

CAPÍTULO TERCERO

EL PROCESO DE RACIONALIZACIÓN JURÍDICA: LA DIMENSIÓN EVOLUTIVA DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO WEBERIANA

1. <i>Algunas advertencias sobre el problema de la racionalidad jurídica</i> . . .	231
2. <i>Fases y factores que han contribuido a la racionalización del derecho moderno</i>	241
a) Racionalización interna del derecho	243
i) La creación del derecho por revelación carismática	249
ii) La creación y aplicación del derecho por "Honorarios" jurídicos	255
a) Los prácticos del derecho	258
b) Los teóricos del derecho	263

CAPÍTULO III

EL PROCESO DE RACIONALIZACIÓN JURÍDICA: LA DIMENSIÓN EVOLUTIVA DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO WEBERIANA

1. Algunas advertencias sobre el problema de la racionalidad jurídica

El tema referente al proceso de racionalización jurídica supone en la Sociología del derecho de Weber la dimensión *genética* y *evolutiva* de la misma. Weber analiza *teóricamente* la formación y la evolución de las características y formas del orden jurídico en términos de progresiva racionalización, mezclándose aquí, desde un punto de vista material, la Sociología del derecho con la Historia jurídica.¹ No es que Weber identifique la Historia jurídica con la Sociología del derecho; desde el punto de vista metodológico, son diferentes. Pero, sin embargo, en la *Rechtssoziologie*, Weber no establece una delimitación de materias, de tal forma que —como ha señalado Richter— “momentos históricos individuales y sociológicos se compenetran de forma insoluble.”²

Por otra parte, la racionalización no aparece en la *Rechtssoziologie* como una meta o fin a alcanzar. Por el contrario, cuando Weber analiza la evolución histórica del orden jurídico en términos de racionalización,

¹ Weber había advertido ya, en otras ocasiones, esta coincidencia material de temas entre la Sociología del derecho y la Historia jurídica, en *R. Stammlers "Ueberwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung*, cit., p. 357, y en "Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik", cit., pp. 48 y ss.

Se puede hablar también de una dimensión histórica en la *Rechtssoziologie* weberiana, como lo hace H. Ryffel, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, cit., p. 70.

² G. Richter, *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., pp. 72-73: "También la Historia del Derecho es sobre todo una contemplación jurídica empírica; pero no se queda ahí, Weber recalcó repetidas veces que el historiador jurídico no puede prescindir de la construcción de aquello que en el pasado se llamaba precepto jurídico. Es decir, que la Historia del derecho es también siempre el estudio del sentido jurídico válido de los institutos jurídicos para la época en cuestión, y no solamente la constatación de determinados hechos sociológicos. Al menos, el punto esencial de la investigación de la Historia del derecho, para Weber, está en los problemas empírico-sociológicos".

zación, en sus distintas facetas y direcciones, está utilizando un *instrumento interpretativo*, esto es, un "tipo ideal", por medio del cual puede estudiar las diferentes fases y etapas teóricas por las que ha pasado la evolución del pensamiento jurídico, tanto en su aspecto teórico como práctico. Por ello, Treves ha señalado —refiriéndose no sólo al ámbito jurídico, sino a toda manifestación cultural humana—, que "la racionalización constituye... el parámetro en base al cual es posible estudiar, ordenar y clasificar los más diversos campos culturales según su mayor o menor aproximación al propio parámetro. La racionalización es sustancialmente para él un 'tipo ideal', es decir, un esquema conceptual construido 'con alcance heurístico' para estudiar la completa realidad de los hechos sociales..."³

A continuación —antes de analizar detalladamente el proceso de racionalización jurídica en sus distintas fases y factores que a ella contribuyeron—, me propongo señalar unas breves notas introductorias o unos apuntes, desde un punto de vista teórico, sobre el concepto de racionalización jurídica.

1º El proceso de racionalización jurídica se encuentra inmerso en un *proceso general y peculiar del Occidente moderno*. La racionalización del derecho no es un proceso aislado, sino que se encuentra en reciprocidad con otras actividades humanas. Se puede decir que Weber caracteriza la racionalización jurídica como una manifestación del desarrollo peculiar de la civilización occidental, que se inserta en un proceso general de racionalización creciente que abarca todos los ámbitos culturales de la vida humana, desde el arte a la economía, desde la música, y la religión hasta la organización política y el derecho.

En efecto, Weber en la introducción a sus trabajos sobre la *Ética protestante y el "Espíritu" del capitalismo*, señala que "sólo en Occidente hay 'ciencia' en aquella fase de su evolución que reconocemos como 'válida' actualmente..." "Lo mismo ocurre con el arte... , y con "el poder más importante de nuestra vida moderna: el capitalismo". Pero, por lo que a nosotros nos interesa aquí, Weber advierte que "fuera de Occidente no existe una ciencia jurídica racional, a pesar de todos los indicios que puedan encontrarse en la India (Escuela de Mimamsa), a pesar de todas las amplias codificaciones y todos los libros jurídicos, indios o no, puesto que faltaban los esquemas y categorías estrictamente jurídicas del Derecho romano y de todo el Derecho occidental amamantado por él. Algo semejante al Derecho ca-

³ R. Treves, *Introducción a la Sociología del Derecho*, cit., p. 74.

nónico no se conoce fuera de Occidente".⁴ Con posterioridad a la fecha en que fue escrito este pasaje, Weber vuelve a insistir en el tema, en una de las dos conferencias pronunciadas en München en el otoño de 1919, bajo el título de *Politik als Beruf*, señalando que "en ningún otro lugar del planeta se encuentra un fenómeno análogo. Ni los elementos de un pensamiento jurídico racional de la Escuela Mimamsa de la India, ni el culto al pensamiento jurídico antiguo en el Islam, pudieron impedir la sofocación del pensamiento jurídico racional por el pensamiento teológico".⁵

Finalmente, también en *Wirtschaft und Gesellschaft* encontramos pasajes referentes al tema aquí tratado, cuya mención se ha hecho ya imprescindible en las interpretaciones weberianas: "Sólo el Occidente conoció en el pleno desarrollo la administración popular de la justicia (*dinggenossenschaftliche Justiz*) y la estereotipación estamental del patrimonialismo; sólo él conoció también la aparición de la economía racional, cuyo portador se unió primeramente con el poder principesco para el desmembramiento de los poderes estamentales, a fin de volverse luego, en actitud revolucionaria, contra él; por ello sólo el Occidente conoció el 'derecho natural' así como la total eliminación del principio de la personalidad del derecho y del principio de que 'el privilegio prevalece sobre el derecho del país'; sólo el Occidente vio nacer un producto del tipo del derecho romano y vivió un proceso como el de la recepción de tal derecho. . . Por esto. . . el estudio del derecho de los juristas 'profesionales' especializados sólo en Occidente fue alcanzado en pelintud".⁶

Por lo tanto, la racionalización del derecho está inmersa en un proceso de racionalización *peculiar* del Occidente moderno. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que procesos de racionalización han existido en las más diferentes culturas y de distintas maneras. Weber reconoce esta pluralidad de racionalizaciones, subrayando que lo que a él le interesa destacar es el proceso de racionalización que ha caracterizado y, todavía, caracteriza la cultura occidental moderna. Porque "hay, por ejemplo —dice Weber—, 'racionalizaciones' de la contemplación mística (es decir, de una actividad que, vista desde otras esferas vitales, constituye algo específicamente 'irracional'), como las hay de la economía, de la técnica, del trabajo científico, de la educación, de la guerra, de la justicia y de la administración. Además cada una

⁴ M. Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., p. 6.

⁵ M. Weber, *Politik als Beruf*, cit., pp. 522-523.

⁶ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 277-278 (traducción castellana: p. 650).

de estas esferas puede ser 'racionalizada' desde distintos puntos de vista, y lo que desde uno se considera 'racional' parece 'irracional' desde otro. Procesos de racionalización, pues, se han realizado en todas partes y en todas las esferas de la vida. Lo característico de su diferenciación histórica y cultural es precisamente cuáles de esas esferas, y desde qué punto de vista, fueron racionalizadas en cada momento. Por tanto, lo primero que interesa es conocer las características peculiares del racionalismo occidental, y, dentro de éste, del moderno, explicando sus orígenes".⁷

Es decir, que lo que Weber se propone finalmente, como tema central de su obra, es caracterizar y delimitar un tipo de racionalización que, por determinadas circunstancias, se ha producido sólo en el mundo occidental, y que consiste en una desmitificación (*Entzaubezung*),⁸ sistematización, especialización y tecnificación crecientes en todos los ámbitos de la vida humana. Esto es, en síntesis, lo que caracteriza el, denominado por Weber, proceso de racionalización *formal* del mundo occidental moderno. Así pues, la civilización occidental —como señala Freund— "se caracteriza porque, de una parte, ella da prioridad a los procesos técnicos de racionalización, y de otra, introduce este modo de actuar en todos los campos a la vez, tanto en política como en economía o en moral, en el arte y en la ciencia. Se trata de lo que Weber llama la racionalización creciente de nuestra vida que conduce a una superracionalización o intelectualización de nuestra existencia".⁹

2º El proceso de racionalización jurídica no se dirige en una sola dirección. Aún cuando —como se acaba de decir en el punto anterior— se incluye dentro del proceso general de racionalización del mundo

⁷ M. Weber, *La ética protestante y espíritu del capitalismo*, cit., p. 17.

⁸ Sobre el problema de la desmitificación y desvalorización del mundo moderno, en la obra de Weber, véase: J. Weiss, *Max Weber: Die Entzauberung der Welt*, en J. Speck (Hrsg.), "Grundprobleme der grossen Philosophen". Philosophie der Gegenwart IV, Göttingen 1981, pp. 9-47.

⁹ J. Freund, *La rationalisation du droit selon Max Weber*, cit., p. 70.

También, G. Zaccaria, *Razionalità, formalismo, diritto...*, cit., p. 201, señala: "La lógica del 'Rationalisierungsprozess' se revela como tendencialmente sistemática, intentando progresivamente disciplinar, casi por interna necesidad, todos los aspectos de lo real y todos los órdenes de lo social". Por su parte, P. Rossi, *La teoria della razionalità in Max Weber*, cit., p. 33, indica que el mundo occidental moderno ocupa en la concepción weberiana "un 'lugar' específico de una particular forma de racionalidad". Y, también en esta misma línea: R. Munch, *Max Webers "Anatomie des okzidentalen Rationalismus", Eine systemtheoretische Lektüre*, en "Social Welt", nº 29, 1978, pp. 217-245; J. Dieckmann, *Max Webers Begriff des modernen okzidentalen Rationalismus*, Dissertation-Universität Köln, Zentral-verlag für Dissertation Triltsch, Düsseldorf, 1961; y, W. Schluchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, cit., pp. 15 y ss.

occidental moderno, caracterizado en términos de racionalidad-formal, ésta no es, sin embargo, la única posibilidad de racionalización que el derecho ha seguido históricamente.¹⁰ Para Weber, el desarrollo del derecho se produce en una doble dirección, caracterizada por la —ya analizada— alternativa entre *formalidad* y *materialidad*. Como veremos, el derecho, a lo largo de su desarrollo histórico, ha sido susceptible tanto de una racionalización-formal, como de una racionalización-material.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en la concepción weberiana, la racionalización material y la racionalización formal no suponen dos estadios o fases sucesivas en el proceso de desarrollo jurídico, sino dos direcciones distintas dentro del proceso general de racionalización o —como dice Rossi— “dos modelos de desarrollo” del pensamiento jurídico.¹¹ A lo largo del desarrollo jurídico se han ido produciendo indistintamente, según fueran las circunstancias y condicionamientos externos de carácter político o económico, y las propias características internas del orden jurídico, tanto una racionalización en sentido material, como una racionalización en sentido formal. Un ejemplo de coexistencia temporal de dos tipos de racionalización lo tenemos en la coexistencia del derecho continental de carácter fundamentalmente formal-racional, con el derecho anglosajón que, desde un punto de vista típico-ideal, se puede calificar como racional-material.

