

Experimento, perspectiva y facultad de juzgar en la acción jurídica

FRIEDRICH KAULBACH

ABSTRACT

Als Konsequenz des phisosophischen Programms des Autors (F. Kaulbach, *Philosophie des Perspektivismus*, Tübingen 1990) wird in diesem Aufsatz der perspektivistische Gedanke in der Rechtsphilosophie mit dem Prinzip des Experimentes in Verbindung gebracht. Es ist von einem Anspruch des Menschen eines Zeitalters an die seine Stellung in der Gesellschaft begründen – de Funktion des Rechts die Rede: diesem Anspruch gemäss entwirft die Rechtsvernunft die Perspektive einer Rechtswelt, wie sie z.B. im «Grundgesetz», der Verfassung kodifiziert wird. Die darin auftretenden Sätze sind durch Experiment zu gewinnen, ebenso wie die im Horizont dieses Gesetzes zu findenden positiven Rechtssätze.

1. EXPECTATIVA JURÍDICA, MUNDO JURÍDICO Y EXPERIMENTO EN EL CONOCIMIENTO JURÍDICO

En relación con el Derecho, la posición del hombre moderno es no ver en él, en primer término, un orden universal inscrito en su mundo, al que tuviera que ajustarse el ciudadano en su actuación. Se caracteriza, más bien, esta posición por la expectativa del cumplimiento de pretensiones dirigidas a la vida y al mundo. El Derecho, según lo que el ciudadano exige de él, habría de ofrecer seguridad cuando se autodespliega su persona, al realizar los fines vitales establecidos. Esta actitud frente al Derecho lleva a los hombres modernos a rechazar la pretensión del Derecho Natural de ser una verdad jurídica incondicionada y eternamente válida. El hombre que encarna la actitud del

Derecho al servicio de la vida es sensible al condicionamiento histórico de su situación jurídica. Según dice, está facultado para hacer uso de una determinada perspectiva de pensamiento jurídico, diferente de las de otros tiempos. Esta perspectiva interpreta el Derecho no primariamente como verdad referida al orden mundano de la acción social, sino como normación (*Normierung*) de la actuación general, subordinada al libre despliegue del individuo.

Al carácter de expectativa jurídica le corresponde una perspectiva adecuada, desde la cual el pensamiento jurídico interpreta el mundo: le corresponde un modo y manera de juzgar la juridicidad de las leyes, decisiones y acciones. Por esto, en el presente se enfrentan entre sí distintos caracteres de la expectativa jurídica y, con ello, también perspectivas del mundo del Derecho, como puede reconocerse a la vista de las controversias sobre el derecho o no a la interrupción del embarazo. Una de las partes enjuicia la situación bajo la perspectiva de un deber hacia la vida en gestación y exige, en conformidad con ello, un actuar en el cual se depongan las pretensiones individuales de la madre que van en contra de este deber. En la perspectiva de la parte contraria es la pretensión al propio despliegue de la vida, al gozo y a la obtención de placer lo que aparece como decisivo y de primer rango, cuando se advierte su incompatibilidad con el alumbramiento de un niño. Aquí se enfrentan dos caracteres distintos de la expectativa jurídica, cada uno de los cuales hace valer su perspectiva de interpretación del mundo y de tratamiento jurídico de lo que acaece en él.

Si se reivindica el conocimiento jurídico como tarea de la «experiencia», es que se pretende asimismo decir que hay que llegar al Derecho de acuerdo con un método que es también el idóneo para descubrir teorías válidas en las Ciencias de la experiencia. Una decisión jurídica no puede ser tomada derivándola de proposiciones de derecho eternamente verdaderas, sino que hay que entenderla como resultado de una experimentación con proyectos de la razón jurídica: tal como en una Ciencia de experiencia del tipo de la Física son ensayados proyectos de explicación lógicamente consistentes bajo el supuesto del examen subsiguiente, abierto a que se lleguen a encontrar proposiciones de experiencia que no sean compatibles con ellos. Popper habla aquí del deber de someter los proyectos al procedimiento de la falsación. El experimento con el proyecto conduce a su reconocimiento como hipótesis «confirmada» una vez que ha resistido hasta el momento todos los esfuerzos por probar que ya no sirve, sin que ello signifique garantía absoluta frente a todo futuro. «La verdad» de una teoría no significa, pues, la dignidad de su reconocimiento para todos los tiempos y por todos los hombres, sino sólo la situación momentánea de su «ser confirmada» (*Bewährtseins*) provisionalmente, pudiendo transformarse ¹. Con lo cual se indica que la obtención de teorías confirmadas no se debe a un comportamiento meramente representativo, sino a una actitud intelectual que somete a examen la resistencia de cada proyecto teórico frente a los esfuerzos por rebatirlo.

1 POPPER, K.: *Logik der Forschung*, 1934, 7.^a edición, 1982.

Una oportunidad análoga a la obtención de conocimiento por el procedimiento experimental en el sentido de *trial and error*², la encuentra Zippelius en el ámbito del descubrimiento en el Derecho. También aquí es lícito hablar de experiencias, a la vista de las cuales pueden ser revalidados los esbozos jurídicos mediante un procedimiento experimental. De este modo quedan expuestos aquéllos (o bien sus consecuencias) a la contrastación con proposiciones de experiencia.

