

LA NUEVA FILOSOFIA DEL DERECHO. SANDER

Damos a la luz un trabajo póstumo de don José Gómez de la Serna Favre, padre de nuestro querido colaborador, don Gaspar Gómez de la Serna, sobre la Filosofía jurídica de Sander. Fué escrito el año 1924, y aunque Sander ha rectificado desde entonces en algunos de sus supuestos y conclusiones, merece la pena publicarse a veinticuatro años vista, no sólo por la carencia de un trabajo español sobre figura tan importante del neokantismo, sino también como ejemplo de un español, válido para muchos de entonces y de siempre, que aunque huya de la publicación de sus escritos, guarda en sí profundo saber y maestría.

CUALQUIERA que sea la opinión que se tenga sobre la actual importancia del movimiento filosófico conocido con el nombre de neokantismo, y aun cuando pueda afirmarse que la muerte ha cerrado ya el período de producción de sus conductores más ilustres, lo cierto es que la semilla por aquel movimiento arrojada en el campo de la Filosofía del Derecho, es en estos últimos años cuando florece y fructifica. Stammler, el iniciador del neokantismo jurídico, dió cima a su célebre trilogía (1) no antes de 1911, y sólo en 1922 ha publicado su *Compendio de Filosofía del Derecho*, que es como el resumen y formulación definitiva de su doctrina. Kelsen, el otro gran jurista neokantiano, corifeo de la «escuela joven austríaca», data su primera obra capital en 1911 (2), pero es después de 1920 cuando su la-

(1) R. Stammler, *Wirtschaft und Rech &*, 4.ª ed., 1921; *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902; *Theorie des Rechtswissenschaft*, 1911.

(2) H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.ª ed., 1923.

bor se intensifica. Y el más brioso, el más subversivo de todos, Fritz Sander, profesor en la capital del flamante Estado checoslovaco, no ha comenzado sino en 1917 a lanzar a la publicidad sus audaces teorías. La obra más importante de este autor trae fecha de 1922 y la última de 1923 (3).

Hemos creído que pudiera ser interesante dar a conocer, no sin el debido enjuiciamiento, las ideas de este ingenioso y denodado pensador. Las obras de Sander son muy discutidas y consideradas en Austria y en Alemania, pero (que sepamos) no han sido traducidas a ningún idioma neolatino. Aun pudiendo leerlas en el original alemán, resultan difícilmente accesibles para quien no se halle familiarizado con el léxico de la moderna Filosofía alemana; aparte de que el método desordenado e inconsecuente del autor agrava esta dificultad en términos desusados.

El propósito de Sander no es modesto. Estriba nada menos que en «abatir la ciencia jurídica vigente hasta el día, y hacer plaza a una verdadera ciencia del Derecho» (4). ¿Lo consigue? Las averiguaciones subsiguientes van a darnos la contestación. De todos modos, el trabajo que empleemos en estudiarle no será perdido, porque Sander, para alcanzar su objeto, emprende un vuelo de gran estilo, remonta el problema del Derecho a las alturas de los más altos problemas metafísicos, y discute sutilmente cuestiones metodológicas que han de ser base obligada de toda futura especulación jurídica.

I

LAS DOS DIRECCIONES DEL NEOKANTISMO JURÍDICO

El renacimiento de los estudios filosófico-jurídicos que se advierte en lo que va de siglo, débese casi exclusivamente al neokantismo. Hace veinte años, la Filosofía del Derecho esta-

(3) F. Sander, *Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung*, 1922; *Kelsens Rechtslehre*, 1923.

(4) *Staat und Recht*, pág. VII.

ba en pleno descrédito (5). El historicismo y el positivismo a la sazón triunfantes, negaban que pudiera existir una Filosofía del Derecho que no fuese simple remanecer del viejo y confutado Derecho Natural (6). La especulación filosófica, en efecto, puesta a optar entre reincidir en el iusnaturalismo ya sin curso, o marchar, con positivistas e historicistas, a remolque de la experiencia, dando valor universal a lo que es producto efímero del momento, permanecía en silencio, alejada de los combates por el Derecho. ¿No acababa acaso de ver degenerar, como por fatal pendiente, la alta Metafísica de Hegel en un reaccionario historicismo, en un frívolo sociologismo y hasta en un materialismo histórico? (7). Pero he aquí que surge la idea de invocar también para el Derecho la «vuelta a Kant». Y la «vuelta a Kant», que había probado ya su fecundidad en el campo de las ciencias naturales, demostró cómo, a última hora, le quedaba aún virtud para ser la reanimadora de los estudios jurídicos. A la luz de esta antorcha se comenzó a buscar de nuevo la definición del Derecho, aquella definición que en tiempos de Kant «buscaban todavía los juristas» (8), y que, por desdicha, aún hoy no han encontrado. Con su anhelo de apriorismo, con su aristocrático desdén hacia lo que sólo es inducido de la experiencia contingente y no tiene valor necesario, el neokantismo marca una reacción idealista e impone una elevación del tono, en medio de los sórdidos empirismos y los escépticos pragmatismos imperantes.

¿Y de qué modo la regia herencia de Kant fué usufructuada por la Filosofía del Derecho? Digámoslo, desde luego: la Filosofía jurídica neokantiana no tiene nada que ver con la Filosofía jurídica de Kant. El Derecho que a éste preocupaba, era, según él mismo declara, un Derecho natural (9).

(5) E. Lask, *Rechtsphilosophie*, en *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts*, 2.^a ed., 1907, pág. 270.

(6) K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, página IX.

(7) El marxismo fué gráficamente llamado un hegelianismo cabeza-abajo.

(8) Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, ed. Reclam, pág. 560, nota.

(9) Kant, *Metaphisik der Sitten*, ed. Félix Meiner, pág. 35.

Además, como obtenido desde un punto de vista moral, y, dado que para Kant legalidad y moralidad constituían regiones diferentes, el concepto del Derecho de Kant era un concepto negativo. Se reducía a trazar una limitación del albedrío y formaba la teoría de una inhibición (10). Así, pues, Kant no influye en la Filosofía del Derecho neokantiana mediante su teoría jurídica, sino mediante su teoría del conocimiento. Puesto que el maestro, según la frase de Stammler, «abandonó el método crítico al trazar su doctrina del Derecho» (11), la tarea indicada a los discípulos consistía en subsanar aquel abandono.

Un estudio sistemático y completo del neokantismo jurídico —el cual está por hacer—, habría de discernir, dentro de este movimiento, dos direcciones: la puramente metódica y la constitutiva. W. Wundt, en el extenso capítulo que en su obra monumental sobre Psicología colectiva dedica a la historia de las doctrinas jurídicas (12), nos habla de que la vuelta a Kant se manifestó en un sentido lógico y en otro ético. Pero bajo la rúbrica del sentido lógico comprende solamente la tendencia que llamamos constitutiva, e incluye en el sentido ético un vago influjo de las ideas éticas y jurídicas del maestro, influjo que, como hemos dicho, no constituye propiamente el neokantismo jurídico. Tampoco Wielikowski tiene en cuenta más que la dirección que llamamos metódica. Es verdad que distingue entre Gnoseología y Valoración del Derecho, pero se trata de una distinción nominal. La Gnoseología, no es para él sino un método formal que parte de un valor; por tanto, no es sino una valoración (13). Y lo mismo le ocurre a Kaufmann. Su incompreensión inicial del neokantismo induce a este autor a presentarlo cual un sistema puramente lógico en el que falta «un orden material de contenidos de conocimiento» (14). ¡Como si nos hallásemos aún en los tiempos pre-

(10) Kant, *Metaphisik der Sitten*, ed. Félix Meiner, págs. 33 y sigs.

