónomo.

Para ello, se vincularan pasajes textuales de su obra, renunciando a realizar una paráfrasis sino simplemente hilar sus ideas, con la finalidad de llegar a la configuración del pensamiento orteguiano dentro de la Teoría Constitucional.

## ¿Qué es una Constitución?

En Ortega, la Constitución no se origina en un contrato social, ni en una “piedra fundamental”, que da fundamento lógico al sistema jurídico como indica la tradición kelseniana. Por el contrario, es el resultado de la “vida colectiva humana” lo que le otorga legitimidad a la Constitución y el derecho, es un resultado de esa suma colectiva, no el originante. Sus instituciones se dan en conjunto con la función vital que tiene cada pueblo. Un poder constituyente, no crea ni origina nada, sino que son los usos de los antepasados *-mos maiorum-* lo que da origen a una revolución por sobre la otra. La revolución se hace partiendo de los defectos y vicios nacionales, contando con ellos, aprovechándolos, *Lo demás es utopía*. La sociedad son los usos mismos, es la imperatividad que sujeta a los hombres, la persona nada cuenta: una sociedad no se constituye por un acuerdo de voluntades.<sup>2</sup> Nada de Savigny ni de ningún otro portavoz de la escuela histórica. Distingue entre *usos débiles* y *usos fuertes*. Los primeros es la costumbre y el segundo el derecho y el Estado, dentro del cual aparece esa cosa terrible, pero inexorable e inexcusable, que es la política.<sup>3</sup> *Nuestro contorno colectivo nos proporciona una pauta de conducta –el sistema de costumbres, usos y leyes- en el cual, como en un cómodo cauce, dejamos fluir la mayor parte de nuestra existencia.*<sup>4</sup>

Ese alma colectiva se manifiesta a través de la Nación, que con cita a Renan, asume como “...un plebiscito permanente”, logrado a través de un acuerdo entre las clases sociales resumida en una voluntad general. En estados normales de nacionalización,

---

<sup>2</sup> Conf. La Rebelión de las Masas.

<sup>3</sup> Obras completas, T. VII, pág. 487

<sup>4</sup> Obras completas, T. V, pág. 22 8

cuando una clase desea algo para sí, trata de alcanzarlo buscando previamente un acuerdo con las demás. En lugar de proceder inmediatamente a la satisfacción de su deseo, se cree obligada a obtenerlo a través de la voluntad general. Hace, pues seguir a su privada voluntad, una larga ruta que pasa por las demás voluntades integrantes de la nación y recibe de ellas la consagración de la legalidad. Tal esfuerzo para convencer a los prójimos y obtener de ellos que acepten nuestra particular aspiración es la acción legal. Esta función de contar con los demás tiene sus órganos peculiares: son las instituciones públicas que están tendidas entre individuos y grupos como resortes y muelles de la solidaridad nacional. El acuerdo no es perenne ni deseado -ya que apoyándose en las opiniones tanto de Platón como Aristóteles- remarcó Ortega que todas las formas de gobierno son fallidas y erróneas, regidas por principios a los que Platón llamo *hemartémata* y Aristóteles *hamartémata*, es decir, desviaciones. Ese poder constituyente de carácter permanente no garantiza una forma de gobierno estable, a la vez que no hay Constitución que evite la sublevación, ni la “...*la revolución, la inquietud, lo que llamaban “estasia”, stásis”*. Esta crítica aguda separa los caminos de los politólogos modernos. Expresa Ortega que para evitar esto, Aristóteles imaginó una Constitución que reuniera a la monarquía, la aristocracia y la democracia para evitar la inquietud de la historia. La razón que observó Ortega es el traslado del poder, que se había ido moviendo, desplazando y emigrando de un punto a otro, “*Primero había sido el Imperio de los asirios, de allí al mando de los Persas, de donde se traslado a Macedonia, con Alejandro el Magno, es decir que el imperio se traslada de oriente a occidente, lo que llaman translatio Imperii, la única ley del poder en el mundo.*”<sup>5</sup> La sociedad es una función, conglomerado de usos más que de hombres. La sociedad son los usos, no las personas, un sistema de usos que se imponen al individuo. Un repertorio de usos intelectuales, morales, políticos, técnicos, de juego y de placer.<sup>6</sup> El hombre es prisionero de su circunstancia, que son los cristales de color a cuyo través

---

<sup>5</sup> Pensemos hoy en el traslado del imperio, desde la Inglaterra europea del siglo XIX al Estados Unidos actual ¿no ha seguido la misma suerte?