¿Qué hay que entender por «experiencia» en el ámbito del Derecho? En las ciencias de la naturaleza se puede identificar como criterio para la aceptación de una teoría su resistencia frente a los «ataques» que provienen de la experiencia en forma de proposiciones observacionales. Un juicio de experiencia en este dominio proporciona información sobre un dato de observación, sobre un hecho de la naturaleza. Por lo que hace a la esfera del derecho, la información sobre hechos no puede desempeñar ningún papel decisivo para el experimento con un proyecto hipotético, como es el caso en las ciencias de la naturaleza, donde tiene lugar el consenso sobre el éxito del experimento con una teoría a partir de la observancia de las reglas de la experiencia objetiva. La experiencia en el dominio del conocimiento jurídico consiste en la percepción de la propia expectativa jurídica y en la obtención experimental de proposiciones jurídicas que estén en armonía con ella: puede caracterizarse como experiencia interna de la razón jurídica. El criterio, con base en esta experiencia, para el examen de las proposiciones jurídicas hipotéticas no se rige por hechos empíricos, sino por una toma de posición valorativa. Según ello, una proposición jurídica se vuelve aceptable cuando ha pasado por la prueba del experimento, mostrándose en consonancia con la toma de posición valorativa. Esta toma de posición del sujeto jurídico se caracteriza por ser una expectativa jurídica de determinada especie. El experimento con un proyecto jurídico consiste en examinar luego el proyecto para ver si es o no adecuado a una determinada expectativa jurídica, así como a la perspectiva correspondiente.

Cuando Zippelius pone el criterio para el éxito del experimento con una proposición jurídica en la concordancia con la «conciencia y con el sentimiento jurídico de los más»³, entiende la experiencia jurídica correspondiente también como un oír la voz de los otros. Lo cual quiere decir que la experiencia jurídica, cualquiera que sea el criterio experimental en que se apoye, no transcurre sólo monológicamente, sino que también incluye el diálogo: consiste en una historia universal y común, en el seno de la cual se origina la posición en relación con el derecho y las expectativas jurídicas de los hombres. En lo que atañe al sentimiento jurídico, puede ser interpretado como un estado en correspondencia con la toma de posición valorativa y la expectativa jurídica. Pero es también la instancia decisiva en el enjuiciamiento del resultado experimental. Se puede advertir que el experimento con una proposición jurídica se encamina a su justificación cuando aquélla es enjuiciada por el sentimiento jurídico como adecuada a él.

2 ZIPPELIUS, R.: *Rechtsphilosophie*, Munich, 1989, 2.^a edición, pp. 82 y sig.

3 *Rechtsphilosophie*, pp. 26, 124, 137 y sig., 145 y sig.

Nombres como sentimiento jurídico, adopción de una postura en relación con el Derecho, expectativa jurídica o actitud jurídica dan ocasión a una reflexión de mayor alcance, de importancia para la comprensión de la situación experimental. Pues con estos nombres se interpreta una propiedad constitutiva del pensamiento jurídico, decisiva para enjuiciar el experimento. La cual asume el papel de criterio de enjuiciamiento del resultado experimental en dos estadios distintos de la experimentación: en el de la obtención de proposiciones jurídicas especiales y en el de la adquisición, montada «sobre» aquéllas, del conocimiento de las perspectivas «correctas», bajo las cuales el mundo jurídico es interpretado y de las que en cada caso la conciencia de una determinada expectativa jurídica tiene necesidad.

Podemos fijarnos primero en este segundo estadio, construído sobre el anterior y en el cual tiene lugar el experimento. Uno piensa, ante todo, en el examen de proposiciones jurídicas especiales, como, por ejemplo, las correspondientes a las decisiones judiciales, situadas bajo el horizonte del procedimiento experimental. Pero hay que hacer notar que «tras» ellas se halla una interpretación universal del Derecho, una perspectiva del mundo jurídico, que recibe expresión y se hace presente en la proposición jurídica singular. Esta perspectiva abre al agente jurídico un mundo de Derecho, cuyos rasgos universales pueden ser registrados en la sentencia jurídica especial. Se entiende la perspectiva de un mundo de Derecho como el transfondo «cosmovisional» (*weltanschaulicher*), del que la decisión judicial se concibe como representante: es lo que ocurre cuando en el diálogo se toma posición en relación con ese transfondo. Esta perspectiva universal de un mundo jurídico puede llegar a ser incluso objeto de experimentación, cada vez que quien posee una determinada actitud jurídica diseña con el pensamiento aquel mundo, bajo cuya perspectiva toma sus decisiones singulares. Un ejemplo de construcción de un mundo jurídico de carácter especial es el que encontramos en una Constitución del tipo de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana. Los distintos artículos pueden mirarse como los sillares con los que se levanta la edificación del correspondiente mundo jurídico. Pero la lengua en la que este mundo es descrito es también el resultado de una historia de intentos de formulación. La actitud jurídica inquiriere el mundo en el que poder realizarse partiendo del proyecto de una perspectiva adecuada. A través de sus tanteos encuentra aquella interpretación de este mundo y aquellas formulaciones que le son óptimamente adecuadas: por medio de la experimentación encuentra su perspectiva jurídica «verdadera».