(11) R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, págs. 35-36.

(12) W. Wundt, *Völkerpsychologie*, 1918, t. IX, págs. 189 y sigs.

(13) G. A. Wielikowski, *Die Neuhantianer in der Rechtsphilosophie*, 1914, págs. 176 y sigs.

(14) E. Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921, págs. 9-10.

kantianos y toda Lógica tuviese que ser necesariamente formal! ¡Como si no hubiera una Lógica material o trascendental!

Cabalmente, el supuesto común a las dos direcciones que hemos distinguido, es este trascendental idealismo. Partiendo de que la realidad fenoménica (y, por tanto, el Derecho) está constituida por un conjunto de síntesis categóricas, llevadas a cabo por el intelecto y ordenables a su vez según ideas regulativas, la dirección que denominamos constitutiva (Cohen, Sander) busca directamente las categorías jurídicas, atenta a comprender la positividad del Derecho más que a enjuiciarlo, en tanto que la dirección metódica (Lask, Stammler, Radbruch, Kelsen, Binder) no se propone inquirir el momento constitutivo de la realidad jurídica, sino su valor trascendente, su idea regulativa o, dígase, en fin, su ideal. Claro es que la dirección metódica no se detiene en los límites de este programa. Ya Lask denunció el peligro que existía en «definir la Filosofía jurídica como teoría del *concepto del Derecho*» (15). Porque el valor que se fué a buscar más allá de lo jurídico y se postuló como canon de evaluación, para ordenar y explicar la positividad de un Derecho supuesto de antemano, truécase en concepto definitorio del Derecho, y lo que empezó presentándose como idea regulativa acaba por querer imponerse como categoría constitutiva. El método declina entonces francamente hacia el iusnaturalismo, es decir, hacia el intento de hacer valer como Derecho positivo un Derecho natural. Tal evolución del método es, en cierto modo, fatal y está ya prefigurada en su misma esencia. De postular, en efecto, un valor para jerarquizar desde él los fenómenos jurídicos, mostrándolo como ideal o fin del Derecho, a convertir este Derecho en un medio o instrumento orgánico del valor postulado, en algo que es parte de ese valor y homogéneo y consustancial con él, no hay más que un paso. En vano los neokantianos quisieran arrojar todo el lastre metafísico que el sistema de Kant lleva a bordo; en vano quisieran conferir a la idea un simple valor sin contenido y definirla como lo

(15) E. Lask, op. cit., págs. 277-78.

que no hace más que valer («bloss gelten») y no tiene existencia entitativa. El fondo metafísico de Kant acaba por arrastrarlos, y el propio Lask, delatando paladinamente el pensamiento que con más o menos rebozo trabaja a lo largo del movimiento neokantiano, rompió en sus últimas obras contra esos valores, contra esas normas que carecen de existencia, e inició la empresa, interrumpida por la muerte, de transformarlos en categorías constitutivas de una realidad suprasensible (16). El reproche, pues, que cabría oponer a los neokantianos no es el que les opone Kaufmann, a saber: que carecen de Metafísica (17), sino, al contrario, el de que son demasiadamente metafísicos.

En cuanto a los juristas que colocamos en la dirección constitutiva, no es éste del Derecho natural el peligro que tienen que temer. Ellos no recalán en los conceptos jurídicos dando la vuelta estratégica por ningún valor trascendental; los buscan directamente, presentándolos cual categorías constitutivas de una peculiar realidad. Pero, en cambio, ¿cómo aislar esta realidad jurídica, tercero en discordia que flota vagamente entre el *Ser* natural y el *Deber ser*? ¿De qué modo evitar que derive hacia una confusión con la Ética (como ocurre en Cohen, para quien lo jurídico no es sino la categoría de lo ético) o hacia una identificación con la Naturaleza (escollo en que veremos naufragar a Sander)?

2

EL DERECHO COMO REALIDAD ESPECÍFICA. TEORÍA
DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA

Sander —ya va indicado— pertenece a esta segunda modalidad del neokantismo jurídico que llamamos constitutiva.

(16) E. Lask, «Die logik der Philosophie», en *Gesammelte Schriften*, 1923, t. II, págs. 99 y sigs. Lask marca la transición de la *teoría del valer* de Lotze y Windelband a la *teoría de los valores*, tal como la presenta Max Scheler, y entre nosotros Ortega y Gasset.

(17) E. Kaufmann, op. cit., págs. 7 y sigs.

Fácil es presentar su obra todavía *in fieri* y que ha sufrido ya diversas modificaciones, como una pura elucubración plagada de dilogías. Así lo hace Kelsen en la agria excomunión que lanza contra su antiguo discípulo desde el opúsculo titulado *Ciencias del Derecho y Derecho*. Y, sin embargo, una crítica eficaz debe atacar las doctrinas en su línea de mayor resistencia, interpretándolas según el sentido en que resulten más lógicas, y no llamando la atención sobre las contradicciones, sino sobre las concordancias. De lo contrario, se corre el riesgo de imaginar que hemos superado una posición, cuando en realidad persiste intacta tras de nosotros. Y el riesgo, aún más grave, de no apreciar lo que la nueva teoría acierte a traer de constante aportación a la ciencia. Por eso las páginas que van a seguir intentan analizar la teoría de Sander en su forma más consistente y evolucionada, siguiendo el pensamiento dominante y dejando de un lado las numerosas desviaciones.

Sander habla como si nadie antes de él hubiese aplicado al Derecho el método kantiano (18). Lo que Kant llevó a cabo en los dominios de la Filosofía va él a repertirlo en el campo del Derecho. Conviene, pues, que antes de exponer su teoría recordemos sucintamente en qué consistió lo fundamental de la innovación de Kant.

Frente a la metafísica dogmática, la cual formulaba sus conclusiones como productos de la pura Lógica, amparados en la máxima autoridad del principio de contradicción. Kant hizo ver que la Lógica formal (analítica) no podía llegar por sí sola a resultado alguno. En consecuencia, las conclusiones de la Metafísica reinante tenían que proceder, y procedían; de juicios sintéticos, consciente o inconscientemente postulados; y puesto que la necesidad de estos postulados no se demostraba, aquellas conclusiones carecían de toda garantía y su valor era el de simples dogmas. Mas no por eso se echó Kant en brazos de un no menos dogmático empirismo. Abandonarse al empirismo, al reconocimiento *a posteriori*, era, en último término, abandonarse a la anárquica contingencia, donde, según Hume lo había denunciado, ningún conocimiento cien-

(18) *Staat und Recht*, pág. 8.

tífico es ya posible. Para salvar, pues, la Ciencia (y algo más que la Ciencia), había que construir sobre las ruinas de la Metafísica dogmática una nueva Metafísica crítica, capaz de fundamentar la posibilidad de un conocimiento *a priori*. Obediente al prestigio de la Lógica, Kant erigió, junto a la Lógica formal, una Lógica material o trascendental, integrada por juicios sintéticos a los que asignó el papel de constituir el edificio de la total experiencia. De tal guisa, la experiencia, o sea la Naturaleza, se avaló con la garantía de la Lógica, puesto que ella misma era la Lógica, y se amplió el alcance de la razón hasta convertirla en el fundamento de la Naturaleza. Pero ésta quedó reducida a una mera apariencia que tenía lugar dentro de los cuadros de la razón, y que sólo debido a eso podía ser conocida *a priori* por la razón.