Por lo tanto —como se verá en el desarrollo del presente capítulo—, la racionalización formal, aún cuando de una lectura superficial de la obra de Weber se pudiera desprender lo contrario, no supone un último estadio dentro del proceso general de racionalización del derecho, ni siquiera una fase posterior a la de la racionalización material. Esto es claro, si pensamos que en el actual “derecho racional-formal” existen determinados factores, que se dirigen en el sentido de la racionalización material e, incluso, de hecho coexisten en el formalismo jurídico

¹⁰ Al respecto, S. Kalberg, *Max Webers Typen der Rationalität: Grundsteine für die Analyse...*, cit., pp. 12-13, señala que: “Weber no utiliza los conceptos de ‘Racionalidad’ y ‘Racionalización’ simplemente para una caracterización de desarrollos globales. Sino que estos conceptos tienen, para él, siempre un contenido específico y delimitado. Weber diagnostica procesos de racionalización cualitativamente diferentes, que responden a niveles socio-culturales diferenciados en ámbitos de vida distintos... Y esto es válido tanto para los ámbitos de vida que se refieren a la ‘organización externa’ del mundo —el ámbito jurídico, político, económico, el ámbito del poder y de la ciencia—, como para los ámbitos ‘internos’ de la religión y de la ética”.

¹¹ P. Rossi, *Il proceso di razionalizzazione del diritto e il rapporto con l'economia*, cit., p. 29.

moderno todo tipo de materialidades e irracionalidades, que tienden a debilitar, en vez de fortalecer, el carácter formal de aquél.¹²

3º Aún cuando Weber habla de un proceso de racionalización jurídica *progresivo*, éste *no* es siempre un proceso *consciente* ni *continuo*. En principio, los propios artifices de la racionalización jurídica, principalmente los "operadores" jurídicos, que en cada época histórica han contribuido al desarrollo de las características lógico-formales del orden jurídico, no eran conscientes en la mayoría de los casos de sus aportaciones a la racionalización jurídica.¹³ Curiosamente, a pesar de este hecho, son los que Weber denomina "portadores" (*Träger*) jurídicos, los que ocupan un papel central en la *Rechtssoziologie* como artifices de la racionalización jurídica, al menos —como veremos— desde un punto de vista interno.

En segundo lugar, tampoco estamos ante un proceso continuo, sino que la "progresiva" racionalización sólo se consigue a través de múltiples irracionalidades de todo tipo. Además la racionalidad no constituye, ni un estado logrado finalmente, en el cual no exista lugar para factores que fomenten la irracionalidad, ni es una característica "ontológica o una dimensión constitutiva" del proceso histórico.¹⁴ Es decir, un orden jurídico no es —salvo desde un punto de vista típico-ideal— ni racional ni irracional, sino que su desarrollo está orientado hacia procedimientos más o menos racionales, tanto en una dimensión formal como material.

4º El proceso de racionalización jurídica se inicia paralelamente al proceso de racionalización de la esfera religiosa.¹⁵ Solamente se pudo

¹² Al respecto, N. Roos, *Antiformale Tendenzen im modernen Recht— eine These Max Webers...*, cit., pp. 223-267; y, K. Eder, *Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts*, cit., pp. 157-167.

¹³ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 223 (traducción castellana: p. 608).

¹⁴ P. Rossi, *La teoria della razionalità in Max Weber*, cit., p. 15.

¹⁵ Para un análisis del proceso de racionalización en el ámbito de la Sociología de la religión weberiana, véase, J. Weiss, *Rationalität als Kommunikabilität. Ueberlegungen zur Rolle von Rationalitätsunterstellungen in der Soziologie*, cit., pp. 39-58; H. Treiber, "Wahlverwandtschaften" zwischen Webers Religions und Rechtssoziologie, cit., pp. 6-68, analiza el proceso de racionalización en la Sociología de la religión, estableciendo una similitud estructural entre aquél y el proceso de racionalización en el ámbito de la Sociología del derecho weberiana; R. Bendix, *Max Weber*, cit., pp. 93-270; R.M. Bellach, *Religiöset Evolution*, en C. Seyfarth und W.M. Sprondel (Hrsg.), 1973, cit., pp. 267-302; J. Habermas, *Max Webers sobre la racionalización de la imagen religiosa del mundo*, en "Revista Teorema", vol. XII/3, 1982, pp. 289-305; G. Roth, *Religion and Revolutionary Beliefs: Sociological and Historical Dimensions in Max Weber's Work*, en "Social Forces" 55, 1976-77, pp. 257-272; V. Drehsen, *Religion und die Rationalisierung der modernen Welt*, *Max Weber (1864-1920)*, en: K.W. Dahm u. a., "Das Jenseits der Gesellschaft", München

iniciar la racionalización del derecho, cuando se produjo un distanciamiento del pensamiento mágico y, consiguientemente, una racionalización ética de la imagen del mundo, por una parte, y una superación de las estructuras de la "autoridad doméstica" y del "grupo parental", por otra parte.

Weber considera la aparición de las religiones de *redención* o de *salvación* como el primer factor de superación del pensamiento mágico, puesto que, al conformar radicalmente "el dualismo entre Dios y el mundo, satisfacían mejor las condiciones para una racionalización ética".¹⁶

Weber resalta especialmente la tensión y el conflicto que este tipo de religión produce entre la imagen de la divinidad y los órdenes externos de la vida humana, de tal forma que estos últimos no podían ser protegidos ya por un tipo de religiosidad mágica, sostenida por dioses funcionales: ¹⁷ "Las religiones proféticas y de salvación —dice Weber— vivían en una gran parte de los casos, especialmente importante desde el punto de vista de la evolución histórica, en una situación de tensión con el mundo y sus estructuras, no sólo aguda (como se desprende evidentemente de la terminología adoptada), sino también permanente. Tensión tanto mayor, cuanto más auténtico fuera su carácter de religiones de salvación. Ello se siguió del sentido de la redención y de la esencia de la doctrina profética de salvación, con tanta mayor intensidad cuanto más evolucionaron sus principios hacia una ética racional, orientada hacia valores rigurosos *internos* como medios de salvación; dicho en lenguaje corriente: cuanto más se sublimaron pasando del ritualismo a la 'religiosidad de convicción'. Es decir, la tensión se hizo tanto más fuerte por el lado de la religión, cuanto más progresó por el otro lado la racionalización y la sublimación de la posesión interna y externa, de bienes 'mundanos' (en un sentido amplio). Efectivamente, la racionalización y consciente sublimación de las relaciones del hombre con las diversas esferas de posesión, interna y

1975, pp. 89-154; C. Seyfarth, *Die westdeutsche Diskussion der Religionssoziologie Max Webers seit den 60er Jahren*, Ms. Frankfurt a. M. 1979.

Por su parte, P. Rossi, *Il proceso di razionalizzazione del diritto e...*, cit., p. 29, señala también: "En la fase inicial del desarrollo jurídico, el proceso de racionalización de la esfera religiosa y el proceso de racionalización del derecho constituyen, en línea máxima, fenómenos paralelos y correlativos entre sí".

¹⁶ J. Habermas, *Max Weber: sobre la racionalización de la imagen religiosa del mundo*, cit., p. 295.

¹⁷ Por ello, como señala J. Freund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 162: "Una religión de la salvación adopta casi siempre el aspecto de una revolución social, puesto que aspira a una nueva comunidad basada en un principio o normas nuevas".

externa, religiosa o mundana, de bienes condujo a que se hicieran *conscientes* en sus consecuencias las *específicas legalidades internas* de cada esfera en particular y a que entraran por ello en aquellas tensiones mutuas que estaban veladas a la ingenua relación originaria con el mundo exterior".¹⁸

Weber vuelve a insistir en *Wirtschaft und Gesellschaft* sobre la importancia que tiene, para el inicio del proceso de racionalización jurídica, la aparición de las religiones de *salvación*, que permitieron, a su vez, la separación definitiva de los preceptos jurídicos con respecto a las normas religiosas, rituales o ceremoniales de carácter mágico. De esta forma, Weber señala que: "Cuanto más sistemática y más orientada por la 'ética de convicción' es la religiosidad de salvación, tanto más significa una tensión profunda respecto a las realidades del mundo. Mientras es una simple religiosidad ritual o 'de la Ley' esta tensión se destaca poco en forma de principios. Esas religiosidades actúan esencialmente del mismo modo que la ética mágica. En términos generales, esto quiere decir que otorgan a las convenciones acogidas por ellas la consagración inviolable, porque la totalidad de los adeptos del dios está interesada también en evitar la cólera divina, esto es, el castigo por la transgresión de las normas. Por eso, cuando un precepto ha alcanzado la significación de un mandato divino, se eleva, desde la esfera de las convenciones, sujetas a cambio, al rango de cosa sagrada. Siempre ha regido, como el orden del cosmos, y regirá siempre; sólo puede ser interpretado, no cambiado; puede ocurrir, desde luego, que el mismo dios revele un nuevo precepto. Así como el simbolismo, en relación con determinados elementos culturales, y las prescripciones tabús, en torno a formas concretas de relación con hombres y bienes, actúan en forma estereotipada, así lo hace también la religión, en esta etapa, en el campo total del orden jurídico y de las convenciones".¹⁹

En efecto, así como el primer paso para una racionalización ética es el distanciamiento del pensamiento mágico, también el primer paso para el inicio de una racionalización jurídica es la superación del recurso a las garantías mágicas. Cuando el hombre empieza a ser consciente de que el orden jurídico no responde a fuerzas de carácter mágico o a la garantía de dioses funcionales, que protegían los valores tradicionales de la vida cotidiana, puede decirse propiamente que la esfera jurídica entra en la primera fase de racionalización, si bien —claro está—

¹⁸ M. Weber, *Ensayos de sociología de la religión*, cit., p. 441.

¹⁹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., pp. 348-349 (traducción castellana: pp. 452-453).

no en el sentido de racionalidad formal moderna. Ahora bien, si es cierto que existe un paralelismo entre la racionalización en la esfera religiosa y la racionalización en la esfera jurídica, no es menos cierto también que la auténtica racionalización del derecho sólo se produce cuando los principios jurídicos consiguen un distanciamiento total y definitivo de los preceptos religiosos o éticos.

Por otra parte, esta inicial racionalización va unida también a la superación de la "autoridad" del grupo parental. También en este punto aparece el paralelismo con la racionalización de la esfera religiosa, puesto que, al aparecer las religiones de salvación, el primer poder con el que se tienen que enfrentar es el de la "autoridad doméstica del jefe de familia": "Donde quiera que la profecía de salvación ha creado comunidades de carácter puramente religioso —dice Weber— ha sido la comunidad natural de *linaje* el primer poder con el que ha entrado en conflicto por temor ésta a ser devaluada por aquélla".²⁰ Paralelamente, en la esfera jurídica, el titular originario de toda "administración" de justicia y de todo gobierno era, primitivamente, la "autoridad doméstica". Sólo cuando se produjo una limitación de la autoridad del "jefe de familia", a través de ciertas clases de poder político, económico o religioso, se pudieron borrar "los límites entre creación del derecho, aplicación del mismo y gobierno"²¹ y, consiguientemente, se inició un tenue proceso de racionalización, en sentidos diferentes.

