

CAPÍTULO TERCERO

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

<i>iii</i>) Otorgamiento del derecho por el "imperium" profano y los poderes teocráticos	265
<i>a</i>) Los derechos sagrados	269
<i>b</i>) El derecho profano de los príncipes, magistrados y funcionarios	274
<i>iv</i>) Desarrollo del derecho sistemáticamente estatuido y aplicación jurídica por juristas especializados	282
<i>b</i>) Racionalización externa del derecho	296

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

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

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

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

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

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

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

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

un derecho racional-material y antiformalista, condicionado teocrática y patrimonialmente.

La administración de justicia aspiraba al establecimiento material de la verdad, y repudiaba el derecho probatorio formal de carácter irracional y los viejos procedimientos mágicos. Se destruyen también, las garantías formales de los derechos subjetivos y el riguroso "principio de la instancia de parte" en favor de la tendencia a alcanzar un resultado objetivamente justo, que satisfaga las "exigencias de la equidad". El modelo ideal de esta administración de justicia es la "justicia de Cadi"; a los poderes teocráticos y patrimoniales no les interesa en absoluto un tipo de justicia formal y racional, que garantizase la "libertad" y la "igualdad" jurídicas.

Una administración de justicia y un derecho como los descritos, se pueden desarrollar en estructuras diferentes de dominación, aunque entre ellas existan siempre algunos puntos en común. Normalmente se trata —según la tipología weberiana— de tipos de dominación de carácter autoritario, basados en las relaciones de "piedad" (del hijo y del siervo), ya sean teocracias, dominaciones patrimoniales de los príncipes e, incluso, ciertas formas de democracias basadas en argumentos iusnaturalistas.⁸⁹

El tipo de derecho creado por estas estructuras políticas es el polo opuesto al "formalismo jurídico racional"; este último no favorecía, en absoluto, las pretensiones materiales de carácter político o ético de los poderes patrimoniales. Por una parte, el formalismo jurídico favorece en la práctica las desigualdades económicas y la concentración de poder económico en pocas manos, lo cual podía amenazar el poder de los príncipes o de los hierócratas. Por otra parte, el formalismo jurídico sujeta la decisión de las controversias jurídicas a ciertas "reglas fijas de carácter abstracto"; no busca, pues, la decisión éticamente justa, sino la decisión legítima en base a un principio de legalidad. Con ello favorece el que el aparato jurídico funcione, en opinión de Weber, como una "máquina técnico-racional", que "garantiza al mismo tiempo a los diversos particulares, el máximo relativo de posibilidad de movimiento y, sobre todo, de posibilidad para el cálculo racional de las probabilidades y consecuencias jurídicas de su actividad con arreglo a fines".⁹⁰

Obviamente, un aparato judicial, como el que es favorecido por el formalismo jurídico, no puede nunca coexistir con una forma de justicia

⁸⁹ M. Weber, *ibid.*, p. 219 (p. 605).

⁹⁰ M. Weber, *ibid.*, p. 219 (p. 605).

teocrática o patrimonialista, basada en los intereses de carácter ético o político, que constituye el soporte de su estructura política.

Esta idea weberiana ha sido muy claramente resumida por Freund, según el cual "el formalismo jurídico garantiza en general la mayor libertad de los individuos en la esfera de sus intereses, aunque a menudo a expensas de los de la colectividad y a veces contra los del Estado, que garantizan el orden. Era, pues, normal que el poder intentara, por todos los medios, destruir un aparato judicial susceptible de poner en duda las decisiones de la voluntad política y de encontrar un equilibrio lo más razonable posible entre los intereses individuales y los de la sociedad, basándose no en una justicia puramente jurídica, sino ética, económica o social. Lo que buscaron los príncipes patrimoniales fue la elaboración de un derecho que respondiera a las condiciones materiales y prácticas, dispuesto a sacrificar la precisión jurídica puramente formal. . .".⁹¹