La posición respecto al Derecho, junto con su expectativa jurídica, desempeña, por un lado, el papel de criterio para experimentar con la perspectiva pertinente, pero, por otro lado, es ella también la instancia creativa que proyecta su perspectiva sobre el mundo jurídico que de un modo necesario le atañe, haciéndole objeto de prueba experimental. La situación es la siguiente: el hombre en posesión de la respectiva actitud en relación con el Derecho tiene la necesidad de desplazarse a un mundo jurídico de tal especie que le prometa el cumplimiento de sus expectativas. Proyecta la perspectiva de este mundo y la examina experimentando acerca de su adecuación a su expectativa jurídica, del mismo modo que somete toda perspectiva jurídica a un examen,

exigido en su sociedad como término implicado en la decisión jurídica. El hombre en posesión de una actitud jurídica proyecta para sí la perspectiva de un mundo aceptado hipotéticamente y, de acuerdo con el baremo de sus expectativas jurídicas, la somete a un examen experimental.

Para volver al ejemplo mencionado al comienzo de la controversia sobre el tratamiento jurídico de la interrupción del embarazo, una «parte» se manifestará como defensora de una actitud jurídica con sus correspondientes expectativas, representando la perspectiva de un mundo jurídico que le sea adecuado. Conforme al criterio de su expectativa jurídica y de las perspectivas valederas para ella dictaminará tras examen acerca de todo juicio singular que las interprete como expresión de una «*Weltanschauung*» jurídica, y de este modo enjuiciará asimismo esta *Weltanschauung*, comportándose dialógicamente y, por tanto, del modo que corresponde al pensamiento jurídico, sin perjuicio de cuantas diferencias incluye su significado.

La realidad social muestra el rasgo de la multiplicidad de comunidades, cada cual provista de su expectativa jurídica, con las perspectivas de mundos jurídicos que les son características. Su confrontación desborda los límites de la vida jurídica más reducida para alcanzar la esfera de la lucha política por la imposición de la perspectiva propia. Sin embargo, en el dominio político, enmarcado allende los límites de sentido del Derecho, no se presentan ya los supuestos de la libertad de experimentación: aquí el experimento no sirve para el hallazgo de la «verdad» jurídica, sino para el propósito pragmático de la obtención política del poder.

Las consideraciones en torno a la situación experimental de la razón jurídica conducen a una imagen de esta situación, a la que pertenece que el hombre en posesión de una determinada actitud jurídica se desplace a un mundo adecuado a ella. La «verdadera» perspectiva de este mundo la encuentra por medio del experimento que moviliza en el pensamiento o incluso a través de un efectivo actuar: como, por ejemplo, cuando ensaya una perspectiva jurídica a título de juez dictando sentencias en el marco de tal perspectiva, y a la vista de las consecuencias hace la experiencia de la acomodación o no con su expectativa jurídica.

Un desenlace positivo del experimento con la perspectiva de un mundo jurídico justifica no mirarla sólo como hipótesis «confirmada», tal como lo entiende Popper en relación con la situación experimental de la ciencia natural. La diferencia de principio con la esfera del Derecho —en la cual hay que poner como criterio para el éxito del experimento no la experiencia objetiva, sino una autoexperiencia del tipo de la percepción de una actitud ante el valor— reside no sólo en que sea posible seguir haciendo uso de la perspectiva de un mundo jurídico hasta su examen renovado. Más bien, el propio experimentador es puesto por medio de la perspectiva confirmada en la situación de volver a reconocerse en la imagen del mundo que le ofrece su perspectiva. Aquél cuya actitud frente al Derecho esté determinada por el rasgo de una expectativa incondicionada de seguridad volverá a reconocerse, como personificación de esta actitud, en la imagen de un mundo jurídico en que sea concedido el primer rango a la vigencia del Derecho antes que a otras exigencias de la vida humana. Esta perspectiva mundana puede valer

para él no sólo como «confirmada», sino como significando «verdad» para él. Experimenta en ella el «sentido» del derecho, de cuya validez tiene necesidad en su mundo: a esta perspectiva es inherente la verdad del sentido jurídico para el individuo en cuestión.

Si en el estadio de la experimentación con una perspectiva del mundo jurídico ha quedado consolidada la convicción de la «verdad» de esta perspectiva, entonces se anuncia para la razón jurídica una tarea posterior de experimentación en el estadio de un conocimiento más específico. Se trata entonces de probar mediante el experimento una ley especial o incluso una sentencia jurídica en tanto que adecuada al mundo jurídico universal: en este género habría que inscribir, por ejemplo, el examen experimental de una proposición jurídica especial en su adecuación a la Constitución. Si es objeto de experimentación una hipótesis jurídica singular y especial, tal como una ley aventurada a modo de hipótesis o una decisión judicial sopesada, entonces se pone en cuestión para el planteamiento experimental, además del examen de la hipótesis jurídica en su adecuación al mundo jurídico, la intención de enlazar con ella fines pragmáticos. En este sentido, puede tratarse, por ejemplo, de una limitación legal de la velocidad con la intención de disminuir el número de siniestros. Si en este caso se adopta la «experiencia» como criterio del experimento con la correspondiente ley, se hace uso entonces de un concepto de experiencia que no coincide con el concepto de experiencia científico-natural. Esta ha sido designada más arriba como experiencia objetiva, dado que se apoya en informaciones proporcionadas por la observación de objetos. Pero también entra en juego la experiencia interna con su perspectiva jurídica: detrás de toda hipótesis jurídica está en general una perspectiva universal del mundo del derecho. De este modo, quien es contrario a una ley de limitación de velocidad puede oponerse a ella interpretándola como expresión de una mentalidad jurídica de reglamentación universal, o de una perspectiva que manipula a los ciudadanos, no compatibles con tal expectativa jurídica. Pero quien preconiza la ley limitativa puede entenderla como expresión de la preocupación por el entorno humano. Dicho en general: el experimento con una hipótesis legal es apto para incluir siempre conjuntamente la perspectiva del mundo jurídico.