5º Por último, Weber no entra a valorar o emitir juicios de valor positivos o negativos sobre el proceso de racionalización creciente del derecho y las consecuencias que pueden derivarse del funcionamiento de un derecho racionalizado. Lo único que le interesa es la descripción de dicho proceso y la comprensión de las causas y factores influyentes en el mismo. Sin embargo, en algunas partes de su obra, Weber constata las consecuencias —no precisamente esperanzadoras— o los efectos que produce o puede producir esta racionalización creciente, no sólo ya del derecho, sino de todas las esferas de la vida del hombre occidental moderno. Incluso —como señala Richter—, "es muy probable que (Weber) también en su valoración personal haya vacilado frente a este desarrollo sentido como fatal".²²

En efecto, Weber constata repetidas veces, sobre todo en sus últimos escritos, el *desencantamiento* que la racionalización creciente de todos

²⁰ M. Weber, *ibid.*, p. 441. Como se ha señalado J. Habermas, *Max Weber: sobre la racionalización...*, cit., p. 296, este rechazo del mundo, que conlleva la aparición de las religiones de salvación o redención, tiene como principal consecuencia una desvalorización y objetivación de las relaciones intramundanas.

²¹ M. Weber, *Rechtssociologie*, cit., p. 91 (traducción castellana: p. 502).

²² G. Richter, *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., pp. 73-74.

los ámbitos de la vida humana ha producido en la forma de comportamiento del hombre moderno: "El destino de nuestro tiempo, racionalizado e intelectualizado y, sobre todo, desmitificador del mundo, es el de que precisamente los valores últimos y más sublimes han desaparecido de la vida pública y se han retirado, o bien al reino ultraterreno de la vida mística, o bien a la fraternidad de las relaciones inmediatas de los individuos entre sí".²³

Asimismo, por lo que respecta a las consecuencias que la existencia de los sistemas racionales, como por ejemplo el ordenamiento jurídico, producen en los usuarios y partícipes de esos sistemas, Weber señala que "en modo alguno provoca esta racionalización una universalización del conocimiento de los condicionamientos y conexiones del actuar en comunidad, sino, la más de las veces, precisamente lo contrario. El 'salvaje' conoce acerca de las condiciones económicas y sociales de su propia existencia infinitamente más que el llamado 'civilización'".²⁴ Así también, con respecto al orden jurídico, Weber en las últimas páginas de la *Rechtssoziologie* —como veremos— denuncia el distanciamiento y la incomprensión, cada vez mayores, que la excesiva racionalización técnica del sistema jurídico ha producido entre los destinatarios y usuarios del sistema y la propia lógica interna del sistema jurídico.

Por lo tanto, la tesis, que aquí se va a defender respecto a la reconstrucción weberiana del proceso de racionalización, no es aquella que pretende ver a Weber como un "profeta" o como el gran representante de la racionalidad moderna (Löwith o Jaspers), sino aquella que, por el contrario, ve a Weber como un hombre que analizó el proceso de racionalización del mundo occidental, planteando o señalando los posibles problemas y consecuencias negativas que aquél produce en la vida actual de hombre moderno (Febbrajo, Parsons, Richter o Seyfarth). Efectivamente, el concepto de racionalidad es un concepto central en la obra de Max Weber, pero ello no quiere decir, que Weber sea el "gran defensor" de la racionalidad propia de la sociedad burguesa-capitalista. Antes al contrario, especialmente en sus últimos escritos, Weber denuncia las incoherencias internas de aquélla y reivindica la

²³ M. Weber, *Wissenschaft als Beruf*, en *Geistige Arbeit als Beruf*. Vier Vorträge von dem Freistudentischen Bund, Erster Vortrag (mit einem Nachwort von Immanuel Birnbaum). München u. Leipzig (Duncker & Humblot), 1919. Posteriormente, recopilado en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, cit., pp. 582-613 (la cita se encuentra en la p. 612). Existe traducción castellana: *La ciencia como vocación* en M. Weber, *El político y el científico*, cit., pp. 180-231 (la cita se encuentra en la p. 229).

²⁴ M. Weber, *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., p. 473 (traducción castellana: p. 221).

existencia también de la *irracionalidad* en los distintos ámbitos de la vida moderna.²⁵

Aunque más adelante volveré sobre este tema,²⁶ baste con apuntar aquí que el concepto weberiano de *irracionalidad* no tiene un sentido peyorativo con respecto al concepto de *racionalidad*. Nuevamente estamos ante conceptos típico-ideales, que le sirven a Weber para analizar el proceso de desarrollo de la cultura occidental moderna. Por ello, cuando Weber señala la existencia de *irracionalidades* en los sistemas, que rigen la vida del hombre moderno (el sistema jurídico, el económico y el político, fundamentalmente), lo que quiere evidenciar es que las características *racionales* de aquéllos no son válidas ellas solas para lograr el *equilibrio* deseado entre el funcionamiento interno del sistema y el actuar empírico de los individuos.

Más parecería incluso, que el sentido peyorativo lo atribuye Weber en tales casos al término *racionalidad*, en cuanto las características *racionales* de los sistemas de la vida actual no han conseguido un mejor funcionamiento global de los mismos, y sí, por el contrario, una insatisfacción y un mayor desconocimiento por parte de los individuos, así como incoherencias internas, que sólo son posible obviar recurriendo a elementos *materiales e irracionales*, es decir, a elementos que escapan a las características o procedimientos formales del sistema.

2. Fases y factores que han contribuido a la racionalización del derecho moderno

Como ya ha quedado dicho anteriormente, Weber reconstruye de forma "típico-ideal" el desarrollo histórico de la racionalización del derecho, basándose en los cuatro "tipos ideales" de derecho que a los efectos elabora. Ahora bien, en dicha reconstrucción "típico-ideal", Weber señala una serie de factores y causas que influyen y contribu-

²⁵ También Marcuse, en relación especialmente al desarrollo de la racionalidad en el ámbito de la economía capitalista moderna, se cuestiona lo siguiente: "¿Predijo Max Weber este desarrollo? La contestación es: no, si se subraya el verbo 'decir'. Pero está implícito en su conceptualización, y lo está tan profundamente que aparece como algo inevitable, como definitivo y, por tanto, nuevamente como razonable (en un sentido negativo, peyorativo)... En el desarrollo de la racionalidad capitalista, la *irracionalidad* se convierte así en razón..."; H. Marcuse, *Industrialisierung und Kapitalismus*, cit., pp. 165-166 (traducción castellana: p. 130).

Con respecto al ámbito político, el autor que más expresamente ha destacado el elemento *irracional* en la Sociología política de Weber, ha sido W. J. Mommsen, especialmente en su más conocida obra, *Max Weber und die deutsche Politik, 1890-1920*, cit.

²⁶ *Infra*, cap. 3.2.1.D).

yen a la racionalización jurídica, caracterizada, fundamentalmente, por una creciente desmitificación y sistematización. Estos factores pueden ser o bien de naturaleza *interna* a la propia estructura del pensamiento jurídico, que ejercen, a su vez, una influencia *directa* sobre el desarrollo de las cualidades racionales y, especialmente, formales del derecho; o bien, de naturaleza externa, como las condiciones políticas y económicas, que ejercen una influencia *indirecta* sobre el desarrollo de la racionalización jurídica.

Weber hace referencia expresamente a esta doble naturaleza de las condiciones o factores de racionalización, en su *Rechtssoziologie* al afirmar que: "En esta obra nos interesa especialmente los derroteros y destinos de la racionalización del derecho, o sea el desarrollo de sus actuales caracteres 'jurídicos' específicos. Según veremos, un derecho puede ser racionalizado en diversas formas y no necesariamente en la dirección que implica el despliegue de sus cualidades propiamente 'jurídicas'. Pero la dirección en que estas cualidades formales se desenvuelven encuéntrase condicionada directamente por circunstancias, que podríamos llamar 'intrajurídicas', a saber, la peculiaridad del círculo de personas que pueden influir profesionalmente en la formación del derecho y sólo indirectamente por las condiciones económicas y racionales de índole general".²⁷

Por lo tanto, en base a las propias palabras de Weber, se puede hablar de la existencia, dentro del proceso de racionalización jurídica, de una "racionalización interna" del derecho y de una "racionalización externa" del mismo;²⁸ o, simplemente, de condiciones internas del pensamiento jurídico, aportadas principalmente por los juristas de profesión, y de condiciones políticas y económicas,²⁹ o, finalmente, de condiciones "intrajurídicas", por una parte, y condiciones "extrajurídicas", por otra parte.³⁰

²⁷ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 196 (traducción castellana: p. 531).

²⁸ J. Freund, *La rationalisation du droit...*, cit., p. 71, destaca también, siguiendo a Weber, la doble distinción entre racionalización interna y racionalización externa; distinción que adopta en su exposición del proceso de racionalización weberiano por "razones puramente metodológicas".

²⁹ P. Rossi, *Il processo di razionalizzazione...*, cit., pp. 21-22, hace referencia indirectamente a la doble racionalización, interna y externa, si bien, en vez de utilizar estos términos, señala que: "las condiciones del desarrollo jurídico son por una parte condiciones internas a la esfera del derecho, pero por otra parte condiciones políticas".

³⁰ H. Treiber, "*Wahlverwandtschaften*" zwischen Webers Religions- und Rechtssoziologie, cit., pp. 33-34, distingue en el proceso de racionalización jurídica descrita por Weber, entre las "condiciones intrajurídicas", manifestadas a través de las características propias de las capas de portadores jurídicos, y las "condiciones extra-

A continuación, en la exposición que sigue, he adoptado esta diferenciación entre una racionalización interna y una racionalización externa en el desarrollo histórico de la racionalización jurídica, basándose en el propio texto weberiano antes citado. No obstante, sobre el referido texto weberiano, quisiera —al tiempo que resaltar su importancia— hacer notar que apareció por primera vez incluido en la edición definitiva de la *Rechtssoziologie*, publicada por Winckelmann, en 1960, ya que —hasta entonces— no había aparecido en las correspondientes ediciones de *Wirtschaft und Gesellschaft*, donde se incluía —como ya se ha dicho— un capítulo dedicado a la Sociología del derecho weberiana.

Como decía, el texto en cuestión tiene un importante valor en cuanto a lo que se refiere a una *explicación metódica* del propio desarrollo histórico de las etapas de la racionalización jurídica elaboradas por Weber. Bien es cierto también, que en las ediciones, anteriores a 1960, de *Wirtschaft und Gesellschaft* el desarrollo argumental del proceso de racionalización jurídica discurría también conforme a este doble esquema de racionalización interna y racionalización externa del derecho, aún cuando no de forma expresa. Por ello, el valor del texto referido, correspondiente a la edición definitiva de la *Rechtssoziologie* de 1960, es —como he dicho— *programático* y *explicativo* del esquema que Weber desarrolla en su reconstrucción histórica del proceso de racionalización jurídica.

a) Racionalización interna del derecho

Según la reconstrucción weberiana, el aspecto interno de la racionalización del derecho coincide, fundamentalmente, con el desarrollo de la formalización jurídica, es decir, con el desarrollo de las cualidades *formales*, tanto externas como de orden lógico: formación de conceptos jurídicos abstractos, creación de relaciones e instituciones jurídicas, generalización y desarrollo de la sistemática jurídica.