<sup>6</sup> Conf. Historia Como Sistema, pág 45.

contempla el universo. Los usos son arcanos, violentos e irracionales.<sup>7</sup>

## El origen: Grecia y Roma.

Ortega y Gasset es, ante todo un occidental consumado y toma dos grandes formaciones como lo fueron Grecia y el Imperio Romano, como determinantes del Estado Moderno, “...una historia que es paradigma de todas las demás”.<sup>8</sup> Para esto, buscó dentro de Grecia las instituciones más arcaicas la comunidad organizada, denotando una particularidad en el concepto de *file*, *fratía*, *hetairía*, pero no comunidad de cosanguíneos, sino como cuerpo organizado de guerreros. Apuntó que *Fratría* significa hermandad, y *hetairía*, compañía. Señaló que preexistente a la *polis* griega la ciudad, con su Constitución, se hallaba estructurado en esas otras formas y que fueron conservadas por los romanos, no como parte de la estructura civil de la comunidad, sino como instituciones religiosas, dado su carácter místico.<sup>9</sup>

Dedicado al análisis de Roma –que no habría existido para Ortega sin Grecia-, se encargó de puntualizar que la división más antigua del Estado romano es la curia, y junto a ellas, los colegios y sodalidades o compañía de sacerdotes, y fundamentalmente, los llamados *salii*.<sup>10</sup> De ahí que la fundación del Estado Romano –cimiento de la organización para Ortega- esté asociada bajo la

---

<sup>7</sup> Elías de Tejada, Francisco, *El Concepto de Derecho en Ortega y Gasset*, Revista de Occidente, Madrid.

<sup>8</sup> Las Atlántidas y del Imperio Romano, pag. 101.

<sup>9</sup> Para esto agrega que supervivencia y supersticioso son sinónimos.

<sup>10</sup> “El origen etimológico poníase en relación con *Cures* y *Quirites* –los hombres de la lanza-, pero no se lograba confirmar tal origen...” “Por el arcaísmo de su vestimenta, ceremonia y de sus ejercicios rituales y de sus cantos, inspiraba ya en el romano del s II A.C. una impresión mixta de respeto y comicidad. Se trata de una corporación de sacerdotes. Se componía mediante una estructura dual, de 12 miembros cada uno, estaba consagrada al culto de *Marte*, el dios latino que simboliza a un tiempo la guerra, la agricultura y el pastoreo. En ciertas fechas celebraban los *salties* sus procesiones en las cuales danzaban una primitiva danza de ahí su nombre: *salii* –de *salire*-, saltar, danzar. El jefe se llamaba *prae-sul*, el que baila adelante –porque el tema *sul* es el mismo tema *sal*-, de saltar.”

forma de dos cónsules.<sup>11</sup> Utilizando la máxima de Aristóteles, según la cual “*mandan los que combaten y participan del Poder los que tienen las armas*”, se crean las formas de gobierno y el contorno del Estado, quién transformó la guerra en herramienta jurídica. *Pueblo*, es un vocablo con origen bélico, no pacifista, el conjunto de los ciudadanos organizados en pie de guerra.<sup>12</sup>

Señala que en Roma, la Polis estaba rodeada de un espacio agrícola, donde se montó una escena artificial *política* para las elecciones, donde los campesinos concurrían a la ciudad para decidir los destinos nacionales “...*en un ideal de democracia directa*”. Con el tiempo y gracias a las conquistas, se forma un cuerpo de electores y se les concede los plenos derechos civiles, sin representación, hecho que produjo la disociación entre la provincia y Roma, donde los habitantes de ésta última fueron los votantes efectivos. La técnica electoral dejó a los provinciales sin entrenamiento público, mientras que Roma va gobernando, hasta la llegada de Cesar, quién reformó el Estado, dignificando la provincia frente a la ciudad.<sup>13</sup>

