

FILOSOFOS MODERNOS DEL DERECHO: FELIX KAUFMANN

1.—LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LAS CIENCIAS Y LA CIENCIA DEL DERECHO

PARA Félix Kaufmann el *contenido* de la conciencia, o mejor del acto o suceso consciente, es un *sentido* o *concepto* mediante el cual la conciencia o el acto consciente se relaciona con su *objeto*. Así, al objeto «triángulo equilátero» podemos referirnos con el concepto o contenido «triángulo de lados iguales» y con el concepto o contenido «triángulo de ángulos iguales» (1). De donde *objeto* será un complejo de conceptos y un concepto simple carecerá de objeto. O bien la distinción entre objeto y contenido del acto consciente no es una distinción esencial, sino eventual, y sólo practicable en casos privilegiados (2).

(1) FÉLIX KAUFMANN, *Logik und Rechtswissenschaft*, 1922, pág. 36.

(2) Si por concepto o contenido entendemos la relación del *objeto* con otros objetos (que es lo que en los ejemplos aparece), entonces sí podemos afirmar que todo objeto (aun sin ser complejo) es susceptible de *indicarse* o *significarse* mediante más de un concepto, léase mediante juicios sintéticos diversos. Pero en tal caso ya no existe la distinción entre objeto y contenido o concepto; ambos serán la misma cosa, y lo que variará en los diversos contenidos será el otro concepto que se torne como punto de referencia, el cual en modo alguno podrá considerarse como una *manera* de presentarse del objeto referido, sino como cosa completamente diversa. Es decir, el contenido será una síntesis que no tendrá un solo objeto, sino dos, y que, por tanto, no podrá entenderse como *manera* de uno sólo de ellos, o sea que el contenido no será distinto del objeto o más bien de los objetos a que se refiere.

En este caso los únicos objetos o conceptos que no serán susceptibles de juicios sintéticos *a priori* serán los que no constituyen intuiciones de esencia..., o sea los que no son objetos *a priori* (op. cit., pág. 41). Pero nada impide que puedan determinarse mediante juicios sintéticos *a posteriori*. De suerte que cuando KAUFMANN afirma que de los conceptos empíricos no hay ciencia teó-

En esta posibilidad de referirse al mismo objeto mediante distintos conceptos consiste la posibilidad de los juicios sintéticos *a priori*, los cuales otra cosa no son sino el acoplamiento en forma de sujeto y predicado de dos conceptos *distintos* referentes al mismo objeto (3). Pero no es una síntesis, sino un análisis, a saber: el análisis del objeto en los conceptos que lo integran. O bien reducimos los juicios analíticos a un juego de sinónimos, a una relación predicativa de dos expresiones referentes al mismo concepto. O bien los conceptos poseen una realidad distinta (para el conocimiento, que es el terreno en que nos hallamos), y, por tanto, el objeto no es un objeto, sino una síntesis. O bien la realidad ideal corresponde al objeto, y entonces los conceptos sólo tienen una realidad relativa, son sólo aspectos, en cuyo caso su unión no es síntesis, que es lo primero que hemos afirmado. La solución fenomenologista (4) consiste en llamar objeto a las síntesis *a priori*, o sea aquellas que se nos dan inmediatamente como tales en una intuición de esencia (*Wesenintuition*). La ciencia o sistema científico es el conjunto de juicios sintéticos *a priori* que se refieren al mismo objeto (5). De donde cada ciencia tiene un objeto sólo.

Más adelante desarrolla esta idea, aclarando que los conceptos fundamentales de una ciencia no son conceptos de esta ciencia, sino de otra. Sólo la unión de los conceptos fundamentales constituye el concepto de la ciencia en cuestión, y sólo los conceptos que comprenden en sí dicho objeto son conceptos de dicha ciencia (6). Hay aquí de notable el renacimiento de la trascendencia inevitable en toda definición, reconocimiento que no es dogma de la lógica fenomenológica y que nos reconduce a la pirámide aristotélica que

rica, entendiendo por tal ciencia de síntesis *a priori*, no excluye el que haya sobre dichos conceptos una ciencia empírica *a posteriori*. Cuando dice, pues, que la ciencia de la experiencia está condicionada o requiere la *apriorización* del objeto de experiencia, no sabemos qué pueda significar semejante apriorización si no es la citada inducción, porque el objeto se da o no se da *a priori*, y si no se da, i. e. si es un objeto de experiencia, ¿qué podremos hacer nosotros para que se le dé *a priori*? KAUFMANN lo reconoce: «Ningún camino lleva del conocimiento *a posteriori* al conocimiento *a priori*» (op. cit., pág. 42). Con lo que alude indudablemente a la infinitud de las relaciones empíricas de un objeto empírico.

(3) Op. cit., pág. 37.

(4) Comp. op. cit., págs. 19 y 55.

(5) Op. cit., págs. 37, 38.

(6) Op. cit., pág. 104.

Husserl intenta demoler. La definición, en efecto, trasciende, saliendo por el boquete del *genus proximum*, transcendencia que de definición en definición nos lleva al vértice de la pirámide aludida. Al contrario, Kaufmann nos aseguraba antes que el objeto puede significarse mediante cualquiera de sus conceptos. Y por consiguiente, cada concepto fundamental es propiamente concepto de la ciencia propuesta.

Pero si aceptamos que sólo la unión de los conceptos fundamentales puede constituir el objeto, y, por ende, los conceptos propios, de la ciencia en cuestión, mal nos persuadirá Kaufmann de que esto es una peculiaridad de la teoría del Derecho (7). La regla jurídica —dice— no se determina más que mediante «la específica conexión conceptual que hemos dado a conocer en la hipotética doble norma». Con lo que vuelve a descubrir que la verdadera peculiaridad de la ciencia jurídica es que no la define ni la unión de sus conceptos fundamentales, sino únicamente la repetición de la unión (ver más arriba).

Kaufmann describe el método científico, y así el de la jurisprudencia, como un método francamente deductivo (8): «Puede designarse el año en que aparecieron los *Hauptprobleme* (de Kelsen) como el año de nacimiento de la teoría del Derecho» (9).

2.—LA CIENCIA JURÍDICA COMO TEORÍA «A PRIORI» DE LA REGLA DE DERECHO

La ciencia del Derecho es para Kaufmann «teoría de la esencia del Derecho, como la ciencia natural pura es teoría de la ciencia de la Naturaleza» (10). Pero así como esta teoría esencial de la Naturaleza puede atender a las leyes naturales o bien a los hechos en cuanto se relacionan con las leyes, así la ciencia del Derecho (esencial) puede tener como tema la interpretación de las leyes jurídicas o normas, o bien el estudio de los hechos jurídicos en su relación con las normas (11). La ciencia natural, que se ocupa

(7) Op. cit., pág. 106.

(8) Op. cit., pág. 107.

(9) Op. cit., pág. 54.

(10) Op. cit., pág. 43.

(11) Op. cit., pág. 45.

de las leyes naturales, es legisladora, mientras que la atenta a los hechos es aplicadora de leyes. En cuanto a la jurisprudencia (ya no dice ciencia del Derecho) es evidente que su misión no es legislar (12). La ciencia del Derecho es teoría de los hechos jurídicos. Kaufmann coloca expresamente las leyes naturales junto a las leyes jurídicas, y los hechos naturales junto a los hechos jurídicos (13).