Esta tarea la llevaron a cabo, principalmente, los distintos operadores jurídicos que han surgido a lo largo de la historia, y muy especialmente los juristas profesionales y universitarios, influenciados sobre todo por la recepción del derecho romano. Esta formalización del derecho, para Weber, "sólo se ha conseguido merced a la recepción por los juristas italianos de la antigua jurisprudencia romana, producto de una forma

jurídicas" referentes a las distintas condiciones políticas y económicas que en cada caso confluyen.

política totalmente única que nace como ciudad-estado para convertirse en imperio mundial. Junto con esta recepción han coadyuvado también a ese fin, por supuesto, el 'Usus modernus' de los canonistas y pandectistas de la Baja Edad Media y las teorías iusnaturalistas, nacidas del pensamiento cristiano y secularizadas después. Los grandes representantes de este racionalismo jurídico han sido el podestá italiano, los juristas del rey, en Francia, que crearon los medios formales de que el poder real se valió para acabar con la dominación de los señores, los canonistas y teólogos iusnaturalistas del Conciliarismo, los juristas cortesanos y los ilustrados jueces de los príncipes continentales, los monarcómacos y los teóricos del Derecho natural en Holanda, los juristas de la Corona y del Parlamento en Inglaterra, la nobleza profesional de los Parlamentos franceses y, por último, los abogados de la época de la Revolución. Sin este racionalismo no son imaginables ni el Estado absoluto ni la Revolución".³¹

Por otra parte, Weber realiza el análisis del desarrollo de la racionalidad interna del derecho de forma típico-ideal, construyendo unas *etapas teóricas* o "*estadios de racionalidad jurídica*", y advirtiendo que, como tales construcciones teóricas, no se encuentran en la realidad histórica en el mismo orden y grado de racionalidad, ni con las mismas características. Se trata de las fases, construidas de forma puramente teórica, por las que ha pasado el pensamiento jurídico. Además, en las distintas épocas y lugares, los modos y grados de racionalización del derecho y del procedimiento jurídico han sido de índole muy diversa. Y esta diversidad ha estado condicionada e, incluso, provocada por tres grandes causas:

- 1ª la variación de las relaciones políticas de poder, esto es, los distintos tipos de dominación política;
- 2ª las relaciones de poder entre las autoridades teocráticas y las profanas, es decir, la constante lucha entre el "estado" o "asociaciones políticas" y las "iglesias", con las consiguientes influencias recíprocas en sus respectivos ordenamientos jurídicos.
- 3ª la diversidad de la estructura de los llamados *honoratiores* jurídicos, esto es, los juristas tanto prácticos como teóricos, que influían en la formación e interpretación del derecho.³²

³¹ M. Weber, *Politik als Beruf*, en "Gesammelte Politische Schriften", cit., pp. 522-523 (traducción castellana: pp. 112-113).

³² M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 277 (traducción castellana: p. 650).

Por lo tanto, según lo visto, "no se trata de interpretar estas fases teóricas en el sentido de una sucesión cronológica, sino de una evolución interna de derecho. . .".³³

Las referidas "etapas teóricas" de la racionalización del derecho están construidas en base a tres "tipos ideales" diferentes de *innovadores* o *creadores jurídicos*, a saber: los profetas jurídicos, los notables jurídicos u "honorarios" y los juristas profesionales. En efecto, para Weber, "el desenvolvimiento general del derecho y del procedimiento, estructurado en 'etapas teóricas' de desarrollo, conduce de la revelación carismática a través de *profetas jurídicos*, a la creación y aplicación empírica del derecho por *notables* (creación cautelar de acuerdo con los precedentes); después al 'otorgamiento' del derecho por el *imperium* profano y temáticamente estatuido' y a la 'aplicación' del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal".³⁴

A su vez, estos tres tipos de *portadores e innovadores jurídicos* conducen el derecho en otras tantas *fases* o etapas jurídicas según el grado de racionalidad/irracionalidad y formalidad/materialidad del mismo. De esta forma, "las cualidades formales del derecho se desarrollan partiendo de una combinación del formalismo mágicamente condicionado y de la irracionalidad, condicionada por la revelación, del procedimiento jurídico primitivo, eventualmente a través de una racionalidad material y antiformalista racional con arreglo a fines, condicionada teocrática y patrimonialmente, hacia la sistematización y creciente racionalidad jurídica especializada y, por tanto, lógica y, con ello, hacia una mayor sublimación lógica y una creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacia una técnica creciente racional del procedimiento jurídico. . .".³⁵

³³ J. Freund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 234. También R. Bendix, *Max Weber*, cit., p. 368, señala que: "En la práctica, el progreso de la racionalidad jurídica se había desplegado no sólo en ésta, sino en varias otras secuencias diferentes. Tampoco se habían dado todas las etapas indicadas en la realidad —sin atender a la secuencia— ni siquiera donde el proceso llegó más lejos, como en Occidente. Por lo demás, pueden encontrarse elementos aislados de cada una, tanto en la práctica legal antigua como en la moderna, según Weber demostró con profusas ilustraciones. De cualquier modo, su resumen se refiere a los grandes tipos de creación del derecho, y por ende a las grandes fuerzas que actuaron, ya para dar efectiva realidad a la incrementada racionalidad jurídica y al desarrollo de la dominación legal, ya para resistirlas".

³⁴ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 277 (traducción castellana: p. 650).

³⁵ M. Weber, *ibid.*, p. 277 (p. 650). Obsérvese cómo la reconstrucción weberiana de las etapas del desarrollo jurídico influye en el pensamiento de H. Kantorowicz, *La definición del derecho*, cit., pp. 110-111, el cual, tras definir el derecho como "costumbre racionalizada", señala una serie de "etapas y aspectos más importan-

Por otra parte, al construir las "etapas teóricas" del desarrollo jurídico, con sus *portadores* correspondientes, las pone en relación con los tres tipos de dominación o de poder legítimo: el poder tradicional, el poder carismático y el poder racional o poder legal, que constituyen el eje central de la Sociología política weberiana. De tal forma que el poder tradicional se identifica con el derecho transmitido, frente al cual pueden surgir como fuerzas revolucionarias, tanto el derecho revelado como el derecho racional. Asimismo, se puede establecer una relación entre el poder carismático y el derecho revelado por profetas jurídicos, por una parte, y el poder racional o legal y el derecho creado tanto por notables jurídicos como por juristas profesionales, por otra parte. A su vez, dentro del poder racional podríamos distinguir también, entre una racionalidad material y una racionalidad formal, de manera que la primera surgiría de la creación del derecho por "honorarios" o notables jurídicos (creación de derecho empírico), y la segunda de la creación del derecho por juristas profesionales, dotados de una formación universitaria de carácter lógico-formal.³⁰

Según lo señalado hasta ahora, se puede decir que el eje central del desarrollo weberiano de las características internas del derecho está constituido por lo que Weber denomina el "equipo de portadores jurídicos" (*Trägerschichten*), esto es, todas aquellas personas que, en cualquier época histórica, crean, aplican e interpretan el derecho, ya se trate del mago, el sacerdote, el jefe carismático, la asamblea carismática, el hechicero, los notarios italianos, los jueces, el estamento de los abogados ingleses, o de los juristas profesionales de la Edad Moderna. Como veremos posteriormente, del análisis de las diferentes actuaciones de los distintos "portadores jurídicos" en cada época histórica, se puede obtener una de las razones explicativas de por qué un

tes" del proceso evolutivo del derecho, y entre ellas indica: "El Derecho es objeto, primero de prácticas mágicas; después, de intuición religiosa, de consideración poética, de conocimiento empírico y, finalmente, de pensamiento especulativo o científico, por órganos privativos del grupo, originariamente por los caudillos, magos y sabios, a los cuales se les confían también otras funciones; posteriormente, con la creciente división del trabajo, por especialistas jurídicos, como son los jueces, enjuiciadores, jurados, abogados, notarios que, finalmente, dan lugar a profesores de Derecho, con una instrucción científica, y a otras profesiones".

³⁰ Un amplio análisis comparativo de las "etapas teóricas" del desarrollo jurídico con los tipos de dominación legítima, lo realiza W. Schluchter, en el ya referido capítulo V de su obra *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, cit., pp. 122-203; también A. Hunt, *The Sociological Movement in Law*, cit., pp. 118 y ss., realiza un análisis de las relaciones existentes entre los tipos teóricos de pensamiento jurídico y las formas de dominación; y asimismo, D. M. Trubex, *Max Weber über das Recht und die Entstehung des Kapitalismus*, cit., pp. 169-179.

orden jurídico determinado tiene un mayor o menor carácter empírico, o por qué es más o menos racional, o más formal.³⁷ La actuación de los distintos "portadores jurídicos" es, por lo tanto, *uno* de los factores determinantes del hecho de que —como ha señalado Zweigert— "cada orden jurídico individual y todos los grupos de órdenes jurídicos tengan un estilo determinado".³⁸

Se debe advertir, no obstante, que Weber utiliza la expresión *Trägerschichten* ("equipo de portadores") más en su Sociología de la Religión que en su *Rechtssoziologie*. "La Sociología de la Religión histórico-comparativa —señala Seyfarth—. . . , tiene como tema central las capas de intelectuales en cuanto que *portadores* (*Träger*) del desarrollo cultural de procesos de desmitificación y racionalización de diferentes formas y alcance".³⁹ Por el contrario, en la *Rechtssoziologie*, Weber maneja con más frecuencia la expresión *Rechtshonorationen* ("honorarios" jurídicos), pero la significación en el proceso de racionalización viene a ser la misma.

Ahora bien, la expresión "honorarios" jurídicos (*Rechtshonorationen*) tiene un significado conceptual más restringido que la expresión *Trägerschichten* ("equipo de portadores"). Ello se debe a que el término "honorarios" jurídicos está conectado con los tres "tipos ideales" de innovadores o creadores de derecho, en base a cuya actuación Weber construye, a su vez, las "etapas teóricas" del desarrollo del derecho. De tal forma, que la expresión *Trägerschichten* se puede apli-

³⁷ D. Käsler, *Einführung in das Studium Max Weber*, cit., p. 149, señala el tema de los "portadores sociales del desarrollo jurídico", como uno de los cuatro temas esenciales de la *Rechtssoziologie* weberiana. Igualmente, R. Bendix, *Max Weber*, cit., pp. 383-390, destaca la importancia de los notables jurídicos en la creación del derecho y en el proceso de "racionalización legal"; H. Treiber, "*Wahlverwandtschaften*" zwischen Webers. . . , cit., pp. 8 y 33-34, considera a la actuación de los *Trägerschichten* como el primer nivel de explicación teórica de la racionalización del derecho, especialmente en lo que se refiere a sus condiciones internas; C. Seyfarth, *Gesellschaftliche Rationalisierung und die Entwicklung der Intellektuellenschichten. . .*, cit., p. 189, señala, con carácter más general y extensivo, que lo que él denomina como "capas de intelectuales" constituyen "el tema central de la Sociología histórico-comparativa e histórico-universal de Max Weber", en cuanto que aquéllos son los "protagonistas de la dirección que en cada caso toma el proceso de racionalización", principalmente en el ámbito de la religión y en el del derecho; y, S. Kalberg, *Max Webers Typen der Rationalität. . .*, cit., p. 12, destaca la importancia de los distintos tipos de "Träger" en el proceso de racionalización jurídica e, incluso, en el proceso de racionalización general de todos los ámbitos de la vida humana.

³⁸ K. Zweigert, *Zur lehre von dem Rechtskreisen*, en "XXth Century Comparative and Conflicts Law", Legal Essays in honor of Hessel E. Yntemma, 1961, pp. 42-55 (la referencia en p. 46).

³⁹ C. Seyfarth, *Gesellschaftliche Rationalisierung un die Entwicklung der Intellektuellenschichten. . .*, cit., p. 191.

car a todos los tipos de innovadores y creadores, prácticos o teóricos, de derecho, que en cada época histórica han proporcionado al derecho unas características determinadas, mientras que el término "honorarios" jurídicos (*Rechtshonoratioren*) responde solamente a unos de esos "tipos ideales", en concreto, al segundo.

Por esta razón, no comparto la interpretación amplia que Rheinstein hace de la expresión weberiana *Rechtshonoratioren*, desvinculándola de los conceptos típicos ideales de innovadores jurídicos e identificándola con lo que él denomina "figuras claves de un orden jurídico" (*Schlüsselfiguren einer Rechtsordnung*).⁴⁰ En todo caso, siendo fiel a la conceptualización weberiana, esta última expresión, que Rheinstein utiliza, podría ser perfectamente aplicable al término *Trägerschichten*, pero no a los "honorarios" jurídicos (*Rechtshonoratioren*), puesto que estos últimos responden a una época histórica concreta y a un determinado "tipo ideal" de portadores o innovadores jurídicos.