## Imperio

Imperio y emperador significaban para el hombre grecorromano una función muy precisa: mando del Ejército. En la vida civil de Grecia y Roma nadie mandaba en el sentido actual, mandar es imponer a otros hombres la decisión adoptada por la voluntad de otra persona, *dare manus, manus dare y manus*, significa la mano del hombre. El jefe del Ejército daba órdenes, es decir, “imperaba”. En cambio, los magistrados romanos y griegos civiles eran algo muy distinto de dar órdenes procedentes de un

<sup>11</sup> “*Se pone en esta relación el vocablo con exul, con insula, con proe-sul. Según estos, los cónsules, significan los que danzan juntos, es decir, los dos proe-sules o jefes de los jóvenes guerreros y danzarines y su casa se llamó curia –covirira, es decir, co-varonía, reunión de hombres jóvenes.*”

<sup>12</sup> “*En tudesco, aldea es dorf, que en antiguo alemán del Norte, es thorp, de donde viene la palabra tropa, como en ruso, pueblo es polk, y significa ejército.*”

<sup>13</sup> La *dicatio* o *dedicatio* era el acto solemne en que la ciudad, representada por sus magistrados, declaraba destinar un edificio al culto de un dios, hacerle sagrado o consagrado.

albedrío personal: el magistrado griego y romano está despersonalizado y su función consiste en hacer cumplir la ley. De allí que Cicerón en *De República* expresa que el magistrado es una ley viviente.

En la vida civil romana, remarca Ortega dos aspectos bien diferenciados. En la ciudad rige solo la autoridad y la autoridad es la ley, anónima en su origen y su contenido. Los romanos distinguían *domi* de *militae*, en casa o en el Ejército, y por eso crearon la figura de Jefe del Ejército, al que llamaron *imperator*, el que manda, por oposición a la vida civil, donde nadie mandaba. El *imperator*, tenía poder de vida o muerte sobre sus soldados, potestad que nadie tenía dentro de la ciudad. Los ciudadanos elegidos por elección popular eran destacados pero autómatas frente a la ley, se le hacía *magis* que los demás, era aventajado, mayorado, *magíster* y *magistrado*. Por eso lo que se llamó Imperio Romano, era más que nada un Estado Romano.

La mayor diferencia se daba entre el *imperator* y el *imperium*. En el *imperio* romano todos eran súbditos, y el poder público se dividía en *imperium* y *potestas*: el primero era el poder público supremo que comprendía la jurisdicción y el mando militar; mientras que *potestas* –potestad- representaba la idea más amplia. El *imperium* podía ser *potestas*, pero existían *potestas* que, por no ser suprema, no era *imperium*. El *imperium Domi* es el poder mayor que existía en la vida civil, el del cónsul y, tras él, el del pretor.

Uno de los grandes cambios que va a determinar unas de las características del Estado actual, se dio hacia el 190 antes de Cristo, cuando Roma venció a Cartago, y se emancipa la ley, donde sólo el Senado puede reunir al ejército, y por lo tanto, aparece una limitación a lo entendido por *imperium*. Y pasa a ser simplemente *imperium* al *imperium militae*. Hacia el año 100 ya se encuentra consolidado el mando militar en el jefe del ejército. El jefe del Estado fue en Roma, el rey, con poder unipersonal y absoluto. Era a la vez, jefe del ejército, legislador y juez supremo, es decir, un pleno *imperium*. La revolución desaloja la monarquía y en lugar del rey designan dos magistrados, que se llamaron cónsules. Se

separaron los poderes fuera de la ciudad –*militae* o militares- y poderes de la ciudad –*domi* o civiles-. La primera institución que sustituyó al rey, fueron los *praetores* –*praetor* significa el que va delante, el caudillo, el general- que con otras funciones iban a perdurar bajo los cónsules. Así el *imperium militae* quedó constituido en proconsulado es decir, con un poder limitado.

## El Estado

*“Si tomamos en vilo todos los defectos de nuestra Nación, por lo tanto, todo lo que es preciso corregir o reformar, vemos muy pronto que pueden repartirse en dos clases. De un lado están los defectos del Estado español – de sus instituciones y su modo efectivo de funcionar-; de otro lado están los defectos de la vida española, los defectos típicos de individuo español, y de sus formas de convivencia en la aldea, en la provincia, en la capital.”*<sup>14</sup>