Es de notar que si Kaufmann declara la ciencia del Derecho incompetente para dictar leyes, a diferencia de lo que ocurre con la ciencia natural, es indudablemente porque entiende por leyes jurídicas las que dictan los legisladores positivos. La misión netamente dogmática (14) de la jurisprudencia parece, pues, que ha de consistir en la interpretación de las leyes positivas, y que estas leyes positivas —cuya diferencia respecto de las naturales Kaufmann reconoce expresamente, pero reputa sin importancia en este punto (15)— son las que Kaufmann parifica con las naturales. Si esta fuera la opinión definitiva del autor nada opondríamos a ello. La jurisprudencia (ciencia parcial del Derecho) se ha entendido siempre como interpretación y sistematización de leyes positivas. Pero resulta que Kaufmann excluye terminantemente de la ciencia del Derecho el Derecho positivo (16). Y aquí ya nos perdemos: ¿qué leyes o normas jurídicas son esas que la ciencia del Derecho supone ya dadas y puestas y se limita a analizar e interpretar, estudiando los hechos jurídicos en relación con ellas? ¿Quién las dicta o las encuentra si no es el legislador positivo? Necesariamente ha de ser una ciencia, pero por lo visto una ciencia furtiva, que no es la ciencia del Derecho, a pesar de que se trata cabalmente de fijar las leyes o normas que rigen el Derecho. Desde luego, esa ciencia anónima y vergonzante habrá de dictar las normas jurídicas *ex nihilo*, encontrándolas sencillamente en su aprioridad tanto más misteriosa e inverosímil cuanto más complejas y cargadas de materia sean dichas leyes, porque el procedimiento de encontrar tales normas por generalización o abstracción de parte de las leyes

(12) Op. cit., pág. 46.

(13) Op. cit., pág. 48.

(14) Op. cit., pág. 46.

(15) Op. cit., pág. 45.

(16) Op. cit., pág. 47.

positivas está taxativamente prescrito como empírico y contradictorio (17).

Indudablemente aquí la posición de Kaufmann se determina por una confusión entre las normas puras del Derecho —leyes de la ciencia jurídica— y las aplicaciones ocasionales de esas normas —leyes jurídicas en el sentido Derecho positivo—. Disipada esta confusión Kaufmann no hubiera podido menos de reconocer a la ciencia del Derecho un papel de legisladora (18). Toda teoría del Derecho —concluye— es, pues, teoría *a priori* de la regla de Derecho, entendiéndolo por tal la «forma de Derecho fijable *a priori*», y no las reglas del Derecho positivo.

La analogía con la ciencia natural, sin embargo, no ha de entenderse como si él aceptase para el Derecho el método causal, porque él «por ley natural de ningún modo entiende ley causal». Nunca puede un suceso ser necesariamente determinado por otro: «En la física moderna el concepto de función ha reemplazado completamente al de causalidad, y función no es sino ordenación (*Inordnung*)» (19). Así, el *deber ser*, que expresa la relación jurídica, no se enfrenta con el *ser* sino con un *ser* especial (*Soseins*). Bien entendido que el *ser* para Kaufmann no es el *ser* empírico que Kelsen oponía al *deber ser*, sino el *ser* ideal. No obstante, tampoco para Kaufmann existe pasaje del *ser* al *deber ser*; son planos distintos incommunicables, aunque sujetos al mismo método.

Ya aquí la indicación del *Sollen* como ordenación de un término (consecuencia del Derecho) a otro término (hecho), como antes la definición de la ciencia jurídica como teoría de la regla de Derecho, nos revela que el objeto de esta ciencia no es un objeto susceptible de significarse mediante síntesis, sino directamente una síntesis, puesto que el carácter de síntesis *a priori* de la regla de Derecho no nos ha sido demostrado —una síntesis cuya naturaleza está por averiguar—.

Anotar que en este pasaje (21) afirma que «no existen verdades normativas ni un *a priori* normativo». De donde la jurisprudencia

(17) Op. cit., pág. 50 y ss.

(18) Comp. págs. 53-54, op. cit.

(19) Op. cit., pág. 59.

(20) Op. cit., págs. 60-61.

(21) Op. cit., pág. 62.

dencia (como la ética) es, según él, una ciencia dogmática cuya tarea redúcese a explicar y sistematizar normas dadas.

Las reglas de Derecho —dice— «son normas que se refieren a la conducta humana», y toma este principio, que considera aceptado por todas las teorías, como punto de partida (22). La conducta es el estado o *peripeccia* cuyo objeto es una unidad psicofísica, i. e. un hombre, considerada haciendo caso omiso de la causa que puede originarla (23). Kaufmann cree que la introducción de este concepto de *conducta* en la ciencia del Derecho equivale a la introducción del concepto de energía en la Física, así como el concepto de imputación equivale al *principio* de la energía, en cuanto son conceptos más abarcentes que los de las antiguas ciencias y hacen superfluos muchos conceptos y grupos especiales de éstas (24). Si pasamos por esto no podemos pasar por el aserto inmediatamente siguiente de que con ello queda excluida del método juriscientífico la causalidad y la voluntad como causa psíquica, puesto que «la imputación jurídica se demuestra como totalmente independiente de la ordenación causal» (25). Cierto: si consideramos la conducta, abstracción hecha de su causa, habremos excluido la consideración causal. Pero en primer lugar la imputación de Kaufmann (que es la de Kelsen) significa siempre una referencia de la conducta si no a la voluntad psíquica del hombre, por lo menos al hombre como unidad psicofísica, y tal referencia es una referencia causal. La tentativa que hace Kaufmann (26) de entenderla como relación de objetos dependientes, y que se reduce (ya que decir dependientes no es decir nada mientras no se aclare en qué la dependencia estriba) a una tentativa de entenderla como una relación de sustancia y accidente (al fin otra categoría kantiana y no específica del Derecho) no nos convence por razones que no son de exponer ahora. En segundo lugar el Derecho no se limita, según Kaufmann, a la relación de la conducta con el hombre, de donde al excluir la causalidad de esta relación no la excluimos de otra relación jurídica que hemos visto que Kaufmann considera como fundamental: la que se da entre supuesto y consecuencia de Derecho, y que está aún por estudiar.

(22) Op. cit., pág. 63.

(23) Op. cit., pág. 64.

(24) Op. cit., pág. 67.

(25) Op. cit., pág. 68.

(26) Op. cit., págs. 63-64.

3.—CARÁCTER DE LA NORMA JURÍDICA

Puesto ahora a investigar el concepto de la norma Kaufmann comienza por exponer la teoría de la *objetivación*. Actos de toma de posición (*stellungnehmende Akte*), dice siguiendo a Hildebrand, son aquellos que «representan toma de posición de mí yo respecto del mundo de los objetos», a diferencia de los actos de toma de conocimiento, en los que nuestro yo está, por decirlo así, vacío y sólo puede encontrarse su contenido del lado del objeto. Kaufmann advierte que estas denominaciones corresponden a los actos activos y espontáneos de Husserl. Un mismo objeto puede darse respecto de mí en diversas modalidades, puesto que «evidentemente este modo de darse no es ninguna propiedad del objeto». Ahora bien —agrega— existe «la posibilidad de revelar una situación cualquiera respecto de un objeto como justa o pertinente a él, de suerte que ella se atribuya a éste considerado en su esencia», y en esta atribución consiste la *objetivación* (27). El lector atento habrá ya advertido la palmaria contradicción. Si la modalidad en que el objeto aparece en la toma de posición no es propiedad del objeto, ¿cómo podremos atribuírsela a éste cual modalidad *esencial* suya? Si los actos de toma de posición sólo significan una relación sujeto-objeto, ¿cómo podremos considerarlos como un atributo del objeto, independientemente del sujeto? Lo que únicamente es predicable de la relación, ¿cómo podrá predicarse de uno sólo de sus términos? En una palabra: si dichos actos no representan una relación entre mí yo y un objeto significarán una relación entre otros sujetos y otros objetos, pero jamás una propiedad del objeto considerado en sí mismo. Esta relación del objeto con otros sujetos, quizá con la totalidad o la mayoría de los sujetos, será la única objetivación posible. Objetivación inductiva o empírica que Kaufmann está dispuesto a admitir (28). Así, pues, cuando digo que una cosa es temible, etc., para mí o que lo es para otros, *tertium non datur*. Kaufmann, presenta toda valoración como una toma de posición subjetiva respecto de un objeto, pero tal que no se afirma de ningún sujeto, y, por tanto, es inverificable en absoluto y lo mismo subjetiva que objetivamente. Ahora bien, una

(27) Op. cit., págs. 62-70.