Sander, a su vez, desahucia toda la Ciencia o Filosofía jurídica anterior a él, marcándola con el dictado general de dogmática del Derecho (19). Sólo que la palabra dogmática afecta en nuestro autor un significado distinto del kantiano. Lo que para él determina el dogmatismo de una doctrina jurídica no es que derive sus principios de postulados indemostrados, sino que los derive de conceptos correspondientes a otras formas o aspectos de la realidad, aunque se trate de conceptos perfectamente comprobables. Así, tan dogmático es, a su juicio, el Derecho natural clásico, cuando deduce los principios jurídicos de normas éticas o de abstracciones racionales, como el moderno Derecho sociológico cuando los induce de hechos naturales y los construye con conceptos tomados de las ciencias antropológicas, biológicas, económicas, etc. ¿Por qué? Porque si fuera legítimo deducir la realidad jurídica de otra realidad, ética o sociológica, metafísica o natural, si fuera posible componerla con elementos de otra realidad, ¿quién sino la ciencia sería la que practicase tal operación? La ciencia, entonces, definiría el Derecho, y las legislaciones positivas sólo vendrían en cuanto se ajustasen a los preceptos científicos.

(19) *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?*, 1921, página 18; *Kelsen Rechtslehre*, pág. 102.

Este «dogma de la ciencia como fuente del Derecho», raíz y esencia de todo iusnaturalismo, es el error que la «teoría de la experiencia jurídica de Sander trata de superar (20).

Para conseguirlo es necesario, en primer lugar, hacer del Derecho una experiencia o realidad independiente, distinta de todas las demás (21); o sea —y puesto que para un kantiano experiencia y síntesis de percepciones son una misma cosa (22)—, es necesario hacer del Derecho un conjunto de juicios sintéticos *a priori*. La disyuntiva está clara, en opinión de Sander: «O se resuelve el problema de cómo son posibles juicios sintéticos de Derecho *a priori*, o hay que convenir en que no se puede trazar frontera alguna entre el Derecho natural y el Derecho positivo (23).

En segundo lugar, es necesario hacer constar que esos juicios *a priori* constituyen el Derecho positivo y no la Ciencia del Derecho. La Ciencia del Derecho ocupa el plano secundario de la Lógica analítica y no el plano primario de la Lógica constitutiva. En puridad no es una ciencia, como lo son las naturales, sino una Filosofía o fenomenología que labora *reflexivamente* sobre el material de experiencia previamente establecido (24). Su papel es el de una *razón jurídica*, incapaz de construir conceptos, y cuyo único objeto limitase a enlazar el múltiple de conceptos ya formados mediante ideas re-

(20) En su última obra el autor designa también este dogma (aunque con menos generalidad) como «dogma del Estado metajurídico» y «dogma de la normatividad del Derecho». Lo primero es un caso de aplicación de un concepto específicamente jurídico, el Estado, a una realidad informada por conceptos de otra índole. La normatividad del Derecho produce éste a un acervo de formas destinadas a enjuiciar, regir y relacionar objetos metajurídicos. Sander altera aquí el rango lógico y considera el «dogma de la normatividad» como fundamental y origen de los otros dos. Ello se debe a que esta obra, se halla dedicada a combatir la Jurisprudencia normativa. (V. *Kelsens Rechtslehre*, pág. 101. Com. p. 140741.

(21) *Kelsens Rechtslehre*, págs. 85, 140, 177.

(22) *Staat und Recht*, pág. 70, nota; *Kelsens Rechtslehre*, pág. 121.

(23) *Rechtsdogmatik*, pág. 93.

(24) *Kelsens Rechtslehre*, pág. 177.

gulativas o postulados ético-políticos (25). En cambio, el Derecho positivo es el *intelecto jurídico* que compone los conceptos unificando el múltiple de las sensaciones (26). La «teoría de la experiencia jurídica» reduce, pues, la totalidad del Derecho a las proposiciones de Derecho positivo (*Rechtsätze*) dictadas por los órganos autorizados, es decir, a los «actos de los órganos» (*Organakte*), y nada que no esté asimilado e informado por uno de estos actos tiene significación alguna jurídica. Claro es que para esto es indispensable circunscribir la realidad del Derecho a un sector difícil y arbitrariamente limitado de la Conciencia (la conciencia de las autoridades), y no ya definirlo como una forma de la *Conciencia en general*. Sander no vacila en afrontar esta extrema exigencia de su doctrina, y, obligado por la lógica interior de ella, afirma con audacia que nadie sino una autoridad competente puede concebir directamente un juicio jurídico (27).

Como se ve, el fin que persigue Sander no es el mismo de Kant. Mientras que para éste se trataba de fundamentar la *posibilidad* de la ciencia en general, la tarea de Sander se constriñe a asegurar la *independencia* (soberanía dice él) del Derecho. Por consiguiente, la adaptación de la solución kantiana, suponiendo que fuera posible, parece ya, a primera vista, incongruente con el problema planteado. Si toda ciencia o disciplina, para ser autónoma, precisara asentarse en un especial conocimiento *a priori*, sería menester una taumatúrgica multiplicación de lo apriorístico, entendiendo este término no en la aceptación kantiana, sino en la que le asigna, por ejemplo, el fenomenologismo, hoy en boga, de la escuela de Husserl. En realidad, la independencia de la ciencia jurídica y el acusado deslinde entre ésta y el Derecho positivo no requieren las desproporcionadas fatigas metafísicas que se impone Sander. ¿No

(25) Sander, no obstante, llama, en general, *reflexivo* a lo que Kant llamaba *regulativo*, y asigna a la razón el cometido de *analizar* los juicios de Derecho. V., por ej., *Kelsens Rechtslehre*, pág. 72.

(26) *Staat und Recht*, págs. 77 y sigs.; *Rechtsdogmatik*, cap. III, etcétera.

(27) *Kelsens Rechtslehre*, pág. 171.

es acaso perfectamente concebible que una ciencia considere el Derecho como fenómeno derivado (a través de ciertas acciones humanas) de principios éticos o de hechos económicos, y que, sin embargo, esa ciencia sea absolutamente incapaz de dictar un solo precepto jurídico cábalmente porque considera el Derecho como deducción hecha *mediante acciones* y no mediante razonamientos científicos? Y, por otra parte, el hecho de que una ciencia formule los conceptos generales de una determinada realidad histórica (la integrada por las legislaciones positivas), ¿significa por ventura que esa ciencia imponga sus preceptos a la realidad? Pero, en fin, cualquiera que sea nuestra opinión sobre el motivo que impulsa a Sander en su empresa, lo interesante es que éste nos propone una nueva teoría del Derecho y que dicha teoría puede muy bien ser acertada, aunque el motivo ocasional de ella sea erróneo.