Una nación donde el Estado, el sistema de instituciones, fuese perfecto, pero en que la sociedad careciese de empuje, de claridad mental, de decencia, marcharía malamente. En cambio, una nación cuyo Estado fuese sobremanera defectuoso, pero donde las gentes tuviesen mente clara, energía, fuerte apetito de vivir, espíritu emprendedor, saber técnico, etc, se mantendría siempre a flote. Todo el que se haya subsumido algún tiempo en lecturas históricas recibe la impresión de no haber jamás existido un Estado que como tal Estado funcionase bien. En todos los ángulos de la cronología humana se oyen quejas contra las instituciones vigentes, contra la política al uso, contra los gobernantes. Y aún restando a esta quejumbre la porción correspondiente a la delicia de lamentarse, innata en el hombre, queda siempre un rebozo de razón para la queja.<sup>15</sup>

La experiencia histórica muestra con superabundancia que los pueblos son realidades plásticas, capaces de muchas

---

<sup>14</sup> La Redención de las Provincias, pág. 189.

<sup>15</sup> En 1986 escribe Norberto Bobbio en El Futuro de la Democracia “*Las lamentaciones no son una categoría de análisis y mucho menos un diagnóstico*”. Ortega escribe estos fragmentos en 1928.

transformaciones. Precisamente, para esto sirven las instituciones cuando no se las busca a ellas por sí mismas, esperándolo todo de su perfección abstracta, sino que se las forja desde luego como instrumentos capaces de transformar los usos de la vida colectiva y el carácter mismo del ciudadano medio.

La mejor institución será la que más se parezca a un aparato ortopédico que, apoyándose en la realidad defectuosa, produzca automáticamente, sin vana violencia exterior, la rectificación de hueso desviado.

Para Ortega, el Estado es una invención cultural tendiente a la estabilización, ya que señala su ausencia en los pueblos primitivos. Su gestación primaria, va de la mano de los que representaban originariamente la autoridad, la del *sapiens* o sabio, originalmente asignada al probador de alimentos, luego los “magos” -el *medicinem*-, hasta el *Rex*, con notas religiosas, militares y administrativas. No hay pertenencia colectiva ni Derecho, solo costumbres. La estabilidad se ve en esta autoridad, el director de sacrificios y los ritos religiosos de la ciudad, el *Rex* – rey-, porque rige o dirige el conjunto de actos sacros. Es una síntesis de las funciones del Estado: es estable, a la vez rector religioso, *imperator*, general del Ejército, legislador y máximo juez. Aparece la legitimidad: el jefe ya no es cualquiera, sino alguien que tiene derecho a ello; se invierte: no es *rex* porque es el jefe espontáneo, sino porque tiene derecho a serlo, cercano a los dioses. Es a partir de este momento, cuando se habla del rey, se habla de *imperium legitimum*, donde el rey es jefe del Estado por la *gracia de Dios*. La legitimidad originaria, entonces, ha sido en casi todo occidente el *rey por la gracia de Dios*, de ahí que aquél *imperator* ocasional tienda a desaparecer en su concepción originaria.

Cuando los romanos expulsan a los etruscos debido a su tiranía, constituyen un Estado igual al fundado por aquellos, idéntico a la antigua Monarquía, con un senado compuesto por los jefes de las *gentes* más respetadas, con la innovación de dos cónsules, encargados de dirigir los actos rituales religiosos más importantes del pueblo romano. Como para expulsar a los etruscos

tuvieron que movilizar al *populus*, entonces los senadores no tuvieron más remedio que hacer concesiones en materia de legislación, lo que la Constitución de un nuevo Estado Romano – *senatus populusque*, lo que aparejó el hecho de que las leyes provengan de las *gentes*. Este hecho, para Ortega señala el origen de lo que luego en Europa fueron las monarquías constitucionales, y la correspondencia histórica: la legitimidad primaria y fundamental es la monarquía, seguida por la democracia. Pero lo esencial es ver como en aquella Roma, aparece para nuestro pensador, un primigenio reparto de poderes entre los clérigos, los cónsules, el Senado y el *populus*, con su Constitución mixta. El *consensus* de origen religioso y que da origen a la legitimidad, se va implantando debido a la incorporación de Grecia.