(28) Op. cit., págs. 34 y 70.

toma de posición de un sujeto no puede ser nunca propiedad inherente a un objeto; ello sería una *contradictio in adiecto*. Mas podemos referir esa actitud subjetiva o bien a nuestro propio sujeto, y será una subjetivización subjetivamente comprobable, o bien a un número mayor o menor de sujetos otros que yo, y será una objetivización empírica, una generalización expresamente rechazada por Kaufmann (29), o bien un «sujeto *überhaupt*», y será una objetivación metafísica (30). Empero, la objetivación propuesta por Kaufmann, que consiste en atribuir el valor al objeto como propiedad de su esencia, es absurda.

Otra cosa es si —como ocurre en el ejemplo de Brentano que Kaufmann cita— condicione mi toma de posición respecto de un objeto a determinadas propiedades de éste. En tal caso no se trata ya de la simple toma de posición que se nos ha descrito, sino de un acto objetivo, i. e., de un aserto que relaciona una toma de posición mía con determinadas cualidades del objeto. La hipótesis ha cambiado totalmente, y así, cuando digo que deseo una cosa por su condición de útil, al afirmar después que esa cosa es deseable por sí misma no realizo ninguna objetivación que ya no estuviera realizada, puesto que la deseabilidad de esa cosa para mí no depende de mí, sino de su condición de útil. Hay aquí una transferencia de valor (ver Scheler). Es la misma metabasis a que en otro lugar (31) alude Kaufmann: la propiedad de útil que se ha valorado se sustituye por la designación de valor, y entonces claro es que se encuentra una relación objetiva entre la cosa y el valor. Pero valor aquí significa útil y no propiamente valor. Si conforme a la lógica silogística o matemática expresamos esta metabasis algebraicamente, no podremos encontrar la falla del razonamiento. En efecto, A (el objeto) = B (la utilidad); B = C (el valor), luego A = C . Este es un discurso legítimo. Lo que no es legítimo es cubrir con el signo = relaciones distintas. A es útil por sí mismo, y así, en la ecuación A = B el signo = representa una relación objetiva. Pero la utilidad es valiosa por valoración, y en el binomio B = C el signo = representa una relación subjetiva. Los signos no son, pues, insustituibles. Lo cual prueba que

(29) Op. cit., págs. 34, al comienzo, y 70, al final.

(30) Esta es la objetivación de la ética kantiana.

(31) Op. cit., pág. 33.

el silogismo puro y simple no vale más que para las relaciones de identidad, que son las que la cópula o el signo = representan. En los demás casos no basta que las premisas sean verdaderas para que lo sea la conclusión; es preciso que la conexión que une los términos de la premisa mayor sea de igual clase que la que une los términos de la premisa menor. De aquí que nada sea más fatal y peligroso para el razonamiento que su formulación algebraica o matemática, a la que algunos son tan inclinados.

Las normas o reglas de deber (*Sollsätzen*) son, según Kaufmann, objetivaciones del querer, i. e. de aquella parte del acto conjunto del querer que consiste en la toma de posición. Dicha parte se confunde con el deseo —consistiendo la otra parte en la representación de la cadena causal que conduce a la realización del fin u objeto deseado por el sujeto volente, representación que se *funda* en el acto de toma de posición (32)—, de donde el *deber ser* es la objetivación del deseo, o sea el deseo justo (*richtig*), el deseo pertinente. Las normas o proposiciones del deber (*Sollsätze*) serán, pues, aquellas proposiciones que establecen una relación entre un objeto determinado y la propiedad de ser objetivamente deseable, esto es, deseable por sí mismo. Otra conclusión no puede sacarse de la exposición hecha por Kaufmann. El autor presenta la norma como una valoración, y como tal inverificable, no verdadera, y, por tanto, no juicio (33) —lo cual es ostensiblemente incompatible con la objetivación—; pero entiende por norma sólo la objetivación del querer. La objetivación de otras valoraciones no es norma (34). No hay, pues, normas estéticas ni normas lógicas.

Notemos de pasada que el término *fundierung* para expresar la conexión que rige entre la toma de posición relativa y la representación de la cadena causal, que lleva a la realización por el volente del objeto deseado es un arbitrio para escamotear la cuantadación de lo que constituye aquella conexión. ¿Cómo se pasa del acto de voluntad a la realización efectiva del fin? De eso la fenomenología no puede ocuparse; pertenece a la realidad, a la facticidad, con la cual se halla absolutamente incomunicada. Le basta con la *representación* de la cadena que lleva al fin. Pero cabe aún preguntar si en esta representación no figura como miembro

(32) Op. cit., págs. 71-74.

(33) Op. cit., pág. 70, en relación con págs. 32 a 36.

(34) Op. cit., pág. 71, primer párrafo.

de la cadena causal el mismo acto de voluntad, y en todo caso cómo diablo el acto volitivo de toma de posición suscita o produce (¿causa?) una representación semejante. Porque no se trata de una coincidencia casual, sino necesaria, ya que ella constituye el acto completo de voluntad; es decir, un objeto de la *Wesen-intuition*.

Claro está que si se acepta tal descripción de la norma huelgan todos los problemas relativos a una voluntad dictadora de la norma y una voluntad destinataria de la norma (35), porque está excluida toda consideración de un sujeto en la relación entre el objeto y la propiedad de deseabilidad objetiva en que hemos visto que estriba la norma. «La norma motivadora y el autor, y el autor de una norma son cosas esencialmente imposibles» (36). Las dificultades, pues, de las teorías imperativistas (la norma como expresión de la voluntad del dictador) y las consecuentes averiguaciones acerca del fin del Derecho no existen aquí. Al jurista —dice Kaufmann— no le interesa el fin de la norma, sino sólo su contenido (37).

Kaufmann cree que todo imperativo es una expresión ocasional, y partiendo de este error trata de rebatir, sin éxito, la concepción propuesta por Reinach de la orden o mandato como acto que va de una persona a otra y requiere no sólo su expresión, sino el que se percate de él la persona a quien se dirige (38). Kaufmann confunde el imperativo mismo así concebido con la expresión ocasional del imperativo (39).

Y llegamos a la parte más difícil de la tesis de Kaufmann, en la cual hay que colegir el pensamiento del autor valiéndose de las digresiones y aclaraciones de las notas.

«Cada norma en sentido estricto —dice— contiene la típica relación, expresada mediante el *debe*, entre un sujeto y una conducta típica» (40). Resulta, pues, aquí que el *deber ser* (expresivo de la relación jurídica específica), o digase la imputación, no enlaza el supuesto de Derecho con la consecuencia de Derecho, como se nos indicó de pasada, ni un objeto con la propiedad de ser obje-

(35) Por ejemplo, quién es el autor de la norma y a quién se dirige, si a los súbditos o a los órganos del Estado.