También en la filosofía de Kant se encuentra el caso del examen experimental de una norma admitida hipotéticamente de acuerdo con el criterio de la perspectiva mundana. El imperativo categórico exige a la voluntad que experimente con sus propias hipótesis de acción, a las que Kant llama «máximas». Sería cuestión de un pensar experimental el hallazgo de aquella máxima de actuación que corresponda a la expectativa moral de la razón práctica y a la perspectiva adecuada a ella de un mundo legalmente ordenado. Se presentan en la situación correlativa a la acción una multiplicidad de posibles máximas, entre las cuales hay que encontrar experimentalmente aquélla que es la adecuada a la perspectiva de un mundo legal. Se adopta como criterio de moralidad para una máxima el que pueda ser pensada —o en su caso querida— específicamente como ley en una legislación mundanal universal. El imperativo categórico exige, conforme a su sentido, que el agente deba elegir su máxima en la *perspectiva* de un orden del mundo consistente en un sistema de leyes, comparables a las leyes jurídicas de un Estado.

El imperativo exige del agente que, de entre las múltiples máximas en cuestión en la situación a que se refiere la acción, reconozca por un procedimiento experimental aquéllas que puedan valer como deber y que se decida por ellas. El método de la experimentación se expresa en el texto del imperativo con el giro: «actúa de tal manera que ...», lo cual quiere decir: actúa según la máxima «correcta», que debes encontrar por un camino experimental. Tal camino es interpretado conforme a su sentido por medio de las palabras: tu máxima ha de poder ser pensada o querida por tí desde el punto de vista de «como si» pudiera convertirse en una ley universal.

Tú estás, por ejemplo, en apuro financiero, del cual podrías salir pidiendo dinero prestado. Entonces se ofrece a tu modo de proceder una máxima del tipo siguiente: toma en préstamo una suma, aunque no estés seguro de si podrás devolverla. El imperativo exige un experimento con esta máxima para examinar su moralidad. De acuerdo con su sentido, el imperativo exige insertar, en un experimento mental, tal máxima dentro de un mundo legal y convertirla en el interior de él en ley especial, es decir, enjuiciarla desde la perspectiva de tal mundo, en el cual debe ser aceptada por vía de ensayo como ley especial. Según el precepto del imperativo, el experimento toma el curso de que las consecuencias causales de esta legislación tengan que manifestarse en correspondencia con el discurrir del mundo empíricamente conocido. Ahora bien, entonces resulta que una tal ley comportaría que al fin nadie prestara ya dinero a otro, puesto que de antemano iba a estar cierto de que no le sería devuelto. El concepto de préstamo, en torno al cual gira la ley hipotéticamente aceptada, sería llevado *ad absurdum* por sus consecuencias, justamente valiéndonos de esta ley. Conduciría a la negación de sus propios supuestos: de aquí que no sea suficiente para la perspectiva subyacente de un mundo jurídico-legal proyectado como ideal. Resulta que la máxima no ha salido airosa de la prueba, en la cual, a modo de experimento mental, se cuestionaba su aptitud legal: al no valer como ley, no se plantea su normatividad moral.

No obstante la separación entre moralidad y legalidad, se puede advertir el parentesco entre la experimentación en moral y aquélla por medio de la cual el juez tiene que encontrar su sentencia en una situación concreta. Lo cual no tiene por qué significar que el imperativo categórico hubiese de ser trasladado inmediatamente a la esfera de la actuación jurídica. A diferencia del ámbito moral, hay en el dominio legal una legislación positiva, a la que el juez, por ejemplo, está vinculado. Pero el aspecto del imperativo categórico que insiste en la obtención experimental de máximas de acción «correctas» es también significativo para el terreno jurídico. Lo cual se aplica en especial a la actuación del juez, por cuanto ha de encontrar por medio del experimento un juicio tal que satisfaga, por ejemplo, a la justicia interindividual.

