

CAPÍTULO SEGUNDO

SISTEMÁTICA Y CONCEPTUALIZACIÓN EN LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO WEBERIANA

2. Concepto y notas esenciales del orden jurídico

d) Derecho y Economía	168
e) Derecho y Estado	172
3. Falta de univocidad del concepto de validez del orden jurídico: referencias a la validez empírica	184
4. Modos de producción jurídica	192
a) Fuentes primarias de creación de normas jurídicas	198
i) El acuerdo de los interesados ("Vereinbarung der Interessenten")	198
ii) El fallo judicial ("Richterspruch")	205
b) Fuentes secundarias de producción jurídica	206
i) La revelación jurídica ("Offenbarung")	206
ii) El establecimiento del derecho positivo ("Oktroyierte Satzung")	211

derecho no está detrás de todo el actuar social, sino solamente de algunos supuestos: "tradiciones, costumbres, convenciones, intereses juegan también un papel, incluso a veces más decisivo. El control social dispone de otros canales para asegurar la persistencia de la formación social correspondiente. El derecho no resulta objetivamente limitado, al contrario de cuanto supone la ciencia jurídica. Esta historización del derecho es el resultado más normal, desde el punto de vista sociológico".¹³⁴

d) Derecho y economía

Se intenta, en este apartado, delimitar y señalar la relación puramente conceptual entre la coacción jurídica y la economía, tomando como base la siguiente idea: la coacción jurídica constituye una más de las garantías del actuar económico de los individuos. Conceptualmente, el derecho surge como garantía de ciertas situaciones de intereses. Y la coacción jurídica se constituye en un reforzamiento de las relaciones económicas de los individuos.

No se pretende aquí, establecer la existencia o no de relaciones de dependencia entre derecho racional-formal y economía capitalista, ni tampoco se trata de individualizar las interdependencias entre el derecho moderno y la economía moderna, ni de señalar las influencias recíprocas en el proceso de racionalización de ambos órdenes; temas, que serán objeto de estudio en posteriores epígrafes.

Basta señalar, por el momento, que las relaciones entre el derecho y la economía son de carácter recíproco y, que Weber rechaza expresamente las teorías que defienden una simplista y mecánica derivación del derecho de la economía. De aquí, su rechazo al materialismo histórico "vulgar", en cuanto pretende reconducir linealmente los fenómenos sociales a la estructura económica: ¹³⁵ "la denominada concepción materialista de la historia, como cosmovisión (ideología) o como denominador común para la explicación causal de la realidad histórica, ha de rechazarse de la manera más decidida...".¹³⁶ Para Weber, por

¹³⁴ M. A. Toscano, *Evoluzione e crisi del...*, cit., p. 247.

¹³⁵ K. Lowith, *Max Weber und Karl Marx*, en "Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik" Bd. 67, cit., pp. 212-213, señala que no es tanto al joven Marx al que critica Weber, sino al Marx viejo y sobre todo al marxismo "vulgar" de Engels.

Por su parte, F. Ferratori, *Max Weber e il destino della ragione*, Bari (1965), primera edición en la Editori Laterza, 1985, pp. 85-86, señala que "el marxismo... no es otra cosa, para Weber, que un ejemplo práctico de construcción típico-ideal y de confusión entre la esfera del 'ser' y la del deber ser... Weber toma posición en contra del materialismo histórico, rechazando el presupuesto marxista de una

tanto, "en ningún campo de los fenómenos culturales, la reducción a causas económicas puede ser exhaustiva. . .".¹³⁷

Ahora bien, hablar de las relaciones entre el orden jurídico y el orden económico sólo es posible, si se enfoca a aquél desde una perspectiva empírica o sociológica, tal como lo hace Weber. Puesto que —como acertadamente ha indicado Richter—,¹³⁸ dada la diversidad de enfoques, con que la dogmática jurídica y la economía social tratan sus objetos respectivos, éstos no podrían entrar en conflicto mutuo.

En las primeras páginas de la *Rechtssoziologie*, Weber señala algunos principios generales de la recíproca relación entre derecho y economía, a nivel puramente conceptual:

1º El principio de la "pluralidad de intereses jurídicamente tutelables".¹³⁹ Weber señala que el "derecho (siempre en sentido sociológico) no garantiza únicamente intereses económicos, sino los intereses más diversos, desde los más elementales, como la protección de la mera seguridad personal, hasta los bienes puramente ideales como el honor propio". Y añade, que el derecho puede garantizar también posiciones de "autoridad política, eclesiástica, familiar o de otra clase y, en general, situaciones sociales privilegiadas de toda clase, las cuales, sea cual fuere su relación con la esfera económica, no pertenecen en sí mismas a este sector, y tampoco son deseadas necesariamente o de un modo predominante por motivos económicos".¹⁴⁰

2º El principio de la *independencia recíproca de ambos sectores —derecho y economía—* en cuanto a sus variaciones internas. Este principio, a su vez, materializa las hipótesis del propio Weber.

En primer lugar, Weber afirma que "un ordenamiento jurídico puede, en ciertas circunstancias, permanecer inmutable, mientras las relaciones económicas se modifican radicalmente". Incluso señala que, teóricamente, un orden de producción socialista podría instaurarse, sin modificarse ni una sola ley, en un estado liberal, "si se piensa que se llega a una adquisición sucesiva de los medios de producción por el poder político, por vía de libre contratación. . .".¹⁴¹ Con esta afirmación

dirección determinada de conocimiento que va de la estructura a la superestructura y que tenía el carácter de una interpretación general de la historia".

¹³⁶ M. Weber, *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, cit., pp. 166 (traducción castellana: p. 136).

¹³⁷ M. Weber, *ibid.*, p. 169 (traducción castellana: p. 139).

¹³⁸ G. Richter, *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., p. 50.

¹³⁹ Terminología tomada de Febbrajo, *Capitalismo, stato moderno e dirittorazionale-formale*, cit., p. 52.

¹⁴⁰ A. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 78 y 79 (traducción castellana: p. 269).

¹⁴¹ M. Weber, *ibid.*, p. 79 (traducción castellana: p. 269). Esta idea la había expresado ya con anterioridad Weber en el *Ersten Deutschen Soziologentages*, cele-

Weber se coloca frontalmente, tanto contra las teorías del marxismo "vulgar" que pretenden una reducción lineal de todos los fenómenos culturales a causas económicas, como contra la tesis de Stammler que, como ya se ha dicho, consideraba el derecho como la forma de la vida social y la economía como su materia.

En segundo lugar, Weber observa que, "desde el punto de vista de las categorías del pensar jurídico, la reglamentación jurídica de una situación real puede ser fundamentalmente variada sin que, por ello, las relaciones económicas sean afectadas en medida relevante, si resulta que en los puntos que económicamente son, por lo general, importantes, el efecto práctico viene a ser el mismo para los interesados".¹⁴² Sobre este segundo punto, cita el ejemplo del "arriendo de una mina" en Roma, que, si jurídicamente se constituye como "arriendo" o como "compra" tendría que utilizarse un esquema de acción diferente. Pero, por lo que respecta al efecto práctico, no se hubiese apreciado una variación económica considerable.

Esta segunda hipótesis weberiana puede aplicarse también a todo un ordenamiento jurídico en su conjunto. Y, así lo hace Weber cuando analiza el desarrollo del capitalismo moderno, bajo órdenes jurídicos totalmente diferentes como es el caso del derecho anglosajón en Inglaterra y el que Weber denomina "derecho racional-formal" propio del continente europeo. En ambos supuestos, existiendo órdenes jurídicos radicalmente distintos, se han desarrollado las mismas relaciones económicas que han caracterizado al capitalismo moderno.¹⁴³

3º El principio del *predominio de los intereses económicos*, dentro de la pluralidad de intereses jurídicamente protegidos. Señala Weber, que los "intereses económicos son los factores más poderosos en la formación del derecho, porque toda fuerza que garantiza un poder

brado en Frankfurt en 1910; en esta ocasión también señaló que, *teóricamente*, podría darse el supuesto de que, sin ningún cambio en el orden jurídico, pudiera pasarse de una economía capitalista a una economía socialista; véase *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, cit., p. 475.

¹⁴² M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 79 (traducción castellana: p. 270).

¹⁴³ Han sido los autores anglosajones los que fundamentalmente han reflexionado sobre este tema, especialmente en lo referente a lo que se ha denominado "el problema inglés": A. Hunt, *The Sociological Movement in Law*, cit., pp. 122-128. D. M. Trubek, *Max Weber über Recht und die Entstehung des Kapitalismus*, cit., pp. 152-198; M. Cain, *The limits of Idealism: Max Weber and the Sociology of Law*, en "Research in Law and Sociology", 53 (1980), pp. 53-83; B. S. Turner, *For Weber Essays on the sociology of law*, Boston/London/Henley, 1981, pp. 329 y ss.; y, también, N. Roos, *Antiformale Tendenze im modernen Recht-eine These Max Webers, diskutiert am Beispiel der Laienrichterfrage*, en Breuer/Treiber (Hrsg.) "Zur Rechtssoziologie Max Weber...", cit., pp. 223-267.

jurídico es, de alguna manera, mantenida por la acción consensual de los grupos sociales, que a él pertenecen, y la formación de los grupos sociales está condicionada en alto grado por constelaciones de intereses materiales".¹⁴⁴

4º El principio de *autonomía de la economía respecto del ordenamiento jurídico*. La coacción jurídica encuentra considerables límites en el momento de regular la actividad económica. La presión que la norma jurídica pueda ejercer sobre el comportamiento económico de los hombres es bastante débil, y éste depende principalmente del poder económico de los interesados. El principal límite se encuentra en la falta de predisposición para sacrificar intereses económicos privados sólo por actuar legalmente, es decir, los individuos no están dispuestos a afrontar el alto costo económico de una actitud estrictamente legal. "La tendencia a abandonar probabilidades económicas sólo para actuar con arreglo a la ley —dice Weber— es naturalmente pequeña, si una convención muy viva no desaprueba la evasión del derecho formal, cosa que no será fácil si los intereses perjudicados por una innovación son muy extendidos; y, además, la elusión de leyes en el campo económico es fácil de encubrir".¹⁴⁵ Por lo tanto, como afirma Febbrajo, el derecho y la economía vienen "presentados como mecanismos diferentes de control social que se sirven de instrumentos propios...".¹⁴⁶

Como consecuencia de este principio, se puede afirmar, que la garantía "estatal" del derecho no es imprescindible, desde el punto de vista teórico, para ningún fenómeno económico fundamental, ya que, por ejemplo, la tutela de la posesión puede ser garantizada también por grupos parentales, y la tutela del pago de las deudas puede estar garantizadas por comunidades religiosas, incluso de forma más eficaz que en la comunidad política, por medio de la amenaza de excomunión.¹⁴⁷

Desde el punto de vista puramente conceptual, el "estado" no es en absoluto necesario para la economía. Sin embargo, en la práctica, un orden económico de tipo moderno no puede llevarse a cabo sin el respaldo de un ordenamiento jurídico, que presuponga la existencia del "estado". Esta posición la avala Weber afirmando, por una parte, que "la aceleración moderna del tráfico económico reclama un derecho de funcionamiento rápido y seguro, garantizado por una fuerza coactiva de la más alta eficacia, y sobre todo, la economía moderna ha destruido por su peculiaridad las demás asociaciones que eran portadoras de

¹⁴⁴ M. Weber, *ibid.*, pp. 79-80 (traducción castellana: p. 270).

¹⁴⁵ M. Weber, *ibid.*, p. 81 (trad. castellana: p. 271).

¹⁴⁶ A. Febbrajo, *Capitalismo, stato moderno e diritto razionale-formale*, cit., p. 52.

¹⁴⁷ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 81-82 (traducción castellana: p. 271).

derecho y, por tanto, garantía del mismo". Este fenómeno se debe al desarrollo del "mercado". "El poderío de la asociación de mercado" exige un derecho "calculable según reglas racionales". Y, por otra parte, la extensión del mercado favorece "el monopolio y reglamentación de toda fuerza coactiva 'legítima' por medio de un instrumento coactivo universal, destruyendo todas las estructuras coactivas particulares, que descansan, las más de las veces, en monopolios económicos, estamentales o de otra clase".¹⁴⁸

De todo esto, se puede observar, que Weber apunta aquí ya la tesis de que la economía moderna ha sido una de las precondiciones de la existencia del derecho moderno, en cuanto derecho estatal, racional y calculable, pero, no su condición necesaria e imprescindible.

Se advierte también, a lo largo del exámen de los citados principios, que, para Weber, en el ámbito de las relaciones entre derechos y economía se produce una quiebra de la eficacia de la coacción jurídica —o del derecho—, como medio de control social. Evidentemente, desde un punto de vista material, las "leyes" meramente económicas de la lucha del mercado pueden conducir a inexorables situaciones de coacción. Cada ordenamiento económico, así como la repartición de la riqueza, imponen su propia coacción, al margen de la coacción jurídica institucionalizada, de carácter formal, que por otra parte —como ya se ha dicho—, supone una garantía de carácter histórico.

Sin embargo, a pesar de los principios que Weber enumera como rectores de las relaciones entre orden económico y orden jurídico desde la consideración sociológica, el conjunto de todos los problemas que pueden surgir de la relación entre derecho y economía no son abordados por Weber. Ello es debido, fundamentalmente, a la estricta separación weberiana entre la consideración dogmática-jurídica y la consideración sociológica.

e) *Derecho y Estado*

En la obra weberiana existe un relativo paralelismo entre el aparato conceptual del derecho y la definición del concepto de "Estado"; paralelismo, que denota la íntima relación entre la Sociología del Derecho y la Sociología del Estado o del Poder en Weber. No obstante lo dicho, aquí me limito a señalar la relación de independencia entre "derecho" y "Estado", desde el punto de vista conceptual de ambos tér-

¹⁴⁸ M. Weber, *ibid.*, pp. 82-83 (trad. castellana: p. 272).

minos, sin entrar, por el momento, en la relación material entre el Derecho y el "Estado".

La nota esencial y característica a ambos conceptos es la coacción, o más específicamente, la existencia de un "aparato" coactivo. En efecto, Weber define el "Estado", como un "instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente".¹⁴⁹ Y el "derecho", como ya hemos visto, es caracterizado como orden legítimo, garantizado externamente por la existencia de un "aparato" coactivo. El elemento común a ambos conceptos es, por tanto, la existencia de un "aparato" que aplique la coacción física. Sin embargo, el aparato coactivo, que garantiza al derecho, puede aplicar tanto una coacción psíquica, en cambio el aparato coactivo estatal sólo aplica la coacción física, en cuanto ha alcanzado el monopolio de la misma. De aquí se pueden deducir dos ideas básicas:

1ª La existencia de un "aparato" coactivo, que aplique la coacción física, en cuanto elemento común a ambos conceptos, permite, por una parte, diferenciar el derecho de la convención (como ha quedado explicado anteriormente), y, por otra parte, diferenciar el "Estado", como grupo político de las asociaciones de dominación de tipo hierocrático (por ejemplo la Iglesia), en cuanto ésta aplica para la garantía de su orden la coacción psíquica, cuyo monopolio persigue.