Consecuentemente, si en efecto los "honorarios" jurídicos (*Rechtshonoratioren*) constituyen un eje central en el proceso de racionalización interna del derecho, esto no quiere decir tampoco que la actuación de estas figuras jurídicas sea el único factor determinante de las características específicas o del "estilo" peculiar de un orden jurídico.⁴¹ Antes al contrario, constituye solamente uno de los varios factores —si bien muy importantes—, que determinan un específico "estilo" jurí-

⁴⁰ M. Rheinstein, *Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnung*, en "Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", Tübingen, vol. 34, 1974, pp. 1-13, mantiene la tesis de que el "estilo" de un orden jurídico "puede ser determinado simplemente a través de una identificación de las figuras de ese orden. Partiendo de una interpretación amplia de la expresión weberiana *Rechtshonoratioren*, Rheinstein realiza, en este ensayo, un análisis de las figuras centrales del derecho americano, incluyendo entre ellas no sólo a los jueces americanos del siglo XIX y XX, sino también a los profesores y catedráticos de derecho americano. Por lo tanto, Rheinstein aplica el término *Rechtshonoratioren* con un significado diferente del utilizado por Weber. Desvincula dicha expresión de su carácter típico ideal y de su significado histórico en el proceso de racionalización jurídica, aplicándola, por el contrario, a todo grupo de profesionales jurídicos, siempre y cuando puedan ser identificados como la fuerza dominante en la creación del orden jurídico.

En contra de esta interpretación amplia de Rheinstein, se ha manifestado H. Bernstein, *Rechtsstile und Rechtshonoratioren. Eine Beitrag zur Methode der Rechtsvergleichung*, en "Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", vol. 34, 1970, pp. 443-457. Este autor critica expresamente la interpretación de Rheinstein, defendiendo la utilización de la expresión *Rechtshonoratioren* con el significado que tiene en la obra de Weber, es decir, en cuanto "tipo ideal" de portadores jurídicos, que se corresponde con una determinada etapa histórica.

⁴¹ M. Rheinstein, *Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter...*, cit., pp. 2-11.

dico o —en expresión weberiana— un determinado “tipo” de orden jurídico.⁴²

i) Creación del derecho por revelación carismática

La primera etapa teórica, en la cual el derecho se creaba por *revelación carismática* a través de profetas jurídicos, coincide, desde un punto de vista “típico-ideal” con la dominación de tipo carismático basada en las dotes sobrenaturales de un jefe o caudillo.⁴³ En este supuesto la validez de tal derecho se fundaba en la legitimidad de los profetas, magos o caudillos carismáticos.

El derecho creado de esta forma se corresponde con el “tipo ideal” de derecho irracional y esencialmente formal. Pero las cualidades formales de este derecho primitivo no eran de orden lógico, sino de *orden externo*, en cuanto la legitimidad del profeta jurídico se basaba en el carácter sagrado de ciertos actos y ritos. Así, por ejemplo, existían distintos procedimientos mágicos para cada tipo de cuestiones, de tal modo que no era posible someter un problema jurídico a cualquier clase de procedimiento.

La justicia basada en la revelación y en los procedimientos mágicos se fundaba en un principio esencial, consistente en que debían pronunciarse siempre las fórmulas solemnes constitutivas de un acto procesal cualquiera, de tal forma que si se omitían o cambiaban se producía la pérdida de la causa. Asimismo, el formalismo del derecho primitivo se manifestaba también en el derecho probatorio. Las “pruebas” procesales, tal y como las entendemos hoy día, no existían. No interesa acreditar la “verdad” o “falsedad” de un hecho, o la “justicia” o “injusticia” de un acto, y por tanto no se ofrecen medios de prueba para ello. Por el contrario, “sólo se trata de saber qué parte puede o debe exponer la pregunta ante los poderes mágicos, que jurídicamente les conciernen, y cuál es la forma correcta”.⁴⁴ Existe, pues, en este “tipo ideal” de derecho un carácter estrictamente formal del procedimiento,

⁴² H. Bernstein, *Rechtsstile und Rechtshonoratioren*. . . , cit., pp. 452-454, siguiendo la tesis de Zweigert, opina que “el estilo de un orden jurídico es determinado a través de toda una serie de factores”, pero no se puede sostener que existe una relación exclusiva entre “un factor único y un estilo jurídico determinado”.

⁴³ Aquí se van a repetir algunos de los conceptos y términos examinados anteriormente al hablar de los “Modos de producción jurídica” (*supra* cap. 2.4), si bien ahora se abordan desde una perspectiva histórica y evolutiva. No obstante, doy por reproducido lo que allí se dijo con carácter teórico y general, así como la abundante bibliografía que al respecto se cita.

⁴⁴ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 181-182 (traducción castellana: p. 519).

junto con una irracionalidad de los medios de decisión, desconociéndose por completo los fundamentos lógicos y racionales de la decisión concreta.

Por otra parte, en esta primera etapa, el derecho, al igual que otras manifestaciones de la vida social, se encuentra totalmente confundido con los ritos mágico-religiosos y los preceptos morales: no existe diferencia entre derecho, magia y religión. Los medios de creación y aplicación del derecho tienen un carácter mágico misterioso: oráculos, ordalías, profetas jurídicos y religiosos. . . La autoridad de los magos, profetas e, incluso, de los sacerdotes en la creación y aplicación del derecho era ilimitada, la fuerza de su decisión deriva directamente de la divinidad, y ellos mismos son considerados como portadores de dones sobrenaturales.

Además, no se distingue todavía entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, entre norma objetiva y pretensiones subjetivas, o entre la exigencia dirigida al cumplimiento de una obligación y la que reclama una venganza en relación con un delito.⁴⁵ Se desconoce por completo la idea de "ley" en el sentido de regla que el juez debe aplicar a la sentencia, ya que existe igualmente una total confusión entre aplicación y creación del derecho. No se distingue entre derecho privado y derecho público y, tampoco, se conoce la ejecución de la sentencia "de oficio", sino que, originariamente, "se confía —dice Weber— en que la autoridad de la sentencia obtenida de los poderes sobrenaturales o divinos por medio de oráculos, recursos mágicos, juramentos e invocaciones, logrará siempre imponerse, ya que se encuentra garantizada por el temor de un maleficio y la convicción de que cualquier desacato constituye un horrendo crimen".⁴⁶

A lo más que se llegó en esta primera etapa fue a que las sentencias o revelaciones carismáticas llegasen a tener la autoridad de un precedente. Sin embargo, el rígido formalismo del procedimiento obligó al derecho primitivo a ir abriendo un primer camino para la formación de "conceptos jurídicos" técnicos. En efecto, las primeras distinciones jurídicas surgen al plantearse qué cuestiones deben llevarse a las instancias mágicas o carismáticas, "en qué forma hay que plantearlas y a qué partes corresponden el derecho y la obligación de aplicar los medios de prueba. . ." Estas primeras distinciones suponen la apertura a una rudimentaria vía de racionalización, que sólo se acentúa cuando los profetas carismáticos se institucionalizan, transformándose en funcionarios electos o designados oficialmente.

⁴⁵ M. Weber, *ibid.*, p. 184 (p. 521).

⁴⁶ M. Weber, *ibid.*, pp. 93-94 (p. 504).

Sin embargo, para Weber, "la etapa carismática de la creación y aplicación del derecho deja sentir su influencia. . . , en numerosas instituciones del periodo de establecimiento y aplicación puramente racionales del mismo, y esa influencia no ha desaparecido todavía por completo en ninguna parte".⁴⁷ Esto responde a la idea, ya citada, según la cual el elemento irracional no ha desaparecido totalmente en el proceso de racionalización creciente de la civilización occidental. Es decir, aún hoy día, elementos irracionales como el carismático pueden aparecer en algunas actividades sociales, como en la actividad política o en la jurídica. Piénsese, por ejemplo —en el ámbito político—, en el concepto "típico-ideal" weberiano de la "democracia plebiscitaria del líder"⁴⁸ y —en el ámbito jurídico— en la posición "carismática", que Weber atribuye a los jueces en el derecho anglosajón.⁴⁹

Así, por ejemplo, para Weber, la verdadera descendencia de la justicia carismática oracular se ha encontrado en la posición de los jurados germánicos frente al juez, así como en la del *Gesetzessprecher* (decidor, locutor o proclamador del derecho) en el derecho nórdico. Ambos casos, desarrollados al inicio de la Edad Media, tienen como peculiaridad lo siguiente: el juez cita a juicio, en virtud de su cargo, preside el mismo, pero no podía intervenir ni en la interpretación jurídica ni en el fallo judicial. Este último era emitido por intérpretes carismáticamente calificados. El juez no podía proclamar el derecho porque su cargo no le investía de dotes carismáticas; su misión consis-

⁴⁷ M. Weber, *ibid.*, p. 188 (p. 524).

⁴⁸ Sobre dicho concepto weberiano me remito a lo dicho en las notas 170 a 173 del capítulo segundo del presente trabajo, así como a la extensa bibliografía allí utilizada, que doy por reproducida.

⁴⁹ Ya quedó explicitada (*supra*, cap. 2. 4.1.B) la posición "carismática" que Weber, siguiendo la opinión de Blackstone al respecto, atribuye a los jueces ingleses.

A este respecto, también, J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, California, 1969. Hay traducción castellana: *La tradición jurídica romano-cánónica*, versión de C. Sierra, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 66-72, señala: "Los que vivimos en el mundo del derecho común anglosajón sabemos lo que es un juez. Es un héroe de la cultura, incluso es algo así como un padre. Muchos de los nombres famosos de nuestro derecho son los de los jueces Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. Sabemos que nuestra tradición jurídica fue creada originariamente y que ha crecido y se ha desarrollado en manos de los jueces, razonando en forma similar de caso en caso y construyendo un cuerpo de leyes que obligan a los jueces de generaciones posteriores, mediante la doctrina de *Stare decisis*: decidir en casos semejantes de una manera semejante. . .".

Para un estudio de derecho comparado sobre la función de los jueces en distintos sistemas jurídicos, véase el clásico de John P. Dawson, *The Oracles of Law*, Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1968.

tía, por una parte, en conseguir que las partes "prefieran la expiación a la venganza, el pacífico procedimiento judicial a la acción propia", y por otra parte, en cuidar de que el planteamiento de las cuestiones a los intérpretes carismáticos fuera correcto y eficaz.⁵⁰

Ahora bien, este no es sino uno de los varios ejemplos, que Weber analiza de forma prolija, como manifestación histórica del tipo ideal carismático de creación y aplicación del derecho. Lo importante, sin embargo, es apreciar —como señala Bendix— que "tanto la formalización del procedimiento legal como la separación entre el acto del enjuiciamiento y la aplicación de la ley se remontan. . . , en sus formas rudimentarias, a estas antiquísimas instituciones".⁵¹

Los intérpretes carismáticos o, como los denomina Weber; "sabios versados en derecho" eran originariamente magos, a los que se llamaba para aplicar el derecho en casos concretos, en virtud de sus dotes sobrenaturales. Posteriormente, pasaron a ser sacerdotes u "honorarios" a los que se les reconocía autoridad para proclamar el derecho, en virtud de elección. Weber cita varios ejemplos históricos de estos últimos, como los "brehons" en Irlanda, los "druidas" en las Galias, que eran sacerdotes electos cuya misión consistía en interpretar y crear el derecho, o los "Gesetzssprecher" de la Germania septentrional o los "ragimburgos" entre los francos, que eran también intérpretes electos del derecho.⁵² Finalmente, los intérpretes carismáticos, en general, pasaron a ser funcionarios jurídicos o, en algunos casos, políticos elegidos periódicamente o designados por el rey de forma oficial, pero no perdieron en ninguno de estos casos el carácter carismático, en virtud del cual estaban facultados para crear y proclamar el derecho.