(36) Op. cit., pág. 77.

(37) Op. cit., pág. 80.

(38) Op. cit., págs. 81-82.

(39) Ver RUSSELL.

(40) Op. cit., pág. 82.

tivamente deseable, como detenidamente se nos explicó, sino un sujeto con una conducta. Esta definición contradice, además, la que Kaufmann nos dió de la conducta como estado o accidente del sujeto, relacionándose con éste mediante la célebre relación que se da entre los objetos dependientes y los complementarios. Dicho con otras palabras: la conducta *no puede* enlazarse con el sujeto mediante el *sollen* ni mediante ningún otro guión, porque no es más que un estado o accidente del propio sujeto. Tenemos, pues, que rechazar la mencionada definición de la norma. Pero a renglón seguido escribe Kaufmann: «Decimos: "A *debe* realizar una conducta", y con ello significamos que esta conducta de A es valiosa en el sentido por nosotros precisado» (41). Tal explicación es ya conforme con la que encontramos páginas atrás. El deber expresa aquí una relación de un objeto (determinada conducta de A) con la propiedad de valioso en el sentido objetivamente deseable. Desde luego, la relación de la conducta con el sujeto, siendo relativa a un sujeto determinado, A, no se ajustará al carácter objetivo del *deber ser*. Quiero decir que en la proposición expresada no puede significar que «tal conducta es valiosa para A», pues ello contradiría el carácter objetivo de la norma. El sujeto A no puede figurar en la proposición sino incorporado a la conducta, sino como realizándola, o sea como parte integrante del objeto a valorar, ya que la pura proposición normativa (*Sollsatz*) consiste sólo en dos términos: objeto o relación de hecho (*Sachverhalt*) y propiedad de deseable objetivamente. El sujeto A es un elemento de facticidad empírico, que se despega de la norma esencial. No podemos decir la conducta C 1 de A, sino la conducta C 1 de no importa qué sujeto. Así, pues, conforme a lo dicho por Kaufmann, cuando afirmamos que A *debe* seguir *tal* conducta queremos decir que «la conducta *tal* de A (primer término de la proposición) es por sí misma deseable (segundo término de la proposición)». Entendida así la norma o regla de deber claro está que carece de sentido toda teoría que considere la norma como motivación generadora del deber (42). En general la cuestión de cómo la norma determina la voluntad del sujeto, de por qué el sujeto toma posición respecto

(41) Toda norma es, pues, una valoración.

(42) Deber tiene aquí otro significado que el de acción debida o deseable por sí misma; tiene el sentido psicológico causal de acción generada necesariamente por una causa (op. cit., pág. 83).

de la norma (la conducta valiosa), queriéndola o repeliéndola, es una cuestión empírica que no interesa a la fenomenología del Derecho. Repitamos, empero, aquí que el error de Kaufmann obedece a la confusión del sujeto o acto volitivo en general con un sujeto determinado por un *hic et nunc*, confusión en que por cierto no incide Husserl.

La razón de que la norma jurídica *directamente* no pueda ser motivo de la voluntad no es, como cree Kaufmann, la facticidad del sujeto, ya que lo aquí tenido en cuenta habría de ser en todo caso el sujeto *überaupt*. La razón es que que el valor de una cosa no determina por sí misma una conducta si no existe además una ley (ética) en virtud de la cual dicha relación se determine, es decir, una ley que nos obligue o impela a querer, en su caso a realizar lo valioso. Pero —dicho sea de paso— una ley que conexe nuestra conducta con «lo que *para nosotros* es valioso, no será una ley ética, sino la misma ley natural (psicológica) en cuya virtud cuando deseamos lo deseamos porque nos parece bueno». Esta es la razón irrefragable de que no hay ética si no establece una valoración objetiva, i. e., de que no haya ética formal, sino material. La razón de que una norma abstracta no puede producir un efecto concreto (43) es un truísmo.

Y ahora llegamos a otro viraje en la oscuridad. El deber moral es, según Kaufmann, cosa totalmente disímil del deber jurídico. Son regiones netamente separadas, entre las cuales no caben transferencias de doctrinas (44). El valor moral establece una valoración subjetiva. Kaufmann cree que el imperativo categórico de Kant estatuye querer aquello que uno tiene por valioso, es decir, que la norma o valoración moral rezaría así: es valiosa la voluntad que quiere lo que el sujeto de ella considera como valioso. «Deber moral (45) es el querer lo que se reconoce como valioso.» De ahí que la moralidad de la voluntad sea inverificable, ya que toda *intención de valor* carece de intuición correspondiente, es *unerfüllbar* (46). Kaufmann imagina que con esta teoría Kant se coloca entre el dogmatismo ético, que estatuye valores absolutos, y el escepticismo ético, que otorga valor a cuanto el individuo

(43) Op. cit., pág. 111.

(44) Op. cit., pág. 85.

(45) Op. cit., pág. 85.

(46) Op. cit., pág. 84.

o la sociedad quieren. Por lo visto, Kant considera valioso lo que el individuo *quiere porque lo estima valioso* (47).

Al contrario, el deber jurídico prescinde en absoluto del sujeto y de su reconocimiento de la norma (48). La norma jurídica establecería, pues, tal relación de hecho, tal conducta es valiosa, y nada más.

Haciendo ahora caso omiso de que la atribución hecha a Kant de semejante subjetivismo es caprichosa (y Kaufmann no la apoya en texto alguno del imputado), indiquemos primero que no hay tal posición intermedia entre el escepticismo y el dogmatismo éticos. La fórmula moral expuesta es francamente escéptica. Decir, en efecto, que es valiosa la voluntad que quiere lo que el sujeto de ella considera como valioso, equivale a decir que es valiosa toda voluntad, puesto que según el principio escolástico que Kant cita, refutando la doctrina que ahora Kaufmann le achaca (49), *nihil appetimus nisi sub ratione boni*. No habría así más valoración que la de la toma de posición realizada por el acto de voluntad, y, en consecuencia, la norma moral no sería tal norma, si hemos de aceptar la definición que de la norma nos dió el autor como *objetivación* del querer.

En segundo término, esta misma definición nos sirve para rechazar la diferencia propuesta por Kaufmann entre deber jurídico y deber moral. ¿Cómo? ¿No consiste todo deber en una objetivación del querer? Pues las cosas o las conductas deseables, siendo deseables por sí, serán siempre las mismas tanto para la Moral como para el Derecho.

En suma, desde el punto de vista de Kaufmann y permaneciendo firmes con él, no hay lugar para una distinción entre la pura norma moral y la pura norma jurídica. La distinción si la hay descansará sobre elementos que no forman parte del concepto esencial de la norma (50).

(47) Op. cit., pág. 84, resta 2.

(48) Op. cit., pág. 86.

(49) KANT, *Kritik der Vernunft*.