Todas estas características generales de búsqueda de principios extrajurídicos, que dirigen el pensamiento jurídico hacia una racionalidad material, las podemos encontrar tanto en los derechos sagrados de las teocracias como en los derechos profanos establecidos por los príncipes y magistrados, si bien entre ambos tipos de derechos existen también algunas diferencias. En efecto, "toda la esencia de la justicia teocrática —dice Weber— está en el predominio de puntos de vista concretos de equidad, cuya tendencia no formal y antiformal sólo encuentra sus límites en un derecho sagrado fijado expresamente. Cuando las normas de éste intervienen, dan en cambio nacimiento a una casuística desmesuradamente formalista, tendente a la adaptación del mismo a las necesidades de las partes interesadas. La justicia laica patrimonial y autoritaria se halla colocada esencialmente, por su elasticidad siempre grande, en una posición más libre, incluso cuando tiene por su parte que ligarse a la tradición".⁹²

Antes de entrar en el análisis detallado de los tipos ideales de derecho que caracterizan la tercera etapa teórica del desarrollo del derecho, cabría plantearse la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto el tipo de derecho que Weber describe en esta tercera etapa, es un derecho racional? Obviamente, desde el punto de vista de la racionalidad del derecho moderno, no estaríamos ante un derecho racional, sino irracional, teniendo en cuenta, además, que la "materialidad" se convierte en un factor de la irracionalidad dentro del racionalismo jurídico-formal

⁹¹ J. Ferund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 234.

⁹² M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 222 (traducción castellana: p. 607).

propio del derecho moderno. Puesto que, como se ha apuntado anteriormente, cuando Weber habla de la *racionalidad* del derecho tiende a acentuar las características formales, abstractas y sistemáticas del derecho.⁹³

De la argumentación weberiana, parece deducirse que Weber utiliza aquí el término "*racionalidad*", en tanto cuanto el derecho creado en esta tercera etapa, así como su administración de justicia, tienen como objetivo el hacer retroceder el primitivo irracionalismo mágico, sobre todo en lo referente a los medios de prueba, pero no en el sentido de encontrarnos ante un genuino derecho racional, ni siquiera en su aspecto material. Tal opinión es mantenida, también, por Eder, quien, tras distinguir claramente entre el concepto de "*racionalidad material*" (*material Rationalität*) y el concepto de "*racionalización material*" (*material Rationalisierung*), señala que "en el intento de construir niveles de racionalidad del derecho en la historia, aparece la racionalización material a través de los poderes teocráticos y patrimoniales como una *eventualidad* (*Umweg*); pero no como un nivel genuino de racionalización".⁹⁴

De esta manera, se puede decir, que en esta tercera etapa teórica, que a continuación pasará a analizar, existe claramente un proceso de racionalización material —como también puede existir, y existe, en el derecho moderno, a través principalmente de los "procesos de democratización" y de los "movimientos socialistas" —tendente a erradicar, como se ha dicho, el irracionalismo mágico. Pero, sin embargo, esto no es suficiente para poder hablar de la existencia de un derecho racional, entendido, sobre todo, desde el punto de vista de la *racionalidad formal* del derecho moderno. Además, debe recordarse aquí también que los tipos de racionalidad no eran para Weber un fin en sí mismos, sino simplemente *instrumentos heurísticos*, que él utilizó para realizar la reconstrucción típico-ideal del proceso histórico de la racionalización jurídica.⁹⁵

⁹³ T. Parsons, *Rationalität und der Prozess der Rationalisierung im Denken Max Webers*, cit., p. 85; y, K. Eder, *Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts*, cit., pp. 158 y ss.

⁹⁴ K. Eder, *Zur Rationalisierungsproblematik des modernen...*, cit., pp. 157-158. Esta parece ser también la idea de Freund, aunque no expresada de forma tan contundente como lo hace Eder, al afirmar que: "La intervención de los elementos extrajurídicos del orden político, económico, social y ético lejos de frenar la racionalización del Derecho, no hace más que contribuir a su progreso, no en el sentido de la justicia formal, sino de la justicia material: J. Freund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 235.

⁹⁵ S. Kalberg, *Max Webers Typen der Rationalität*, cit., p. 29, pone el acento en que "la posición central de la racionalidad material ética y de los procesos de

De ahora en adelante, ha de tenerse presente la observación precedente, aún cuando, desde un punto de vista típico-ideal, se denomine al tipo de derecho surgido de esta tercera etapa teórica como derecho racional material, en aras de una mayor claridad terminológica.

a) Los derechos sagrados

El predominio o influencia del derecho sagrado, así como su relación con el derecho profano, ha sido diferente según los casos. Ello depende de diversos factores, tales como: el carácter adoptado por los principios de la ética religiosa según siguieran, o no, estancados en un formalismo mágico-ritual, las relaciones de dominio entre el Estado y las religiones, las peculiaridades internas de cada religión, la estructura de la dominación política, la posición de poder que los sacerdotes o religiosos ocupen en el control y gobierno de la sociedad.