Ningún reparo válido sabríamos oponer, dentro del idealismo kantiano, a la afirmación de que el Derecho sea un sistema de juicios. Kelsen, sin embargo, cree que es «un error grotesco» confundir el Derecho (sucesión de acciones objeto de conocimiento) con el propio conocimiento (28). Kelsen hace de semejante reproche el argumento central de su diatriba contra la teoría sanderiana. Y, a la verdad, siendo ésta una teoría del Derecho como conocimiento, caería por su base si se demostrara que el Derecho no es un conocimiento. La equivocación de Kelsen obedece a que, no obstante su kantismo nominal, profesa una epistemología completamente prekantiana; es, a saber, aquella según la cual hay una Naturaleza y un Derecho existentes fuera del conocimiento y *sobre* los cuales éste se aplica (29).

Mas lo esencial de la «teoría de la experiencia jurídica» no es este simple y obligado (obligado por razón de escuela) asentimiento al idealismo crítico. Lo esencial son los dos principios fundamentales a que antes hemos aludido. El Derecho no sólo consiste en un sistema de juicios, sino primero de jui-

(28) R. Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht*, 1922, pág. 33.

(29) R. Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht*, págs. 81 y sigs.

cios *a priori* y segundo de juicios exclusivamente formulados por los órganos competentes. Estos dos principios son los que ahora vamos a someter a investigación.

3

EL MATERIAL SOCIAL DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA

Puesto que Sander se propone construir una teoría del Derecho como sistema de juicios *a priori*, su problema debiera ser el mismo problema de la Lógica trascendental de Kant, problema de derecho (*quid juris?*) y no de hecho (*quid facti?*) (30). ¿Cuál es el título justificativo de conceptos que, por ser los fundamentos de toda experiencia, no dependen de ésta y, por tanto, no podemos demostrar partiendo de la observación empírica? La prueba, la justificación de tales categorías, es lo que Kant llamaba deducción o, mejor, alegato trascendental de los conceptos puros del intelecto (31), y este alegato lo desarrolló en la parte de su obra titulada *Análitica de los conceptos*. Sander, a su vez, nos promete un alegato trascendental de las categorías del Derecho (32), pero no cumple la promesa en parte alguna. Para seguir el paralelo con Kant, toma la lógica trascendental de éste en aquella parte titulada «Análitica de los principios», en que Kant da ya sentada la doctrina de los conceptos puros y trata solamente de su aplicación (33). En vez de la tabla de categorías, Sander nos presenta, pues, la de los principios del intelecto, y claro es que, «no siendo éstos sino reglas del uso objetivo de aquéllas» (34).

(30) Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, págs. 103 y sigs.

(31) Las mejores versiones en lenguas neolatinas de las obras de Kant traducen *deducción*, *deduction* o *deduzione* por *Deduktion*, lo cual no es exacto y puede originar errores fundamentales. *Deduktion* (y no *Ableitung*) está usado por Kant en el sentido forense de la palabra y no en el lógico, es decir, como alegato o alegación.

(32) *Staat und Recht*, pág. 10.

(33) Kant, *Kritik der r. V.*, pág. 149.

(34) *Idem*, pág. 157.

su explicación no sirve para justificar las categorías, aunque sirve para exponerlas.

Los principios del intelecto forman, como los conceptos puros, cuatro grupos. Los dos primeros corresponden a las categorías de cantidad y cualidad. Estas no son en Kant propiamente constitutivas del proceso dinámico de la experiencia, sino del substrato intuicional de ésta: son matemáticas y no dinámicas. Tampoco Sander construye con ellas la estructura o proceso dinámico del Derecho. La primera, la condición cuantitativa de los fenómenos jurídicos, no significa, en fin de cuentas, sino que dichos fenómenos son «comparables» entre sí, lo cual no es, ciertamente, la cantidad extensiva a que se refiere Kant, si bien en la explicación que da de esta categoría el autor presupone el carácter extensivo del Derecho (35).

En cuanto a la cualidad o cantidad intensiva, significa en Kant el grado de realidad empírica que tienen los fenómenos (36); adquirir cualidad es nacer a la realidad experimentable. Por tanto, la exposición de lo que en Sander sea paralelo a esta cualidad nos brinda una ocasión excepcional de averiguar cuál es la base y el material de la experiencia jurídica. Según Kant, este material lo aporta la sensación. Análogamente, Sander propone una *sensación de Derecho* como material del fenómeno jurídico. Pero ¿qué quiere decir *sensación de Derecho*? Desde luego no es agible tomar a la letra esta expresión, como la toma Kelsen cuando comenta irónicamente el descubrimiento de un sexto sentido jurídico (37). Más bien hay que interpretarla en una acepción traslaticia y analógica. Lo que en la experiencia jurídica es análogo a la sensación de la experiencia natural y recibe el nombre de *sensación de Derecho*, es el «hecho anteprocésal» (Tatsache). El hecho anteprocésal nace a la realidad jurídica, es decir, se intuye jurídicamente y se transforma en hecho jurídico (Tatbestand) en cuanto entra a formar parte de una proposición de

(35) «Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, t. I, pág. 476.

(36) Kant, *Kritik der r. V.*, págs. 162 y sigs.

(37) Kelsen, op. cit., pág. 43.

Derecho; por ejemplo: de la providencia que manda notificar una demanda (38).

No hay que decir que la analogía propuesta no es de recibo. El hecho anteprocesal dista cien leguas de ser un elemento puro y amorfo, único que sería congruo material de formas puras de la intuición o del intelecto. El hecho anteprocesal no se halla al par de las sensaciones puras, sino sobre éstas y construído con éstas, ya que resulta de un complejo de sensaciones conceptualizadas y es un concepto empírico o conjunto de conceptos empíricos, económicos, psicológicos, morales, etcétera. Nadie, en efecto, podrá indicar nunca un elemento simple, una intuición pura que sea designable como hecho anteprocesal, susceptible de ser término directo de un juicio de Derecho (en el sentido sanderiano de proposición auténtica de Derecho positivo). En expresos términos habla Sander del mundo social como *materia* del orden jurídico (39), y afirma que «los elementos constructivos de Derecho (conceptos categoriales de Derecho) son derivados de nuestros conceptos de transformaciones sociales» (40), si bien esta materia social plantea, según él, un problema metajurídico que carece de toda importancia para nuestra ciencia (41). Es decir: el autor reconoce la génesis empírica (natural o social) del Derecho, pero cierra voluntariamente los ojos a éste problema genético, y llamándolo metajurídico lo declara sin importancia para el Derecho.

Mas en vano Sander quiere eludir el carácter empírico de su doctrina. En vano asegura, frente al sociologismo, que, si bien él es el primero que encontró un factor intuicional en los juicios de Derecho, este factor intuicional no tiene existencia fuera de dichos juicios (42). En vano se esfuerza en proclamar que «el Derecho no encuentra ante sí realidades da-

(38) *Die transzendente Methode*, págs. 481 y sigs. *Comp. Staat und Recht*, págs. 77, 437, etc.