(50) Semejante indiscriminación condena a KAUFMANN con su propio fallo del iusnaturalismo: «Podemos designar —dice— como iusnaturalistas (en el más amplio sentido de la palabra) aquellos investigadores que subordinan en definitiva el Derecho a la Ética» (pág. 108, nota 2). No se rearguya que puesto que los fenomenologistas se desentienden de toda facticidad no hay tal iusnaturalismo, porque se trata de doctrinas sin el más mínimo contacto con

Esto mismo reconoce Kaufmann en seguida, olvidando todo lo anteriormente discutido. La única diferencia entre las normas de Derecho y las otras sobre la conducta humana «se basa en la construcción formal-lógica de la regla» (51). Para describir esta construcción comienza explanando lo que entiende por una *imputación* jurídica, y vuelve a afirmar lo que ya antes reputamos inaceptable, o sea que la imputación expresada por la palabra *debe* relaciona un sujeto y una conducta (52). En este mismo pasaje, sin embargo, escribe que entre objeto y estado existe una *lógica* dependencia, «cuya ley radica en el modo de ser de los significados en general»; es decir, que la relación es de carácter lógico general y no específico para la conducta y el Derecho. Notemos, además, lo difícil que resulta entender un suceso producido por la acción —que es lo que en Derecho suele imputarse, según el ejemplo citado por Kaufmann lo revela— como estado o accidente del sujeto. La verdad es que lo que enlaza la norma o regla de deber jurídica de Kaufmann es una conducta (y, por ende, conducta de un sujeto) con la deseabilidad en sí.

Pero en seguida se nos notifica que lo que realmente hace específica la imputación, y por ello la norma de Derecho, es que ésta no es una, sino dos normas (53). Lo que relacionará, pues, la imputación —categoría específica descubierta por Kelsen—, ¿serán estas dos normas entre sí? (Con ello parece asomar de nuevo lo que más atrás se insinuó de que lo enlazado en la regla de Derecho es un supuesto y una consecuencia del Derecho.) Dichas dos normas rezan así: «Un sujeto, A, debe desarrollar una conducta, C 1; si no lo hace deberá tener lugar respecto de él una conducta C 2.» Y en efecto, tenemos aquí dos normas que, consecuentemente a la doctrina fundamental de Kaufmann, formularemos de esta guisa: Primera norma: la conducta C 1, en tales y cuales condiciones, es

el Derecho positivo. Cierto: las normas jurídicas de KAUFMANN no son normas de Derecho positivo hasta que un legislador las proclama tales para una colectividad fijada en tiempo y espacio; pero si aseguramos que no hay más normas jurídicas que las éticas, ¿quién duda que el legislador no podrá elegir sino entre normas éticas y que, por ende, su libertad de legislar estará cortada en esta dirección?

(51) F. KAUFMANN, op. cit., pág. 89.

(52) Op. cit., pág. 90.

(53) Op. cit., pág. 91.

valiosa (54); segunda norma: la conducta C 2, en el caso de que la conducta C 1 no tenga lugar, i. e., en el caso de *no C — 1*, es valiosa. Pero entre estas dos normas no vemos ningún enlace esencial. Ambas son normas completas, que se bastan a sí mismas, por reunir perfectamente definidos todos los elementos integrantes de una norma. ¿Qué es lo que las relaciona? Ni siquiera, como imagina Kaufmann, la circunstancia de que en ambas figure el mismo sujeto, porque A no figura en la segunda norma como sujeto, sino como objeto. Tampoco la circunstancia de que en ambas aparezca el mismo hecho, porque, al contrario, en la norma segunda cuenta la no realización del hecho de la norma primera. Lo único que conexas las dos normas es una circunstancia eventual y temporal, o sea se trata de una relación que, lejos de ser esencial, ni es necesaria ni cuando se da se da más que en la realidad o facticidad, irrelevante según Kaufmann para la ciencia del Derecho. Esa relación es que el hecho u objeto de la norma segunda (no la norma en su esencia e integridad) no puede darse sino *después* del hecho u objeto correspondiente a la norma primera, y en caso de que ese hecho sea contrario al propuesto. La dependencia de la segunda norma respecto de la primera no existe más que en la realización empírica de ellas. Si *la conducta C 1 no se da vale la C 2*; esta formulación de Kaufmann es totalmente impropia. Ella implica que la conducta C 1 debe darse en la realidad como un efecto (acepción psicologicocausal del deber), y que puede no realizarse, en cuyo caso vale la conducta C 2. El plan fenomenológico, sin embargo, no tiene nada que ver con la realización o no realización de las esencias. En el caso H la conducta C 1 es valiosa; en el caso *no C 1* la conducta C 2 es valiosa; eso es todo lo que establecen las normas. Ellas tienen supuestos distintos y se refieren a conductas diferentes, y, por tanto, la valoración que hacemos en la segunda norma (que es la esencia de la relación normativa) no depende de la valoración que hacemos en la primera (55). En la facticidad no rige tampoco una dependencia tem-

(54) Entendemos valioso siempre en el sentido de deseable por sí mismo.

(55) Pongamos un ejemplo vulgar: cuando hace calor la brisa es agradable (primera valoración); cuando hace calor y no hay brisa el ventilador es agradable (segunda valoración). Evidentemente, el agrado del ventilador *no depende* de que haya brisa, sino del efecto fisiológico que produce en nosotros, evaporando la transpiración de nuestra piel y provocando en ella una disminución de calor, como el agrado de la brisa no depende tampoco de que ten-

poral de los supuestos de ambas normas, pues el supuesto H lo mismo puede darse antes que después del supuesto *no C 1*. El supuesto de la segunda norma es un hecho que contraría a la primera norma; pero ¿qué tiene que ver ese hecho con la norma que se refiere a un hecho contrario? No hay, pues, ninguna relación entre las normas. Lo único que podemos decir es que algunas normas tienen la particularidad de que el supuesto, o uno de los supuestos, de la conducta a que se refiere es una antinorma.

La particularidad de que no haya relación ninguna esencial entre las dos normas obedece a que su dualidad (por hipótesis) no es en modo alguno necesaria en Derecho, ya que realizándose la conducta C 1 sobre la norma segunda, de suerte que, contra lo afirmado por Kaufmann, lo característico de la relación jurídica, habilitada por imputación, no puede ser la relación entre dos normas de las cuales la una es eventual y aparece o no aparece, según contingencia de hecho. Otra cosa sería si la doble norma fuese formulada por Kaufmann de este modo: «Dado el hecho H, A *debe* realizar la conducta C 1; el no cumplimiento de la conducta C 1 en el caso H *determina* o conduce a que *deba* tener lugar respecto de A la conducta C 2. Porque entonces el ligamen entre las normas, o mejor dicho, entre la conducta de las normas, sería causal, independientemente además de que en ambas normas se realizase una valoración. Entonces la conducta C 2 no sólo sería una con conducta *debida*, es decir, valiosa, sino además una conducta necesariamente *determinada* o producida por la conducta C 1 de la primera norma. Pero hemos visto que toda relación causal está expresamente proscrita por Kaufmann de la jurisprudencia. Nuestra conclusión es que si, como vimos, no existe entre las normas jurídicas y las otras normas de conducta ninguna disparidad esencial tampoco se da la diferencia en la construcción formal lógica de la regla a que últimamente se acoge el autor. Aun esa dualidad eventual tiene lugar en las normas, por ejemplo, morales. Puesto que la conducta C 1 de A sea moralmente valiosa, ¿quién duda de que, sobrevinida una conducta contraria a C 1, la conducta C 2, que tienda a rectificar y enmendar la falta, será valiosa moralmente?

gamos a la mano un ventilador para sustituirla caso de que falte. En la facticidad la brisa puede preceder al ventilador y viceversa, sin que sus valores respectivos se alteren en lo más mínimo (suponiendo que el valor del ventilador sea igual al de la brisa, como suponemos respecto a los valores de las normas).