2ª Si para la existencia de un ordenamiento jurídico es esencial la presencia de un "aparato" coactivo, y el "Estado" viene definido como *cuadro administrativo*, que monopoliza la coacción física, la conclusión es clara: en la concepción weberiana, todo "Estado" es también un ordenamiento jurídico. Sin embargo, al definir el "Estado" sólo a través del monopolio de la fuerza, es evidente que no todo ordenamiento jurídico es un "Estado". Conceptualmente, es posible la existencia de un ordenamiento jurídico garantizado por la coacción psíquica, y que, por lo tanto, no sea un "Estado". Por ejemplo, el derecho canónico, garantizado por un aparato coactivo, que ejerce sólo la coacción psíquica. Desde el punto de vista sociológico, siempre que exista un "aparato" coactivo, que ejerza tanto la coacción física como la psíquica, existirá un ordenamiento jurídico.¹⁵⁰

¹⁴⁹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 29 (traducción castellana: pp. 43-44).

¹⁵⁰ Según U. Schmill Ordoñez, *El concepto del derecho en las teorías de Weber*

Según Kelsen —que en su *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* critica la sociología weberiana—, de los argumentos de Weber se puede deducir, que también para la Sociología comprensiva orden jurídico y Estado son idénticos.¹⁵¹ Kelsen, en el capítulo III de la obra citada, cuando se propone demostrar críticamente la identidad entre el Estado y el derecho, distingue, por una parte, las teorías que han considerado al Estado como condición del derecho, y por otra parte, las doctrinas que han considerado al derecho como condición previa del Estado, incluyendo la teoría Weber dentro de estas últimas doctrinas. Para Kelsen, el concepto de “monopolio de la fuerza”, tal como lo utiliza Weber, no es más que el concepto de *soberanía* traducido a la sociología weberiana. “La soberanía del Estado —dice Kelsen— es formulada solo para el ámbito de la consideración normativa”. De aquí Kelsen deduce que existe una influencia normativa en la teoría weberiana, y que al caracterizar el Estado por el “monopolio de la fuerza”, Weber “pretende comprender el Estado esencialmente como un orden jurídico normativo”.¹⁵²

Es cierto, que Weber admite en el desarrollo del Estado moderno un proceso de progresiva monopolización de la forma de creación del derecho, en el sentido de excluir otras formas de derecho no creadas por el Estado; por ello, caracteriza al Estado moderno por ser un “orden jurídico y administrativo”.¹⁵³ Sin embargo, esto no es suficiente para afirmar que en la concepción weberiana existe una identificación total entre Estado y derecho. El concepto de derecho en Weber es

y kelsen, cit., pp. 129-130: “Cuando Weber proporciona el concepto de Estado hace una restricción en el concepto de derecho, por lo que se refiere al tipo de coacción que utiliza. La restricción consiste en que al Estado se le adscribe el monopolio de la coacción física. Por lo tanto, de su concepto se excluye el de la coacción psíquica, que fue incluida como uno de los elementos que participan en la determinación del concepto del derecho. Con ello, puede afirmarse que el Estado, si no idéntico con el concepto de derecho, es un tipo especial de orden normativo: aquel cuyo medio específico es el uso sistemático de la coacción física”.

También, N. Bobbio, *Max Weber e Hans Kelsen, cit., pp. 148-149*, ha defendido una tesis similar a la mantenida en el presente trabajo: “Ya que es esencial al derecho el aparato sería inconcebible un estado que no fuera también un ordenamiento jurídico, mientras que, habiendo sido definido el estado sólo mediante la organización del monopolio de la fuerza, es concebible, en el sistema conceptual weberiano, un ordenamiento jurídico que no sea un Estado”.

¹⁵¹ H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, cit., pp. 156-170*.

¹⁵² H. Kelsen, *ibid., p. 170*.

¹⁵³ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, cit., p. 30*; (traducción castellana: p. 45).

mucho más amplio, y —como se ha dicho— no puede reducirse únicamente al derecho estatal.

Aún cuando, como observa Bobbio, el paralelismo entre Weber y Kelsen, en lo que respecta al tema de la relación estado-derecho, es grande, se observan también diferencias considerables. "En el sistema conceptual de Weber, derecho y estado ocupan dos posiciones diversas. En el sistema conceptual de Kelsen, no hay puesto para un concepto de estado distinto del concepto de derecho. El estado, en la teoría Kelseniana, es un tipo de ordenamiento jurídico, en concreto aquel tipo de ordenamiento, que está caracterizado por un cierto grado de organización. En consecuencia, mientras para Weber, la teoría del estado, permaneciendo en la teoría del poder y de las diversas formas de poder, es diferente de la teoría del derecho, en Kelsen la teoría del estado es una parte de la teoría del derecho".¹⁵⁴

Esto es claro, si se piensa, que el elemento clave en la definición kelseniana del derecho es la coacción o la fuerza. Esta aparece como el contenido esencial de la norma jurídica, y no como una garantía de la misma, o como el medio para la realización del derecho. En Weber, por el contrario, el ejercicio de la fuerza es una garantía externa al derecho, por ello estado y derecho, en la concepción weberiana, no llegan a una identificación total.

Se observa también, en la concepción weberiana del estado y en la del derecho, (más en aquella que en ésta), la utilización de definiciones meramente *instrumentales*. Se define el "Estado a través del "medio" para realizar los fines precisos, y no a través de los fines, rechazando, por tanto, cualquier referencia axiológica y teleológica.¹⁵⁵ Weber piensa que no es "posible definir una asociación política —incluso el "Estado"— señalando los fines de la "acción de asociación". "Desde el cuidado de los abastecimientos hasta la protección del arte, no ha existido ningún fin, que ocasionalmente no haya sido perseguido por las asociaciones políticas: y no ha habido ninguno comprendido entre la protección de la seguridad personal y la declaración judicial del derecho, que todas esas asociaciones hayan perseguido. Sólo se puede

¹⁵⁴ N. Bobbio, *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., p. 151.

¹⁵⁵ En este sentido, P. Rossi, *Lo stato moderno e la sua razionalità*, en *Max Weber, Razionalità e razionalizzazione*, Milano, Edit. Il Saggiatore, 1982, pp. 97-117: "Para Weber, por el contrario, el estado —no sólo el estado moderno, sino también las demás formas de estado— no representa nunca un fin en sí mismo, ni puede ser definido en términos de fines: lo que le caracteriza es el uso de un medio, esto es, de la fuerza legítima, y no los fines para los cuales ésta es empleada" (la cita se encuentra en la p. 106).

definir, por eso, el carácter político de una asociación por el medio — (...) — que, sin serle exclusivo, es ciertamente específico y para su esencia indispensable: la coacción física".¹⁵⁶

Esta definición la reitera Weber varias veces, sobre todo en sus últimos escritos, como por ejemplo en su conferencia pronunciada en München, por invitación de la Asociación Libre de Estudiantes, durante el invierno revolucionario de 1919 y titulada *Politik als Beruf*,¹⁵⁷ en la que señala, que el "Estado" sólo puede definirse "sociológicamente por referencia a un medio específico que él, lo mismo que toda asociación política, posee: la violencia" (o el monopolio de la fuerza física). Y para apoyar su propia definición, o incluso para mitigar el rigor o dureza de la misma, cita una frase, que dijo Trotsky en Brest-Litonsk: "Todo Estado se basa en la fuerza". Y concluye afirmando que "objetivamente esto es cierto. Si solamente existieran configuraciones sociales, que ignorasen la violencia como medio, habría desaparecido el concepto de 'estado' y se habría instaurado, lo que en este sentido específico, llamaríamos anarquía". Consiguientemente, se puede afirmar, parafraseando a Bobbio, y como inmediatamente veremos, "que la monopolización de la fuerza es la condición necesaria para que exista el estado en el sentido moderno de la palabra, si bien no es su condición suficiente".¹⁵⁸

Por lo tanto, la definición weberiana del "Estado", en cuanto es meramente instrumental, es decir, que implica una conceptualización funcional específica, se puede encuadrar —como señala Bobbio— dentro de las llamadas definiciones "formales" del Estado,¹⁵⁹ que prescinden por completo del fin. En Weber, la connotación "formal" viene

¹⁵⁶ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 30; (traducción castellana: p. 44).

¹⁵⁷ M. Weber, *Politik als Beruf*, en *Gesammelte Politische Schriften*, cit., pp. 505-560. Existe traducción castellana: *La política como vocación*, en M. Weber, *El político y el científico*, versión de Fr. Rubio Llorente, Madrid, Alianza Editorial, 7ª edición, 1981, pp. 81-179. Este artículo se encuentra también traducido en *Economía y Sociedad*, si bien en la edición aquí manejada —y anteriormente citada—, no se incluye totalmente el ensayo *Politik als Beruf*, sino que, siguiendo la cuarta edición alemana de 1956, la sección IX del capítulo IX, que lleva por título *La institución estatal racional y los partidos políticos y parlamentos modernos (Sociología del Estado)*, es una refundición elaborada por el editor J. Winckelmann, a partir de los textos weberianos siguientes: *Wirtschaftsgeschichte*, *Abriss der universalen Sozial und Wirtschaftsgeschichte* (1913), *Parlament und Regierung in neugeordneten Deutschland* (1918) y *Politik als Beruf* (1919).

¹⁵⁸ N. Bobbio, *Estado y poder en Max Weber*, en: N. Bobbio, *Estudios de Historia de la Filosofía...*, cit., p. 265.

¹⁵⁹ La misma opinión es expresada por P. Rossi, *Lo stato moderno e la sua razionalità*, cit., pp. 97-118.

dada por el *medio*, que hace posible la existencia del Estado mismo, y consiguientemente, el ejercicio del poder soberano: este *medio* consiste en el *monopolio de la fuerza*. Pero, como se acaba de señalar, este monopolio, aún siendo una nota esencial, no es suficiente para la existencia de cualquier tipo de "Estado" o asociación política. Es esencial, ya que un "Estado" puede prescindir del monopolio de otros tipos de poderes, como el económico o el poder ideológico, pero nunca podrá renunciar al monopolio de la fuerza, puesto que si así fuera, dejaría de ser una asociación política o de dominación, y se convertiría en una sociedad de tipo anárquico. Y esto es así, no sólo conceptualmente, sino también históricamente, porque la historia del poder político es la historia de una progresiva monopolización de la fuerza por parte de aquél, sobre un determinado número de individuos y sobre un territorio concreto, frente a los demás grupos sociales que habitan el mismo territorio.

Pero, la violencia o el monopolio de la fuerza sin más, no es suficiente para la caracterización del "Estado". Esto se puede observar en todas las definiciones que Weber da de aquél, cuando añade que el monopolio de la fuerza ha de ser *legítimo*. Aquí, nuevamente, surge el paralelismo entre la definición weberiana del concepto de derecho y la definición del concepto de Estado. Igual que en aquélla se distinguían dos elementos —el reconocimiento (o aceptación) y la coacción—, en ésta aparecen también los referidos elementos: la *legitimidad* y el *monopolio de la fuerza*; este último no es suficiente, si no es *legítimo*. El elemento de la legitimidad, al igual que el del reconocimiento en el derecho, constituye el elemento interno; mientras el monopolio de la fuerza constituye el elemento externo, o del medio a través del cual se realiza el derecho y se ejerce el poder.

Por otra parte, sólo un poder, que sea considerado legítimo, puede perdurar y adquirir un carácter de "continuidad", lo que constituye otra nota esencial del concepto de "Estado". Un "Estado" o agrupación política tendrá continuidad y perdurará en el tiempo, sólo si es *legítimo*. La eficacia o efectividad de un "Estado", al igual que la de un ordenamiento jurídico, depende de su legitimidad. Los individuos orientan o guían su conducta, con carácter de continuidad, por un orden determinado, sólo si éste es considerado como legítimo, con arreglo a algún principio de legitimidad. De igual manera, los individuos obedecen a los gobernantes de un "Estado" o agrupación política, solamente si aquél se encuentra legitimado, con arreglo también a algún principio de legitimidad. Por consiguiente, un "Estado" o un "ordenamiento jurídico" son eficaces, porque son legítimos. Es decir, que la

efectividad o continuidad del Estado —al igual que la de un orden jurídico— es un *reflejo empírico* de la *legitimidad*. Aquella será mayor, cuanto más aparezca el orden “con el prestigio de la legitimidad, es decir, con el prestigio de ser obligatorio y modelo”.¹⁶⁰

Como dice Bobbio, hemos de considerar que, en Weber, la efectividad de un orden “es una consecuencia de la legitimidad”; puesto que, si Weber hubiese querido reducir la legitimidad a efectividad, le hubiera bastado con definir al Estado como monopolio de la fuerza, sin más. Sin embargo, Weber añade que ese monopolio debe ser de la “fuerza legítima”, con lo cual está poniendo de manifiesto que la mera concentración de fuerza no es suficiente a la larga para garantizar la continuidad y efectividad de un estado o agrupación política. Por lo tanto, “la eficacia de un ordenamiento en su conjunto o la efectividad —o, en palabras de los clásicos, la ‘perpetuidad’ del poder, y en palabras de Weber, la ‘continuidad’ del ordenamiento —(. . .)—, son sólo la prueba empírica o histórica de la legitimidad, (. . .), en el sentido de que, cuando los mandatos del soberano son habitualmente obedecidos o son eficaces en líneas generales, es señal de que los destinatarios de esas normas están convencidos de su legitimidad”.¹⁶¹

El elemento de la legitimidad, al igual que el reconocimiento en la definición del concepto de derecho, implica una “aceptación” del ordenamiento en su conjunto, esto es del “Estado”. Y esta “aceptación” no es más que una *justificación interna* o *autojustificación* de la obediencia de los dominados a los dominantes.¹⁶² “El hecho de que el fundamento de la legitimidad de una forma de dominación no sea una mera cuestión de especulación teórica o filosófica —dice Weber—, sino que da origen a diferencias reales entre las distintas estructuras

¹⁶⁰ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 16; (traducción castellana: p. 26).

¹⁶¹ N. Bobbio, *Estudios de Historia de la Filosofía. . .*, cit., p. 267. Sobre este tema véase, también, del mismo autor, *Sul principio di legittimità, en Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Edit. Giappichelli, 1970, pp. 91-92. Existe traducción castellana en *Contribución a la teoría del derecho*, cit., pp. 307-316.

¹⁶² También para N.M. de Feo, *Weber e Lukács*, De Donato editore, Bari, 1971. Se cita aquí la traducción castellana de E. Pardiñas, A. Redondo editor, Barcelona 1972, p. 78: “La legitimidad significa justificación del poder y presupone la ‘fe’ en él mismo, que es justamente el motivo por el cual los ciudadanos obedecen a la autoridad constituida”; R. Bendix, *Max Weber*, cit., p. 283, señala que “hay en cada sistema de dominación ciertas salvaguardias intrínsecas de su propia identidad, que resultan de la creencia en la legitimidad de la relación entre gobernantes y gobernados”. Asimismo, A. Karten, *Das Problem der Legitimität in Max Webers Idealtypus der rationales Herrschaft*, Dissertation, Hamburgo 1960, p. 37, indica que, “para Weber, la legitimidad de un poder viene dada a través de la ‘fe’ en la legitimidad de los dominantes”.

empíricas de las formas de dominación, se debe a ese otro hecho general inherente a toda forma de dominación e inclusive a toda probabilidad de la vida; la autojustificación. La más sencilla observación muestra que en todos los contrastes notables que se manifiestan en el destino y en la situación de dos hombres, tanto en lo que se refiere a su salud y a su situación económica o social como en cualquier otro respecto, y por evidente que sea el motivo puramente 'accidental' de la diferencia, el que está mejor situado siente la urgente necesidad de considerar como 'legítima' su posición privilegiada, . . ."¹⁶³

Ahora bien, los motivos por los que unos individuos obedezcan a un mandato determinado pueden ser de diverso tipo, como circunstancia utilitarias o de conveniencia, costumbre o habituación, etcétera. . . Pero estos motivos no tienen nada que ver con el elemento o principio de legitimidad, entendida ésta como *justificación interna* y, en definitiva, como fundamento del poder. El problema de la legitimidad, tanto en relación con el orden jurídico, como con el "Estado", no es más que el problema de la "fundamentación" o "justificación interna" del derecho o del "Estado".