Según se combinen los diferentes factores, puede ocurrir que, o bien los mandamientos y preceptos sagrados se independicen de las reglamentaciones jurídicas, cuando se trata de resolver conflictos que desde el punto de vista religioso son indiferentes, tal como ocurrió en Roma con el "fas", o mandamiento sagrado, y el "jus", o precepto jurídico, lo cual, a su vez, influyó en la racionalización del derecho occidental hacia un derecho racional-formal;⁹⁶ o bien, por el contrario, los deberes y mandamientos religiosos formen un mismo y único sistema, en el que se encuentren también reglamentados los preceptos y deberes jurídicos. Es decir, que subsista la mezcla de principios religiosos y morales con principios jurídicos. Este segundo supuesto condujo —según Weber— al pensamiento jurídico hacia una racionalidad material, esto es, a "un confuso trasiego de obligaciones éticas y jurídicas, exhortaciones morales y preceptos jurídicos, sin precisión formal ninguna, es decir (a) un derecho no formal".⁹⁷ En tales casos los libros sagrados tratan de un modo completamente similar las normas rituales y ceremoniales y las

racionalización, que se basan sobre este tipo de racionalidad, en la Sociología de Weber, tiene que comprenderse como una posición central analítica. Su importancia *conceptual*, que está fundada en su propia capacidad para suscitar formas de vida racionales-metódicas, todavía no nos dice nada sobre el papel que han desempeñado en la historia...".

⁹⁶ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 218 y 224 (traducción castellana: pp. 604 y 609). Sobre este extremo, J. Freund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 235, escribe: "No hay duda de que la supervivencia del espíritu del Derecho romano, con su distinción entre *fas* y *ius*, entre deberes religiosos y obligaciones jurídicas, ejerció gran influencia en la racionalización del Derecho occidental...".

⁹⁷ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 218 (traducción castellana: p. 604).

prescripciones jurídicas. "El derecho es derecho 'sagrado'. El predominio del derecho estereotipado en forma religiosa constituye uno de los límites más importantes para la racionalización del orden jurídico".⁹⁸

Esta segunda hipótesis se dio en algunos derechos sagrados, como, por ejemplo, el derecho hindú, puesto que —según señala Weber— en la India la clase sacerdotal dominante —y, por ende, la religión— reglamentaba ritualmente la totalidad de la vida social y conservaba "en gran medida bajo su control todo el derecho". El derecho y la doctrina hindú estaban contenidos en los *Dharmasutras*, que eran libros estrictamente religiosos.⁹⁹ El único derecho laico o profano existente, provenía del derecho particular de los distintos estamentos profesionales, ya que, por otra parte, el principio de que "el privilegio prevalece sobre el derecho del país" era aplicado sin cuestionarlo. Sin embargo, según el análisis weberiano, "la aplicación del derecho en la India no oculta la peculiar mezcla de elementos mágicos y racionales que corresponden, por una parte, al carácter de la religiosidad y, por otra, a la reglamentación teocrático-patrimonial de la vida".¹⁰⁰

Como la mayoría de los derechos sagrados, el derecho hindú es el resultado de la enseñanza jurídica de tipo teológica, que —como ya hemos visto— produce un tipo de derecho teórico y casuístico, pero, por otra parte, se trata de un derecho que está al servicio de los fines éticos, religiosos o sagrados, esto es, al servicio de fines materiales y no estrictamente jurídicos. Resulta de todo esto —como apunta Grosclaude— "una casuística refinada unida a una racionalización material. Los

⁹⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 349 (traducción castellana: p. 453).