El juez hace uso de la perspectiva de un mundo jurídico que ha proyectado desde el punto de vista de su propia expectativa jurídica y tomando en consideración el derecho positivo vigente. Bajo esta perspectiva sopesa en el caso actual las hipótesis de posibles decisiones y las examina con miras a saber cuál de ellas podría valer mejor como ley especial dentro del mundo jurídico universal proyectado por él. Se traslada con este experimento al lugar de un legislador para examinar si es apropiada la hipótesis relativa

a la sentencia del juez, internándose en la conexión legal de su proyecto típico-ideal de un mundo jurídico. En el curso de su experimentación cubre asimismo las lagunas de la legislación positiva, puesto que acoge en el conjunto de esta legislación una hipótesis proyectada para un caso especial, una vez que ha ido a buscarla en su perspectiva del mundo jurídico, dentro de la cual examina y enjuicia su hipótesis. «El Derecho es un resultado de la experiencia. Ha tenido que *extraerse con el experimento*: es producto de la ingrata necesidad de lo jurídico, que caso tras caso ha ido apremiando a que por medio de la sentencia jurídica imparcial, debida a la fuerza poderosa del Estado, se haga frente a la oposición con que el egoísmo y las pasiones humanas amenazan el bien y la vida»⁴.

También hay que dirigir la atención al papel que corresponde a la capacidad judicial en el proceder experimental. La actividad del juez consiste —según el lenguaje de las consideraciones aquí aducidas— en ir a buscar, a modo de prueba, una sentencia, proyectada para el caso especial, en el concepto universal de su perspectiva del mundo jurídico: según que pueda o no ser pensada por la facultad de juzgar (*Urteilkraft*) como perteneciente a esta perspectiva, le será reconocida o rehusada la verdad jurídica. De esta forma, la facultad de juicio trae a validez ya en la interpretación de la situación de hecho (*Tatbestandes*) la perspectiva del mundo jurídico universal que está «detrás de» esta sentencia del juez. En esta perspectiva ha elaborado él la legislación positiva, frente a la cual, sin embargo, se manifiesta creativamente, en la medida en que la desarrolla conforme a sus propias expectativas jurídicas.

La facultad de juicio de los jueces interpreta la situación de hecho en la perspectiva del mundo jurídico y proyecta una «hipótesis normativa» aplicando la proposición jurídica presumiblemente acertada para el caso⁵. Si el juez encuentra que la legislación positiva no ofrece base alguna para este proyecto, entonces hablará de «laguna legal». Logrará llenar la laguna poniéndose, a modo de ensayo, en el lugar del legislador que toma una decisión concreta; para lo cual encontrará en el procedimiento experimental aquella hipótesis que pueda ser asumida por su facultad de juzgar en el contexto de su mundo jurídico. Dado este modo de proceder, se habla de un «ir y volver» de la mirada entre hipótesis normativas y la «realidad» interpretada en cada caso en la perspectiva del mundo jurídico propio.

La facultad de juicio jurídica cumple la tarea de hacer justicia a las situaciones individuales y nuevas que plantea el Derecho. La capacidad para ello la debe a su pertenencia a la arquitectónica de la razón jurídica, y de aquí que resulte implicada decisivamente en la experimentación con proyectos. Es una arquitectónica que muestra la siguiente construcción: Se apoya en la toma de posición en relación con el derecho, acompañada de la expectativa jurídica correspondiente. En consonancia con ella la

4 BÜLOW, O.: «Gesetz und Richteramt», en KRAWIETZ, W. (ed), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, 1976, p. 116.

5 Cfr. KRIELE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.ª edic., Berlín, 1976, pp. 197 y sig.; ENGISCH, K.: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.ª edic., Berlín, 1963, p. 15.

imaginación proyecta la perspectiva de un mundo jurídico, y la elige tras un examen experimental sobre su aptitud para el cumplimiento de la expectativa jurídica, sobre su «verdad». Insertándose en esta perspectiva de un mundo de derecho elabora la razón jurídica el derecho positivo; pero, al trascender la facultad de juzgar la legislación positiva, ha de disponer de un dominio (*Reichtum*) de sentido jurídico que no se agota en ella. La perspectiva del mundo de derecho, en la cual va a buscar la facultad de juzgar el juicio singular, no consiste en proposiciones jurídicas universales y abstractas, sino que su racionalidad es la del sentimiento y la expectativa jurídicos. De acuerdo con ello, la facultad de juzgar que emplea esta perspectiva dispone de un depósito de sentido jurídico, que la capacita para el alumbramiento de aquella justicia singular a la que no alcanza la legislación positiva.

Es un alumbramiento que consiste en obtener el Derecho a través del examen de decisiones judicativas posibles en la perspectiva del mundo jurídico. La facultad de juzgar usada por el juez interviene en la obtención experimental de las decisiones «judiciales», de tal modo que en sus tentativas va a buscar hipótesis de juicios especiales en los conceptos universales del mundo jurídico, las enjuicia como máximas de acción en la perspectiva de la legalidad concreta y concede atención a sí, de este modo, se produce consonancia o disonancia. En el primer caso la razón jurídica puede considerar el experimento como logrado y aceptar la sentencia puesta a prueba; en otro caso debe seguir experimentando. Este procedimiento no puede ser sustituido por la derivación directa de la sentencia a partir de proposiciones de la legislación positiva. Sólo el procedimiento experimental puede satisfacer la exigencia de hacer justicia al sentido jurídico de la situación concreta, indefinidamente compleja.