Hay un párrafo de Weber, en su *Sociología de la dominación*, que es muy esclarecedor al respecto: "La dominación, o sea la probabilidad de hallar obediencia a un mandato determinado, puede fundarse en diversos motivos: puede depender directamente de una constelación de intereses, o sea de consideraciones utilitarias de ventajas o inconvenientes por parte del que obedece; o puede depender también de la mera "costumbre", de la ciega habituación a un comportamiento inventerado, o puede fundarse, por fin, en el puro afecto, en la mera inclinación personal del súbdito. Sin embargo, la dominación que sólo se fundara en tales móviles sería relativamente inestable, en las relaciones suele apoyarse interiormente en *motivos jurídicos*, en motivos de su 'legitimidad', de tal manera que la conmoción de esa creencia en la legitimidad suele, por lo general, acarrear graves consecuencias".¹⁶⁴

Asimismo, al caracterizar las categorías sociológicas, Weber señala al respecto que, "en realidad, todo poder de imposición se basa en una influencia específica, cambiante en cada caso en cuanto a su alcance y a su índole, de 'dominación' de hombres concretos (. . .), sobre la acción grupal de los otros. Esta influencia descansa en motivos carac-

¹⁶³ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 549; (traducción castellana: p. 705).

¹⁶⁴ M. Weber, *Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft*, en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, cit., p. 475 (traducción castellana: pp. 706-707).

terísticamente diversos, entre los cuales se cuenta también la chance de que se aplique coacción física o psíquica de cualquier tipo. Pero también aquí la acción por consenso orientada en vista de meras expectativas (en particular el 'temor' de quienes obedecen) constituye sólo el caso límite relativamente lábil. Las chances de validez empírica del consenso se vuelven también aquí permaneciendo iguales las demás circunstancias, tanto mayores cuanto más pueda contarse con que los individuos que obedecen lo hagan, en promedio, porque consideran 'obligatoria' para ellos, también *subjetivamente*, la relación de dominación. En cuanto ello suceda en promedio o aproximativamente, la 'dominación' descansa en el consenso de 'legitimidad' ".¹⁶⁵

Weber construye tres tipos ideales de "motivos de legitimidad": el *legal*, el *tradicional* y el *carismático*. A cada uno de ellos corresponde un tipo de dominación o gobierno, con distinta estructura sociológica en cuanto a los medios administrativos de funcionamiento: *dominación legal* o *racional*, cuyo tipo más puro es la dominación burocrática; y se basa en la idea de que "cualquier derecho puede crearse y modificarse por medio de un estatuto sancionado correctamente en cuanto a la forma". En la dominación legal, pues, se obedece a la "regla" —que es una "norma formalmente abstracta—, que establece" a quién y en qué medida hay que obedecer", y no a la "persona en virtud de su derecho propio".¹⁶⁶ La *dominación tradicional*, cuyo tipo más puro es el del dominio patriarcal. Su legitimidad viene dada en base a la creencia "en la santidad de los ordenamientos y los poderes señoriales existentes desde siempre". Se obedece, en este caso, "a la persona en virtud de su dignidad propia, santificada por la tradición: por fidelidad".¹⁶⁷ Y, por último, la *dominación carismática*, cuya legitimidad se basa en la "devoción afectiva a la persona del señor y a sus dotes sobrenaturales (carisma) y, en particular: facultades mágicas, revelaciones o heroísmo, poder intelectual u oratorio".¹⁶⁸

Así pues, el tema de la *legitimidad*¹⁶⁹ —justificación interna o fundamento del poder— se convierte en el tema central de la obra política

¹⁶⁵ M. Weber, *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., p. 470 (traducción castellana: p. 218).

¹⁶⁶ M. Weber, *ibid.*, pp. 475-476 (trad. cast.: p. 707).

¹⁶⁷ M. Weber, *ibid.*, p. 478 (trad. cast.: p. 708).

¹⁶⁸ M. Weber, *ibid.*, p. 481 (trad. cast.: p. 711).

¹⁶⁹ Entre la abundante bibliografía existente sobre el tema de la legitimidad en Weber, y sobre los tipos de dominación legítima, me remito a los siguientes trabajos: C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, München und Leipzig, 1932; J. Winckelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, cit.; y del mismo autor, *Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von Legitimität*

weberiana, sobre el cual construye su tipología de las formas de poder o de gobierno. De esta manera, todo "estado" o agrupación política, tal y como se ha venido definiendo hasta ahora, encuentra su *fundamento* o *justificación interna* en uno de los tres tipos de legitimidad citados; por ejemplo, la estructura moderna del Estado viene legitimada —como se verá— por el principio de *legalidad*, dando lugar a una forma de poder legítimo, que Weber denomina legal-racional, caracterizado por ser un poder regulado a todos los niveles por leyes, esto es por un ordenamiento impersonal, al cual se ha llegado a través de un largo proceso de racionalización formal.

No obstante, hay que tener en cuenta que estamos ante "tipos ideales" de legitimidad del poder, que no han existido ni existen en la realidad histórica en toda su pureza conceptual, sino que normalmente se entremezclan con mayor o menor predominio de uno de ellos. Weber, incluso, reconoce que existen formas de gobierno, que no se pueden identificar con ninguno de los tres principios de legitimidad, sino que representan una combinación de los tres tipos puros de legitimidad. Piénsese, por ejemplo, en el concepto de la "democracia plebiscitaria del líder",¹⁷⁰ propuesto por Weber en sus últimas obras de

und Legalität, en "Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft", 112 Bd. (1956), pp. 164-175; y *Herrschaftskategoriender politischen Soziologie und die Legitimität der Demokratie*, en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 42, 1956, pp. 383-401; F. Loos, *Legalität und Legitimität*, en *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, cit., pp. 113-142; W. Schluchter, *Typen des Rechts und Typen der Herrschaft*, en *Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, cit., pp. 122-203; A. Karsten, *Das Problem der Legitimität in Max Webers Idealtypus der rationalen Herrschaft*, cit.; F. W. Stallberg, *Herrschaft und Legitimität*, Meisenheim, 1975; H. Speer, *Herrschaft und Legitimität: Zeitgebundene Aspekte in Max Weber Herrschaftssoziologie*, Berlin, 1978; D. Sternberger, *The problem of legitimacy: Max Weber's concept reconsidered*, en "Science et conscience de la Société" (Mélanges en l'honneur de Raymond Aron), 2 Bde., Paris, 1971, Vol. I, pp. 209-229; W. J. Mommsen, *Max Weber und die deutsche Politik, 1890-1920*, cit., especialmente las pp. 478-483; H. Hasso, *Legitimität gegen Legalität*, Luchterhand Verlag GmbH, Neuwied und Berlin, 1964; K. Gabriel, *Organisation und Legitimation: Die Selbststeuerung gsimperative der Organisation und das Problem der Legitimation*, en "Zeitschrift für Soziologie" 3, 1974, pp. 339-355; R. Prewo, *Max Webers Wissenschafts programm*, cit., especialmente las pp. 421-587.

¹⁷⁰ El autor, que más ha reflexionado sobre el concepto de la "democracia plebiscitaria del líder", ha sido W. J. Mommsen. Para su constatación ver: *Vom liberalem Verfassungsstaat zur plebiszitären Führerdemokratie*, en D. Käsler (Hrsg.), "Max Weber. Sein Werk und seine Wirkung", cit., pp. 202-228; *Zum Begriff der "Plebiszitären Führerdemokratie"*, en *Max Weber. Gesellschaft, Politik und Geschichte*, cit., pp. 441-71 (traducción castellana: *Acerca del concepto de "Democracia plebiscitaria del líder"*, en *Max Weber. Sociedad, Política e Historia*, cit., pp. 49-82); y *Max Weber und die deutsche Politik. 1890-1920*, cit., pp. 416-441.

Sobre el mismo concepto, véanse también las posturas de: K. Loewenstein, *Max Webers staatspolitische Auffassungen in der Sicht unserer Zeit*, Athenäum Verlag,

carácter político,¹⁷¹ que conduce a la idea —como apunta Anabitarte— de la existencia de una “legitimación ‘carismática’ de la democracia y del líder en Weber”.¹⁷² Dicho concepto, a parte de la polémica a que ha dado lugar entre los intérpretes weberianos, sobre la relación Weber-totalitarismo —y, en la cual no entraré, por no ser objeto del presente trabajo—,¹⁷³ supone la inclusión, en la teoría política webe-

Frankfurt am Main. Bonn, 1965, especialmente el capítulo IV: *Max Webers Prognose der plebiszitären Massendemokratie und des Cäsarismus*, pp. 65-87; y del mismo autor, *Max Weber als “Ahnherr” des plebiszitären Führerstaats*, en “Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie” XIII, 1961, pp. 275-289; E. Nolte, *Max Weber vor dem Faschismus*, en “Der Staat”, vol. 2, 1963, pp. 1-24; P. Honigsheim, *Max Weber und die deutsche Politik, Bei Gelegenheit des gleichnamigen Büches von Wolfgang Mommsen*, en “Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie” 13/1961, pp. 263-274; R. Aron, *Max Weber und die Machtpolitik*, en: O. Stammler (hrg.), “Max Weber und die Soziologie heute”, cit., pp. 103-120; hay traducción castellana: *Max Weber y la política del poder*, en “Papers”, nº 15, 1981, pp. 33-53.

¹⁷¹ M. Weber, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland y Politik als Beruf*; ambos escritos recogidos en *Cesammlte Politische Schriften*, cit., pp. respectivamente, 306-443 y 505-560. Existe traducción castellana en Max Weber, *Escritos políticos*, cit., respectivamente, tomo I, pp. 59-162 y tomo II, pp. 308-364.

¹⁷² A. G. Anabitarte, *Polemica sobre la figura y obra de Max Weber*, en “Revista de Estudios Políticos”, Madrid nº 138, nov./dic., 1964, p. 87.

¹⁷³ Sobre la polémica en torno a la relación “Weber-Totalitarismo”, señalaré, a título de ejemplo, los dos autores, a mi juicio, más representativos de la misma. A favor de dicha relación se ha manifestado W. Mommsen, en su artículo *Zum Begriff der “Plebiszitären Führerdemokratie”*, en *Max Weber. Gesellschaft, Politik und Geschichte*, cit., pp. 44-71. Asimismo, en el XV Congreso Alemán de Sociología, celebrado en Heidelberg del 28 al 30 de abril de 1964, con motivo del centenario del nacimiento de Max Weber y con el título de *Max Weber und die Soziologie heute*, cuyas ponencias y discusiones fueron publicadas al año siguiente por Otto Stammler, en J. C. B. Mohr, Tübingen, 1965, W. Mommsen —durante la discusión referente al tema *Max Weber und die Machtpolitik*, presentado por el Prof. Raymond Aron— mantuvo la tesis (pp. 130-138) de la existencia de una relación directa entre Weber y el totalitarismo, al menos en lo que se refiere a las consecuencias de la teoría política weberiana en Alemania. Llegó, incluso, a considerar a Carl Schmitt —teórico del totalitarismo alemán— como un discípulo de Weber. Esta tesis fue seguida también, en el mismo Congreso, por J. Habermas, quien afirmó que Carl Schmitt era “el más legítimo discípulo de Max Weber”.

La postura contraria ha sido mantenida por K. Loewenstein, principalmente en su conferencia titulada, *Max Webers Beitrag zur Staatslehre in der Sicht unserer Zeit*, pronunciada en la celebración del centenario del nacimiento de Max Weber, en la Ludwig-Maximilians-Universität München (en junio de 1964), y cuyas ponencias fueron publicadas en el año 1966 por K. Engisch, B. Pfister y J. Winckelmann, cit.; Loewenstein defendió en esa ocasión la tesis de que, en la concepción weberiana, el líder elegido plebiscitariamente estaba sometido totalmente a la Constitución y al Parlamento; manifestándose, por tanto, contrario a todo posible intento de ver en el “líder” weberiano un precursor del Estado totalitario (pp. 131-146).

Otros autores, posteriormente, han tomado postura en la línea de considerar a Weber como un “liberal convencido”; entre ellos, D. Beetham, *Max Weber and*

riana, de la idea tradicional de las formas mixtas de gobierno. Si bien, esta combinación de dos tipos ideales implica en Weber —como señala Bobbio— la utilización de la “idea de la forma mixta como remedio no al carácter irreal, sino al carácter negativo de las formas simples”.¹⁷⁴

Por otra parte, obsérvese que, en la teoría weberiana, el concepto de legalidad no se encuentra contrapuesto al de legitimidad, como ha venido ocurriendo tradicionalmente en la filosofía política contemporánea, sino que la “legalidad” constituye uno de los principios de legitimidad, en el cual se basa una forma concreta de poder político. No es, pues, un concepto distinto al de legitimidad, sino que se integra en este último, en cuanto el principio de legalidad es uno de los tres tipos ideales de “motivos de legitimidad”, que Weber construye y en los cuales se basa su filosofía política. Esta observación ha sido, también, puesta de manifiesto por Bobbio, para el cual “tradicionalmente legitimidad y legalidad son dos conceptos distintos, como lo demuestra la distinción escolástica entre el tirano *ex defectu tituli* y el tirano *ex parte exercitii*. El primero es el príncipe ilegítimo, que carece de título para gobernar, mientras que el segundo es el príncipe que ejerce ilegalmente, es decir, contra leyes, su poder. La legitimidad se refiere a la titularidad del poder, la legalidad a su ejercicio. Hasta tal punto son distintas una y otra categoría, que un príncipe puede ejercer legalmente el poder sin ser legítimo, y otro puede ser legítimo y ejercer ilegalmente el poder. Por el contrario, el poder legal de Weber adquiriría su legitimidad por el mero hecho de actuar dentro de las leyes establecidas”.¹⁷⁵

La legalidad, pues —en cuanto sometimiento general a las leyes—, constituye en la teoría política weberiana *un principio formal de legitimidad*. Problema distinto es, si el principio de legalidad, en cuanto principio formal de legitimidad, es suficiente, como lo son el principio tradicional o el carismático, o bien necesita recurrir a algún principio material, que fundamente o justifique la existencia de las leyes. Este problema será estudiado al final del presente trabajo, cuando se aborde la legalidad como principio de legitimidad del Estado racional moderno.

the Theory of Modern Politics, George Allen and Unwin LTd, 1974, London, pp. 113 y ss. Existe traducción castellana a cargo de F. Pérez Cebrian, *Max Weber y la teoría política moderna*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979; y A. Giddens, *Politics and Sociology in the Thought of Max Weber*, cit. . .

¹⁷⁴ N. Bobbio, *La teoría dello stato e del potere*, cit., p. 229; traducción castellana en N. Bobbio, *Estudios de Historia de la Filosofía*, cit., p. 271.

¹⁷⁵ N. Bobbio, *Ibid.*, p. 241 (trad. cast.: pp. 282-283).