⁹⁹ Mario G. Losano, *Los grandes sistemas jurídicos...*, cit., pp. 262 y ss., señala que los *Dharmasutra* son "recopilaciones de aforismos o máximas (*sutra*) que se refieren al conjunto de reglas religiosas y sociales con las que se adquieren méritos morales (*dharma*)... Los *Dharmasutra* fueron redactados probablemente entre el 900 y el 300 a C. y tienen por objeto todas las reglas necesarias para adquirir méritos morales, de tal modo que la materia jurídica está limitada y dispersa en ellos. La forma aforística, además, a menudo hacía difíciles de comprender los textos. Por eso fueron redactados los *Dharmasutra*, o composiciones métricas de tema jurídico: con ellos se inician los estudios jurídicos en sentido estricto...".

Más datos sobre las características del derecho hindú antiguo, pueden encontrarse en los siguientes textos: J. J. Bachofen, *Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaiokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur*, (1861), Dritte Auflage, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1975, pp. 283-290; y U. C. Sarkal, *Epochs in Hindu Legal History*, Vishveshvaranand Vedic Research Institute, Hoshiarpur, 1958 (este último texto citado por Losano, *op. cit.*, p. 261 y bibliografía que cita en pp. 275-276).

¹⁰⁰ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 225 (traducción castellana: 610).

principios éticos y no las necesidades concretas de los interesados son el motor de la vida jurídica".¹⁰¹

Otros derechos sagrados, como el musulmán y el hebreo —derechos que Weber analiza con profundidad de conocimientos y datos¹⁰²—son derechos que tampoco han alcanzado el grado de la racionalidad formal, porque no han logrado independizarse de los preceptos religiosos, éticos o morales. No se produjo en ellos una total secularización del derecho, y por ello, la tradición mágica y los preceptos religiosos obstaculizaron la racionalización del derecho. En su desarrollo, se transformaron en derechos de juristas, pero sometidos al dominio de la tradición sagrada. Por ello, fue imposible la elaboración de una sistemática del derecho y de un desarrollo lógico del mismo: "el derecho sagrado no podía ser hecho a un lado ni, a pesar de todas las adaptaciones, ser llevado a la práctica".¹⁰³ Son derechos, en definitiva, elaborados por sacerdotes y juristas teólogos.

De todos los derechos sagrados, para Weber, el que adquiere el mayor grado de racionalidad, constituyéndose, consiguientemente, en un poderoso factor de la racionalización jurídica, es el derecho *canónico*. Weber insiste en demostrar, que "el derecho canónico, en un principio, era más racional y se encontraba formalmente más desarrollado (desde el punto de vista jurídico), que los otros derechos sacros".¹⁰⁴ Es cierto, que el derecho canónico sufre, también, la peculiaridad de todo derecho teocrático, en el sentido de "búsqueda de la verdad material y de mezcla de fines éticos materiales con elementos formalmente jurídicos, pero, a pesar de ello, el derecho canónico es el derecho sagrado más orientado hacia una técnica jurídico-formal". Weber señala como ejemplo, que "el Nuevo Testamento contenía únicamente un *mínimum* de normas de carácter ritual o jurídico formalmente obligatorias. . . con lo cual quedó abierto el camino para una elaboración legislativa puramente racional".¹⁰⁵

Esta peculiaridad del derecho canónico se debe a varios factores confluente. En primer lugar, el derecho canónico, a diferencia de los demás derechos sagrados, es un derecho *única y exclusivamente* reli-

¹⁰¹ J. Grosclaude, *La Sociologie du droit de Max Weber*, cit., p. 74.

¹⁰² M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 226-236 (traducción castellana: pp. 611-619). Para un análisis de los estudios weberianos del antiguo judaísmo en su aspecto social, económico y jurídico, véase los trabajos recogidos en: W. Schluchter (Hrsg.) *Max Webers Studien über das antike Judentum. Interpretation und Kritik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981.

¹⁰³ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 228 (traducción castellana: p. 613).

¹⁰⁴ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 236 (traducción castellana: p. 619).