(39) Por ej., en *Staat und Recht*, pág. 59.

(40) *Staat und Recht*, pág. 438.

(41) *Idem*, pág. 439.

(42) *Staat und Recht*, pág. 466.

das, hechos extrajurídicos» (43), y que sus proposiciones se refieren a una materia objetiva que es correlativa únicamente de ellas (los hechos jurídicos), debiendo designarse como Derecho sólo aquellos hechos-objetos que se dan en la intuición jurídica» (44). Cuando llega la hora de ejemplificar se advierte claramente que «intuición jurídica» y «sensación jurídica» no son cosas análogas a la intuición y la sensación puras de Kant (únicas constitutivas), sino que son complejos muy elaborados de estas mismas intuiciones y sensaciones kantianas, son conceptos y grupos de conceptos empíricos; en una palabra: hechos sociales. Así, en las páginas 11-12 de *Staat und Recht* se presentan como intuiciones elementales (Tatsachen) construcciones tan simples y tan *inexistentes* fuera del juicio jurídico como «tren en marcha», «maquinista en una locomotora», «choque de trenes», etc.

Además, mientras Kelsen, para deslindar su campo del de los sociólogos, sostiene que la serie causal o empírica (facticidad), es una serie distinta de la jurídica (normatividad), que se desarrolla paralelamente a ésta, Sander, con ese mismo fin, nos invita a rechazar el punto de vista del sociólogo, porque no es sino una interpretación, un correlato subjetivo de la realidad jurídica (45). Y esto, lejos de negar el sociologismo, ¿qué es sino reconocer que Derecho y Sociología tienen un mismo objeto?

Pero la cualidad jurídica que el hecho anteprocésal adquiere al ser incorporado a una proposición de Derecho es susceptible de gradación. El grado mínimo lo representa la providencia del Juez que ordena notificar la demanda en que el hecho anteprocésal se alega. Y la cualidad va intensificándose a medida que el proceso avanza (46). Si ésta fuera la opinión definitiva de Sander, grado de intensidad significaría grado de precisión, y habría que reducir la ciencia del Derecho a la

(43) *Die transzendente Methoden*, pág. 484.

(44) *Staat und Recht*, pág. IX; *Kelsens Rechtslehre*, pág. 85.

(45) *Comp. Rechtsdogmatik*, págs. 20 y 49.

(46) *Die transzendente Methode*, pág. 484.

ciencia del Derecho procesal, entendiendo la expresión *proceso jurídico* en el sentido estricto de proceso judicial y no ya como abarcando la total vida del Derecho. Aun en este sentido sería difícil asentir a la opinión de Sander, porque, en general, los procesos judiciales no producen más que una proposición definitiva del hecho anteprocesal: la sentencia, siendo los momentos precedentes meros trámites preparatorios.

Sólo que, en otros pasajes, la cualidad no parece ya referirse a la precisión del hecho, sino a su concreción. Sander involucra estas dos cosas y compara, por ejemplo, la creciente concreción de un hecho jurídico con la «serie ascendente de llenamiento», de Husserl, que alude a la precisión (47). Entendido el incremento de cualidad como incremento de concreción, claro está que ya no se reduce al proceso jurídico *stricto sensu*, pero cambia completamente de aspecto (el grado mínimo de cualidad no corresponde entonces a la providencia notificatoria, sino a la ley más abstracta de todas: la Constitución) y se confunde con la segunda de las categorías de relación que luego examinaremos.

Resumiendo: la adaptación al Derecho de las categorías kantianas de cantidad y cualidad sólo aprovecha en la teoría de Sander para revelarnos que el material de que se compone la experiencia jurídica, es decir, los elementos primigenios que en los juicios sintéticos de esta experiencia se conectan, no son intuiciones amorfas, materia virgen de toda elaboración conceptual, sino conceptos empíricos compuestos e inducidos de otros conceptos (morales, económicos, sociológicos, etc.). Mas si ya el material de la experiencia jurídica se integra de esta suerte, ¿cómo podrán ser categorías *a priori* los conceptos o juicios que elaboren y unifiquen semejante material?

(47) Kelsens *Rechtslehre*, pág. 15.

LAS CATEGORÍAS DE RELACIÓN. EL ESTADO COMO SUSTANCIA

Las categorías matemáticas de cantidad y cualidad, en la epistemología de Kant, se refieren propiamente a la consistencia intuitiva de todo fenómeno y no proporcionan noticia alguna acerca de la trabazón de los fenómenos entre sí. Así, no son ellas las que constituyen la experiencia como tal, porque una experiencia «sólo es posible mediante la representación de un encadenamiento necesario de las percepciones» (48). Kant aclara más esto en la página 517, donde dice que las categorías matemáticas son constitutivas de la intuición y las dinámicas (49) regulativas de la intuición, pero constitutivas de la experiencia.

Análogamente, las categorías que en la doctrina de Sander constituyen el Derecho, proceso o experiencia jurídica, no son las categorías matemáticas de cantidad de Derecho y cualidad de Derecho, cuya misión se constriñe a instituir el hecho jurídico, sino las categorías dinámicas de relación (50). Estas categorías son: el Estado, correspondiente a la sustancia de Kant; la Imputabilidad, paralela a la causalidad, y la Imputabilidad recíproca, correlativa de la reciprocidad.

En su escrito sobre el «Método trascendental, etc.», opinaba Sander que si la copiosa variedad y variabilidad de los fenómenos de un sistema jurídico se unifican en tal sistema es porque esos fenómenos son fenómenos de Derecho y todos tienen un substrato común e invariable: la sustancia jurídica o Estado. El Estado, en la acepción de sustancia, abarca, pues, la totalidad del Derecho, aunque no es esa misma totalidad. Kelsen encuentra que la asimilación de Estado y sustancia cons-

(48) Kant, *Kritik der r. V.*, pág. 170.

(49) Las categorías dinámicas son las de relación y modalidad; y a ellas corresponden los dos últimos grupos de *principios del intelecto*.

(50) El paralelo con las categorías de modalidad no tiene en Sander importancia ninguna, ni es digno apenas de mención.

tituye un acierto y un buen servicio a la ciencia. No hay en toda la doctrina de Sander más que este rasgo que merezca su benevolencia (51).

Lo malo es que esta interpretación estática del Estado no resulta compatible con la interpretación dinámica que, en definitiva, sostiene Sander. En resumen, el Estado es para Sander (como luego veremos) la serie fundamental del Derecho integrada por la jerarquía de las autoridades competentes. Ahora bien: entre dicha serie fundamental y las otras series o procesos de un sistema de Derecho, ¿cómo puede advertirse una relación análoga a la que pasa entre sustancia y accidente? ¿Cómo afirmar que la serie en que se desarrolla una institución de Derecho privado sea un *modo* de existir de la serie fundamental? ¿Cómo entender que el contenido de la Ley y el Príncipe que dicta la Ley son la parte variable y la parte permanente de un mismo fenómeno? ¿No es más bien la relación de causa y efecto, fuente y producto, la que se da entre esos términos?