3. *Falta de univocidad del concepto de "validez" del orden jurídico: Referencias a la validez empírica.*

Consecuencia del doble planteamiento metodológico de Weber referente al orden jurídico, es la inexistencia a nivel científico de un concepto unívoco de validez del orden jurídico. El concepto de validez aparece así como un concepto *polisémico*: no es lo mismo la validez para un jurista, que para un científico social. Por ello, como afirma Dux, "todo interés de conocimiento referido a la esfera del Derecho debía de antemano pasar un purgatorio, debiéndose de explicar qué orden o qué validez están puestos en discusión: la normativa o la fáctica, la jurídica o la sociológica".¹⁷⁶

Así pues, para Weber, desde el punto de vista jurídico, existe el concepto de *validez ideal* (plano de deber ser) o validez normativa, y desde el punto de vista sociológico, el concepto de *validez empírica* (plano del ser). Pero, este último concepto de validez no sólo lo aplica Weber al orden jurídico, sino que se da cuenta de la existencia de otros órdenes y normas de conducta, que, al igual que el orden jurídico, tienen también validez empírica. Con este planteamiento, Weber se coloca frente a las posturas de otros autores estrictamente sociólogos de la época, como Enlich o Kantorowicz. Como ya se ha dicho, ambos autores niegan carácter científico a la Ciencia del derecho o "Jurisprudencia", reduciéndola a una disciplina sociológica. Esto es debido a la falta de distinción, en ambos autores, entre "validez ideal" y "validez empírica", y, en definitiva, a que confunden al plano sociológico con el plano jurídico, y, además, a que juegan con una desvalorización científica de la Dogmática jurídica.¹⁷⁷

Weber, sin embargo, pone gran énfasis en la distinción entre el concepto de la *validez ideal* y el de la *validez empírica*. Así, la "validez ideal" de una proposición jurídica consiste en que ésta tenga un "sentido normativo" lógicamente correcto, reconducible a un sistema exento de contradicciones. Cuando existe un sistema formado por normas válidas, cuyo sentido es interpretado por el juez y los juristas para su aplicación a casos concretos, podemos hablar de "validez ideal" de un orden jurídico. Por el contrario, la "validez empírica" de un orden consiste en la *probabilidad objetiva* de que los individuos de una comunidad, considerando un determinado orden (jurídico, en este caso)

¹⁷⁶ G. Dux, *Strukturwandel der Legitimation*, cit., p. 243.

¹⁷⁷ M. Weber, *Gesammelte Aufsätze für Soziologie und Sozialpolitik*, cit., pp. 471-476.

como válido, orienten por él, sus comportamientos.¹⁷⁸ Hemos visto anteriormente, que el orden jurídico, desde el punto de vista empírico o sociológico, es un conjunto de máximas o de motivaciones, que operan como un componente real del actuar social; pues bien, consiguientemente, la "validez empírica" del orden jurídico, así entendido, consiste precisamente en el grado de *probabilidad* de que los individuos orienten sus conductas según esas máximas o motivos de comportamiento.¹⁷⁹

Dicho en palabras del propio Weber, y partiendo de una distinción lógica de ambos conceptos de validez, hay que señalar que: "La 'validez empírica' de un precepto jurídico. . . significa, en último caso, una serie de complicadas combinaciones causales dentro de la realidad de la dependencia empírico-histórica, significa un comportamiento real entre los hombres y entre los hombres y la 'naturaleza'. La 'validez ideal' de un precepto jurídico. . . , significa, por el contrario, un comportamiento ideológico de unión entre conceptos: un deber-valer de un determinado orden de ideas para el intelecto jurídico".¹⁸⁰

Weber, por tanto, admite y distingue paralelamente los dos conceptos de validez, sin rechazar o negar valor científico a uno de ellos. No se puede, pues, afirmar, como ha hecho Richter, que en Weber "la validez sólo se puede comprender de forma empírica".¹⁸¹ Esto, dicho así, resulta incorrecto por cuanto, para Weber, existe, paralelamente al concepto de validez empírica, el concepto de validez ideal o normativa, y ambos con igual valor científico. Ahora bien, lo cierto es que Weber, como científico social, centra su análisis en la "validez empírica", en cuanto ésta es objeto de la Sociología del derecho, sin entrar en la "validez ideal", ya que ésta se encuentra en un plano diferente, a saber, el del "deber ser", objeto de la Dogmática jurídica. En efecto, como ya se vió, Weber en su Sociología del derecho se ocupa del orden jurídico no en el sentido dogmático-jurídico, sino en el sentido socio-

¹⁷⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 16 (traducción castellana: p. 25).

¹⁷⁹ D. Käsler, *Einführung in das Studium Max Weber*, cit., p. 147, destaca la su utilización implica que "para la Sociología, la validez de un orden jurídico no mayor significación sociológica del concepto weberiano de "probabilidad", en cuanto se hace depender de su cumplimiento fáctico general", sino de la "probabilidad de orientación en un caso concreto".

Por su parte, G. Richter, *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., p. 25, destaca también el "gran significado" del concepto de probabilidad en la sociología weberiana y su relación con la teoría de la "posibilidad objetiva" y la "causación adecuada".

¹⁸⁰ M. Weber, *R. Stammers "Ueberwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung*, cit., pp. 446-447.

¹⁸¹ G. Richter, *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., p. 25.

lógico: como validez *empírica*.¹⁸² En definitiva —como señala Toscano—, Weber intenta determinar el significado del derecho como "experiencia jurídica": "no se trata de establecer el sentido ideal del derecho en el ámbito de una construcción aparentemente ideal, esto es, el puesto y el papel del derecho en el universo del deber ser, sino su plano empírico en relación a la acción."¹⁸³

La significación sociológica-conceptual, de la validez *empírica* de un "precepto jurídico", en palabras de Weber, consiste en lo siguiente: "El hecho de que en la cabeza de determinados hombres dominen ciertas representaciones, empíricamente determinadas en cada caso, acerca del 'sentido' de un 'precepto jurídico' representado como válido, tiene por consecuencia que el actuar pueda estar orientado racionalmente hacia ciertas expectativas y, por lo tanto, proporcione a individuos concretos, 'chances' determinadas. Su conducta puede estar considerablemente influida por esa vía".¹⁸⁴ Ahora bien, ¿qué significa y qué elementos implica, para Weber, la *validez empírica*?:

1º) En principio, sólo se podrá hablar de validez *empírica* de un orden, cuando un conjunto de máximas de conducta aparezcan como válidas para la acción, es decir, "como obligatorias o como modelos de conducta", en definitiva, como "algo que debe ser". No es, pues, suficiente con una simple regularidad de la acción, determinada por la costumbre o por una situación de intereses.¹⁸⁵

Sin embargo, Weber sostiene que, para la existencia de la validez *empírica* de un orden, no es necesario e imprescindible que "todos los individuos, ni siquiera la mayoría", consideren el orden en cuestión como "obligatorio", y realicen sus acciones porque así lo prescribe aquél. En la práctica, la orientación de la conducta humana por un orden puede producirse en los individuos por los más diversos motivos: por mero hábito, por razones éticas, de utilidad o conveniencia, por temor a la desaprobación social, etc. . . "El hecho de que algunos hombres —señala Weber— se conduzcan de un determinado modo porque consideran que así está prescrito por normas jurídicas, constituye un componente esencial para el nacimiento empírico, real, de un 'orden jurídico', y también para su perduración. Pero no significa esto, en modo alguno, que todos y ni siquiera la mayoría de los participantes

¹⁸² M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 54; (traducción castellana: p. 252).

¹⁸³ M.A. Toscano, *Evoluzione e crisi del mondo normativo*, cit., p. 251.

¹⁸⁴ M. Weber, *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., p. 440; traducción castellana: p. 188).

¹⁸⁵ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 16; (traducción castellana: p. 25).

en aquella conducta obren en virtud de tal motivo. Las amplias capas de los partícipes se conducen de acuerdo con el orden jurídico, bien porque el mundo circundante lo aprueba y reprueba lo contrario, bien por una nueva habituación rutinaria a las regularidades de la vida arraigadas en calidad de costumbres; pero no por una obediencia 'sentida' como obligación jurídica".¹⁸⁶

De este párrafo de Weber se desprende, por tanto, que lo importante es que exista un predominio de individuos, que orienten efectivamente sus conductas a la vista de ese orden; los motivos, por los que esa orientación se produzca, son irrelevantes. La creencia en su obligatoriedad, en su carácter normativo es, para Weber, un elemento más en la motivación de la conducta orientada por máximas. Y, por supuesto —como ya se vio—, la existencia de un aparato coactivo, en cuanto garantía externa del orden jurídico, es también un componente más del conjunto de motivaciones del actuar humano real. En este sentido —como ha señalado Engisch, en relación con el orden jurídico estatal—, si bien Weber subraya el carácter de monopolio con el que, en el derecho moderno del Estado, se desempeña, el ejercicio de la violencia, no obstante "Weber, como historiador y sociólogo, no se cansa de advertir sobre las diferencias sustanciales que existían en la antigüedad al respecto y, cómo en la actualidad, la validez empírica del derecho puede producirse al margen e independientemente del preexistente aparato coactivo del Estado, en forma de muy precisas y particulares maneras de comportamiento".¹⁸⁷

En mi opinión, si bien la interpretación de Engisch es cierta, no obstante parece apreciarse, en las afirmaciones de Weber, anteriormente citadas, una cierta contradicción interna, entre la validez empírica de un orden jurídico y su "legitimidad", que —como se vio— forma parte de la definición weberiana del orden jurídico. Si el orden jurídico es, según Weber, un orden legítimo, no parece lógico que el propio Weber afirmase, que no hace falta para la validez empírica, que "todos y ni siquiera la mayoría...", crean en la obligatoriedad del orden jurídico y, en definitiva, en la legitimidad de dicho orden.

Incluso, el propio Weber se contradice a sí mismo, porque en las primeras páginas de *Wirtschaft und Gesellschaft*, en las que aborda la definición de los conceptos sociológicos fundamentales, al definir el concepto de orden legítimo, señala precisamente, que, para la validez empírica de un orden, lo decisivo es que exista una mayoría predomi-

¹⁸⁶ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 54 (traducción castellana p. 252).

¹⁸⁷ K. Engisch, *Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziologie*, cit. p. 71.

nante de individuos, que orienten sus acciones hacia ese orden legítimo, en base a la creencia en su obligatoriedad. Es decir, para hablar de validez empírica de un orden hace falta algo más que la mera regularidad en el desarrollo de las acciones determinadas por costumbres, hábitos o por una situación de conveniencia o de intereses.

En este último texto weberiano, al que me estoy refiriendo, se puede leer lo siguiente: "Al 'contenido de sentido' de una relación social le llamamos: a) 'orden' cuando la acción se orienta (por término medio o aproximadamente) por 'máximas' que pueden ser señaladas. Y sólo hablaremos, b) de una 'validez' de este orden cuando la orientación de hecho por aquellas máximas tiene lugar porque en algún grado significativo (es decir, en un grado que pese prácticamente) aparecen válidas para la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta. De hecho la orientación de la acción por un orden tiene lugar en los partícipes por muy diversos motivos. Pero la circunstancia de que, al lado de los otros motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que debe ser, acrecienta la probabilidad de que la acción se oriente por él y eso en un grado considerable. Un orden sostenido sólo por motivos racionales de fin es, en general, mucho más frágil que otro que provenga de una orientación hacia él mantenida únicamente por la fuerza de la costumbre, por el arraigo de una conducta; la cual es con mucho la forma más frecuente de la actitud íntima. Pero todavía es mucho más frágil comparado con aquel orden que aparezca con el prestigio de ser obligatorio y modelo, es decir, con el prestigio de la *legitimidad*".¹⁸⁸

De aquí cabría deducirse, a mi juicio, que la validez empírica de un orden jurídico, o su eficacia, es el "reflejo" empírico de la legitimidad de dicho orden.¹⁸⁹ Es decir, que, si los individuos creen en la legitimidad de un orden jurídico, orientarán sus acciones hacia ese orden, y éste, consiguientemente, gozará de validez empírica. Si los individuos no creen en la 'obligatoriedad' de un orden determinado y, en definitiva, no creen en su legitimidad, la validez empírica y la perdura-

¹⁸⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 16; (traducción castellana: pp. 25-26); y, también en *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie* cit., p. 445 (traducción castellana: p. 194).

¹⁸⁹ F. Loos, *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, cit., p. 102, opina que "en la teoría de las categorías de 'Wirtschaft und Gesellschaft' Weber opta por la determinación del concepto de la 'validez de un orden' —sea un orden convencional o un orden jurídico—, que incluye el concepto de 'carácter obligatorio' ('idea de legitimidad')...".

ción de ese orden serán evidentemente frágiles y coyunturales. Bien es cierto, que la orientación de las acciones sociales hacia determinado precepto concreto de un orden jurídico puede producirse por los más diversos motivos: por costumbre, por interés o conveniencia propia, etcétera. Sin embargo, esto no es suficiente para poder hablar de validez empírica de un orden. Si ésta sólo se basará en los motivos antes señalados, sería bastante inestable. Es pues, necesario presuponer la creencia en la obligatoriedad jurídica del ordenamiento, esto es, en su legitimidad, para que éste goce de validez empírica. El ordenamiento jurídico necesita de una justificación interna, que avale su existencia empírica.¹⁹⁰

2º Lo que decide sobre la validez empírica de un orden es el hecho de que la "orientación" de la acción por ese orden, pero *no* su "resultado". Por ello, no es necesario que toda acción, orientada por un orden determinado, consista en el efectivo cumplimiento de su sentido, sino que es posible, que dicho sentido sea transgredido o infringido de manera consciente por parte de un individuo. No cabe duda de que un ladrón, por ejemplo, o un asesino orientan su conducta en vista de los mismos ordenamientos que infringen de forma subjetiva, en cuanto ocultan su hacer o su persona. El que viola una norma de forma consciente, orienta su conducta hacia aquella misma norma, cuya presencia debe tener en cuenta para poderla eludir.

Por lo tanto, existe, también, una validez empírica de un orden, cuando la orientación de la acción consiste en la transgresión del sentido de dicho orden. "Una 'orientación' del actuar hacia un orden estatuido puede consistir, también —dice Weber—, en que su sentido subjetivamente aprehendido sea *infringido* de manera consciente por parte de un individuo asociado".¹⁹¹

La validez empírica, pues, no equivale a cumplimiento de un orden, sino a la probabilidad de orientación de las acciones humanas reales, de forma continua, hacia un orden o hacia el contenido del mismo, bien sea para cumplirlo, o para infringirlo. Como dice Bobbio, la "validez empírica de un ordenamiento no coincide con la obediencia a las normas por parte de los participantes, porque están comprendidos tanto aquellos que se someten sin obedecerlo propiamente (en el sentido de sen-

¹⁹⁰ No comparto, por tanto, la opinión de G. Richter, *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., p. 25, según el cual "el problema de la obligatoriedad del derecho no existe en la sociología comprensiva".