¹⁰⁵ M. Weber, *ibid.*, pp. 236-37 (pp. 619-620).

gioso, que mantuvo, desde su origen, una estricta y clara separación con el derecho profano. "Este cuerpo de cánones y de procedimientos (el derecho canónico) —señala Merryman— fue desarrollado por la Iglesia para su propio gobierno y para regular los derechos y obligaciones de sus adeptos. Al igual que el derecho civil romano era el derecho universal del imperio temporal, asociado directamente con la autoridad del emperador; el derecho canónico era el derecho universal del dominio espiritual, directamente asociado con la autoridad del Papa. Cada uno tenía su propia esfera de aplicación y había diferentes grupos de tribunales para cada uno; los tribunales civiles para el derecho romano y los tribunales eclesiásticos para el derecho canónico".¹⁰⁶

La citada dualidad entre el derecho canónico y el derecho profano derivaba, fundamentalmente, de que la "Iglesia católica, desde la Antigüedad, rechazó cualquier relación con el Estado y con el derecho",¹⁰⁷ lo cual permitió que, tanto el derecho canónico religioso como el derecho profano, desarrollaran, independientemente uno del otro, su propia racionalización. En efecto —como apunta Freund—, "esta separación entre derecho puramente religioso y derecho profano fue esencial, porque, de una parte, el derecho profano ha podido desarrollarse según su racionalidad propia sin tener que referirse constantemente a la autoridad religiosa; de otra parte, el derecho canónico ha podido racionalizarse, a su vez, según su lógica, sin tener que tomar en consideración la voluntad de los príncipes".¹⁰⁸ Además, cuando la Iglesia católica se vio obligada a relacionarse con los poderes profanos, basó la relación entre su propia ética y las normas profanas en la concepción estoica del derecho natural, que es un producto esencialmente racional, y que, consiguientemente, permitía mantener intacta la inicial dualidad entre los dos derechos, que la Iglesia católica propugnaba. El derecho natural de los estoicos, adoptado por el derecho canónico, es definido por Weber como "el 'derecho para todos', el derecho legítimo de la Divina Voluntad en el mundo del pecado y la violencia, en oposición al mandamiento de Dios directamente revelado a sus creyentes y evidentemente sólo para los religiosamente elegidos".¹⁰⁹

Posteriormente, la dualidad entre el derecho religioso y el derecho profano fue mantenida en las Universidades occidentales de la Edad

¹⁰⁶ J. H. Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, cit., p. 29.

¹⁰⁷ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 236 (p. 619).

¹⁰⁸ J. Freund, *La rationalisation du droit selon Max Weber*, cit., pp. 78-79, destaca de forma notable la gran importancia que el derecho canónico ha tenido en el proceso de racionalización del derecho.

¹⁰⁹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 265 (traducción castellana: p. 640).

Media, en las cuales se separaba netamente la enseñanza del derecho profano de la doctrina canónica, lo que impidió la formación de derechos "híbridos de índole teocrática", como ocurrió en otras partes.¹¹⁰

En segundo lugar, Weber señala que la índole de la legislación eclesiástica de la Iglesia católica se vio influida, en su origen, por la técnica racional del derecho romano y, especialmente, por la "metodología estrictamente lógica y jurídico-profesional, formada en la filosofía antigua y en la antigua jurisprudencia".¹¹¹ Además, el carácter de "instituto", que sólo la Iglesia católica alcanzó, facilitó, a su vez, la labor legislativa racional, así como el carácter burocrático de su organización —que llegó a su apogeo sobre todo en la época gregoriana—, influyó, de forma decisiva, en la *racionalización del proceso*. Este último punto es considerado por Weber de vital importancia en el proceso de racionalización del derecho: "La magna organización administrativa de la Iglesia necesitaba formas fijas, con fines disciplinarios, frente a los seglares, y para mantener su propia disciplina interna. Mal podía avenirse con las ordalías de los germanos, como tampoco podían hacerlo los elementos integrantes de la burguesía. Del mismo modo que a ésta no se la podía inducir a que sus acciones jurídico-mercantiles se fallaran por un procedimiento de lucha, también la Iglesia, vacilante al principio, propendió más tarde a considerar que esos medios procesales eran paganos, y, por tanto, intolerables, procurando, en consecuencia, estructurar lo más racionalmente posible el procedimiento católico".¹¹²

Incluso, Weber llega a destacar, como un "método racional", el procedimiento oficial contenido en los "procesos de la inquisición en Occidente, que posteriormente fue adoptado —dice Weber— por la "justicia penal laica". Según Weber, la justicia inquisitorial procede "de oficio" y "crea un procedimiento probatorio que parece ofrecerle una garantía de la óptima comprobación de lo realmente ocurrido".¹¹³ Ahora bien, esto no es más que el reflejo propio de toda justicia teocrá-

¹¹⁰ M. Weber, *ibid.*, p. 236 (p. 619). Sobre este punto, señala J. H. Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, cit., p. 30, señala "El derecho canónico llegó a estudiarse junto al derecho civil romano en las universidades italianas y el grado conferido a un estudiante que había completado todo el curso de derecho era *Juris Utriusque Doctor*, o sea doctor en ambos derechos, refiriéndose al derecho civil y al canónico".