## El derecho

El derecho, para el Maestro Ibérico, es un uso más, y sólo hay que entenderlo en conjunto como todas las demás instituciones. En su origen, eran los usos de los antepasados, lo estable, pero debido a las revoluciones que van desde el 190 al 90 en Roma, se desintegra el Estado legal, al faltar el “*espíritu común de la colectividad*”. El pueblo la comunidad de los ciudadanos, es la única fuente originaria del poder civil. Todas las demás son secundarias y derivadas.<sup>16</sup>

Una gran nota la de Ortega, es señalar lo contrario al pensamiento constituyente contemporáneo, según el cual la fuente primaria del Derecho, esto es, la Constitución, es legítima por provenir del pacto social, sino que es al revés, el “*Estado empieza por ser legítimo y termina por ser ilegítimo, el Estado en sí no consiste en legitimidad sino que esta es añadida, merced a la integridad de sus creencias, a su lealtad*”.

El derecho público, se resume a la función colectiva de mando, sumado al desarrollo de la técnica jurídica, sin incluir cuestiones vinculadas con “lo justo” o “lo legítimo”: “*lo justo es*

---

<sup>16</sup> Obras Completas, T. III, pág 116.

*justo porque y cuanto es derecho*”. La justicia, como su fundamento filosófico, en ese sentido, es un agregado a una realidad primaria, como es el derecho, “*una forma de comportamiento*”.<sup>17</sup> Su vigencia, formalismo y carácter invariable y permanente le otorgaban la seguridad al ciudadano, lo “constituían”. De hecho, la justicia entendida como un valor intrínseco, es sumamente criticada por Ortega, ya que da preferencia a una conducta por sobre las demás, “*algo que hoy llamamos justicia y mañana injusticia*”.

Lo constitutivo, es un equilibrio de las fuerzas sociales en lucha, ese “*equilibrio dinámico*” que deriva en un acuerdo, en un compromiso. He aquí una gran equiparación de las ideas de Ortega con el Constitucionalismo moderno, el origen pactista del Estado, del acuerdo político, la “*concordia*” u orden social. Destaca entre sus notas características, la inexistencia de una voluntad personal, la igualdad instaurada por las leyes consuetudinarias, lo contrario al *imperium*, o cualquier autoritarismo.

El concepto de “acto político” como aquél ejercicio del poder donde se interviene por las lagunas del derecho, o las modernas “cuestiones políticas”, era el acto de *imperium*, practicado por parte del magistrado judicial, es decir, la nuda autoridad.

Resalta dos tipos de leyes, la ya hecha -y he aquí una novedad, un distingo introducido por Ortega- y “la ley nueva”, secundaria, fabricada según la anterior y determinada por el procedimiento preestablecido. El derecho público, invariable, no se puede cambiar –en igual sentido que la Constitución moderna-, las leyes sí, naciendo aquí la idea de subordinación.<sup>18</sup> Lo invariable es lo jurídico, el derecho se puede deshacer lentamente, hay un “torso” invariable, es decir una materia constitucional. Ese carácter, el de ser histórico, lo conservó Inglaterra a manera de tradición, a

---

<sup>17</sup> El derecho era realidad efectivamente vivida por los romanos, no a lo que Cicerón y luego las “*Instituta*”, y el “*Digesto*” y las “*pandectas*” definían en términos generales como derecho, sino que eran ideas recibidas de los filósofos [*philó-sofos*, es decir, amigos de la sapiencia; no *sophós* –sabios- ni *sophistes* –sofistas, “todo-lo-sabe”, ni *phrontistés* –pensadores].

<sup>18</sup> El derecho para el romano es lo que no se puede hacer, como no se puede hacer una ley cósmica.

diferencia de los países continentales y del “Pueblo Nuevo”, Argentina.

La justicia en la concepción orteguiana, tiene un fin práctico, extrajurídico. La idea de reformismo, de revolución, es propio de aquellos que vieron en las revoluciones burguesas un actitud primara frente al derecho, que hay que modificar y sustituir. América se inicia bajo esta égida, la del derecho “que va a ser” y no lo que fue, “*a fuerza de hablar de justitia se ha aniquilado el jus, el Derecho, porque no se ha respetado su esencia, que es la inexorabilidad y la invariabilidad.*” En Edad Media, lo antiguo se convertía por ese solo hecho en derecho.

Remarcó con agudeza que la asamblea constituyente francesa, anuló el pasado, presente y futuro de las instituciones políticas arraigadas en lo invariable, fundando las nuevas sobre principios simples e indiscutibles.