Esta transformación del "proclamador carismático del derecho", que pasa de ser llamado para casos concretos a institucionalizarse en funcionario permanente, le implica —según Weber— una nueva obligación: "la de formular ante la comunidad reunida en asamblea las normas de acuerdo con las cuales se proponía emitir sus juicios".⁵³ Esta nueva obligación respondía a una creciente necesidad de previsibilidad y control, lo cual supuso obviamente una poderosa fuerza de racionalización. El derecho seguía siendo objeto de revelación, pues cada "proclamador jurídico" (*Gesetzssprecher*) tenía facultad para crear carismáticamente nuevo derecho, sin embargo, al mismo tiempo, todo el

⁵⁰ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 188-189 (traducción castellana: pp. 525-526).

⁵¹ R. Bendix, *Max Weber*, cit., p. 370.

⁵² M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 189; (traducción castellana: p. 525).

⁵³ M. Weber, *ibid.*, pp. 189-190; (p. 526).

procedimiento va adquiriendo un carácter más práctico y, sobre todo, se empieza a sentir cada vez más la necesidad de previsibilidad, es decir, de saber qué normas va a aplicar cada "proclamador jurídico". "Esta fue —como indica Freund— una de las razones de la racionalización progresiva del derecho. En efecto, al convertirse en personaje oficial, el proclamador del derecho se convertía al mismo tiempo en un personaje al que se podía consultar y a quien de hecho se consultaba. Se encontraba, por lo tanto, en la obligación de indicar de antemano las soluciones y, por consiguiente, las respuestas. No tenía ningún interés en contradecirse, sino en hallar una norma al menos empírica, que pudiera aplicarla en casos más o menos semejantes. El resultado fue la creación de una especie de tradición que, por sí misma, era ya una racionalización".⁵⁴

Weber señala también al "jurado" —*jury*— como descendiente de la justicia carismática oracular. Sin embargo, en un principio, el "jurado" representa un producto del racionalismo regio, para sustituir los medios mágicos e irracionales de prueba y afianzar así la justicia real. En efecto, el origen del "jurado" en el proceso civil —señala Weber— se encuentra en la conocida "assisa novae disciplinae" de Enrique II de Inglaterra, que se concedía a petición de las partes por un "writ" real.⁵⁵ Por medio de la "assisa novae disciplinae" se podían sustituir "las decisiones obtenidas en el ejercicio de una acción real con el auxilio de los viejos medios mágicos e irracionales de prueba —juramento decisorio, duelo— por la declaración jurada (conjuradores) que rinden doce vecinos acerca del hecho de la posesión".⁵⁶ Posteriormente, con

⁵⁴ J. Freund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 232.

⁵⁵ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 99; (traducción castellana: 508-509), compara la *actio romana* con el *writ* inglés. También G. Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, 1ª edición publicada por la Vandenhoeck und Ruprecht Verlag, Göttingen; se cita aquí la traducción castellana, *El espíritu del derecho inglés*, versión de F. Vela, Edit. Revista de Occidente, S.A., Madrid, 1959, p. 53, señala que: "A las 'acciones' de los pretores corresponden los 'writs' que los lores cancelles ingleses concedían como remedio a las anomalías de la Common Law, convertida en 'ius strictum' (derecho estricto). Esta declaración jurídica del Lord Canciller, con arreglo a la equidad, estuvo relacionada con las aspiraciones absolutistas de la monarquía inglesa".

Por su parte, Mario G. Losano, *Los grandes sistemas jurídicos*, cit., p. 170, indica que: "Debía haber una correspondencia entre el tipo de *writ* y la petición, en estrecha analogía con las formas de acción típicas del Derecho romano. Si no estaba prevista un determinado tipo de *writ* que pusiera remedio a una determinada situación, la acción no era planteable ('no writ, no remedy')". Sobre los distintos tipos de *writs*, véase E. Jovitt and C. Walsh (editors), *The Dictionary of English Law*, Sweet & Maxwell Limited, London 1959, volume 2 pp. 1885-1887.

⁵⁶ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 182-183; (traducción castellana: p. 520).

la práctica, las partes se van acostumbrando a someterse espontáneamente a la decisión de los doce jurados para todo tipo de cuestiones, sustituyéndose así tanto la petición de aplicación de la "assisa", como de los procedimientos irracionales.

El "jurado", pues, en opinión de Weber, viene a reemplazar a la antigua consultación al oráculo. Además, en cuanto al fondo del derecho, tanto el jurado como el oráculo coinciden en el carácter irracional de sus decisiones. "Los prácticos del derecho —dice Weber— aprecian la institución de que hablamos (precisamente en asuntos civiles) sobre todo porque hace posible la decisión de cuestiones *jurídicas* concretas, *sin* que las decisiones respectivas creen un 'precedente' obligatorio para los casos futuros, es decir, la aprecian por el carácter irracional de sus resoluciones".⁵⁷

Por último, a pesar del carácter típico-ideal de esta primera etapa teórica del desarrollo del derecho, Weber observa, que en la mayoría de los derechos primitivos existen vestigios de una evolución parecida a la primera etapa descrita. Incluso en situaciones sociales y políticas con un cierto grado de racionalidad, es frecuente que las contiendas jurídicas se decidieran por recurso a un oráculo. Esta situación se daba, por ejemplo, en Egipto con el famoso oráculo de Ammon, en Babilonia o en Grecia (oráculo helénico). En definitiva, para Weber, "la autoridad de la profetización jurídica es probablemente un fenómeno universal".⁵⁸ En todo tipo de sociedades y derechos han existido primitivamente sacerdotes o profetas jurídicos, cuya función era la de consultar a los oráculos y dirigir el procedimiento mágico en los juicios de Dios, y, además, estaban facultados para crear nuevo derecho.

No obstante el primitivismo jurídico y la indiferenciación entre derecho, magia y religión que caracterizan esta primera etapa jurídica, se puede decir, que el principal logro de la justicia carismática, ejercida a través de sus sacerdotes, magos, profetas o intérpretes jurídicos fue contribuir a la *pacificación* en la resolución de contiendas jurídicas, es decir, impulsar la sustitución de la primitiva venganza privada por la expiación, esto es, la acción propia por un *pacífico procedimiento judicial*. De esta forma, el procedimiento jurídico carismático fue el primer procedimiento judicial que aparece en la historia de los pueblos, al sustituir a los primitivos juicios de Dios y a las venganzas privadas.

⁵⁷ M. Weber, *ibid.*, pp. 182-183; (p. 520).

⁵⁸ M. Weber, *ibid.*, p. 190; (p. 526).

ii) *Creación y aplicación del Derecho por "honoratarios" jurídicos*

La segunda etapa teórica consiste en la creación y aplicación del derecho por notables jurídicos u "honoratarios", que da lugar a la aparición de un derecho empírico y casuístico. Se puede decir, que esta segunda etapa surge cuando la creencia en los poderes mágicos y carismáticos va desapareciendo, a la vez que va floreciendo una nueva clase de personas, normalmente de un nivel social bastante elevado, que se dedican, de forma exclusiva y excluyente, a la aplicación e interpretación del derecho, a los cuales Weber denomina *Rechtshonoratioren* ("honoratarios" o "notables de la toga").⁵⁹ La existencia de los "honoratarios" jurídicos se hace posible en base a dos circunstancias:

1. que "el ejercicio del derecho se encuentre liberado de la dominación sacramental", es decir, que se haya perdido la fe en las creencias mágicas y carismáticas, y consiguientemente, que se haya introducido ya un elemento de racionalidad en la creación y aplicación del derecho;
2. que "el volumen de la carga profesional no haya alcanzado las proporciones que las necesidades del tráfico de las ciudades determinan",⁶⁰ lo cual, por otra parte, dio lugar a la aparición de los abogados profesionales, los letrados, y a una consiguiente especialización y racionalización creciente del derecho.

Los "honoratarios" jurídicos se encuentran, pues a caballo entre los intérpretes jurídicos primitivos (hechiceros, magos, profetas, sacerdotes...), y los juristas profesionales que aplican el derecho de una forma lucrativo-profesional.

El tránsito de los "profetas" jurídicos primitivos a los prácticos del derecho u "honoratarios" implica, como hemos dicho, la desaparición de las creencias carismáticas en favor de la racionalidad. Esta aparece, así, como una nueva fuerza revolucionaria frente a la tradición y, en este caso, frente a las revelaciones jurídicas carismáticas. El derecho creado por los "honoratarios" jurídicos y, posteriormente, por los ju-

⁵⁹ Para una interpretación amplia de la expresión weberiana *Rechtshonoratioren*, y una interpretación restrictiva de la misma, véase respectivamente: M. Rheinstein, *Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnung*, cit., pp. 1-13; y, H. Bernstein, *Rechtsstile und Rechtshonoratioren, Ein Beitrag zur Methode der Rechtsvergleichung*, cit., pp. 443-457. Sobre el contenido de estos dos artículos me remito a lo dicho en las notas núms. 40 y 42 del presente capítulo.

⁶⁰ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 205; (traducción castellana: p. 595).

ristas profesionales es, cada vez más, un derecho racional. Sin embargo, al desaparecer las creencias carismáticas, desaparece también la idea de que los profetas jurídicos estaban facultados para *crear* derecho nuevo. Ahora los "honorarios" jurídicos no se configuran como *creadores* conscientes e intencionados de nuevas formas, sino más bien como *intérpretes* o *sistematizadores* de normas ya existentes; labor que realizan, por otra parte, en conformidad con los intereses económicos o exigencias de ciertos estratos o clases sociales. Se cambia, por tanto, el tipo y sentido de la creación del derecho, e incluso, como dice Rossi, se produce un cambio también en "el grado de consciencia de tal función innovadora; y ello porque precisamente los prácticos del derecho que, desde un punto de vista objetivo, han sido los más creativos, se han considerado siempre subjetivamente como simples reveladores de normas ya válidas, aún cuando eventualmente en estado latente...".⁶¹

Esto se debe, principalmente, a que, en la época en la cual la administración de justicia estaba dominada por los notables jurídicos, así como en las dominaciones de tipo teocrático, la fuerza de la tradición impide la creación directa o intencionada de nuevas normas jurídicas. "No sólo en el caso de la justicia teocrática —señala Weber—, sino también en el de la que se administraba a través de los honorarios laicos, por medio de sus fallos o por consulta reconocida en forma privada u oficial, o también en el del desarrollo del derecho y del procedimiento jurídico que se apoya en el *imperium* y el poder de proscripción —*Bann*— de los magistrados, príncipes y funcionarios, instructores del proceso, subsiste intacta en un principio la idea de que el derecho es fundamentalmente algo que ha valido siempre de modo uniforme y que sólo necesita ser interpretado inequívocamente en cada caso, con vistas a la aplicación. Como antes vimos, el desarrollo de las normas racionales formuladas, fue posible, tratándose incluso de relaciones altamente diferenciadas desde el punto de vista económico, sólo en cuanto la fuerza de las formas mágicas había sido rota. La existencia de medios irracionales de revelación, como único camino para llegar a lo nuevo, a menudo significó, de hecho, una amplia movilidad de las normas, y su decadencia significa no pocas veces una exagerada estereotipación, porque la fuerza de la sagrada tradición quedaba como lo único santo y era sublimada por los sacerdotes hasta constituir un sistema de derecho sacro".⁶²

Por esto, advierte Weber que la superación de la profetización jurídica y de la revelación carismática no significa siempre —como recoge

⁶¹ P. Rossi, *Il processo di razionalizzazione del diritto...*, cit., p. 32.

⁶² M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 223; (traducción castellana: p. 608).

Bendix— “un paso inequívoco hacia la racionalización legal”,⁶³ sino que a veces produjo una tradicionalización del orden jurídico.

Pero, la aparición de los “honorarios” y de los prácticos del derecho tiene todavía otras dos consecuencias importantes —y fuertemente relacionadas entre sí— para el desarrollo de la racionalidad en el derecho. Por una parte, aparece la *especialización* jurídica y, por otra parte, se produce una *separación* entre religión y derecho.