¹¹¹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 236 (traducción castellana: p. 619).

¹¹² M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, 1a. edición 1923, S. Hellmann y M. Palyi, München. Se cita aquí la traducción castellana: *Historia Económica General*, versión de M. Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1a. edición en castellano, 1942, 5a. reimpresión 1974, p. 287.

¹¹³ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 238-239 (p. 621).

tica, que tiende más al descubrimiento de la verdad material, que al de la mera verdad formal, rechazando, por ello, el derecho probatorio formalista, y exigiendo "de oficio" el establecimiento de la verdad. Según esto, la Inquisición, a pesar de las infamias y terrores que produjo, "ha contribuido —como señala Freund— a plantear el problema del valor de la prueba de oficio, puesto que más allá de la confirmación puramente formal de la herejía, buscaba la prueba material del error. Ciertamente, que los procesos de la Inquisición fueron penosos, pero en virtud de lo que Weber llama la paradoja de las consecuencias, que permite que el mal pueda producir el bien, han permitido hacer progresar la idea de una instrucción conducida racionalmente.¹¹⁴

Como se ve, Weber atribuye una notable importancia al hecho de la racionalización del proceso: en el desarrollo creciente de la racionalización jurídica del mundo occidental, "lo decisivo —dice Weber— es... *la racionalización del proceso*".¹¹⁵ Ya se ha señalado anteriormente como la primitiva justicia carismática contribuyó a la racionalización del derecho, porque con ella apareció por primera vez en la historia de los pueblos un procedimiento jurídico, aún cuando fuera esencialmente formalista. O, como la principal contribución de los juristas ingleses —así como de las demás corporaciones de abogados que surgieron en Europa a partir de la Edad Media— se centra en el desarrollo de instituciones de procedimiento. Por ello, uno de los factores decisivos para la racionalización *interna* del derecho en el mundo occidental, que, a su vez, permitió liberar al sistema jurídico de todo vínculo con preceptos particulares, fue la doble racionalización del proceso, tanto en su aspecto secular, como en su aspecto temporal.¹¹⁶

b) *El derecho profano de los príncipes, magistrados y funcionarios*

"El segundo poder autoritario que interviene en el formalismo e irracionalismo de la vieja administración de la justicia es el "imperium"

¹¹⁴ J. Freund, *La rationalisation du droit...*, p. 79. Similar es también la interpretación de A. Febbrajo, *Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana*, cit., p. 18, cuando afirma, que el derecho canónico "se transforma a su vez en un factor de racionalización del derecho positivo del estado, sobre todo por lo que respecta al derecho procesal, que sufre ampliamente en toda Europa el influjo del "proceso inquisitorio" elaborado por el derecho canónico con la intención de reducir lo más posible la conducción de las partes y proceder, por el contrario, de oficio según máximas oficiales y "un procedimiento probatorio prefijado".

¹¹⁵ M. Weber, *Historia Económica General*, cit., p. 286.

¹¹⁶ Por su parte, J. Dieckmann, *Max Webers Begriff des Modernen okzidentalen Rationalismus*, cit., pp. 113-117, resalta también la importancia que Weber da a la racionalización del proceso en su reconstrucción típico-ideal del desarrollo de la racionalización jurídica.

(poder de proscripción, poder de cargo) de los príncipes, magistrados y funcionarios".¹¹⁷ Como ya se ha dicho,¹¹⁸ el "imperium" supuso siempre una intromisión del poder político en el derecho común, bien transformándolo, o bien creando un nuevo derecho al lado, en lugar de o contra el derecho común. Su contribución al progreso de la racionalización del derecho no lo es en el sentido de una racionalización lógica de las formas jurídicas de pensamiento, sino en el sentido de una *racionalización material*, esto es, en el sentido de la sujeción a principios materiales del orden social, sean éticos, utilitarios, políticos, de equidad, etcétera.¹¹⁹