¹⁹¹ M. Weber, *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., p. 443 (traducción castellana: pp. 191-192), y también en *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., pp. 16-17 (traducción castellana: p. 26).

tirse obligados por aquellas normas), como aquellos que lo desobedecen (pero lo tienen presente)".¹⁹²

Puede ocurrir también que existan distintas concepciones o interpretaciones del sentido del orden, pero esto es igualmente válido desde un punto de vista sociológico, en cuanto determinan también el actuar humano empírico. Pero, incluso, puede darse el caso —como ya se ha apuntado aquí— de la existencia de órdenes *contradictorios* entre sí, que, sin embargo, gocen todos igualmente de validez *empírica*. Weber reconoce que, desde un punto de vista sociológico, "el actuar real de los individuos puede estar orientado, de manera subjetivamente provista de sentido, según *múltiples* ordenamientos que, de acuerdo con los hábitos de pensamiento prevalecientes en cada caso, se 'contradigan' de una manera provista de sentido, aunque 'valgan' empíricamente uno al lado del otro."¹⁹³ Y, para avalar su afirmación, utiliza el ejemplo del duelo, porque "quien se bate en duelo —dice Weber— orienta su conducta por el código del honor, pero, tanto si oculta esta acción como si se presenta ante los tribunales, orienta la misma conducta por el código penal".¹⁹⁴

3º Como consecuencia de lo anteriormente dicho, se puede afirmar que la validez *empírica* de un orden determina su *existencia*: un orden existe cuando tiene validez empírica, es decir, cuando existe una probabilidad objetiva de que los individuos orienten su acción por dicho orden. Por tanto, un orden jurídico existe, desde el punto de vista sociológico, cuando tiene validez *empírica*.

Para Weber, en definitiva, la alternativa clásica, formulada desde el punto de vista de la dogmática-jurídica, entre validez y eficacia, no existe. Ambos términos concluyen en el de validez empírica. Pero, para la concepción sociológica, a diferencia de la dogmático-jurídica, entre validez de un orden jurídico no hay alternativa absoluta. Dicho en palabras de Rehbinder, "mientras que la pregunta por la validez de una norma ha de contestarla el jurista con un sí o un no, el sociólogo del derecho tiene que declarar siempre un determinado grado (por ejemplo: predominante) o un tanto por ciento".¹⁹⁵

¹⁹² N. Bobbio, *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., p. 144.

¹⁹³ M. Weber, *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., p. 445 (traducción castellana: p. 193).

¹⁹⁴ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 17 (traducción castellana: p. 26).

¹⁹⁵ M. Rehbinder, *Max Weber Rechtssoziologie. Eine Bestandaufnahme*, cit., p. 472. En el mismo sentido se ha manifestado: F. Loos, *Max Webers Wissenschaftslehre und die Rechtswissenschaft*, cit., p. 92; y D. Käsler, *Einführung in das Studium*

La alternativa de persistencia o cesación de un orden jurídico, que desde el punto de vista dogmático-jurídico y, también, desde un punto de vista lógico, es excluyente, sin embargo, para la consideración sociológica representa "una escala continua de transiciones".¹⁹⁶ Cuando la desobediencia o transgresión del sentido de un orden se convierte en regla, significa que la validez o existencia *empírica* del orden es muy escasa, o bien ha desaparecido. Por el contrario, subsiste la validez *empírica* del orden solamente en la medida en que todavía perdure, "en un ámbito *significativo* desde un punto de vista práctico", un actuar orientado según el orden. Sin embargo, la transición es "muy fluida entre ambos casos y pueden valer —como se ha indicado— uno al lado del otro órdenes *contradictorios*, en la amplitud en que alcance la *probabilidad efectiva* de una ordenación real de la conducta por ellos".¹⁹⁷

Por lo tanto, la *validez empírica* y la validez normativa son conceptos radicalmente opuestos. Por una parte, pueden existir normas jurídicas que carezcan de validez empírica, es decir, que no sean observadas y, consecuentemente, los individuos no orienten sus conductas según la representación del contenido de aquéllas, pero, sin embargo, su validez normativa no se vea afectada por ello.¹⁹⁸ Por otra parte, la falta de coincidencia entre la validez empírica y la validez normativa se produce también entre distintas esferas jurídicas, principalmente, cuando entran en conflicto los órdenes jurídicos estatales y los órdenes jurídicos eclesiásticos. Weber, al respecto, utiliza el ejemplo de las "instituciones" de la *Zadruga* yugoslava (Comunión doméstica) en Austria, "que carecían —dice Weber— solamente de la protección jurídica estatal, pero en las épocas de su mayor extensión tenían la protección coactiva, en alto grado eficaz, de la autoridad de la aldea. Cuando estas formas de conducta consensual echan raíces, perduran durante siglos, sin que se tome en cuenta la coacción jurídica del estado. El derecho austriaco reconocido judicialmente no sólo era ignorado por la *Zadruga* sino que algunas de sus normas se oponían a ella, no obstante lo cual dominaba ésta de hecho la conducta campesina".¹⁹⁹

Max Webers, cit., p. 147, quien señala, que la validez empírica tendría que ser indicada en términos de "tanto por ciento".

¹⁹⁶ M. Weber, *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., p. 445 (traducción castellana: p. 193).

¹⁹⁷ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschat*, cit., p. 17 (traducción castellana: p. 26).

¹⁹⁸ K. Engisch, *Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziologie*, cit., pp. 71-72.

¹⁹⁹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 176; (traducción castellana: p. 515).

Por último, hay que hacer referencia a las —ya analizadas— categorías de la 'posibilidad objetiva' y de la "causación adecuada",²⁰⁰ en cuanto *elementos técnicos* de la formación del concepto de la validez empírica de un orden.

Por una parte, la validez empírica de un orden presupone una probabilidad de *expectativas*, consistente en que los individuos, por regla general, "alienten la expectativa de que los otros individuos asociados han de configurar en promedio su conducta 'como si' tomaran por modelo de su actuar la disposición interna del orden estatuido";²⁰¹ lo cual constituye una aplicación de juicios de *posibilidad objetiva*. Por otra parte, y como consecuencia de la probabilidad de expectativas, el investigador, en base a los conocimientos y hábitos de pensamiento probables del actor, puede calcular *objetivamente* la probabilidad de que los individuos puedan orientar sus conductas en función de tales expectativas; lo cual, a su vez, constituye una formulación de la categoría de la *causalidad adecuada*.

Ambos puntos, aunque confluyentes en la práctica, han de ser distinguidos desde un punto de vista lógico: el primero supone un hecho que se presenta en forma subjetiva entre los individuos, mientras que el segundo es una probabilidad que el investigador puede calcular objetivamente.

En resumen, desde un punto de vista sociológico, "la 'validez' empírica de un orden —dice Weber— debe consistir en el carácter objetivamente fundado de aquellas expectativas de conducta promedio (categoría de la 'posibilidad objetiva')". Y, "en sentido especial, ha de consistir —prosigue Weber—, en que. . ., de acuerdo con la situación del cálculo de los hechos, probable según promedio en cada caso, un actuar orientado subjetivamente, en su contenido de sentido, en vista de aquellas expectativas de conducta *promedio*, es un actuar 'adecuadamente causado".²⁰²

4. *Modos de producción jurídica*

El derecho surge para proteger o tutelar situaciones de intereses, que, en principio, están garantizadas por costumbres o convenciones. Sin embargo, llega un momento en que éstas no son suficientes para

²⁰⁰ Sobre las nociones básicas de ambos conceptos me remito a lo dicho en el epígrafe 1.4.5, del capítulo primero.

²⁰¹ M. Weber, *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., p. 443; (traducción castellana: p. 192).

²⁰² M. Weber, *ibid.*, pp. 443-449; (trad. castellana: pp. 192-193).

ejercer dicha tutela ni para mantener el control de las situaciones, siendo necesaria la creación de un aparato coactivo específico, que garantice, y legitime a la vez, las situaciones de intereses. Esto se produce por la confluencia de dos tipos de causas:

a) causas externas que suponen un cambio en las condiciones externas de vida de una comunidad, afectando o alterando su orden natural de convivencia. Estas causas pueden ser guerras, conquistas, cataclismos naturales, etc...;

b) causas internas a la comunidad, es decir, la influencia de grupos de individuos con niveles patrimoniales elevados, que buscan seguridad y reconocimiento "*erga omnes*" de su superioridad económica.

El derecho surge, pues, para legitimar situaciones de intereses, que, a su vez, provocan la aparición del mismo.

En primer lugar, respecto a las formas de producción jurídica, Weber se plantea un problema teórico previo, que se resumiría en la siguiente pregunta: ¿cuáles son los motivos por los que se producen cambios en los órdenes normativos?, o, dicho en palabras de Weber: "¿cómo nacen en este mundo, en que estamos adaptados a lo 'regular' y a lo 'vigente', 'innovaciones' cualesquiera?"²⁰³ O, como se pregunta Febbrajo, parafraseando a Weber, "¿cómo es que esquemas de comportamiento, ya consolidados, pueden ser sustituidos por otros? ¿Cuáles son las razones que cambian el consenso en los ordenamientos normativos?"²⁰⁴

Normalmente, la aparición o creación de nuevo derecho sucede "de forma consciente a través de una nueva acción comunitaria", y muy pocas veces "de manera inconsciente, por medio de un cambio imprevisto de significado".²⁰⁵ Así, Weber se manifiesta, por ejemplo, en contra de los postulados de la llamada escuela histórica, que admitía la evolución de un "espíritu del pueblo", al que se consideraba, mediante una hipótesis, como portador de una unidad orgánica suprain-

²⁰³ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 65; (traducción castellana: p. 260).

²⁰⁴ A. Febbrajo, *Per una rilettura della Sociologia del Diritto weberiana*, cit., p. 14.

²⁰⁵ M. Rehbinder, *Max Webers Rechtssoziologies...*, cit., p. 474.

En el mismo sentido, G. Richter, *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., p. 37; y, A. Febbrajo, *Per una rilettura della Sociologia del diritto weberiana*, cit., p. 14, quien señala que "el análisis debe ser concentrado sobre móviles que impulsan al individuo a un actuar nuevo, móviles que están estrechamente conectados al complejo haz de consecuencias del actuar que de vez en cuando es inventado y también las condiciones ambientales influyen su difusión mediante 'selección' e 'imitación'".

dividual. Para nuestro autor, esta concepción carece por completo de valor científico.²⁰⁶ Considera que, en algunos casos, puede haber una creación inconsciente de reglas válidas empíricamente, tanto jurídicas como no jurídicas, que no es considerada como verdadera creación por quienes participan en ella. Esto puede ser debido, bien a una serie de cambios de significación que pasan desapercibidos, o bien a la aplicación de nuevo derecho, creyendo que siempre estuvo en vigor y fue aplicado en la misma forma. Pero esto no es lo normal.

Por tanto, Weber se manifiesta —como ha señalado Richter— en contra de la “aprioridad” del derecho, desde el punto de vista de la Sociología empírica.²⁰⁷ En principio, es cierto que las regularidades se encontraban condicionadas de forma orgánica, y en ellas se basaba la concepción de las reglas primitivas. Ahora bien, para Weber, la influencia de causas naturales puede ser necesaria en algunos casos, pero nunca decisiva. Por el contrario, la fuente más importante y decisiva en la creación de nuevas normas ha sido siempre la creación consciente e intencionada de nuevas regularidades; esto es la influencia de los individuos, que con sus acciones, son capaces de influir la conducta de los demás.

En este punto, la tesis de Weber no difiere en sustancia de la mantenida por Kantorowicz, para quien “la idea pavorosa según la cual el Derecho no puede ser alterado por el hombre, en cuanto está ordenado por la naturaleza o por seres sobrenaturales, cede el paso a una secularización de muchos aspectos y, finalmente, de todos los aspectos del Derecho a través de la creación deliberada de nuevas normas. . .”²⁰⁸

Para Weber, pues, por regla general, se produce una “conducta” nueva, que conduce a una alteración del sentido del derecho vigente, o a la creación de nuevo derecho. “Lo más frecuente, (. . .), es que, por ‘invención’ individual, se de a la acción comunitaria y a la acción societaria un nuevo contenido, y que éste se propague después por imitación y selección”.²⁰⁹

Weber utiliza aquí conceptos sociológicos —tales como “invención” o “inspiración” e “imitación”— utilizados por Hellpach, para explicar la aparición y, sobre todo, las influencias en los demás de las nuevas

²⁰⁶ Al respecto, A. Febbrajo, *Per una rilettura della. . .*, cit., p. 16, señala que, “para Weber, es preciso abandonar el monocausalismo implícito del recurso al ‘espíritu del pueblo’, e interpretar la evolución jurídica partiendo de una óptica pluri-facética”.

²⁰⁷ G. Richter, *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., p. 37.

²⁰⁸ H. Kantorowicz, *La definición del derecho*, cit. p. 111.

²⁰⁹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 175 (traducción castellana: p. 514).

regularidades de la conducta. 'Estas influencias, que superan la 'inercia' de lo acostumbrado —señala Weber—, pueden tener lugar de distintos modos psicológicos'. En primer lugar, "consiste en despertar de pronto en el individuo influido la idea de una acción mediante medios eficacísimos como algo que, 'debe hacerse': 'inspiración' de la conducta". Y, en segundo lugar, "consiste en que el influido convive la propia conducta interior del que influye: 'endopatía' penetración simpática. La forma del actuar, en virtud de esta mediación puede ser de lo más diversa en cada caso particular. Sin embargo, muy a menudo nace una 'acción comunitaria' de masa referida al que ejerce la influencia y a su vivencia, de la que pueden después desarrollarse 'consensos' con el contenido correspondiente".²¹⁰

De este modo van surgiendo nuevos consensu —acuerdos tácitos, convencionales— o acuerdos teleológicamente racionales, que tienen un nuevo contenido significativo y permiten, a su vez, la formación de nuevos hábitos puramente fácticos.

Por otra parte, en el proceso de aparición de nuevos acuerdos teleológicamente racionales intervienen diferentes categorías de personas. En primer lugar, los interesados en una acción concreta, normalmente para proteger sus intereses económicos y sociales, y, especialmente, los individuos que gozan de altos niveles patrimoniales. En segundo lugar, los nuevos acuerdos se llevan a efecto generalmente con la ayuda de sus asesores profesionales, los "abogados". Y por último, se tiene en cuenta la expectativa de un determinado comportamiento de los tribunales, en cuanto representantes del aparato coactivo. Por lo tanto, el juez y los tribunales son considerados por Weber, en este caso, como "segunda instancia independiente", cuya actividad no se limita simplemente a "autorizar las regulaciones válidas por consenso o por convenio", sino que consiste en influir "en la selección de lo que perdura como derecho, a través del influjo, que sobre los casos concretos, ejercen las consecuencias de un fallo ya dictado".²¹¹

Según lo dicho hasta ahora, habría que reformular en este momento la pregunta planteada en un principio, en el sentido de cuestionarnos cómo aparecen nuevas *normas jurídicas*. Si la respuesta se da en relación a la actualidad, es evidente que las *nuevas* normas jurídicas vienen formuladas por los órganos legítimos y competentes, y a través de las formas válidas establecidas por la constitución en cada caso. Estamos en este supuesto ante el derecho estatuido, pero éste no es sino el último estadio de una larga evolución histórica.

²¹⁰ M. Weber, *ibid.*, p. 65; (p. 260).

²¹¹ M. Weber, *ibid.*, p. 178 516.