En el derecho actual, señala Ortega que la norma moral y jurídica pretenden regir nuestra voluntad como la verdad de nuestro pensamiento, equiparándolos con la exigencia del “debe ser” e independizándose del sujeto que gobierna, transformándose en un objeto y llevando a “*divinizar la idea política*”. Por ello, se desprende de sus notas que en América, las revoluciones fueron para sustituir gobernantes, pero no contra el Poder Público, por lo cual éstas todavía no se han sucedido en el terreno americano, ya que en su concepto, “*el revolucionario...no se rebela contra los abusos, sino contra los usos*”. Las ideas, que estaban al servicio de la vida –instrumentales-, pasan a ser superlativas y por lo tanto, la vida pasa a estar al servicio de las ideas y el individualismo germina en cada una de las personas. Por lo tanto, el derecho en Ortega no cuenta con bases doctrinales ni racionales, es una cuestión social, no estatal. Se transforma en tema estatal cuando el Estado aparece como ordenación más segura del poder social a la sociedad. El Estado, en este sentido, es sólo un mecanismo de mando.

*Me atrevo a insinuar que caminará seguro quien exija, cuando alguien le hable de un hecho jurídico, que le indique la*

*sociedad portadora de ese derecho y previa a él. En el vacío social no hay ni nace derecho. Este requiere como substrato una unidad de convivencia humana, lo mismo que el uso y la costumbre, de quienes el Derecho es el hermano mayor, pero más enérgico. Hasta el punto es así, que no existe síntoma más seguro para descubrir la existencia de una auténtica sociedad que la existencia de un hecho jurídico... tal vez el Estado proporcionó al Derecho ciertas perfecciones...pero el derecho existe sin el Estado y su actividad estatutaria.*

No hay oportunidad bajo esta idea de un nuevo orden constituyente, ya que está todo constituido, lo nuevo se acomoda a lo existente. Las constituciones viejas, por el hecho de ser viejas, tienen un prestigio invulnerable, llamado tradición.

Vuelto sobre el sujeto que compone esta etapa de emancipamiento del Estado moderno, señala la aparición de un sentimiento de individualidad, dotado de una razón que compite directamente con la tradición, como corolario, el hombre “...al repudiar lo tradicional se encuentra...forzado a reconstruir el universo por sí mismo, con su razón.”.

Como los movimientos burgueses y campesinos en la Edad Media no se propusieron la transformación del régimen político y social, sino que se limitaron a conseguir la corrección de los abusos, se distancian en su análisis de la democracia actual. Quedó la técnica jurídica, los “fueros” –privilegios o “huecos legales” en palabra de Ortega- dentro de lo tradicional.

Tajantemente, distancia a la democracia moderna de las medievales, griega y romana, quedando sólo de estas el gesto y la retórica, ya que trata nuestra democracia trata de “*adaptar ésta a un ideal esquema*”. En una frase que puede resumir la historia del Estado moderno, señala que “*El hombre medieval se irrita contra los abusos de un régimen, y el moderno contra los usos, es decir, contra el régimen mismo*”.

Las leyes -en su parecer- arrancan siendo efecto de las necesidades para convertirse en expresión de ilusiones y deseos, asociadas a “...*la moneda del capitalismo, y con él, el*

*imperialismo*”, dando inicio a súbitas transformaciones legislativas, o “constituciones” de raigambre filosófica, “*donde hay radical mutación de leyes, nuevas tablas de régimen, existe siempre, algún “sabio”*”. Aparece la cita a Clístenes el Alcmeónida, que dotó a Atenas de la Constitución plenamente democrática, instalando la “razón pura” y el antitradicionalismo. Si en otro tiempo sólo la ley no escrita, la religión y el uso obligaban, son ahora las leyes escritas los verdaderos reyes, normas de validez general, establecidas por el pueblo y nadie las puede quebrar, sino cuando pierdan su justicia, “*el pueblo se las ha apropiado al jurarlas; pero hay un legislador que las ha hecho*”.

Finalmente, el derecho es un uso social, con la particular de imponerse socialmente. La teoría de Ortega está anclada en Weber: obligatoriedad, vigencia respaldada por los demás, distinción entre uso y costumbre: el carácter general del uso consiste en ser una norma del comportamiento, que se impone a los individuos, quieran éstos o no.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Conf. *En Cuanto al Pacifismo*.