El elemento más importante —como posteriormente veremos— dentro de la racionalización material llevada a cabo por el "imperium" de los príncipes, lo constituyen las *codificaciones principescas*, motivadas, fundamentalmente, por razones de "orden" y "unidad" políticas. Así, por ejemplo, una de las primeras creaciones jurídicas —o intervenciones— del "imperium" consistió en la elaboración de un código de procedimiento penal —cuya aparición fue fomentada por "intereses militares y razones de seguridad interna del reino"—, y posteriormente —ya que el ámbito del derecho civil fue menos accesible al "imperium" de los príncipes— un código civil.¹²⁰

La labor codificadora de los príncipes supuso, paradójicamente, la definitiva *secularización del derecho* y, consiguientemente, el paso decisivo para el desarrollo de la racionalización jurídica de carácter formal. Esto es así, porque la codificación, por definición, significa la vigencia inequívoca del derecho, lo cual implica la presunción del triunfo definitivo de la difusión escrita del derecho sobre la transmisión oral del

¹¹⁷ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 241 (traducción castellana: pp. 621-622).

¹¹⁸ El tema de la intervención del "imperium" político en la formulación del derecho fue apuntado anteriormente (*supra* cap. 2. 4.2.B)), cuyas referencias generales, allí indicadas, doy por reproducidas.

¹¹⁹ En este sentido se dirigen las interpretaciones de J. Freund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 236, que —parafraseando a Weber— afirma, que "la racionalización material de esta tercera etapa desempeñó un papel determinante en que el hilo conductor no fue la norma lógica de la pura legitimidad jurídica, sino la búsqueda de la verdad material con el fin de regular objetiva y equitativamente los conflictos de intereses individuales, así como los que enfrentaban a la colectividad con los individuos"; y, de R. Bendix, *Max Weber*, cit., p. 374, que escribe: "Los poderes patriarcales y teocráticos se interesan primordialmente en la racionalización material. Abordan todas las cuestiones jurídicas desde el punto de vista de la eficiencia política o de la justicia sustancial, y por lo tanto desatienden cualquier requisito de procedimiento formal o de congruencia lógica que puede limitar sus actos".

¹²⁰ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 244-245 (traducción castellana: pp. 624-625).

mismo. Y, cuando esta última es superada por aquélla, el derecho se despoja totalmente de su primitivo carácter carismático e irracional.

No obstante, hay que señalar que el derecho creado por el "imperium" puede adoptar características diferentes según esté organizado políticamente el poder de los príncipes, es decir, según sea el tipo de dominación. De esta forma, Weber distingue dos tipos de legislación principesca: una, derivada de la *administración "estamental"* de la justicia, y otra, derivada de la *administración "patriarcal"* de la justicia de tipo principesco patrimonial.

En el primer caso el poder político del príncipe se constituye como un derecho subjetivo adquirido al igual que cualquier tipo de derecho patrimonial. A su vez, el príncipe puede ceder parte de su poder, mediante el otorgamiento, a sus funcionarios, súbditos, individuos o asociaciones, de ciertos privilegios o —como los denomina Weber— derechos "subjetivos". Estos privilegios, una vez otorgados, son respetados y garantizados por la administración de justicia principesca. De esta forma, el ordenamiento jurídico llega a formar un conjunto de privilegios, no distinguiéndose, por tanto, entre derecho "objetivo" y derecho "subjetivo", o entre "normas" y "pretensión". Para Weber, en este primer supuesto de la administración "estamental de la justicia y la creación estamental del derecho, el ordenamiento jurídico es estrictamente formal, pero totalmente concreto y, en este sentido irracional". Por lo tanto, "sólo es posible realizar una interpretación empírica del mismo".¹²¹

Además, la administración de justicia no sólo carece de independencia y autonomía propias, sino que la "administración" en general se convierte en un gran procedimiento judicial, es decir, toda la "administración" asume la forma propia de la función judicial. Tal caso ocurrió, por ejemplo —como señala Weber—, en el procedimiento administrativo de los parlamentos ingleses, que, en un principio, eran a la vez "instancias administrativas y judiciales". Sin embargo, para Weber, el tipo más puro y el único ejemplo totalmente desarrollado del patrimonialismo "estamental" se encuentra en la "asociación política occidental de la Edad Media",¹²² esto es, en el estado feudal.¹²³

¹²¹ M. Weber, *ibid.*, pp. 245-246 (pp. 625-626).