El hecho de que la derivación de la sentencia en el caso concreto a partir de proposiciones de la legislación universal no arroje un resultado unívoco y no impugnabile se hace claro «cuando el enjuiciamiento jurídico de la situación de hecho (*Tatbestand*) sufre transformaciones al ser trasladado de instancia a instancia. Cada uno de estos innumerables debates jurídicos representa un *problema jurídico propio*, para el cual no se encuentra todavía en la ley dispuesta y aprovisionada la determinación acertada y, como tan dolorosamente enseña la experiencia, tampoco se puede derivar con la absoluta certeza de una conclusión lógica necesaria partiendo de las determinaciones legales»⁶. El legislador no puede presentar al juez *por adelantado y en su totalidad*, desde sus fundamentos, los juicios que éste habrá de encontrar, ya que el pensamiento legislativo es abstracto y universal, mientras que el juez ha de dictar lo que requiere la justicia singular y concreta. En el caso jurídico singular ocurre que «elementos de hecho de distinta especie se enlazan y entremezclan, se oponen y cruzan entre sí, sin estar previstos en la ley según tal conexión especial, dado que aquélla se dirige por necesidad a especies aisladas de hechos»⁷. De aquí se sigue que es imprescindible el

6 BÜLOW, O.: «Gesetz und Richteramt», p. 125.

7 *Ibidem*.

logro creativo de la razón jurídica, que encuentra las verdades jurídicas concretas por un procedimiento experimental.

Las consideraciones sobre el papel de la razón judicial y su modo experimental de proceder para hallar juicios concretos permiten que la atención se dirija también hacia lo que es característico de la facultad de juzgar ahí implicada. Si se piensa en la diferencia establecida por Kant entre las facultades de juzgar determinativa y reflexionante, nuestra pregunta es cuál de las dos está en cuestión para el hallazgo del Derecho.

2. LA FACULTAD DE JUZGAR REFLEXIONANTE Y EL EXPERIMENTO JURÍDICO MENTAL

Si hubiera que entender la sentencia jurídica como resultado de una derivación a partir de proposiciones legislativas, trataríamos a continuación de la facultad de juzgar determinativa. Entonces se nos presentaría el caso puesto expresamente por Kant, para esta modalidad de facultad de juzgar, de que se partiera de conceptos universales para obtener conceptos particulares. Aquellas proposiciones son tratadas como «determinantes» en relación con el caso particular, incluso individual. El carácter universal de las leyes comporta en tal situación el rasgo de «determinar», es decir, el prescribir los juicios que hay que formar a nivel universal. Pero no es esto lo que acontece en el caso de la decisión jurídica: aquí lo decisivo es otro fundamento determinativo, a saber, la convicción jurídica, que se acomoda a una hipótesis objeto de decisión, una vez que el experimento ha tenido éxito. Aquí la facultad de juzgar tiene que inscribir el juicio particular en uno universal del tipo de una perspectiva del mundo jurídico. Pero al juicio universal no corresponde el carácter determinante: más bien, la universalidad de la perspectiva mundana del derecho proporciona sólo *orientación* al agente jurídico. Si, por ejemplo, la perspectiva jurídica mundana toma en consideración una expectativa jurídica que asigna el valor decisivo al respeto por la vida no nacida, entonces repercute ésta en la declaración (*Sprechung*) jurídica bajo la forma de un baremo universal por el cual son medidos los juicios, cualquiera que sea su contenido y cualesquiera que sean los otros motivos a los que, por la mediación de aquéllos, se presta también atención. De este tipo de universal orientativo, no determinante, son por ejemplo los artículos de la Constitución: pues ellos no «determinan» las acciones singulares cuando exigen el cumplimiento de su tenor literal, sino que tan sólo designan el carácter universal de la perspectiva de un mundo jurídico, por el que orientarse las decisiones jurídicas singulares. El juicio singular, tal como el que emite el juez, debe —así lo exige la Constitución— acomodarse al mundo jurídico, cuyos rasgos fundamentales traza.

La facultad de juzgar que interviene en este contexto jurídico ha de caracterizarse, según la terminología kantiana, como «reflexionante», no como «determinativa», porque lo universal que ella pone en cuestión ha de entenderse como baremo y principio orientativo, subyacente a la decisión acerca de si el juicio sopesado a modo de hipótesis es o no adecuado a aquél. Que la facultad del juzgar jurídico es reflexionante significa

que procede experimentando: pues el experimento de la razón jurídica se desarrolla por medio de la reflexión, con el fin de examinar la concordancia de esta razón consigo misma.

Dondequiera que se considera la operación de la facultad del juzgar jurídico entra en juego el procedimiento de la experimentación, aunque no tenga lugar expresamente. Si se concede validez, por ejemplo, a la intelección del Derecho no como sistema de normas intemporales, sino como la historia de las acciones encaminadas al hallazgo del Derecho, en tal caso se reivindica con ello asimismo tácitamente la prevalencia de la facultad de juzgar y de su capacidad experimental. Lo cual es manifiesto cuando se consideran las acciones jurídicas como un «traer a correspondencia», como «una equiparación (*Angleichung*), una asimilación del estado de cosas y la norma»⁸. Para lograr esta equiparación se precisa de la operación de la facultad de juzgar reflexionante, que se pone en juego por medio del experimento.