En primer término, los “honorarios” jurídicos y abogados se van configurando cada vez más como juristas profesionales, en el sentido de personas que ejercen una función estrictamente jurídica. Esto, unido a las exigencias prácticas de sus propias corporaciones, así como a las exigencias político-económicas del poder político, conduce a una especialización práctica de la vida jurídica, condicionada igualmente por el tráfico de los negocios. En segundo término, es obvio que, cuando se va introduciendo esta especialización técnica del derecho respecto de otras esferas de la vida, derecho y religión tienden inevitablemente a separarse de forma definitiva. Los notables jurídicos y los juristas de profesión no pueden acudir ya, en su labor de interpretación y sistematización de las normas, a una justificación ético-religiosa, sino que su labor se pone ahora al servicio de intereses económicos —principalmente los de su propia corporación— y de intereses políticos.⁶⁴ Por ello, el inicio de un desarrollo racional de las normas jurídicas sólo fue posible, cuando las normas sagradas y las formas mágicas se separan definitivamente de los preceptos jurídicos.

Por otra parte, bajo la amplia denominación de “honorarios jurídicos”, Weber distingue a los prácticos, de un lado, y a los teóricos del derecho, de otro. Ambos tipos de juristas responden a dos diferentes formas de *enseñanza jurídica*, y dan lugar, a su vez, a dos formas distintas de *pensamiento jurídico*, y, consiguientemente, a diversos tratamientos del derecho. Podríamos decir, como apunta Rehbinder, que Weber distingue aquí una Teoría del derecho empírica y una Teoría del derecho racional.⁶⁵

⁶³ R. Bendix, *Max Weber*, cit., p. 283.

⁶⁴ Al respecto, véase P. Rossi, *Il processo di razionalizzazione del diritto...*, cit., pp. 19-37.

⁶⁵ M. Rehbinder, *Max Weber Rechtssoziologie*, cit., p. 476. “Para él (Weber), la teoría del derecho empírica es la teoría del derecho adoptada por los prácticos... Muy distintamente sucede en el caso de la Teoría racional del derecho, en la que hay que distinguir entre racionalización material y racionalización formal. Derecho racional-material es el Derecho sagrado, que es enseñado en las escuelas de sacerdotes, y Derecho racional-formal es el pensamiento jurídico sistemático que

En efecto, para Weber, en relación al "desarrollo de un aprendizaje jurídico de tipo profesional y, al mismo tiempo, de un pensamiento jurídico específico, existen dos posibilidades completamente opuestas. O bien enseñanza empírica del derecho por prácticos, exclusiva o preponderantemente en la práctica misma, es decir, experimental a modo de oficio; o bien enseñanza teórica en ciertas escuelas jurídicas, bajo la forma de una elaboración racional y sistemática, esto es, 'científicamente', en el sentido puramente teórico de la palabra".⁶⁶ Estas dos posibilidades de aprendizaje profesional responden, en realidad, respectivamente a la tradición jurídica inglesa, una, y a la tradición jurídica europea continental, la otra. Ambas han sido históricamente paralelas y han alcanzado formas y niveles diferentes de racionalización.

a) Los prácticos del derecho

Una de las capas más importantes y antiguas de "honorarios" jurídicos fueron los notarios italianos que participaron, tras la caída del imperio romano, en la creación del "usus modernus" del derecho romano. Pero, para Weber, el tipo más puro de creación del derecho por prácticos jurídicos, así como de enseñanza empírica del derecho, estaba constituido por *abogados ingleses*, que gozaban de una educación jurídica gremial. Los abogados ingleses se encontraban agrupados en los cuatro gremios de los *Inns of Court*,⁶⁷ que tenían "un objetivo monopolizador de todos los puestos judiciales y de aquellos que en general requerían el conocimiento del derecho".⁶⁸ La formación del jurista inglés era esencialmente una formación empírica, y con una tendencia cada vez mayor a la especialización, que, a su vez, derivaba de la práctica misma. Esto produjo, por una parte, un tratamiento del derecho formalista ligado a precedentes y a analogías, y por otra parte, la ausencia de una visión sistemática del conjunto total del material jurídico. El derecho inglés, por tanto —según Weber—, era un dere-

proporciona la enseñanza universitaria". En los mismos términos se expresa H. Treiber, "*Wahlverwandtschaften*" zwischen Webers Religions- und Rechtssoziologie, cit., p. 34: "Weber diferencia entre la teoría del derecho empírica y la teoría del derecho racional, es decir, una enseñanza práctica y una enseñanza universitaria".

⁶⁶ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 197 (traducción castellana: p. 588).

⁶⁷ Los cuatro gremios de los *Inns of Court*, que se formaron hacia el siglo XIV en torno a la *curia regis* (corte de Guillermo) y aún existen todavía, son: *the Honourable Societies of Lincoln's Inn, the Middle Temple, the Inner Temple y Gray's Inn*: E. Jovit and C. Walsh, *The Dictionary of English Law*, cit., vol. 2, p. 975.

⁶⁸ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 198 (traducción castellana: p. 589).

cho basado exclusivamente en la práctica jurídica, totalmente empírico y apenas refinado por la abstracción, que "no buscaba una sistematización racional, sino fundamentalmente la creación de esquemas de contratos y de acciones prácticamente utilizables", lo cual tiene como precio, como dice Grosclaude, la existencia de "alguna incoherencia lógica".⁶⁹

Para Weber, el jurista inglés evita todo tipo de abstracciones, generalizaciones y definiciones, con lo cual el derecho por él creado no contempla la posibilidad de elaborar conceptos generales formados "por abstracción de lo sensible, interpretación lógica del sentido, generalización y subsunción, que después hubiera que aplicar silogísticamente como normas". Por el contrario, la práctica jurídica inglesa utiliza un método casuístico; va unida a las condiciones del caso concreto y a las necesidades de los interesados, e infiere "el derecho —dice Weber— de lo particular a lo particular, y no de lo particular a principios generales, para luego deducir de ellos la solución del caso concreto".⁷⁰ De una situación semejante evidentemente no puede surgir un derecho racional-formal, sino que el derecho inglés es un derecho empírico, casuístico, basado en un formalismo del caso concreto y, por lo tanto, poco orientado hacia la interpretación abstracta y la lógica jurídica. Como dice Radbruch, "la indole especial del pensamiento inglés... puede caracterizarse por las palabras 'empirismo' e 'inducción' ".⁷¹

En resumen, los juristas prácticos ingleses, tanto abogados como jueces, impidieron la entrada, en el derecho inglés, de una legislación sistemático-racional, así como de una racionalización científica de la enseñanza jurídica, y el predominio del derecho romano sobre el derecho propio o nacional. "Pero Inglaterra no se libró de la recepción del

⁶⁹ J. Grosclaude, *La sociologie du droit de Max Weber*, cit., p. 67.

⁷⁰ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 199 (traducción castellana: p. 590). Quizá en estas afirmaciones de Weber sobre las características del derecho inglés, se base T. Parsons, *Rationalität und Prozess der Rationalisierung im Denken Max Webers*, cit., p. 85, para afirmar que: "Weber había sido educado en la tradición continental-europea, sobre todo en el derecho romano, y tenía la tendencia, por ejemplo, en su tratado sobre la *Rechtssoziologie*, aunque no de forma muy explícita, pero sí decidida, de subestimar el significado del *Common Law inglés*. De hecho, habló de él como algo menos 'racional', e incluso... utiliza la palabra 'irracional' ". Esto se debe, en efecto, a que —como también señala Parsons— cuando Weber subraya la racionalidad del derecho, "al igual que otros juristas continentales, como Keisen y recientemente Roberto Unger, convinieron con ello una tendencia a acentuar el significado de los componentes *formales* del sistema jurídico", frente a los materiales.

⁷¹ G. Radbruch, *El espíritu del derecho inglés*, cit., p. 18.

Corpus Juris, sin propia participación, por un azar histórico, sino, por el contrario, por virtud de una lucha consciente y una defensa feliz".⁷²

Todo esto responde a una misma causa: los *intereses materiales* de la propia *corporación* de juristas ingleses. Por ello, todo cambio legislativo era, en principio, un amenaza a sus propios intereses. "Pues donde los prácticos del derecho, especialmente los abogados —señala Weber—, se presentan asimismo como portadores de la enseñanza jurídica y del monopolio gremial de la práctica jurídica hay un factor económico que tiene gran peso en la estabilización del derecho oficial, el desarrollo exclusivamente empírico de su aplicación y la evitación de su racionalización legislativa o científica: queremos referirnos al interés que los prácticos del derecho ponen en sus emolumentos. Cualquiera ataque a las formas tradicionales del procedimiento jurídico y con ello a la situación de que la adaptación de los esquemas contractuales y de acción a las normas formales, por una parte, y a las necesidades de los interesados, por lo otra, corresponda a los prácticos, vulnera los intereses materiales de éstos".⁷³

En definitiva, debido a su poderosa organización gremial, que les permitía el monopolio de los cargos judiciales, los juristas ingleses tuvieron en sus manos un poder que ni el rey ni el parlamento pudieron fácilmente hacer a un lado. Este poder gremial, junto con la unidad que disfrutaban, gracias a la concentración de la administración de justicia en los tribunales del rey, les permitió, por otra parte, ser portadores de un derecho nacional (*Common Law*) y oponer resistencia al pensamiento jurídico de la enseñanza racional universitaria influida por el derecho romano.⁷⁴

⁷² G. Radbruch, *ibid.*, pp. 14-15: "Ya en la época de los glosadores, de los primeros elaboradores científicos del derecho romano, en la Universidad de Bolonia (1100-1259), se enseñaba también el derecho romano en la Universidad de Oxford; pero el cuerpo de juristas, entonces ya organizado gremialmente, cuidó de conservar la preparación de los juristas futuros sobre la base del derecho nacional. En el continente sólo se desarrolló una profesión jurídica, y con él un derecho de juristas sobre la base de la recepción del derecho romano. En cambio, Inglaterra pudo resistirse al derecho romano, porque ya poseía un cuerpo de juristas y los comienzos de un derecho de juristas, cuando sintió la amenaza del derecho romano..."

⁷³ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 200 (traducción castellana: p. 590).

⁷⁴ Sobre este punto, Mario G. Losano, *Los grandes sistemas jurídicos*, cit., p. 169, escribe: "La unidad jurídica, la centralización judicial y la homogeneidad del estamento forense explican la falta de recepción en Gran Bretaña del Derecho romano, a pesar de haber sido favorecido por las dinastías de los Tudor y de los Estuardo. Mientras en Alemania la división en pequeños Estados hacía indispensable aceptar el derecho romano como mínimo común denominador jurídico, Gran Bretaña tenía un Derecho común. En este sentido se suele contraponer el *Common Law* al *Civil Law* o Derecho europeo continental de origen romano..."