Sin embargo, habría que preguntarse, todavía, qué ha ocurrido con el desenvolvimiento del derecho en épocas pasadas y, especialmente, en momentos en los que faltaba la "legislación" o el derecho estatuido. Normalmente, en la ciencia jurídica tradicional, por contraposición al derecho legislativo, el derecho no estatuido recibe la denominación de derecho "consuetudinario", cuyos requisitos teóricos exigidos para su validez por la ciencia jurídica son los siguientes: 1º "práctica o uso comunes"; 2º "convicción general de su juricidad"; 3º "racionalidad". En cuanto construcción jurídica teórica, Weber está de acuerdo con la noción de derecho consuetudinario. Ahora bien, en relación con el desarrollo real del derecho, se plantea la siguiente pregunta: "hasta qué punto la construcción jurídica que hemos recibido acerca de las condiciones de vigencia del 'derecho consuetudinario' revela la verdad sobre el origen real de la 'validez' empírica del derecho no establecido estatutariamente?".²¹²

Por lo que respecta al desarrollo real del derecho y a sus formas de producción en épocas históricas pasadas —antes de que el derecho legislativo se impusiera, junto al poder legal, como la forma legítima de creación de nuevas normas—, el concepto jurídico-dogmático teórico del "derecho consuetudinario" es, para Weber, "inutilizable" e "históricamente irreal". El derecho consuetudinario" es, pues, para Weber una construcción jurídica de la dogmática del siglo XIX, pero que no se corresponde en absoluto con el verdadero desarrollo del derecho a lo largo de la historia.

Normalmente, bajo el término del derecho "consuetudinario" se encubre según Weber el típico "problema de la coordinación de un derecho racional, que pretende ser universalmente válido, con los derechos forales (nacionales) ya existentes. En el derecho romano tardío tratábase de la oposición entre el derecho imperial y los derechos nacionales de los provinciales. En Inglaterra, de la oposición entre el derecho del reino (*lex terrae, Common Law*) y los derechos locales. En el continente, por último, de las relaciones entre el derecho romano recibido y los derechos nacionales. Estos derechos particulares, opuestos al derecho universal, fueron subsumidos bajo la definición del consuetudinario y ligados a los supuestos de validez del mismo, lo cual —concluye Weber— no podía ser de otro modo, ya que el derecho universal era visto como el único legítimo".²¹³

²¹² M. Weber, *ibid.*, pp. 173-174 (p. 512).

²¹³ M. Weber, *ibid.*, p. 174 (p. 513).

De las propias palabras de Weber se deduce que, bajo, la construcción dogmática jurídica del derecho "consuetudinario" como derecho no estatuido, no se refleja la verdad del desarrollo histórico del derecho. El derecho no estatuido —por decirlo de alguna forma— encierra una mayor complejidad y riqueza de formas en cuanto a su producción. En resumen, no todo el derecho no estatuido se puede incluir bajo el concepto de derecho "consuetudinario".

Sin embargo, Weber, en su crítica a la construcción dogmático-jurídica del derecho "consuetudinario", no incurre en el error de otros sociólogos de la época, como Ehrlich o Lambert. Weber expresamente reprocha a estos autores, que sus críticas respectivas al derecho consuetudinario son totalmente infundadas, por cuanto incurren en el error de confundir y mezclar los puntos de vista dogmático-jurídicos y sociológicos.²¹⁴ Por el contrario, Weber intenta explicar, desde un punto de vista sociológico y genético, lo que la dogmática jurídica ha englobado genéricamente bajo el concepto de derecho consuetudinario.²¹⁵ Se propone, por tanto, investigar la larga evolución del desenvolvimiento y desarrollo real del derecho en el pasado y, especialmente, en las épocas en las que no existía aún la "legislación" o el derecho "estatuido".

Ya se ha dicho con anterioridad, que originariamente el derecho surge por medio de usos o hábitos de conducta; idea, que Weber refleja claramente en el siguiente párrafo: "la concepción primitiva de las normas jurídicas podía explicarse sencillamente de este modo: a consecuencia de una "actitud psicológica" especial, determinados hábitos de conducta, que en un principio revistieron el carácter de simples hechos: 1) son considerados como "obligatorios" y, a causa del conocimiento de su extensión supraindividual; 2) incluidos como "acuerdos tácitos", "consensuales" en la "expectativa" consciente o semiconsciente de una conducta conforme a ellos. Por último; 3) se les provee, frente a las "convenciones" de determinados aparatos coactivos".²¹⁶

Sin embargo, el surgimiento del derecho no se produce siempre a través del uso o la costumbre, es decir, a través de uniformidades naturales, sino también y principalmente, por vía artificial. Junto al uso y la costumbre, Weber enumera cuatro formas más de producción jurídica: el acuerdo de los interesados (el contrato), el fallo judicial, la

²¹⁴ M. Weber, *ibid.*, p. 173 (p. 512).

²¹⁵ G. Richter, *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., señala —no con mucho acierto— que "Weber intenta traducir el concepto de derecho consuetudinario al lenguaje de la sociología" (p. 42).

²¹⁶ M. Weber, *Rechtssociologie*, cit., p. 174 (traducción castellana: p. 513).

revelación y el derecho estatuido ("imperium"). Estas cuatro fuentes de derecho las clasifica, a su vez, en fuentes *primarias* y *secundarias*; siendo las *primarias*, el acuerdo de los interesados y el fallo judicial, y las *secundarias*, la revelación y el establecimiento del derecho positivo. "La tipificación de ciertos consensus y, sobre todo, de ciertos convenos, que la conducta de los particulares va creando en forma consciente, al separar las respectivas esferas de intereses con ayuda de 'asesores' debidamente preparados, así como los 'precedentes' judiciales, son, por consiguiente, fuentes primarias de la creación de normas jurídicas".²¹⁷

a) Fuentes primarias de la creación de normas jurídicas

i) El acuerdo de los interesados ("Vereinbarung der Interesseten")

Como se acaba de indicar, raras son las veces en las que el derecho surge de forma imprevista. Frente a las formas impositivas de creación de nuevas formas, Weber destaca la importancia del "acuerdo de los interesados" como una de las formas primarias de creación de nuevo derecho. A dicha forma de creación del derecho, Weber dedica un capítulo entero, cuyo análisis central se refiere al tránsito de lo que él denomina "contrato-status" (*Status-Kontrakt*) al "contrato-fin" (*Zweck-Kontrakt*),²¹⁸ que —como indica Rehbinder— supuso "un cambio que sólo se produjo de forma muy vacilante, ya que primeramente tuvo que ser encontrado un sistema de técnicas jurídicas racionales aplicables al tráfico, que posibilitase una sociedad basada en el contrato, en el sentido del contrato-fin".²¹⁹

Weber se propone, pues, analizar desde un punto de vista sociológico, cuáles han sido las circunstancias de carácter histórico-político, social o económico, que han determinado la existencia de las distintas formas de contratación o de "acuerdos de los interesados" a lo largo de la historia. No olvidemos, sin embargo, que los dos grandes conceptos de contratos aludidos (*Status-Kontrakt* y *Zweck-Kontrakt*), y en los que Weber basa su análisis, son "tipos ideales" —y, por tanto, *instrumentos cognoscitivos*—, que como tales no pretenden una descrip-

²¹⁷ M. Weber, *ibid.*, p. 179 (p. 517).

²¹⁸ M. Weber, *ibid.*, pp. 105-172 (pp. 532-588).

²¹⁹ M. Rehbinder, *Max Webers Rechtssoziologie*, cit., p. 474. En este sentido también, M. A. Toscano, *Evoluzione e crisi del mondo normativo*, cit., pp. 278 y ss.

ción exhaustiva de la realidad, sino, por el contrario, destacar lo esencial y "adecuado" de la misma.

En principio, Weber comienza constatando que "la significación del 'contrato' en el sentido de convenio libre como fundamento jurídico de ciertas pretensiones y deberes, se halla. . . , muy extendida en las épocas y estadios más lejanos del desarrollo del derecho".²²⁰ Ahora bien, tanto sus características, como los sectores en los que se desarrollaban difieren bastante de las características y sectores de aplicación de los contratos modernos. En efecto, Weber constata este dato, señalando que los contratos primitivos se desarrollaban "precisamente en los sectores en que la significación de los convenios libres ha desaparecido o pasado a ocupar un plano secundario: los derechos públicos, procesal, familiar y sucesorio. En cambio, la significación del contrato en la adquisición de bienes económicos, tratándose de fuentes diversas de las familiares y hereditarias, es tanto menor en el pasado cuanto más alejado del presente".²²¹

Como se ha dicho al principio, Weber denomina a estos tipos primitivos de contratación "contratos relativos al status" (*Status-Kontrakt*), para diferenciarlos de los actuales, que se refieren al tráfico de bienes, es decir, "a la comunidad de mercado", a los que denomina "contratos relativos al fin" (*Zweck-Kontrakt*). Los contratos primitivos o contratos relativos al status, explica Weber, son aquellos que "implican una transformación de la calificación jurídica total, de la posición universal y del habitus social de las personas". A través de ellos se da nacimiento, normalmente, a asociaciones, bien sean políticas o de otro tipo, o a relaciones de familia. Para producir efectos de este tipo, se trataba originariamente de contratos que tenían un carácter mágico o implicaban la realización de ciertos actos de significación mágica. Para Weber, la mayoría de dichos contratos primitivos eran "contratos de confraternidad", que implicaban la modificación del status social de los contratantes, pero que no servían para la adquisición de bienes económicos.

Por el contrario, según Weber, la utilización de los contratos en el ámbito económico es un fenómeno, que va paralelo "a la extensión del mercado y a la utilización del dinero". Por ello, los primitivos contratos de trueque o de cambio, cuyo esquema es suministrado por los contratos de "confraternidad", no alcanzan una verdadera construcción jurídica de carácter formalista hasta que no se produce un

²²⁰ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 110-111 (traducción castellana: p. 536).

²²¹ M. Weber, *ibid.*, pp. 110-111 p. 536).

desarrollo de la función monetaria de ciertos bienes, especialmente metales, lo cual da origen a la compraventa. De este modo aparecen los primeros contratos monetarios o pecuniarios, como "acuerdos abstractos, limitados y determinados cuantitativamente, sin significación cualitativa alguna y, por regla general condicionados en forma puramente económica".²²² Este tipo de contratos son considerados por Weber como la primera manifestación de los contratos relativos al fin, que, además, al carecer de significación ética, actúan como un medio eficaz para la eliminación del antiguo carácter mágico o sacramental de los actos jurídicos, y, consiguientemente, como medio de secularización jurídica.

Por otra parte, en la época anterior al predominio del contrato con arreglo a fines (*Zweckkontrakt*) y a la libertad de contratación en el sentido actual, existían también una serie de derechos especiales, particulares o "privilegios", monopolizados por determinados grupos de personas, y que prevalecían sobre el derecho general y común del país. Este último no coexistía con aquéllos, sino que se aplicaba sólo en ausencia de "privilegios". Se trataba —dice Weber— de ordenamientos "estatuidos autónomamente por la tradición o el acuerdo de comunidades consensuales de tipo estamental o de uniones socializadas",²²³ con lo cual cada comunidad llegaba a ser portadora de su propio derecho: un derecho particular. A estas comunidades o asociaciones Weber las denomina "comunidades jurídicas", en las cuales se encuentran determinadas por "situaciones de hecho u objetivas: nacimiento, raza, religión, credo político, formas de vida o modos de adquisición; o por grupos personales surgidos de una confraternización expresa".²²⁴

De esta forma, cada acto jurídico está condicionado por la pertenencia a un "grupo" o "comunidad jurídica" dotada de reglamentaciones particulares, que normalmente asumen la forma de "concesiones" de la autoridad política. Es decir, toda posición jurídica y toda relación contractual estaba determinada por la situación del "status", y cada individuo tenía capacidad sólo en cuanto miembro de un grupo. Todo derecho se presenta, pues, como derecho de "grupo", en la doble vertiente de normas para resolver los conflictos internos de cada grupo y de normas dirigidas a resolver los conflictos entre los grupos.²²⁵ Como consecuencia de esto, "toda actividad jurídica (en particular, la relati-

²²² M. Weber, *ibid.*, p. 113 (p. 539).

²²³ M. Weber, *ibid.*, p. 135 (p. 556).

²²⁴ M. Weber, *ibid.*, pp. 135-136 (p. 557).

²²⁵ M. Weber, *ibid.*, p. 136 (p. 557).

va a las relaciones contractuales) aparece como 'monopolio' del grupo y su concesión al individuo como 'privilegio' ".²²⁶

Naturalmente, estos derechos particulares no tienen nada que ver —y no deben confundirse— con las normas particulares o derechos personales que existen en el derecho moderno, como por ejemplo, el derecho mercantil. Estos particularismos jurídicos —según Weber— se deben, normalmente, "a razones técnicas, profesionales o económicas".²²⁷ Sin embargo, los derechos particulares o "privilegios", a los que Weber se refiere aquí, tenían otro carácter: como ya hemos visto, se fundaban en cualidades personales de carácter "estamental", esto es, derivadas del nacimiento, de la pertenencia a una asociación o de ciertas formas de vida. El "privilegio" es, pues —como se verá—, la categoría fundamental del derecho *informal*, que está basado —como afirma Cerroni— en "la discriminación normativa de los sujetos", en contraposición al carácter formal del derecho moderno, que "está, en efecto, íntimamente ligado a esa decisiva condición de formalización que le otorga la igualación abstracta universal de los individuos —"capacidad jurídica de todos"—, la cual supone el fin de la esclavitud y de los privilegios".²²⁸

Posteriormente, esta situación dio paso, paralelamente a la implantación definitiva de la libertad contractual y del carácter de instituto de la asociación política, al actual principio de la igualdad jurídica de carácter formal. Este principio permite la conclusión de contratos o negocios jurídicos de cierto tipo, a través de los cuales todos los individuos tienen la posibilidad de crear derecho. Asimismo, a partir de este momento, las sociedades pasan a estar delimitadas estrictamente por normas jurídicas, y, al menos desde el punto de vista formal, podían ser creadas por cualquier personal.

Ahora bien, esta transformación en las normas técnicas de creación autónoma del derecho se debe principalmente a dos importantes factores de racionalización: "el ensanchamiento del mercado, por una parte —señala Weber—, y la burocratización de la actividad orgánica de las comunidades consensuales, por otra". Por lo tanto, las fuerzas impulsoras de tal transformación son, según Weber, "en lo político, las exigencias de poder del soberano y los funcionarios en el fortalecimiento

²²⁶ G. Rebuffa, *Diritto privato e legittimazione nella sociologia weberiana*, en "Revista di Sociologia del diritto", núm. 1, 1984, p. 150.

²²⁷ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 137-138 (traducción castellana: p. 558).

²²⁸ U. Cerroni, *La libertà dei moderni*, De Donato editore, Bari, 1968. Se cita la traducción castellana, *La libertad de los modernos*, versión de R. de la Iglesia, Ediciones Martínez Roca, S. A., 1972, Barcelona, p. 63.

to creciente del instituto estatal y, en lo económico —no exclusivamente, pero sí en gran medida—, los intereses de los económicamente poderosos, es decir, de los privilegiados económicamente en el mercado, en virtud de su riqueza ('situación de clase'), a pesar de la (formalmente al menos) 'libre concurrencia' ".²²⁹

Sin embargo, de todo esto no deriva una igualdad jurídica material. Aún cuando "la evolución de las relaciones jurídicamente reguladas hacia la sociedad de tipo contractual y del derecho mismo hacia la libertad contractual, especialmente hacia una autonomía de poderes reglamentada por medio de esquemas legales, suele ser vista como disminución de las limitaciones e incremento de la libertad individual".²³⁰ para Weber esta afirmación no es absoluta, sino que es preciso —relativizarla. Además, está también sometida a distintos condicionamientos fácticos, como por ejemplo, la diferenciación en la distribución práctica de la propiedad.