Advierte después Kaufmann (56) que en la regla de Derecho la conducta C 1 de la primera norma puede hacerse depender de un hecho. Nosotros añadiremos que no es que suela depender, sino que depende siempre. La estructura, pues, de la norma primera, como la de la segunda, sería ésta: la conducta C del sujeto A en el caso H... es valiosa. Donde es muy de realzar que entre los elementos del primer miembro de la proposición, i. e., los elementos que integran el objeto o relación de hecho (*Sachverhalt*) de la norma, no rige ningún ligamen necesario, ni Kaufmann nos dice que rija ninguno. Constríñase la norma a establecer que la reunión de tales elementos es valiosa, pero sin afirmar que hayan de estar reunidos por algunas razones especiales. Es, no obstante, obvio que el sujeto y el caso han de preceder a la conducta *si la reunión se da*, y que la regla puede formularse de este modo: supuesto el sujeto A y el caso H... es valiosa la conducta C, siendo siempre de tener en cuenta que la diversa formulación gramatical no debe desorientarnos acerca de la verdadera estructura lógica de la proposición. No es, según cree Kaufmann, la conducta la que se predica del sujeto; no es ése el propósito de la proposición, sino la propiedad de valor la que se predica de la conducta C, exprésense o no los supuestos sin los cuales ésta no podría darse. Tal expresión es indiferente, ya que todo objeto existe con todos sus supuestos y los pone con sólo ponerse él (57). La cópula, lo que une, es el valor (que no es una relación, aunque pueda también expresarse con un verbo *debe*, sino una propiedad, según vimos que Kaufmann nos explica; un término de relación) y una determinada conducta (58).

Circunscrito así el objeto o intención de la norma no hay que decir que todo otro objeto queda excluido; por ejemplo, el de amenazar con un perjuicio, que algunos asignan a la segunda norma, llamada también sanción. Aparte de que, según Kaufmann, lo perjudicial es un valor que no puede objetivarse (ignoramos el porqué de esta excepción a la regla general antes establecida), a causa de la cual nunca puede saberse si la pena o la ejecución son sufridos en cada caso concreto como un perjuicio o una ven-

(56) Op. cit., pág. 92.

(57) La conducta C, como conducta determinada que es, se define mediante todas sus condiciones y circunstancias.

(58) Determinada no quiere decir determinada en tiempo y espacio, sino definida por tales y tales condiciones.

taja; lo principal es que la proposición pura de Derecho, única interesante para la dogmática, no contiene en sí semejante propósito, cualquiera que sea el abrigado por el legislador al dictar la concreta regla jurídica (59). La norma, si como afirma Kaufmann es mera relación objetiva de valor, nada tendrá que ver con el legislador ni con el súbdito histórico, ni tampoco con sus conceptos o esencias. De ahí que Kaufmann rechace todas las teorías imperativistas o derivadas de éstas, como la de Zittelmann, que presenta el deber o el derecho como consecuencia de la voluntad del legislador (60). Ciertamente: será elemento suyo el sujeto de la conducta valorada, pero el sujeto en general (61) y no un determinado sujeto como puede serlo el Estado, y esta es la causa —y no sólo la que aporta Kaufmann (62)— de que desde el punto de vista expuesto no tenga razón Kelsen al introducir el Estado como elemento esencial de la segunda norma, en cuanto punto de imputación o sujeto de ella.

Consecuencia asimismo del carácter de valoración objetiva que ostenta la norma es la inviolabilidad absoluta de ésta a que alude Kaufmann, siguiendo a Kelsen (63). Tan inviolable es una norma como una verdad matemática cualquiera. Lo único que puede violarse —y en esto yerra Kaufmann, desviándose de la opinión de Kelsen— es el fin de la norma, que no es su fin esencial, como cree Kaufmann, sino el fin que se propuso el histórico legislador al proclamarla (ver Kelsen). •

4.—LA NORMA JURÍDICA PURA Y LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO

Los únicos conceptos fundamentales de Derecho que admite Kaufmann como esenciales momentos de la regla pura de Derecho son la persona, la conducta y el deber (64). Ya hemos dicho

(59) Op. cit., págs. 92-95.

(60) Op. cit., págs. 99-100.

(61) Bien entendido que el sujeto no es el súbdito. Sujeto hace sólo relación a la conducta valorada, mientras que súbdito es un concepto relativo a legislador o señorío en general.

(62) Op. cit., pág. 96.

(63) Op. cit., pág. 98.

(64) Op. cit., pág. 103.

por qué sobra una. En principio el exceso se delata porque la construcción lógica de una síntesis pura refiérese sólo a dos términos y no a tres. Donde hay tres términos hay por lo menos dos juicios (65). Un análisis directo nos revela el término excedente; aquí es el de persona, el cual va fundido con el de conducta, lo cual viene a reconocer el propio Kaufmann, indicando al fin, si bien de soslayo, que la pura proposición jurídica se agota en los conceptos de conducta y deber ser (66).

No hay sitio, pues, para el concepto de cosa (67). Los conceptos jurídicos puros se *deducen* de los conceptos fundamentales jurídicos, lo que, en concordancia con lo anteriormente expuesto sobre el carácter trascendental de estos conceptos fundamentales, hemos de entender en el sentido de que la deducción arranca no de los conceptos fundamentales, como dice, sino de la unión de éstos con el objeto.

Los conceptos mezclados son compuestos de conceptos puros jurídicos y conceptos de otras ciencias (págs. 104-105).

Una de las pruebas palmarias de que la norma jurídica de Kaufmann no es tal norma jurídica reside en la imposibilidad en que se encuentra de construir un concepto del Derecho subjetivo.

Su esfuerzo dialéctico para conseguirlo resulta completamente baldío, como vamos a mostrar sucintamente.

Kaufmann se propone «legitimar el Derecho subjetivo como un concepto puro del Derecho, haciendo ver que su síntesis se forma sólo con conceptos jurídicos fundamentales» (68). Formulando con alguna variación la definición de Kelsen, decide Kaufmann que «se ha de hablar de Derecho subjetivo de una persona respecto de otra cuando depende de su conducta el que nazca a cargo de otra persona un deber jurídico. Con otras palabras: A tiene un derecho contra B cuando, a fundamento de una conducta V 1 de A, B debe realizar una conducta V 2, o de lo contrario tendrá lugar respecto de él una conducta V 3» (69).

Si comparamos esta fórmula con la antes expuesta de la *pura* norma jurídica observaremos que se ha añadido a ésta «una con-

(65) Véase, por ejemplo, STUART y HUSSERL.

(66) Op. cit., pág. 103.

(67) Op. cit., pág. 107.

(68) Op. cit., pág. 110.

(69) Op. cit., págs. 112-113.

ducta V 1 de A», como supuesto o condición del *deber* de B, que es el sujeto de la primera norma. Sabemos, empero, que el *deber* de B no significa sino la calificación de valiosa que hacemos de una conducta suya determinada (V 2 en este caso), o sea que el supuesto o condición es supuesto o condición de esta conducta. Se trata, pues, como ya dijimos, de un aditamento no esencial a la norma jurídica: la conducta a valorar puede determinarse, en efecto, por no importa qué antecedentes o supuestos. Toda conducta —dijimos— se hace depender en Derecho de un hecho H. La adición, pues, no aporta ninguna novedad, y desde luego no sirve por sí sola para crear un derecho subjetivo. Una conducta de A (un hecho consistente en una conducta de A) puede determinar un deber jurídico de B, sin que por eso quepa afirmar que existe un derecho subjetivo de A ni que el deber de B sea respecto de A. Al contrario, la conducta de A puede ser, por ejemplo, un asesinato presenciado por B; de ella nace el deber jurídico de B, consistente en denunciar a A.