Convencido de ello, Sander, en su obra capital, sigue el ejemplo de la ciencia natural moderna —la cual ha licenciado el concepto metafísico de sustancia y se satisface para sus menesteres con el concepto más abarcante de función— y abandona la categoría Estado-sustancia o Estado-persona, reputándola idea regulativa propia de la Dogmática. «Como el contraste de Metafísica y Física —dice— se resume en el contraste de sustancia y función, así el contraste de Metajurisprudencia y Jurisprudencia en el de persona y proceso» (52). Y en otro pasaje, extremando la nota, afirma que «los principios de la ciencia de la experiencia jurídica no conducen a ninguna teoría del Estado» (53), afirmación que hay que entender en el sentido de que no conducen a ninguna teoría del Estado como sustancia constitutiva del Derecho.

(51) Kelsen, op. cit., pág. 57.

(52) *Staat und Recht*, pág. 455.

(53) *Staat und Recht*, pág. 72.

EL ESTADO COMO SERIE FUNDAMENTAL DE IMPUTABILIDAD

Hemos visto que el Estado, como primera categoría de relación análoga a la de sustancia, ha fracasado en su misión de ligar la experiencia jurídica. Y ello no sólo por su evidente incompatibilidad con el pensamiento dominante de Sander, según el cual el Estado funciona como causa y no como sustancia del Derecho, sino por expreso abandono del autor. ¿Serán más afortunadas las otras dos categorías?

La categoría correspondiente a la kantiana de causalidad es, como sabemos, la que Sander, con denominación completamente arbitraria y despistante, llama *imputabilidad*. Esta categoría liga las proposiciones entre sí y, dentro de las proposiciones o de algunas de ellas, liga también en series sucesivas los hechos jurídicos (54).

Lo primero que extraña, desde el punto de vista kantiano, es que esa pretendida categoría ejerza también funciones de idea, conectando no sólo los hechos jurídicos (análogos a las intuiciones), sino proposiciones de Derecho (síntesis o composiciones de hechos análogos a los conceptos). Pero, en realidad, la imputabilidad jurídica de Sander no es una idea de la causalidad kantiana. En efecto: su principio «todas las transformaciones del Derecho acaecen según la ley del nexo del supuesto jurídico y de la consecuencia del Derecho» (55) no hace sino añadir el predicado *jurídico* al principio de causalidad kantiano, el cual en la primera edición de la crítica reza así: «todo lo que acontece supone alguna cosa a la que sigue según una regla» (56). No se trata, como asegura Kelsen (57).

(54) *Die transzendente Methode*, págs. 489 y sigs.

(55) *Die Transzendente Methode*, págs. 490 y sigs.

(56) Kant, *Kritik der r. V.*, págs. 180, 490.

(57) Kelsen, op. cit., pág. 64. Toda la crítica de Kelsen consiste en el intento de demostrar que las categorías de Sander son las mismas categorías de Kant.

de la misma categoría de causalidad natural (que es un concepto *a priori* puro y fundamental, sino de un concepto empírico *a posteriori*), es decir, de un caso de aplicación del principio de causalidad a un grupo concreto y definido de fenómenos.

En consecuencia, lo que nos interesa saber es qué caso o casos especiales de causalidad representa esa pretendida categoría jurídica de imputabilidad. Sander no nos muestra directamente ninguna serie causal de hechos jurídicos, pero sí una de proposiciones de Derecho. En virtud de esta serie las proposiciones se encadenan según su grado de generalidad en guisa que las más generales preceden a las menos generales: Esto es, las proposiciones llamadas leyes simples, éstas a los decretos, éstos a las órdenes, etc. Únicamente a tal serie es aplicable el que Sander, vaga e impropriamente, afirma de todo proceso jurídico, o sea que cada fenómeno es *hecho* respecto del fenómeno superordenado y regla respecto del subordinado.

Sólo que no se trata realmente de una aplicación de la categoría de causalidad. En claros términos dice el autor que las proposiciones se colocan según su generalidad. Luego si se colocan según su orden de generalidad no se colocan según su orden de sucesión. Luego no nos hallamos frente a una serie causal, sino frente a una serie lógica. Salta, en efecto, a la vista, que la irreversibilidad en el tiempo, esencial a las secuencias causales, no es aplicable a la serie jurídica. Al contrario, la Historia podría indicarnos multitud de casos en que la proposición superior se dicta después de la inferior. Únicamente en un ordenamiento lógico el juicio o el concepto más general precede siempre al que lo es menos.

Y ahora nos ocurre otra pregunta. Este ordenamiento lógico de las proposiciones, ¿es simplemente un ordenamiento de las proposiciones? ¿Se refiere al contenido de ellas o se refiere exclusivamente a su forma y, dicho con más exactitud, a su origen? Si el nexo llamado imputabilidad aludiese al contenido de las proposiciones, si las conectase realmente, esencialmente, por lo que ellas son en sí mismas, no por referencia a su origen, tendríamos que el proceso jurídico sería un proceso analítico.

En efecto: en un orden lógico de generalidad cada miembro contiene al siguiente y está contenido por el anterior, de modo que el primero de la serie los encierra a todos virtualmente como una caja malabar; así, la Ley contendría íntegramente el fallo, y en este sentido podría decirse que lo generaba, porque el fallo no sería sino aplicación analítica de la Ley. En cada serie no habría entonces más que *un solo* juicio sintético y a continuación una secuencia de juicios analíticos que irían decantándose del primero, uno tras otro.

Pero tal doctrina pugnaría con el dinamismo jurídico, que en Sander es esencial (58), y con su adhesión a las teorías de la Escuela de Derecho Libre y de la estructura poligrada o escalonada del Derecho. Porque la pluralidad de grados jurídicos no es, como en ocasiones imagina Sander (59), la simple pluralidad de momentos *en un continuum* (¿cómo distinguir de grado en una continuidad?), sino la pluralidad de grupos, *productores*, en mayor o menor escala de derecho; ahora bien, si en cada grado tiene lugar una síntesis de nuevos hechos que requiere la intervención de una autoridad que enjuicie sobre estos nuevos hechos y no un sencillo juicio analítico pronunciable por la ciencia, la proposición de derecho superior no producirá por sí sola la siguiente, no funcionará como proposición genérica de la que la siguiente sea un simple caso específico.

De suerte que, lógicamente, Sander no puede referir la serie jurídica de generalidad (imputabilidad) al contenido de las proposiciones conceptuadas. Además, ¿cómo sería posible que todos los contenidos jurídicos tuviesen el mismo número de grados de generalidad? ¿No se advierte, a primera vista, que en unos casos la concreción se ha de ir realizando a través de muchos grados y en otros grados a través de pocos? Hay pre-

(58) El estaticismo que sólo ve el Derecho en la Ley forma parte, según Sander, del dogma fundamental del iusnaturalismo. En su virtud, la interpretación científica de la Ley debe prevalecer sobre la que le dan los órganos competentes cuando lógicamente es más exacta que ésta.

(59) *Rechtsdogmatik*, pág. 14.

ceptos que son concretos ya en la constitución, pero otros se concretan después de sucesivas disposiciones del mismo rango; por ejemplo: sucesivos decretos.