Para Weber, pues, existe una evidente disfunción entre la libertad contractual e igualdad jurídica formales, por una parte, y la igualdad jurídica material, por otra, ya que toda sociedad basada en la libre contratación puede tener como resultado la probabilidad de que los más poderosos en el mercado —los poseedores, normalmente— usen la libertad contractual como medio para adquirir poder sobre otros, afianzando así su posición de dominio en el mercado. Weber pone el ejemplo del derecho formal de un trabajador a concluir con cualquier empresario un contrato de trabajo con cualquier contenido. En la práctica los derechos formales del trabajador y del empresario no se hallan en igualdad de condiciones, sino que de ellos se deriva la posibilidad de que, los que son más poderosos en el mercado —normalmente los patronos— puedan fijar a su arbitrio las condiciones de trabajo, "ofrecerlas al desocupado para su aceptación o repulsa, y, en el caso normal de la urgencia económicamente más fuerte de la oferta de trabajo, imponerlas al solicitante". Por tanto, los interesados en adquirir poder en el mercado son los mayores defensores de una sociedad basada en la libre contratación y en la igualdad jurídica formal. "En su interés —dice Weber— reside primordialmente el establecimiento de 'normas facultativas', que ofrecen esquemas de convenio válidos, los cuales, desde el punto de vista de la libertad formal, son accesibles a todo, aún cuando de hecho están a disposición de los propietarios y, en reali-

²²⁹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 138-139 (traducción castellana: p. 559).

²³⁰ M. Weber, *ibid.*, p. 169 (p. 585).

dad, sólo garantizan su autonomía y la posición de poder en que se hallan".²³¹

Weber advierte también de un posible error a que puede inducir esta forma moderna de producción jurídica —el acuerdo de los interesados—, que, al ser considerada —siguiendo la expresión de Andreas Voigt— como un tipo de "descentralización de la creación jurídica", podría pensarse que equivale a una reducción de la coacción jurídica, en comparación con los ordenamientos jurídicos de índole "socialista", caracterizados por una dirección centralizada.

Sin embargo, la relativa reducción de la coacción jurídica, producida al establecerse la "libertad contractual o convencional", lo es sólo desde un punto de vista formal. Materialmente, el beneficio de dicha reducción redunda en los que desde el punto de vista económico se encuentran en la posibilidad de hacer uso de las autorizaciones jurídicas.

La coacción, en una sociedad basada en la "libertad contractual", es ejercida no por el ordenamiento jurídico directamente, sino por los propietarios de los medios de producción y adquisición a través de la lucha por el mercado, y sobre la base de la garantía y protección de la propiedad privada por el derecho. La diferencia, pues, desde un punto de vista sociológico, entre un orden de carácter socialista y un orden de economía privada no está en la mayor o menor coacción ejercida, ni en la mayor o menor libertad permitida, sino en la diversidad de las peculiaridades de la coacción y de su reparto entre los miembros de la comunidad jurídica. En un caso —señala Weber—, se da predominio a los "ordenamientos preceptivos y prohibitivos de una instancia unitaria cualquiera, reguladora de la actividad económica", procurando su observancia mediante cualquier tipo de coacción; mientras que en el otro, la coacción se ejerce por los propietarios en la lucha por el mercado. Lo que ocurre es que, este segundo tipo de ordenamiento —las sociedades basadas en la libertad contractual de carácter formal—, según Weber, pueden "producir en la práctica un incremento cuantitativo y cualitativo muy importante, no sólo de la coacción misma, sino del carácter autoritario de los poderes coactivos".²³² Y este incremento será mayor, cuanto menor sea el círculo de las personas en cuyas manos se acumula el poder, garantizado por el ordenamiento jurídico, de ejercer contra otros esa clase de coacción.

Por todo ello, según Weber, la libertad e igualdad jurídicas de carácter formal no se corresponden con la libertad e igualdad mate-

²³¹ M. Weber, *ibid.*, p. 170 (p. 586).

²³² M. Weber, *ibid.*, p. 196 (p. 589).

riales, y esto, a su vez, produce una *quiebra* en la eficacia del derecho, al no verse cumplidos en la práctica los principios abstractos —técnicos-jurídicos—, que en él se proclaman.

En definitiva, para Weber, todo este proceso de naturaleza técnico-jurídica no tiene como resultado un crecimiento de la libertad, por parte del individuo, de determinadas condiciones de la propia existencia, sino que acentúa la "tendencia hacia una esquematización coercitiva de la existencia". Weber observa, que cuestiones de esta índole "no pueden ser decididas sólo en base a un desarrollo de las formas jurídicas". Además, no es posible "traducir acriticamente en la realidad social abstractos principios jurídicos", como lo demuestra el referido ejemplo, que Weber cita.²³³ Sin embargo, aún cuando Weber denuncia los peligros de un excesivo tecnicismo jurídico aplicado a la realidad social, este tema —como señala Febbrajo— "queda aislado en *Economía y sociedad* y no da lugar a ulteriores reflexiones, ni constituye los elementos necesarios para una teoría del conflicto social".²³⁴

En efecto, Weber simplemente apunta aquí el ejemplo citado, pero no entra en el análisis del tema de fondo que aquél implica. Esto puede ser debido, a mi juicio, a dos circunstancias, que, por otra parte, son características de toda la obra weberiana. La primera es la tendencia de Weber a construir el proceso social como un proceso *armónico*, analizado, a su vez, a través de diversos tipos ideales de las distintas estructuras sociales, que se encuentran interconexionados de forma complementaria; esta tendencia impide efectivamente la realización de una "teoría del conflicto social".

Y, la segunda, se refiere a una constante en la obra de Weber: plantear los problemas y dejarlos abiertos a posibles soluciones. En mi opinión, en el referido ejemplo, Weber plantea implícitamente el problema —que, como veremos, es un problema constante y central en la obra weberiana— de la coexistencia no siempre pacífica, o de la dicotomía, entre la racionalidad del sistema, en el sentido del desarrollo técnico-jurídico interno del mismo, y la racionalidad del individuo, en sentido de poder adecuar su propia libertad a las exigencias internas del sistema. Para Weber, un elevado grado de racionalidad del sistema no implica mayor libertad para el individuo, sino que esta última normalmente se ve mermada por aquella.

²³³ A. Febbrajo, *Capitalismo, stato moderno e diritto...*, cit., pp. 54-56.

²³⁴ A. Febbrajo, *Per una rilettura della Sociologia del diritto weberiana*, cit., pp. 24-25.

ii) El fallo judicial ("Richterspruch")

La segunda fuente primaria de producción del derecho es el "fallo judicial". Para Weber, desde los orígenes del desarrollo del derecho, se ha considerado al fallo judicial como fuente de derecho a través de la creación jurídica de precedentes judiciales, si bien su importancia e influencia varía según las épocas y los sistemas jurídicos concretos.

Weber caracteriza a esta forma *primaria* de producción jurídica de la siguiente manera: "en un principio, la fuente de las decisiones 'judiciales' no está constituida en absoluto, o sólo para determinados planteamientos formales, por normas generales —'normas de decisión'— que hubiera que 'aplicar' al caso individual. Lo que ocurre es precisamente lo contrario: cuando el juez pone en movimiento la garantía de la coacción relativamente a un caso concreto, por razones igualmente concretas, inicia casi siempre la vigencia empírica de una norma general como 'derecho objetivo', porque la significación de sus máximas trasciende del caso singular a los futuros".²³⁵

Sin embargo, originariamente, el fallo judicial estaba ligado a medios mágicos de revelación jurídica, lo cual implicaba una absoluta irracionalidad de los medios de decisión, y un carácter estrictamente formal del procedimiento. Además, las primitivas decisiones eran dictadas sin que sus autores manejaran el concepto de "norma". En las decisiones no se veía una "aplicación" de reglas preestablecidas, como sucede actualmente. Por consiguiente, existía una indiferenciación entre aplicación y creación del derecho, debido —según señala Weber— a que "originariamente no existe, en absoluto, la idea de que sea posible crear, de manera intencional, determinadas reglas de conducta que tengan el carácter de 'normas de derecho', es decir, de preceptos garantizados por una 'coacción jurídica'".²³⁶

Evidentemente, donde el fallo judicial ha tenido mayor importancia como fuente de derecho ha sido en Inglaterra. Weber, siguiendo en este punto la opinión de Blackstone,²³⁷ piensa, que el juez inglés es una especie de oráculo viviente, y sus "decisiones", en cuanto forma específica de integración del *Common Law*, tienen el mismo sentido que el oráculo en el derecho primitivo: "lo que en un principio era incierto (la existencia de la máxima jurídica) se convierte después (gracias a la decisión), en una regla permanente" (...). "Lo único

²³⁵ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 178 (traducción castellana: p: 516).

²³⁶ M. Weber, *ibid.*, p. 180 (p. 518).

²³⁷ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), four Books, 15a. edición, London, Printed by A. Strahan, 1809.

que distingue el oráculo auténtico del precedente judicial inglés es la falta de fundamentos racionales".²³⁸

En la actualidad, en el derecho inglés, esencialmente empírico, el "precedente" según Weber ha conservado su antigua importancia, y, evidentemente, la autoridad personal del juez es muy distinta según que la referencia sea el derecho anglosajón o al derecho continental europeo, en donde el papel de aquél se encuentra totalmente burocratizado. No obstante, la antigua posición del juez inglés se ha visto afectada también por la reciente formulación de normas jurídicas de tipo formal junto al *Common Law*, así como por el progreso de la burocratización en la administración de justicia inglesa.

En la actualidad, en Norteamérica, la autoridad personal del juez sigue jugando un papel importante en relación a la consideración de los precedentes como fuente de creación jurídica; la sentencia o fallo judicial llega a ser considerada, incluso, como una "creación personal de un juez concreto, a quien se designa por su nombre". Para Weber, este hecho es una muestra de la perduración aún en nuestros días del "genuino carácter 'carismático' de la administración de justicia".²³⁹

b) Fuentes secundarias de producción jurídica

Junto a las fuentes primarias de producción jurídica, esto es, el acuerdo de los interesados y el fallo judicial, surgen otras dos fuentes de derecho de carácter secundario, a través de las cuales las normas nuevas aparecen como reglas "otorgadas", derivadas de una creación *conscientemente y directa*. En opinión de Rehbinder, por medio de las fuentes secundarias del derecho, "las reglas nuevas no surgen por sí mismas en la comunidad jurídica, sino que más bien son impuestas por ésta".²⁴⁰ Y esto sólo puede ocurrir por medio de la revelación jurídica y del establecimiento del derecho positivo. En palabras del mismo Weber, "el camino más corto hacia la creación jurídica por medio de unos 'estatutos' pactados u otorgados, parte de la revelación carismática de nuevos mandamientos, pasando por el imperium".²⁴¹

i) La revelación jurídica ("Offenbarung")

La revelación jurídica, como fuente de nuevo derecho, es conside-

²³⁸ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 188 (traducción castellana: p. 524).

²³⁹ M. Weber, *ibid.*, p. 285 (p. 656).

²⁴⁰ M. Rehbinder, *Max Webers Rechtssoziologie: . . .*, cit., p. 475.

²⁴¹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 186 (traducción castellana: p. 522).

rada por Weber como un elemento *revolucionario*,²⁴² que rompe la estabilidad propia del tradicionalismo jurídico. Mientras para este último sólo existen las normas transmitidas y garantizadas por la santidad de la tradición, la revelación jurídica supone la creación o descubrimiento²⁴³ consciente de nuevas reglas jurídicas, bien se trate de la revelación de una decisión individual, o bien de la revelación de una norma general. En este sentido, es decir, en cuanto primera manifestación de la creación consciente y directa de nuevas reglas, Weber considera a la revelación jurídica como la "madre" de todo 'estatuto' o establecimiento de reglas".²⁴⁴

La revelación jurídica supuso, por tanto, una fuerza revolucionaria en épocas vinculadas a la tradición, así, como, también, la racionalización burocrática ha sido en ocasiones un poder revolucionario contra la tradición por medios técnicos, mientras que la revelación jurídica se basa en un poder carismático.²⁴⁵ En este sentido, se manifiesta también Galeotti cuando afirma —parafraseando a Weber—, que "el carisma representa para Weber una de las fuerzas revolucionarias junto a la razón, pero, a diferencia de la razón que actúa con medios técnicos, transformando en primer lugar las cosas (y las organizaciones), y después a los hombres en la vida cotidiana, el carisma pertenece a lo excepcional y habla a los hombres suscitando una fe".²⁴⁶

²⁴² M. Weber, *ibid.*, p. 181 (p. 519). Sobre el carácter revolucionario de la revelación jurídica pueden consultarse las interpretaciones de: M. Rehbinder, *Max Webers Rechtssoziologie*: ... cit., p. 475; A. E. Galeotti, *Ordine e ordinarietà: norma* 235; L. Saavedra, *La racionalización en Max Weber*, en "Sistema" núm. 42, mayo 1981, pp. 109-110; E. A. Shils, *Charisma, Order and Status*, en "American Sociological Review" y *regole dell'azione sociale in*, "Max Weber e il Diritto", cit., pp. 234-312; "Review", vol. 30, abril 1965, pp. 199-213; L. Cavalli, *Il carisma come potenza rivoluzionaria*, en "Max Weber e l'analisi del mondo moderno", cit., pp. 161-188; C. Seyfarth, *Alltag und Charisma bei Max Weber: Eine Studie zur Grundlegung der "verstehenden" Soziologie*, en W. M. Sprandel/R. Grathoff (hrgs.), "Alfred Schütz und die Idee des Alltag in dem Sozialwissenschaften", Stuttgart, 1979, pp. 155-177.

²⁴³ Como ha señalado R. Bendix, *Max Weber*, cit., p. 369, nota 21, "Weber usó el término *Rechtsfindung* ('descubrimiento de la ley', en inglés *lawfinding*) para expresar que se creía en la existencia de la ley promulgada, por ejemplo, como parte integrante del orden divino. De ahí que el derecho y la justicia se 'descubran', más bien que se 'creen' o 'estatuyan'".

²⁴⁴ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 181 (traducción castellana: p. 519).

²⁴⁵ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., pp. 656-657 (traducción castellana: p. 852). Para un análisis del carisma y la racionalización como temas básicos de la interpretación weberiana del desarrollo histórico de Occidente, véase las obras de K. Lowith, *Max Weber und Karl Marx*, cit., pp. 1-67; y A. Salomon, *Max Weber*, en "Die Gesellschaft" III, 1926, pp. 131-153.

²⁴⁶ A. E. Galeotti, *Ordine e ordinarietà: norma giuridica e regole dell'azione sociale in Max Weber*, cit., p. 234. En el mismo sentido, L. Saavedra, *La racionalización*

Por tanto, la revelación jurídica consiste en una producción carismática —y consiguientemente revolucionaria— de nuevo derecho. Pero ¿cuáles son las notas esenciales de esta producción carismática de nuevo derecho?