Kaufmann pretende cumplir su promesa de «legitimar el Derecho subjetivo» mediante la teoría de los «dos grados» del deber jurídico (70). Entonces expone de nuevo la doble norma jurídica, y dice que es deber jurídico *absoluto* la realización (esta palabra podría suprimirse) de la conducta de la primera norma ¿Sólo de la primera norma? ¿Por qué? ¿Por qué la conducta de la segunda norma, que es, como vimos, idéntica a la primera, no es absolutamente debida? Kaufmann no lo explica. ¿Será porque sólo la primera norma tiene sanción? No. Primero, porque en la realidad jurídica no se trata de dos normas, sino de una serie de ellas, y, por consiguiente, la segunda norma tiene también otra tercera norma detrás (el juez que no aplica la pena es a su vez responsable, etc.); segundo, porque eso equivaldría a introducir la amenaza de la sanción como elemento de la primera norma, lo que Kaufmann rechaza expresamente; la amenaza o el temor de la sanción, siendo un elemento de facticidad (71) completamente extraño a la pureza de la norma.

Frente a los deberes jurídicos absolutos hay otro grupo de deberes jurídicos cuya característica estriba en que en ellos se

(70) Op. cit., pág. 114.

(71) En realidad, según hemos advertido, un elemento de orden esencial; pero distinto de la valoración normativa.

introduce, entre la conducta de la primera norma y la de la segunda, una tercera conducta. En este grupo son de distinguir los deberes absolutos mediatos y los valores relativos (72). El esquema de los primeros es este: «A debe desarrollar una conducta V 1; no lo hace, y entonces debe tener lugar respecto de él, y en vista de una conducta V 2 de B, una conducta V 3.» En ellos la conducta de A es insanable. En cambio, los deberes relativos desembocan siempre en un deber absoluto: el que los viola puede evitar la consecuencia de Derecho mediante otra conducta (73). Kaufmann no da el esquema de estos deberes relativos, pero podemos componerlo, conforme a sus ejemplos, de este modo: A debe realizar una conducta C 1; si no lo hace debe realizar, en vista de una conducta Cs de B, una conducta C 3; si tampoco hace esto tendrá lugar respecto de él (de A) una conducta C 4. Analicemos estos esquemas. El de los deberes absolutos mediatos no ofrece ninguna diferencia, comparado con el de la doble norma típica, si no es que la conducta de la segunda norma tiene como supuestos o condiciones, además de la no realización de la conducta primera, la realización de una conducta de B. El esquema de los deberes relativos nos muestra que Kaufmann considera sólo como absoluto el deber de aquella norma cuyo incumplimiento da lugar a una conducta respecto del violador.

Semejante distinción, entendida como una gradación de valor (deber absoluto = conducta más valiosa; deber relativo = conducta menos valiosa), no ofrece ninguna incongruencia con la doctrina de Kaufmann. Pero la fórmula que éste se ve obligado a emplear para definir estos distintos grados de valor nos revela la existencia para él entre las dos normas de la negada relación causal. «Como deberes jurídicos relativos hemos reconocido los *deberes respecto de*. B está jurídicamente obligado respecto de A cuando una determinada conducta de A conduce a un deber absoluto de B» (74). Este *conduce a* o *determina* nos revela una relación causal entre las normas jurídicas. La distinción entre deberes absolutos y relativos sólo puede formularse de este modo. La conducta C 1, cuyo incumplimiento conduce a una conducta C 2 contra el incumplidor, es más valiosa (deber absoluto) que la conducta C,

(72) Op. cit., pág. 114.

(73) Op. cit., pág. 115.

(74) Op. cit., pág. 116.

cuyo incumplimiento no conduce a una conducta C 2 contra el incumplidor, sino sólo a una conducta C 1 *del propio* incumplidor. Esto nos revela que la expresión *soll platzgreifen*, utilizada constantemente por Kaufmann para formular la segunda norma, quiere en realidad decir *Wird platzgreifen*, o sea que el *debe ser* está empleado aquí en el sentido de *será*, no como simple valoración de la segunda norma (75), sino como determinación necesaria de ella o causación por el hecho del incumplimiento de la primera norma.

Es verdad que en una nota Kaufmann nos advierte (76) que no es regla de Derecho la que no estatuye un deber jurídico absoluto, con lo que parece excluir del Derecho el concepto del Derecho subjetivo. Pero en el texto se nos asegura repetidamente que el Derecho subjetivo es un concepto jurídico fundamental (77), del cual se derivan no poco otros conceptos importantes, como el de delito y la distinción entre Derecho público y Derecho privado (78).

5.—ESTRUCTURA DE LA PROPOSICIÓN PURA DE DERECHO

En su obra *Die Kriterien des Rechts* la proposición pura de Derecho queda reducida a una proposición sencilla y no doble, puesto que se la hace consistir exclusivamente en la relación normativa entre la acción determinante de la sanción y la acción sancionadora (79).

Sin embargo, en la fórmula de la proposición pura no es sólo la acción sancionadora la que se determina como un deber, sino también la acción sancionada. «Un sujeto A *debe* realizar una acción V 1», si bien en esta primera proposición faltaba ya el supuesto determinante, o sea el primer término de la copulación normativa.

Kaufmann insiste en esta obra en que se trata de una doble

(75) Que es como debemos seguir entendiendo el *debe ser* de la primera norma.

(76) En nota 1, pág. 116.

(77) Op. cit., pág. 110.

(78) Op. cit., págs. 116 ss.

(79) FÉLIX KAUFMANN, *Die Kriterien des Rechts*, 1924, pág. 64 ss.

norma (80), y no puede hacer otra cosa, ya que en tal duplicidad consiste la sanción y que, según él, «Derecho es un conjunto de normas sancionadas sobre la conducta humana».

Para Kaufmann la diferencia entre el método de las ciencias naturales y el de las normativas consiste en que «allí ha de razonarse o fundamentarse la realidad de una relación objetiva y aquí el *valor* de una relación objetiva» (81), lo que no es exacto. Cuando decimos: dado A *debe* darse B, no determinamos, no explicamos ni fundamentamos el *valor de B*, sino precisamente su *realidad* (problemática, no asertórica, como en la proposición existencia: dado A *se da* B). No hemos hecho más que fijar la ocasión, el momento, el supuesto en que B es valioso. Pero fundamentar o explicar el valor de B sólo lo haremos cuando contestemos a esta pregunta: ¿Por qué B es valioso? O bien: ¿Para qué es valioso? Es decir, cuando relacionemos B no con la ocasión en que es valioso, sino con el término o el sistema en virtud del cual es valioso.

Pero como vemos, en la primera norma no hay síntesis, ni con la razón o motivo valorante ni con la ocasión en que *debe* darse la acción valiosa. Existe únicamente la afirmación de un valor: «El sujeto A debe realizar la acción V I.» O lo que es igual: «La acción V I, realizada por A, es valiosa.»

Ahora si la mera aserción de un valor es para Kaufmann una norma, resulta evidente que para él la palabra norma expresa dos cosas distintas: una la predicación de valor a una acción, otra la relación de dos acciones o de un hecho (supuesto) y una acción (consecuencia de Derecho) mediante la cópula normativa del deber. Esta última es la acepción propiamente kelseniana.

En efecto, la primera norma de la proposición pura de Derecho afecta el carácter de mera valoración, y la segunda norma el de copulación de dos hechos o acciones.

Esta primera norma —dice— es esencial a la teoría pura del Derecho, porque aquí se trata de averiguar el sentido de las proposiciones de Derecho, el cual consiste en esa doble enunciación valorativa (82).