El comportamiento experimental aparece cuestionado cada vez que se promueve la proximidad del derecho a la realidad de la vida. Así, la Jurisprudencia de los intereses de Heck apunta a la realidad «infinita» de la vida jurídica, no abarcable por el pensar que procede deductivamente, poniéndose, con ello, también del lado del pensamiento experimental⁹. Para caracterizar la situación del experimentar son gráficos los modos de expresarse Heck, según los cuales en su «concepción funcional del Derecho» exige su máxima «acomodación a la vida»¹⁰. En parentesco inmediato con esto se presentan también rasgos experimentales en las reflexiones de la Tópica jurídica. Aquí se trata ante todo de encontrar mediante el experimento mental aquella argumentación que sea la más convincente para la comunidad jurídica¹¹. Por tanto, los criterios de la comunidad jurídica son decisivos para el examen experimental de proposiciones jurídicas y para su fundamentación argumentativa. De esta comunidad jurídica se exige sólo armonía en los valores comunes fundamentales, como, por ejemplo, las formas de libertad garantizadas por la Constitución.

En este contexto hay que interpretar la idea de trasladar al sentimiento jurídico y a la expectativa jurídica de una mayoría preponderante de miembros de la comunidad de derecho el papel de criterio de experimentación. Desde luego, es decisiva la razón práctica en toda concesión a las pretensiones de madurez jurídica de los ciudadanos; es la razón práctica del juez experto en Derecho. Ella lleva a éste a realizar el experimento no como persona privada: más bien, el que busca la verdad jurídica en una acción pensada se desplaza al lugar del legislador de un mundo jurídico, cumple un tránsito

8 KAUFFMANN, A: «Freirechtsbewegung — lebendig oder tot?», en: *Rechtsphilosophie im Wandel, Stationen eines Weges*, Francfort, 1972, p. 267.

9 Para «pensar los problemas» y su función en la teoría del descubrimiento del Derecho, véase el trabajo de J. Blühdorn en MAIHOFER, K. y SCHELSKY, H. (eds): *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, Bielefeld, 1972, p. 447 y sig.

10 HECK, PH.: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübinga, 1932, p. 222.

11 Cfr. VIEWEG, TH.: *Topik und Jurisprudenz*, 1969, 4.^a edic.

más allá de los límites de su conciencia privada al dominio de la razón jurídica universal y común y de su facultad de juzgar. Este tránsito lo considera como la condición de un posible consenso con los otros, en la medida en que, si bien él mismo lo cumple, también lo espera de ellos. No hace valer el consenso con los otros porque éstos se presenten en el papel de personas privadas con intereses, sino que busca la concordancia con los otros en tanto que compañeros de la comunidad jurídica, los cuales han operado también el acceso a la voluntad común y universal de la autolegislación sobrepasando sus propias voluntades privadas interesadas ¹². Exigir la capacidad de consenso en un juicio supone el tránsito. El juez como persona viviente representa con su acción este tránsito y aparece como abogado (*Sachwalter*) y portavoz de la razón práctica común.

Según se ha mostrado, en la esfera de la facultad de juzgar reflexionante el experimento jurídico adopta la forma del examen de una proposición jurídica hipotética con miras a si puede ser interpretada en la perspectiva del mundo jurídico: si debe ser buscada en este mundo como caso especial de verdad jurídica y si está en cuestión también como caso que tiene la precedencia, por ejemplo. Si nos preguntamos por el método del que se sirve la facultad de juzgar en este intento de examinar una sentencia jurídica por su adecuación con el mundo jurídico, he aquí la respuesta: el método atiende a los rasgos típicos de este mundo y reflexiona sobre el tipo de proposición concerniente, para al fin comparar los tipos entre sí. La comparación entre los tipos pertenece al ámbito del método experimental de la facultad jurídica reflexionante de juzgar. Se examina, por ejemplo, si el establecimiento en especial de un contrato exhibe el tipo que es distintivo del mundo jurídico, tal como el «pacta sunt servanda». Se comparan ambos tipos en su compatibilidad y se hace el intento de interpretar el tipo de firma de un contrato específico como presentificación del tipo ideal perteneciente al mundo jurídico ¹³. Se examina experimentalmente hasta dónde pueden llegar las variaciones, por ejemplo, del tipo de un contrato, con objeto de que éste siga correspondiendo al tipo ideal del mundo jurídico ¹⁴. Por medio de la experimentación se reconoce qué características típicas del caso de un suceso jurídico deben darse para que éste pueda ser reconocido como perteneciente al mundo jurídico y a su determinación ideal típica y, por tanto, como jurídico. Por ejemplo, si es claro que el tipo «pacta sunt servanda», asentado en el mundo jurídico, muestra los caracteres de la disposición sincera de las partes y de la libertad de coacción, entonces una cláusula de contrato especial que haya de valer como jurídica resultará de una prueba que efectúe una comparación experimental de tipos, en que se hagan patentes precisamente los mismos rasgos.