No; lo que determina la graduación y traza las líneas divisorias de una proposición a otra en la serie de imputabilidad de Sander no es el grado de generalidad de su contenido, sino el grado de generalidad de la autoridad que las dicta. Comprobación de ello es la denominación misma de los distintos grados (constituciones, leyes, decretos, reales órdenes, fallos, etc.), denominación que no alude directamente a la mayor o menor generalidad lógica del contenido, sino al rango de la autoridad correspondiente.

Tenemos, pues, que la serie formal de proposiciones que nos presenta Sander no es más que proyección de otra serie *real*; no hace más que apuntar y remitirnos a otra serie, ordenada según su contenido, que es la serie o jerarquía de autoridades. Aquí el nexo o categoría (imputabilidad) muere en el sér de las cosas, conecta propiamente los diversos miembros y no se limita a clasificarlos por referencia a otras series distintas. Sólo que son de notar varias modificaciones.

En primer lugar, los términos enlazados no son ya proposiciones de Derecho, sino hechos jurídicos (poderes, autoridades u órganos), lo que es más conforme con la misión de las categorías. En segundo lugar, la *imputabilidad* jurídica sigue no siendo un caso de aplicación de la categoría de causalidad, pero ha dejado de ser un orden lógico de generalidad. ¿Cómo, en verdad, entender que la autoridad superior es un caso abstracto y la inferior un caso concreto, o que aquélla contiene a ésta como el género a la especie? Indudablemente, la serie jurídica se ordena según el grado de poder o autoridad de sus miembros, es decir, según un principio que Sander se abstiene de decidir y que, por tanto, queda completamente fuera de su teoría.

Si ahora designamos esta serie jerárquica con el nombre de Estado, tendremos la definitiva acepción sanderiana del Estado; a saber: El Estado como serie fundamental de imputabilidad jurídica. Semejante Estado no será idéntico y sinónimo

con el Derecho, no abarcará la totalidad de éste como cuando representaba la de sustancia, pero, por ser la serie generatriz, podrá ordenar esa totalidad proyectando sobre ella su propia estructura y clasificando las proposiciones de esa totalidad por su origen, independientemente en su contenido.

Mas surge aquí una nueva dificultad. En sentir de Sander, la regla que contiene, y con arreglo a la cual se cumple toda secuencia de fenómenos jurídicos, es siempre «la regla de una proposición de Derecho», o sea, y teniendo en cuenta lo que para el autor significa *proposición de Derecho*, es una regla positiva concreta. Ahora bien: la serie jurídica fundamental es evidente que no puede estar contenida en una proposición del Derecho positivo. En el Derecho positivo de un Estado la proposición superior es la Constitución, pero la Constitución no comprende el primer miembro de la serie jerárquica. La autoridad que dicta y genera la Constitución no puede, a su vez, depender y ser un engendro de ésta. Prueba perentoria de ello es que ninguna Constitución, por mucho que haya pretendido regular los poderes constituyentes, ha servido nunca para evitar revoluciones y golpes de Estado.

Para eludir esta dificultad sin salirse del Derecho (científico) Kelsen ideó la «hipótesis de la Constitución». Dicha hipótesis no es la Constitución positiva, no es proposición ninguna de derecho positivo, sino un postulado normativo, un supuesto científico, del que la Constitución deriva su fuerza. Sander adopta también esta solución (60). Pero mientras en Kelsen esta solución es lógica, porque el Derecho para él no es el Derecho positivo, sino un sistema de normas elaborado por la Ciencia, Sander, que no quiere entender por proposición de Derecho más que la de Derecho positivo, ¿cómo podrá aceptar la llamada hipótesis constitucional sin contradicción con sus principios?

La situación no varía si por Estado entendemos, como a

(60) No nos incumbe dilucidar aquí, si, como afirma Sander (*Kel-sens Rechtslehre*, pág. 16), fué Kelsen quien tomó de él este concepto, o viceversa.

menudo entiende Sander, el Estado mundial o internacional, en vez de los estados particulares (61). A creer a nuestro autor, los Estados particulares no son más que elementos integrantes del *proceso jurídico* que los contiene a todos y del cual derivan todos su virtud. El Derecho, dice, dejaría de ser una totalidad, dejaría de ser un sistema si cada Estado particular formara serie aparte. Así, las transformaciones de estos Estados se realizan jurídicamente (esto es, dentro del Derecho y sin interpolación de elementos metajurídicos) aun cuando sean revolucionarias y no se hallen previstas en la Constitución respectiva. Con esto se amplía la hipótesis constitucional y se hace de ella una hipótesis internacional, pero no se elude ni su empirismo ni su carácter de concepto científico y no de derecho positivo (62).

6

LA IMPUTABILIDAD RECÍPROCA. CONCLUSIONES

Pero repitámoslo: Si la serie fundamental (Estado) es una serie de contenido, las series en que, por referencia a ella, se articula el restante derecho, son simples series formales. ¿Cómo se conceptúa y ordena el contenido de estas series formales? Nada nos dice Sander acerca de este extremo. Mientras sabemos que la serie fundamental se unifica en un concepto científico (no en una proposición jurídica positiva) de jerarquía, llamado imputabilidad, en cambio no sabemos del modo como se unifican, en cuanto a su contenido, las otras series. Únicamente nos es dable colegir deduciéndolo del dinamismo profesado por el autor, que la unificación se realiza metajurídicamente y que, por tanto, el principio o concepto de unificación

(61) V. por ej., *Staat und Recht*, págs. 761, 845 y 1.189.

(62) Notemos, de pasada, por concebido el Estado como una jerarquía en que cada autoridad está condicionada únicamente por la superior, la teoría de Sander conduce obligadamente al Estado absoluto y más exacto: a una autoridad absoluta dentro del Estado.

no puede ser tampoco en ellas una proposición de Derecho, sino un concepto científico.

Si el Derecho se redujera para Sander a la serie fundamental como Kelsen piensa que se reduce (63), su teoría no sería una teoría del Derecho, sino una sencilla organología del Estado. Pero la *experiencia jurídica* intenta abarcar todo el Derecho. No sólo las proposiciones, jerárquicamente enlazadas en cuanto a su forma (origen), deben de alguna suerte enlazarse en cuanto a su contenido; a su vez, estas proposiciones contienen, como ya dijimos, otras series sucesivas de proposiciones, o bien relacionan los hechos jurídicos mediante conceptos peculiares. Cuales sean esas otras series, distintas de la serie jerárquica formal, y cuales sean esos conceptos sintéticos de hechos, Sander se abstiene de referirnoslo. En reiteradas ocasiones alude a los procesos civiles y criminales y a conceptos de Derecho privado como representantes de esas series y esas síntesis, pero nada nos confía acerca de su naturaleza, si no es que el modo de conexión se llama *imputabilidad* cuando los fenómenos jurídicos se suceden e *imputabilidad recíproca* cuando los fenómenos se proceden simultáneamente (64). Así, por ejemplo, escribe incidentalmente que la compraventa, la permuta, el arrendamiento, la negligencia, etc., «son especies de la categoría jurídica de imputabilidad» (debe de ser imputabilidad recíproca) (65).

Esta categoría de imputabilidad recíproca, contrafigura de la tercera categoría de relación que Kant caracterizó como una sucesión reversible (66), parece, pues, que consiste en una relación de mutua dependencia entre hechos jurídicos (lo cual es una tautología que no sirve para diferenciarla), sin que podamos adivinar en qué estriba esta específica dependencia ni qué hechos son adecuados para entrar en ella.