Sin embargo, también el derecho inglés ha contribuido en alguna manera a la racionalización jurídica. Su contribución se puede encontrar, en primer lugar, en la transformación de la actividad jurídica en una actividad *específica* y *especializada*, separada de su vinculación religiosa; y, en segundo lugar, en su influencia determinante en todo lo que se refiere al *procedimiento*. Así, por ejemplo, como apunta Freund, "los juristas ingleses han contribuido a regular el proceso, gracias a innovaciones como la de la enmienda, es decir, la posibilidad de corregir las faltas cometidas en el curso de una acción judicial".⁷⁵

Junto a los abogados ingleses, señala Weber al *jurisconsulto romano*, como un representante también importante de la creación cautelara del derecho por prácticos jurídicos. El punto central de la creación jurídica en Roma en la separación entre el magistrado (*pretor*) y el juez. Esta separación responde, a su vez, a la existencia de dos fases en el proceso judicial. Una primera fase llamada "*in iure*", que se desarrollaba bajo la responsabilidad del magistrado, cuya misión consistía en organizar el proceso, determinar las reglas que debían aplicarse e indicar al juez las condiciones, de hecho y de derecho, bajo las que tenía que aceptar o rechazar la demanda. Y una segunda fase llamada "*apud iudicem*", que se realizaba ante la presencia del juez, que era una persona privada y elegida entre una lista de ciudadanos, el cual, a la vista de los hechos y de las pruebas presentadas, emitía su juicio. Obviamente, en todo este proceso, tanto el magistrado como el juez estaban obligados a dejarse aconsejar por el *jurisconsulto*, que se convierte así en la figura clave del derecho romano clásico: los *jurisconsultos*, por tanto, subsistieron —según Weber— "como una capa social específica de honoratarios".⁷⁶

El *jurisconsulto*, por su parte, tenía la obligación de emitir las "responso" o respuestas a las distintas consultas sobre cuestiones de dere-

⁷⁵ J. Freund, *La rationalisation du droit selon Max Weber*, cit., pp. 74-75. T. Parsons, *Wertgebrundenheit und objektivität in den Sozialwissenschaften*, cit., pp. 55-56 (traducción castellana: p. 27), señala que: "Otra cuestión especialmente importante es la del desarrollo de instituciones de procedimiento, que libera el sistema jurídico de todo vínculo con preceptos particulares, siempre que prevea procedimientos que permitan llegar a soluciones jurídicas: así, aunque la 'Common Law' inglesa haya estado menos racionalizada que el derecho romano vigente en el continente europeo en lo referente a la sistematización de las doctrinas jurídicas, llegó a alcanzar un grado de elaboración aún más elevado en materia de procedimiento".

⁷⁶ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 211 (traducción castellana: p. 599). Al respecto, J. Freund, *La rationalisation du droit...*, cit., p. 74, escribe que "los *jurisconsultos* no eran ni jueces ni abogados, sino conocedores del derecho, que había que consultar obligatoriamente a raíz del edicto de Augusto, que instituyó la obligación de la responso".

cho, que pudieran surgir a lo largo de un proceso. Según Weber, estas "responsas", en un principio y hasta la llegada del imperio, las emitía el jurisconsulto como si fuese un oráculo, es decir, sin fundamentación racional ni motivación jurídica.⁷⁷

Por otra parte, debido a la exigencia de que las partes tenían que definir la denuncia en términos jurídicos apropiados y no en lenguaje ordinario —bajo amenaza, si se utilizaba una fórmula jurídica falsa, de pérdida del proceso—, obligaba a aquéllas a consultar a los jurisconsultos, que preparaban los esquemas de acción para las partes y les guiaban en la elección de las fórmulas y otros medios de proceder para hacer valer sus derechos. "En estas condiciones —señala Weber—, el desarrollo práctico de la técnica jurídica era en un principio abandonado en gran medida a la 'jurisprudencia cautelar', es decir, a la actividad de consultores técnicos que preparaban los esquemas de acción para las partes y en su carácter de peritos aconsejaban, asimismo, a los magistrados en el *consilium*, que pedían los funcionarios romanos, tanto en la formulación de los edictos como en la de los esquemas de acción. Por último, aconsejaban también a los ciudadanos llamados a resolver una controversia, en el tratamiento de las cuestiones que les eran planteadas por el magistrado y en interpretación de la instrucción procesal".⁷⁸

Como consecuencia de la organización del proceso en Roma, el derecho romano clásico fue un derecho esencialmente empírico y casuístico, basado en la práctica diaria, aunque los jurisconsultos realizaron, en la práctica, una labor importante de construcción de conceptos jurídicos formales claramente delimitados y, consiguientemente, de un lenguaje jurídico específico. No obstante, el derecho romano tiene una peculiaridad importante, según Weber, que es su carácter analítico, que superaba a la simple casuística. El carácter analítico se manifestaba esencialmente en lo concerniente a la fragmentación del proceso y del "formulismo del negocio jurídico basado en los hechos más sencillos desde el punto de vista lógico". Sin embargo, lo que le faltó al derecho romano fue "el carácter sintético constructivo y el sistemático racional". Sólo con la burocracia bizantina, la labor sistemática se introdujo en el derecho romano vigente en la práctica.⁷⁹

⁷⁷ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 212 (traducción castellana: p. 600), compara las *responsas* de los jurisconsultos con "el oráculo de un sabio, o el *fatwa* de un *Mufti* islámico, que era también un consultor jurídico reconocido".

⁷⁸ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 208 (traducción castellana: p. 597).

⁷⁹ M. Weber, *ibid.*, p. 210 (p. 599).

Todo esto le permite afirmar a Weber, que el derecho romano clásico es mucho menos racional de lo que normalmente se piensa. Así los primeros escritos de los jurisconsultos y las colecciones de "responsa" no contienen una síntesis general del derecho, sino que se dirigen exclusivamente a la actividad práctica. Se recoge la solución de múltiples casos concretos, que normalmente constituían precedentes seguidos por los jueces cuando se les planteaban casos similares. Sin embargo, no aparecen todavía principios generales, ni deducciones lógicas.

En resumen, tanto el derecho romano clásico como el derecho inglés, anteriormente analizado, son derechos empíricos y casuísticos, pero el derecho romano supera al inglés por su labor analítica, que posteriormente le permitirá —con la administración burocrática del Bajo Imperio— desarrollar un mayor grado de abstracción, así como dirigirse por la senda de la sistematización y de la racionalización. Pero, sin embargo, "mientras los consultores, como *honoratiores* jurídicos, dominaron la administración de justicia romana, el impulso sistemático también fue débil en Roma y, sobre todo, faltó la intervención codificadora y sistemática de los poderes políticos".⁸⁰

b) Los teóricos del derecho

Para Weber, el "tipo más puro de la segunda clase de educación del pensamiento jurídico está representado por la moderna educación universitaria del derecho. Allí donde sólo se permite la práctica del derecho a quien ha recibido esa educación, las universidades, tienen el monopolio de la enseñanza jurídica".⁸¹

El tipo de derecho, que deriva de la moderna enseñanza teórica del mismo, tiende a ser un derecho racional-formal. Se caracteriza por crear normas abstractas, elaboradas por medio de una interpretación lógica y sistemática. Sin embargo, Weber es consciente de que el carácter racional sistemático puede conducir al pensamiento jurídico a un alejamiento de las necesidades cotidianas y de los intereses de los particulares, así como de la realidad material de las instituciones, sobre todo en el momento de la formulación del derecho. Este segundo tipo de educación jurídica corre el riesgo de caer en un excesivo ensimismamiento lógico del propio pensamiento jurídico, que queda así prisionero

⁸⁰ M. Weber, *ibid.*, p. 215 (p. 603). Para un análisis más detallado de la evolución del derecho romano, especialmente después de la compilación de Justiniano, me remito al libro de H. J. Wolff, *Roman Law: An Historical Introduction*, Norman: University of Oklahoma Press, 1951.

⁸¹ M. Weber, *ibid.*, p. 201 (p. 591).

de su propia coherencia lógica interna. Como observa Freund, este tipo de pensamiento jurídico ha "formalizado el derecho, a menudo, por el placer de la formalización".⁸²

Ahora bien, dentro de la doctrina racional del derecho, existe —según Weber— una forma peculiar que no se dirige por la senda de la racionalidad-formal, sino por la de *la racionalidad material del derecho*: se trata de la "enseñanza de las escuelas de derecho de los sacerdotes o de las escuelas de derecho ligadas a las escuelas de sacerdotes". Todas estas escuelas fueron muy distintas entre sí, pero tienen como elemento común la conformación de una racionalización material del derecho, y no formal.

El pensamiento jurídico, que surge de este tipo de escuelas sacerdotales, suele tener un carácter más racional, que el derecho inglés o el derecho romano clásico. Su carácter racional se basa en una casuística construida de forma *teórica e intelectualista*, que se orienta, mucho menos que aquéllos, hacia los intereses prácticos de los particulares. Sin embargo, este tipo de derecho no logra nunca una sistematización jurídico-racional de las normas, ya que estas últimas se encuentran "vinculadas a la tradición y basadas en textos sagrados", y son, por tanto, intangibles. La labor de los juristas teológicos consiste esencialmente en alterar el sentido de las normas tradicionales para adaptarlas y mantenerlas aplicables a los cambios de las necesidades de las partes.⁸³ Además, normalmente en la doctrina jurídica vinculada a las escuelas sacerdotales, los elementos jurídicos se encuentran mezclados con exigencias de carácter ideal, religioso o ético, por lo que, como señala Grosclaude, no consigue una sistemática jurídica, "sino una sistematización de principios materiales extraños al aparato judicial".⁸⁴

Los juristas de las escuelas sacerdotales ponen el derecho al servicio de finalidades éticas, sagradas y, en ocasiones, de finalidades de conveniencia social. La consecuencia normal de todo esto es, para Weber, "el tratamiento casuístico y, por consiguiente, no intuitivo ni concreto, pero, al mismo tiempo, en gran medida jurídico material y sólo relativamente sistematizado (desde el punto de vista racional) del material jurídico. Pues en todos estos casos la fuerza impulsora no es, como en el del jurista práctico, la vida de los negocios con sus necesidades y su material intuitivo concreto; ni, como en el del jurista especulativo, la lógica dogmática, ligada solamente a supuestos de la

⁸² J. Freund, *La rationalisation du droit...*, cit., p. 75.

⁸³ M. Weber, *Rechtssociologie*, cit., p. 202 (traducción castellana: p. 592).

⁸⁴ J. Grosclaude, *La sociologie du droit de Max Weber*, cit., p. 70.

especialidad, sino que se trata de esos fundamentos materiales heterogéneos a cualquier aplicación específica del derecho".⁸⁵

iii) Otorgamiento del derecho por el "imperium" profano y los poderes teocráticos

La tercera etapa teórica consiste en el "otorgamiento" del derecho por el "imperium" profano y los poderes teocráticos. Se caracteriza, principalmente, porque, gracias al influjo del poder de los príncipes y los magistrados y del poder sacerdotal organizado, se despojó en todas partes a la vieja administración de justicia de su primitiva irracionalidad formalista.⁸⁶ Weber señala a la guerra como una de las causas que "fomentaron la secularización del derecho y su emancipación de la tradición mágicamente garantizada".⁸⁷ puesto que la destrucción de las relaciones económico-sociales, que la guerra trae consigo, demuestra a todo el mundo, que lo habitual no es algo santo y eternamente válido; y, además, las apremiantes necesidades de seguridad, que surgen de la inseguridad creada por la guerra, muestran la tendencia a que la creación y la aplicación del derecho fuesen estructuradas de forma más racional.

Por otra parte, se caracteriza también por ser una etapa en la que el pensamiento jurídico se desarrolla en el sentido de una racionalización material del mismo. El derecho que surge, tanto de las organizaciones políticas principescas o patrimoniales, como de las organizaciones teocráticas, tiende a la satisfacción de pretensiones materiales, bien de carácter ético, moral, político o utilitario, es decir, pretensiones de carácter extrajurídico. "A lo que se tiende —según Weber— no es a la vinculación jurídico-formal más precisa y favorable para el cálculo de las probabilidades, o a la sistemática racional del derecho y el procedimiento, sino a lo que mejor satisface, desde el punto de vista del contenido, las exigencias prácticas, utilitarias y éticas de las autoridades".⁸⁸ No existe, todavía, una clara distinción entre ética y derecho, sino que la creación del derecho es una combinación de exigencias éticas y preceptos jurídicos. Por ello, sólo cuando se logró una total separación entre el mandamiento sagrado y el precepto jurídico, pudo desarrollarse un derecho racional-formal de tipo más o menos lógico o empírico. Pero, hasta que esto se produjo, el derecho existente era

⁸⁵ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 205 (traducción castellana: p. 594).

⁸⁶ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 241 (traducción castellana: p. 621).

⁸⁷ M. Weber, *ibid.*, pp. 191-192 (p. 527).

⁸⁸ M. Weber, *ibid.*, p. 218 (p. 604).