Por último, hay que traer a consideración dos dimensiones distintas de la significación de las proposiciones jurídicas y de la experimentación con ellas, de las cuales la una

12 Cfr. ZIPPELIUS, R.: *Rechtsphilosophie*.

13 ZIPPELIUS, R.: *Rechtsphilosophie*, p. 128.

14 ZIPPELIUS, R.: *Rechtsphilosophie*, p. 268.

debe caracterizarse como pragmática y la otra como representativa. La diferencia proviene de que hay que conectar con el Derecho distintas posiciones de fines. Por un lado, existen preceptos jurídicos para obtener objetivos pragmáticos, como es la limitación de velocidad en carretera: la intención es disminuir el número de accidentes. La forma del experimento con que probar la viabilidad del precepto del límite en la velocidad ha sido identificada al comienzo de este artículo como estando en correspondencia con un criterio «objetivo», ya que su baremo se apoya en la experiencia objetiva. Se diferenció de ella la experimentación en el ámbito de la experiencia jurídica interna, cuyo criterio es un sentimiento jurídico común a todos, una expectativa jurídica y la perspectiva correspondiente del mundo jurídico. Así pues, una proposición jurídica concreta se justificará no cuando esté en conformidad con un propósito objetivo, sino cuando se manifieste apta para hacer presente el mundo jurídico. De esta manera, llega a ser claro que las dos dimensiones de la experimentación, correspondientes respectivamente a la experiencia objetiva y a la experiencia interna, al objetivo pragmático y al fin consistente en la presentificación (*Vergegenwartigung*), han de coordinarse también a dos tipos de significado en las proposiciones jurídicas: por una parte, pueden contemplarse como pertenecientes al significado pragmático, y, por otra parte, como pertenecientes al significado representativo.

La dimensión pragmática del significado de una proposición normativa es reivindicada por un comportamiento experimental, a través del cual se reconoce la norma, cuyo significado objetivo regula la actuación en determinadas situaciones para alcanzar con él fines pragmáticos.

En la otra dimensión las proposiciones normativas no apuntan con su significado a contenidos finalistas objetivos singulares dentro del mundo, sino a rasgos del mundo jurídico del actuar mismo: los significados normativos no son decisivos, como indicadores de la acción, con respecto a fines aprehensibles en su contenido, sino con respecto a rasgos característicos del mundo jurídico que son universales, orientativos. En este caso, por ejemplo, la proposición «*pacta sunt servanda*» designa la forma que el agente tiene de ver situaciones de actuación singular de acuerdo con su posición en relación con el mundo jurídico. Por tanto, la proposición tiene el significado de una perspectiva bajo la cual el agente interpreta el mundo jurídico. Según este significado, la proposición no suministra ninguna indicación objetiva para actuar en una situación determinada, sino que representa sólo un rasgo fundamental de la perspectiva del mundo jurídico a la que el agente se desplaza por conformidad con una pretensión jurídica. Así, pues, la proposición destaca un rasgo decisivo del mundo jurídico, que permite a la conciencia ver en el Derecho, por ejemplo, la carta de ciudadanía (*Burgschaft*) dentro de un mundo acogedor, favorable a la ambientación racional de la vida. La proposición señala un rasgo típico del mundo jurídico, hace presente a éste y alcanza, así, significado simbólico.

El significado jurídico representativo de una proposición normativa no se orienta en dirección a contenidos objetivos finalistas: más bien, designa rasgos típicos de la perspectiva del mundo jurídico, por el cual se decide un sujeto de acuerdo con su

posición jurídica. Según ello, la figura del camino que recorre este significado representativo de proposiciones jurídicas es la del círculo girando en torno al sujeto jurídico. En la medida en que el sujeto caracteriza al mundo jurídico mediante tales proposiciones, de las cuales necesita por su posición jurídica, el significado de estas proposiciones refleja para él el carácter de su propia posición jurídica: el camino recorrido por este significado de las proposiciones simbólicas del mundo se retrotrae al sujeto que lo expresa y afirma.

En relación con ello, aquél que quiere obtener conocimiento jurídico en la comparación de los tipos por el camino de la experimentación se plantea una y otra vez la cuestión de si hay que admitir o no una propuesta de solución de un problema jurídico, a la que llega bajo el punto de vista de su significación representativa para la razón jurídica propia. La aceptación de una hipótesis normativa tiene éxito según un criterio conforme al cual se espera de ésta que tenga representación simbólica para un mundo en el que se vea satisfecha la expectativa jurídica del sujeto.

Para que el significado de una proposición normativa pueda asumir carácter representativo debe incluir también rasgos intuitivos: prescribir modelos de acción que correspondan a la forma propia de las normas jurídicas. Así visto, el significado simbólico de una proposición como «pacta sunt servanda» consiste en orientar la actuación según figuras ideales, típicas para el mundo jurídico.

Con el significado simbólico de las proposiciones jurídicas se hace presente un rasgo más del modo experimental de proceder, al cual vamos a prestar atención en último término. Si se repara en una situación en la que se toma posición respecto de una proposición jurídica lanzada a debate, entonces existe una razón para examinar la proposición con la que se experimenta, según el criterio del mundo jurídico respectivo de cada uno. Pero si el que toma posición entiende esta proposición en su significado simbólico y la toma como expresión de la perspectiva subyacente a él de un mundo jurídico concerniente a los otros, entonces se la destaca (*herausfordert*) para experimentar con tal mundo jurídico. Esto ocurre en aquel estadio más elevado y principal, mencionado al comienzo del artículo, en el cual tiene lugar el diálogo entre personas, cada una de las cuales habla desde el punto de vista de su propio mundo jurídico.

(Traducción de Urbano Ferrer)

Friedrich Kaulbach
Zum Weinberg, 2
8802 Bonnhof
HEILSBRONN
(ALEMANIA)