Resumamos: La tarea irrealizable de estructurar una ex-

(63) Kelsen, op. cit., pág. 50.

(64) *Die transzendente Methode*, págs. 495 y sigs.

(65) *Kelsen Rechtslehre*, pág. 113.

(66) Kant, op. cit., págs. 201 y sigs.

perencia *independiente* (soberana) enlazando no intuiciones *a priori*, sino hechos conceptualizados ya por otras ciencias sociales, estaba encomendada, como vimos, a las tres categorías de relación. De estas tres categorías el mismo autor descartó la de sustancia, y es fuerza que nosotros descartemos ahora la de imputabilidad recíproca, porque no se nos revela expresamente su condición; queda sólo el principio de imputabilidad, constitutivo del Estado, como jerarquía de poderes indeterminados, y este principio (que carece de toda originalidad y no constituye realidad alguna *independiente*) es precisamente el que Sander necesita formular en una hipótesis científica, porque no se encuentra ni cabe en ninguna proposición de Derecho positivo.

¿Puede ser más evidente el fracaso de nuestro autor? Ninguno de los dos propósitos fundamentales de su teoría queda logrado: ni la construcción del Derecho como realidad *apriorística*, distinta de las otras (ética, natural, etc.), ni la exclusión de la ciencia en la labor de sistematizar los principios jurídicos; pero, demostrado que la realidad jurídica es solamente un sector de la realidad natural, ¿no se sigue la necesidad de lo que Sander llamó *dogmatismo*, esto es, la necesidad del enlace científico del Derecho con la realidad restante? ¿Cómo, en verdad, dar cuenta de un grupo de fenómenos más que definiendo, delimitando su posición dentro del conjunto de los otros fenómenos que le son contiguos en el espacio y en el tiempo y que, por tanto, lo determinan? En vano Sander quisiera eludir la definición de lo jurídico asegurando que el Derecho no es objeto de la Ciencia del Derecho (67), y que «la teoría de la experiencia jurídica se ocupa exclusivamente del análisis de las relaciones que tienen lugar dentro del sistema de Derecho» (68). La definición, i. e., la ubicación del Derecho en la realidad —de la que no es más que un aspecto o una parte y, más exactamente, el aspecto de una parte— es ineludible para una doctrina que se presenta como

(67) *Staat und Recht*, pág. 1.217.

(68) *Rechtsdogmatik*, pág. 28.

«teoría del Derecho» (69). Cabe, sí, suponer una jurisprudencia reducida al estudio hermenéutico de determinado Derecho positivo, la cual se excuse de elucidar el problema de la definición del Derecho. Pero aun esa jurisprudencia especial deberá aceptar como base de su estudio una u otra de las soluciones propuestas al problema, y la solución aceptada figurará en ella cual supuesto científico o postulado del que no es posible prescindir. Nunca la no ventilación del problema equivaldrá a su supresión. Sander recusa por metajurídicas las definiciones (70). Y es cierto: toda definición del Derecho habrá de valerse siempre de términos metajurídicos, porque toda definición trasciende el objeto definido y lo refiere a objetos situados más allá de él. Sólo que decir de un concepto que es metajurídico no es, como Sander piensa (71), hacerle un reproche igual al que se hace diciendo de él que es metafísico. Puesto que lo jurídico se halla inscrito en la experiencia necesariamente habrá muchedumbre de fenómenos metajurídicos dentro de la experiencia. Fenómenos, por consiguiente, nada ilusorios, nada mitológicos, sino perfectamente reales. Indudablemente, el Derecho ha de conceptarse, por fuerza, no con las normas éticas, como deducidos de ellas, o con fenómenos sociales, como inducido de la observación empírica. Así, toda teoría del Derecho realiza una y otra suerte de conexión, ya involuntariamente, ya de propósitos, ya dándose cuenta de ello, ya ignorándolo. Sander mismo es, según hemos visto, y mal que le pese un adepto del que llama dogmatismo sociológico. Su problema, pues, no es, como él imagina, el problema (*¿qui iure?*) propuesto por Kant para los conceptos *a priori*, problema que no resuelve ni podría resolver sino el problema de la génesis del Derecho (*¿qui facti?*), problema que tampoco resuelve porque rehuye plantearlo a causa de su concepción errónea del dogmatismo.

Y por esto mismo, porque no plantea ni discute declara-

(69) *Staat und Recht*, pág. XI.

(70) *Rechtsdogmatik*, págs. 32-33.

(71) *Staat und Recht*, pág. 1.219.

damente el problema genético del Derecho, la doctrina de Sander, que no supera el dogmatismo sociológico, no representa tampoco una superación razonada del dogmatismo normativo o ético, el cual se propone cabalmente como solución de aquel problema.

¿Qué concluir de todo esto? El que Sander no haya logrado su propósito, no haya superado lo que el llama dogmatismo jurídico, ¿significa que su esfuerzo se agote en pura pérdida? De ningún modo. La obra de Sander es, ante todo, una gran lanza rota en favor de la originalidad que el Derecho, como todo conocimiento autónomo, debe reivindicar para sus conceptos. El perímetro de éstos no coincide con el de otros conceptos contruidos por la Etica, por la Economía, por la Psicología o por la vaga y hospitalaria Sociología. No están tomados a préstamo de ninguna otra ciencia, sino compuestos desde un punto de vista propio. Todo jurista suscribirá de buen grado las palabras de Sander cuando tacha de *dilettantismo* el tratamiento sociológico del Derecho. *Dilettantismo*, en efecto, porque ignora la especificidad de los términos jurídicos y entiende y emplea estos términos toscamente, según su acepción vulgar o la que afectan en otras ciencias más o menos afines.

Pero el servicio inapreciable de la teoría de Sander es el que nos presta, a pesar suyo, y consiste en demarcar estridentemente los límites de esa especificidad jurídica. Por primera vez, Sander desarrolla francamente, con todas sus consecuencias, sin reserva ni atenuación alguna, el intento neokantiano de construir el Derecho como una teoría especial del conocimiento. Su fracaso demuestra que la autonomía de lo jurídico no puede consistir más que en la peculiaridad de conceptos empíricos *a posteriori*, nunca en la peculiaridad de categoría *a priori*, constitutiva de no sé qué realidad distinta e independiente. El rango científico (el carácter sistemático y específico) del Derecho no puede ni necesita fundamentarse con el mismo razonamiento con que Kant fundamentó la sistematización y la autonomía del conocimiento en general.

Por genuina que sea su composición, los conceptos jurídicos

no son sino abstracciones alusivas a una realidad humana viva y sangrante. Esta verdad es, con frecuencia, ignorada. Demasiado a menudo, aun sin llegar al radicalismo de Sander, los juristas se inclinan a no ver en el Derecho más que conceptos puros, desligados del mundo y enlazados entre sí por férreas concatenaciones silogistas. Olvidados de cómo obtuvieron sus vacías subtracciones acaban por atribuirles un valor absoluto, al cual todo debiera sacrificarse conforme exige la monstruosa máxima del «Fiat Justitia pereat mundus...».

J. G. DE LA SERNA FAVRE