1º La revelación jurídica suele ir unida a dominaciones de tipo carismático, caracterizadas por una situación de excepcionalidad, en la que se prescinde de toda norma y se reconoce sólo la voluntad del "jefe" carismático, en cuyos dotes sobrenaturales se cree.²⁴⁷ Weber entiende por "carisma" "la cualidad, que pasa por extraordinaria (condicionada mágicamente en su origen, lo mismo si se trata de profetas de hechiceros, árbitros, jefes de cacería o caudillos militares), de una personalidad, por cuya virtud se la considera en posesión de fuerzas sobrenaturales o sobrehumanas —o por lo menos especialmente extracotidianas y no asequibles a cualquier otro—, o como enviados del dios, o como ejemplar y, en consecuencia, como jefe, caudillo, guía o líder".²⁴⁸

zación en Max Weber, cit., p. 109: "...Weber conoce también la fuerza revolucionaria del carisma. Por oposición a la razón, el carisma opera en la conciencia, e inversamente al movimiento de aquélla, la acción carismática se desplaza desde dentro hacia fuera. Así, pues, ahora es el hombre quien transforma las cosas. La técnica se humaniza y el escenario se amplía: el carisma también sirve para cambiar la visión del mundo. Sólo que Weber no ve este poder 'revolucionario' carismático más que en momentos atezados por el nudo tradicionalista u obturados por la invención del irracionalismo...".

²⁴⁷ J. Freund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 207, señala al respecto que "la dominación carismática constituye el tipo excepcional del poder político, no porque se encuentre raramente, sino porque descamina los usos de la vida política ordinaria. Weber llama carisma (de un término tomado a Rudolf Sohm) a la insólita cualidad de una persona que muestra un poder sobrenatural, sobrehumano o al menos desacostumbrado, de modo que aparece como un ser providencial, ejemplar o fuera de lo común...". En sentido similar, R. Bendix, *Max Weber*, cit., p. 285, dice que Weber "empleó siempre la palabra 'carisma' en el sentido de una 'cualidad extraordinaria'...".

²⁴⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 140 (traducción castellana: p. 193). Entre la abundante bibliografía existente sobre el concepto weberiano de "carisma" —además de la ya citada en la nota 242—, pueden consultarse los siguientes trabajos: J. Freund, *Le Charisme selon Max Weber*, en "Social Compass" 23, 1976, pp. 383-396; W. J. Mommsen, *Universalgeschichtliches und politisches Denken bei Max Weber*, en "Historische Zeitschrift" 201, 1965, pp. 557-612; S. N. Eisenstadt, ed., *Max Weber, On Charisma and Institution Building*, Chicago-London 1968, Selected Papers, Chicago: University of Chicago Press; K. J. Ratnam, *Charisma and Political Leadership*, en "Political Studies" 12 (1964), pp. 341-354; A. R. Willner, *Charismatic Political Leadership: A Theory*, Princeton, 1968, especialmente el cap. III: *The Charismatic Phenomenon-Convergence and Catalyst*; T. K. Oommen, *Charisma, Social Structure and Social Change*, en "Comparative Studies in Society and History", núm. 10 (1967), pp. 85-99; L. Cavalli, *Il capo carismatico. Pero una sociologia weberiana della leadership*, Bologna: Il mulino 1981 (Universale paperbacks Il Mulino, 131); W. H. Friedland, *For a Sociological Concept of Charisma*, en "Social Forces" 43 (1964), pp. 18-26; T. E. Dow, *An*

Sin embargo, y con carácter también extraordinario, la dominación tradicional, cuando se encuentra ante una situación nueva no prevista, tiene que acudir a la vía de la revelación jurídica, a través del mago, el sacerdote de un oráculo divino o el profeta.²⁴⁹

Pero, en cuanto tipificación ideal, Weber sitúa la revelación jurídica como propia de la dominación carismática. El "carisma" supone la excepcionalidad frente a lo cotidiano, la ruptura revolucionaria con los valores tradicionales y con el orden establecido socialmente, y la implantación de la voluntad del jefe carismático y, consiguientemente, la *imposibilidad* de toda previsibilidad.

2º La revelación jurídica se caracteriza por el *decisionismo* y la *irracionalidad*. Cuando dicha revelación se produce en el ámbito de una dominación de tipo carismático, no reconoce principios ni reglamentos abstractos, y no admite ninguna jurisdicción formal.²⁵⁰ El derecho creado por revelación —dice Weber— es el "resultado concreto de la vivencia personal de la gracia celestial y de la heroica fuerza divina. Por eso se comporta revolucionariamente, invirtiendo todos los valores y rompiendo absolutamente con toda norma tradicional o racional: 'está escrito, pero yo os digo' ".²⁵¹ La forma de zanjar las querellas y litigios consiste en la revelación por los profetas o por el oráculo, o por medio de un arbitraje "salomónico" de un sabio carismáticamente calificado. El juicio de valor o "sentencia" así emitido tiene validez absoluta y es obligatoria, siempre que no se le oponga otra, concurrente, de carácter igualmente carismático.

3º La última característica consiste en la *rutinización* de la producción carismática del derecho. En principio, el derecho producido por el decisionismo de la revelación jurídica de tipo carismática puede ser revocado en cualquier momento, ya que no constituye reglas. Sin embargo, a consecuencia de las exigencias de la vida cotidiana, así como de las presiones de los intereses económicos de los individuos —puesto que la dominación carismática, a la que va unida la revelación jurídica.

analysis of Weber's work on charisma, en "British Journal of Sociology", vol. 29, number 1, march 1978, pp. 83-93; R. Bendix, *Reflections on Charismatic Leadership*, en Bendix y otros (eds.), "State and Society", Boston, Little Brown, 1968, pp. 616-629; posteriormente aparecido en el capítulo IX: *Charismatic Leadership* de "Scholarship and Partisanship: Essays on Max Weber", cit., pp. 170-187.

²⁴⁹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 181 (traducción castellana: p. 519).

²⁵⁰ Al respecto, F. Freund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 207, señala que: "el carisma es ruptura de la continuidad, ya sea legal o tradicional; destruye las instituciones, ataca el orden establecido y la coacción habitual... Los límites y las normas son los que fija el jefe por propia voluntad...".

²⁵¹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 656 (traducción castellana: p. 851).

es por definición contraria a toda gestión económica ordenada—,²⁵² el derecho producido por la revelación jurídica tiende a estabilizarse, a través de lo que Weber denomina un "proceso de rutinización".²⁵³ De esta forma, las decisiones o revelaciones carismáticas van legitimándose como reglas de conducta de carácter jurídico, adquiriendo, por tanto, valor normativo.

Por otra parte, el carisma revolucionario una vez que ha triunfado y se ha implantado pierde su carácter de excepcionalidad para convertirse en fuente de legitimación de un nuevo orden social, o dicho de otra forma, legitimando el poder se transforma la extraordinariedad en orden.²⁵⁴ "La función revolucionaria deviene ahora legitimadora, socialmente integradora y estabilizadora. La incorporación estructural del carisma aparece como la configuración de un nuevo sistema axiológico desde el cual el sistema fáctico de la nueva sociedad aparece como 'orden', posibilitando así una relativa integración social a sus miembros, una relativa racionalización de su existencia social, a partir de la cual adquiere sentido su vida cotidiana".²⁵⁵

Por otra parte, el nuevo orden social que surge con la transformación del carisma en cotidianidad puede dar lugar tanto a un proceso de racionalización, como transformarse en una dominación tradicional.²⁵⁶ Weber admite estas dos posibilidades: "La dominación carismática que, por decirlo así, sólo existió en *status nascendi*, tiene que variar esencialmente su carácter: se racionaliza (legaliza) o tradicionaliza o ambas cosas en varios aspectos".²⁵⁷ Sin embargo, se inclina a pensar que la institucionalización o rutinización del carisma "conduce a la ruta de la racionalidad" y a la aparición de una nueva clase dominante que impone una nueva razón social. "Tanto si el séquito carismático de un héroe guerrero da origen a un Estado, como si la comunidad carismática de un profeta, de un artista, de un filósofo, de un innovador ético o científico da lugar a una iglesia, a una secta, a una academia, a una escuela, o si una agrupación carismáticamente

²⁵² M. Weber, *ibid.*, pp. 655-656 (p. 849).

²⁵³ M. Weber, *ibid.*, pp. 142-148 y 654-687 (pp. 197-204 y 847-889).

²⁵⁴ R. Bendix, *Max Weber*, cit., p. 311, distingue al respecto entre "liderazgo carismático" y "dominación carismática", de tal forma que "la actividad innovadora se asociaba aquí a un proceso de rutinización, y no al liderazgo carismático".

²⁵⁵ C. Moya, *Max Weber y la vocación actual de la Sociología*, en *Sociólogos y Sociología*, Siglo Veintiuno Editores, S. A., Madrid, 2a. edición, 1975, pp. 115-143.

²⁵⁶ W. Schluchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, cit., pp. 188 y ss.

²⁵⁷ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 142 (traducción castellana: p. 197).

dirigida con vistas a una idea cultural produce un partido o un aparato de publicaciones periódicas, en todos estos casos —señala Weber— la forma de existencia del carisma queda abandonada a las condiciones de existencia de lo cotidiano y a los poderes que lo dominan, especialmente a los intereses económicos. Este es siempre el momento crítico en el cual —. . .— los secuaces o discípulos se convierten en comensales del señor, distinguidos con derechos especiales, y luego en feudatarios, redactores y editores que quieren vivir del movimiento carismático, o en empleados, maestros y otros profesionales, poseedores de prebendas de cargas y patrimoniales o análogos. Por otro lado, los dominados carismáticamente se convierten en súbditos regularmente tributarios, en miembros de iglesias, sectas, partidos o asociaciones, en soldados disciplinados sujetos al servicio según ordenanzas o en ciudadanos fieles a las leyes”.²⁵⁸

Sin embargo, esta “ruta hacia la racionalidad”, de la que habla Weber, en la práctica significa una “tradicionalización de los ordenamientos”. Normalmente, el paso decisivo para la transformación del carisma, esto es, de la excepcionalidad a la cotidianidad o normalidad se produce a través de la sustitución de la creación carismática del derecho por la autoridad de los precedentes y de la tradición.

En resumen, a la revelación jurídica de tipo carismático podemos trasladar los dos aspectos que Galeotti encuentra en toda innovación carismática. Según esta autora, por una parte, la innovación carismática “se caracteriza como suspensión de las reglas y excepcionalidad, y por otra parte, representa el origen de nuevos comportamientos normativos, que se estabilizan en un orden con la transformación del carisma en vida cotidiana”.²⁵⁹ O, como dice Grosclaude, la legislación carismática “es a la vez una fuerza de construcción y de destrucción”.²⁶⁰

ii) El establecimiento del derecho positivo (“Oktroierte Satzung”)

La segunda de las fuerzas *secundarias* de producción jurídica, esto es, la “estatuización” o establecimiento del derecho positivo, es con-

²⁵⁸ M. Weber, *ibid.*, pp. 661-662 (p. 857).

²⁵⁹ A. E. Galeotti, *Ordine e ordinarietà: norma giuridica e regole...*, cit., p. 234.

²⁶⁰ J. Grosclaude, *La Sociologie du droit...*, cit., pp. 53-54. En el mismo sentido, J. Freund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 208, señala que el carisma “es destrucción y construcción al mismo tiempo”; y, W. Schulzter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, cit., pp. 183-184, señala que: “También en el poder carismático se puede constatar un doble dominio: el dominio... de la discontinuidad y de la continuidad”.

siderada por Weber como “el segundo poder *autoritario* que interviene en el formalismo e irracionalismo de la vieja administración popular de la justicia”.²⁶¹

La aparición del “*imperium*” de los príncipes, magistrados y funcionarios, entendido como “poder del cargo” o “competencia” para dictar leyes, tuvo —como posteriormente veremos— una influencia decisiva para la racionalización y formalización del derecho. Si bien, como el propio Weber indica, esta influencia fue distinta en función del tipo de dominación, en la cual se desarrolla el “*imperium*”, en cuanto fuente de derecho. “Mientras más racional era el aparato autoritario de los príncipes y jerarcas a través de ciertos ‘funcionarios’, tanto más dirigía su influencia (...) a dar a la administración de justicia —en cuanto a forma y contenido— un carácter racional —indudablemente entendido éste en diverso sentido—; a eliminar los medios procesales de tipo irracional, y sistematizar el derecho material, lo que significa siempre al mismo tiempo, racionalizarlo”.²⁶²

De aquí, se puede interpretar, como hace Rehbinder,²⁶³ que, para Weber, esta fuente del derecho originariamente representa una intervención del “*imperium*” del poder político en la administración de justicia y en la formulación del derecho, debida principalmente a motivos políticos.

Por otra parte, esta intromisión o intervención del “*imperium*” en el ámbito jurídico tuvo casi siempre —sobre todo cuando el poder del príncipe era fuerte y duradero—, una tendencia a la unificación y sistematización del derecho en códigos. Esta tendencia codificadora, que será examinada posteriormente con detenimiento, responde a las siguientes razones:

- Intereses políticos centrados principalmente en el intento de conseguir unidad y orden en la comunidad política;
- Necesidades técnicas de la administración, así como intereses personales del funcionariado, pues, como dice Weber, “el poder emplear indistintamente sus funcionarios en todo el ámbito de su autoridad se hace posible por la unidad jurídica, y ofrece a los mismos funcionarios probabilidades más amplias de hacer carrera”;²⁶⁴
- y, por último los intereses económicos de las clases “burguesas”, que querían seguridad en la aplicación del derecho.

²⁶¹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 241 (traducción castellana: p. 621).

²⁶² M. Weber, *ibid.*, p. 217 (pp. 603-604).

²⁶³ M. Rehbinder; *Max Webers Rechtssoziologie: . . .*, cit., p. 477.

²⁶⁴ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 250 (traducción castellana: pp. 661-662).

Ahora bien, la aparición del "imperium" y del "otorgamiento" del derecho por los poderes públicos, como fuente de producción jurídica, supuso el inicio del proceso de "estatuización" o "positivización", que se corresponde con lo que Weber denomina la *progresiva racionalización* del derecho, lo cual será objeto de análisis en el tercer capítulo de este trabajo.

5. Características internas que estructuran el orden jurídico

Entramos ahora en el tema central de la Sociología del derecho weberiana, a saber, el tipo y grado de racionalidad del derecho, así como el carácter formal o no de los procesos y criterios de decisión utilizados por aquél; todo ello analizado, a su vez, bajo el prisma del proceso de la creciente racionalización de la cultura jurídica hacia un derecho racional formal. Sin olvidar, también, que el proceso de racionalización jurídica —que se analizará en el siguiente capítulo— no se encuentra aislado en la historia de la humanidad sino que ha de considerarse comparativamente en relación a un proceso de racionalización que se manifiesta en todas las esferas de la vida, y no sólo en la jurídica.

En el análisis de las características internas del orden jurídico, tanto por lo que respecta al aspecto de la creación jurídica (*Rechtsschöpfung*), como al aspecto de la interpretación y aplicación jurídicas (*Rechtsfindung*) hemos de movernos en torno a los conceptos weberianos de la racionalidad y de la formalidad, por una parte, y de la irracionalidad y de la materialidad, por otra. Sin olvidar tampoco aquí, que nuevamente nos encontramos con conceptos típico-ideales que Weber utiliza como parámetros para analizar las características de los distintos órdenes jurídicos. A su vez, estos conceptos le sirven para construir sus cuatro tipos ideales de órdenes jurídicos, en base a los cuales Weber estructura teóricamente el estudio del proceso de la racionalización jurídica.

i) La tensión racionalidad/irracionalidad

La "racionalidad" de un orden jurídico puede manifestarse en muy diversos sentidos, según sea la dirección tomada por el pensamiento jurídico. Weber señala dos vías de racionalización del derecho, que, de menor a mayor complejidad mental, son las siguientes:

— La *generalización*, que significa "reducción de las razones determinantes de la solución de un caso concreto a uno o varios principios, esto es, a preceptos jurídicos". Tal reducción lleva consigo un análisis