Ahora bien, ¿cuál es el vínculo que liga estas dos normas tan

(80) *Die Kriterien des Rechts*, pág. 70.

(81) *Op. cit.*, pág. 65.

(82) *Op. cit.*, pág. 71.

esencialmente que no puede prescindirse de ninguna de ellas en la proposición de Derecho? Ciertamente no es, como cree Löbel, que la segunda norma sea la razón de obligar de la primera o su fundamento estimativo, en forma que sea la segunda norma la que comunica su valor a la primera, por lo cual, según él (83), ésta es superflua en la proposición jurídica pura. Es evidente que el respeto a la vida del prójimo no funda su valor en que el castigo del asesino sea valioso. El respeto a la vida del prójimo es valioso por motivos religiosos, éticos, etc., y también porque en virtud de la ley causal jurídica la violación de tal respeto ocasiona un perjuicio al transgresor. El castigo del asesino (ley jurídica) es valioso, porque en virtud de leyes psicológicas evita la perpetración de otros asesinatos.

Para ver esto más claro sustituyamos valores iguales. La proposición pura de Derecho rezará entonces así: «El comportamiento V 1 de A (el hecho sancionado) es valioso... El comportamiento V 2 respecto de A, en el caso de que éste omita el comportamiento anterior (el hecho sancionador), es también valioso.» Donde resulta evidente que no es el valor de la segunda norma lo que constituye la razón o fundamento del valor de la primera norma; es el fundamento del valor de la segunda norma, que aparece sólo como auxiliar y supletoria de aquélla. Si, pues, la síntesis de ambas normas ha de tener lugar mediante un «por qué», habremos de invertir el orden en la estructura de la proposición y decir que «debe tener lugar el comportamiento V 2 respecto de A en el caso de que éste omita el comportamiento V 1, porque A debe practicar el comportamiento V 1». Estructura según la cual la proposición jurídica pura enuncia como principal el valor de la conducta de los súbditos (el hecho sancionado), y no el hecho sancionador, o sea que la teoría de Kaufmann vendría a ser lo contrario de la teoría de Kelsen, quien hace consistir la proposición de Derecho en el hecho sancionador, conforme a la opinión, hoy muy extendida, de que el Derecho no dicta órdenes a los súbditos, sino a las autoridades u órganos del Estado.

Pero tal inversión en la estructura de la proposición jurídica no la consiente la teoría de Kaufmann. Insiste éste en que lo definitorio de la norma jurídica, lo que distingue a la norma jurídica de otras

(83) Op. cit., pág. 75.

normas (84), es el ser una norma sancionada (85), aunque sólo en la intención, como veremos, destacándose así hacia la teoría kelseniana, que pone en la sanción el centro de gravedad (86). O sea que el fundamento y razón de la primera norma ha de verse en la segunda. Ahora bien, no siendo, como vimos que no es, el valor de esta segunda norma lo que fundamenta el valor de la primera, no queda en ella para ejercer tal función fundamentante más que su contenido entitativo, su condición de comportamiento o hecho, que tiene lugar en la realidad. Este elemento entitativo de la segunda norma es, pues, lo único que en la proposición jurídica de Kaufmann fundamenta, explica o determina el valor de la primera norma. Por donde desaparece el carácter puramente normativo que Kaufmann pretende asignar a la proposición jurídica, y ésta se convierte en lo que el propio Kaufmann llamaría una ley sociológica natural o causal, que es lo contrario de lo que trata de demostrar. En resumen, la proposición jurídica de Kaufmann sólo tiene sentido si se la entiende de este modo: «El hecho empírico, deducido de la experiencia, de que al incumplimiento por parte del sujeto A del comportamiento V 1 siga generalmente el comportamiento V 2 respecto de A, es lo que convierte a dicho comportamiento V 1 en un deber jurídico, o sea es lo que confiere valor jurídico» (87). Vemos, pues, el valor jurídico, la norma jurídica, fundada en una conexión causal.

Esta fundamentación del deber del súbdito, que es el prescrito por la norma primera, no sólo coloca (contrariamente a la tendencia penalista y no civilista de la teoría kelseniana) en primer término el deber del súbdito, sino que reduce la norma o valoración (términos sinónimos para Kaufmann) jurídica a una norma o valoración utilitaria, y a lo sumo moral. Si, en efecto, el comportamiento V 1 es valioso porque su incumplimiento puede acarrear al sujeto un perjuicio, claro está que el arancel de valoración que tenemos en cuenta es aquel cuyo patrón lo constituye el bien material, o a lo sumo moral, del sujeto individual A. Toda

(84) Ya Löbl hizo notar que no existe tal distinción, puesto que no hay norma sin sanción; así, las normas morales, las impuestas por las costumbres, tienen sendas sanciones sociales.

(85) Op. cit., pág. 70.

(86) «Unter Rechtsflicht hat man, etc.», op. cit., pág. 78.

(87) Comp. op. cit., pág. 78.

consideración transpersonal y propiamente jurídica queda excluida.

Esta principalidad, o mejor exclusividad, del deber del súbdito en la proposición jurídica de Kaufmann, se corrobora además de esta manera: para Kaufmann norma jurídica es solamente la norma sancionada; por consiguiente, la segunda norma de la proposición, es decir, aquella que impone el deber de la sanción, no es una norma jurídica, puesto que carece de sanción. Norma jurídica es sólo la primera, o sea aquella que impone el deber del súbdito.

La conexión entre las dos normas estimativas no es estimativa, sino justamente causal, o como Kaufmann diría, sociológica.

* * *

Kaufmann considera las ciencias normativas como especie de las valorativas, con lo que viene a reconocer la reductibilidad de todo juicio normativo a un juicio existencial (88). Esta reductibilidad, expresamente afirmada por Husserl, desbarata, sin embargo, toda diferencia fundamental kelseniana entre *Sein* y *Sollen*, que es la base y la clave de la metodología y la teoría del Derecho de Kaufmann.

La pureza metódica de éste consiste en no inmiscuir en la síntesis estimativa síntesis entitativas. Bien. Pero hay valoraciones, y las jurídicas son cabalmente de esas, cuya evidencia no es inmediata o categórica, sino mediata. Más exacto: hay cosas que no valen por sí mismas, sino porque conducen o dan lugar a otras cosas, y éstas a otras, etc., en las cuales reside de un modo evidente e inmediato el valor. La conexión que liga esta serie de cosas, cuyo último miembro es directamente valioso, no es una relación estimativa, sino existencial. Por consiguiente, la valoración indirecta del primer miembro de la serie se funda precisamente en aquella conexión causal y depende de ella, lo cual no altera, claro está, su carácter de síntesis estimativa; pero la convierte en una valoración hipotética o indirecta. Esta distinción entre valoraciones hipotéticas y categóricas es fundamental para aclarar el error normativista.

Ahora bien, los que acatan el nombre de Derecho para el as-

(88) Op. cit., pág. 63.

pecto valorativo de las relaciones jurídicas, o mejor dicho: los que utilizan únicamente algunos elementos de los que integran las relaciones jurídicas para erigir construcciones normativas, las cuales tienen ya los nombres de éticas, morales o utilitarias, quedan *co ipso* obligados a decirnos qué nombre hemos de dar a esas relaciones sociales de que ellos toman ciertos elementos. Llamarlas simplemente sociológicas es harto vago. Tales relaciones forman un compacto bien destacado del resto, perfectamente tipificable y regulable.

J. G. DE LA SERNA FAVRE (†)