¹²² M. Weber, *ibid.*, p. 246 (p. 626).

¹²³ Para un análisis comparado del patrimonialismo "estamental" en la Europa occidental de la Edad Media y en el Japón, véase el ensayo de S. Breuer, *Feudalismus und "Rechtsstaat" in Westeuropa und Japan*, en "Zur Rechtssoziologie Max Webers: Interpretation, Kritik...", cit., pp. 112-151.

En el segundo caso —administración “patriarcal” de la justicia—, el príncipe no otorga privilegios, que pudieran atar su propia administración, sino que se vale de dos medios distintos para la creación jurídica: la formulación de “órdenes o mandatos para cada caso concreto de acuerdo con su libre arbitrio”, y la expedición de “reglamentos” que contenían directrices generales para funcionarios, consistentes en resolver, de forma general, las controversias de los súbditos, hasta nueva orden. En el primer caso no existe ni la noción de derecho “subjetivo” ni la de derecho “objetivo”; y en el segundo caso, la probabilidad de que los interesados obtengan una decisión favorable a sus intereses, no es tampoco un derecho “subjetivo”, sino —como dice Weber— “solamente el ‘reflejo de hecho’ no jurídicamente garantizado, de las determinaciones del reglamento.”¹²⁴

En este supuesto, la administración de justicia no es formal, sino que aspira al establecimiento *material* de la verdad, intentando conseguir, en los conflictos de intereses, un resultado objetivamente justo, a través de la libre investigación oficial de la verdad. La administración “patriarcal” de la justicia desarrolla, pues, una racionalización de principios materiales. Por otra parte, la función judicial y la administración se encuentran también unidas, pero no en el sentido anteriormente visto de la administración “estamental”, sino al revés: “en el de que toda aplicación del derecho ofrece las características de la administración”. Es decir, los jueces son todos funcionarios administrativos del príncipe, e incluso, este último puede intervenir en la aplicación del derecho, en nombre de la “justicia de gabinete” (*Kabinettsjustiz*), decidiendo según su propio criterio o según criterios de equidad, conveniencia, políticos, utilitarios, etc. . . , de tal forma que la garantía jurídica era considerada como una gracia o privilegio, que se otorgaba en relación con el caso concreto. Esta forma de intrusión del “imperium” en la función judicial se encuentra —según Weber— tanto en los “writs” de los reyes ingleses, como en la administración de justicia oriental siempre que no tenga un carácter teocrático.

Por otra parte, en la dominación de tipo patriarcal, la “creación” —en sentido estricto— de nuevo derecho frente a las normas tradicionales era en principio imposible. El derecho se encontraba delimitado entre las normas de la tradición, en cuya santidad se creía, y que no podía en ningún caso ser contravenida; y la voluntad del señor, basada en el sentimiento de la justicia y de la equidad. Consiguientemente, la creación de nuevo derecho tenía lugar —dice Weber—, “de hecho, por

¹²⁴ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 245-256 (traducción castellana: p. 625).

vía del 'reconocimiento' de un estatuto como 'válido desde siempre' (por 'sabiduría'). Fuera de las normas de la tradición, en cambio, la voluntad del señor sólo se halla ligada por los límites que le pone en cada caso el sentimiento de equidad, o sea, en forma sumamente elástica: de ahí que su dominio se divida en un área estrictamente ligada por la tradición y otra, de la gracia y el arbitrio libres, en la que obra conforme a su placer, su simpatía o antipatía y de acuerdo con puntos de vista puramente personales susceptibles, en particular, de dejarse influir por complacencias también personales".¹²⁵

No obstante, como base de la administración de justicia y de la resolución de los litigios existen también unos principios, que como ya hemos dicho, son principios de equidad, de utilidad práctica, de ética material, de justicia, etc. . . pero en ningún caso se trata de principios de carácter formal.

Sin embargo, *paradójicamente*, va a ser esta situación típica del derecho y de la justicia patrimonial orientada hacia una racionalidad *material*, la que, al comienzo de la época moderna en Occidente, favorezca la introducción de elementos *formalista racionales* en el derecho, principalmente —como se ha apuntado más arriba— a través de la labor codificadora de los monarcas. Por lo tanto —como señala Bendix—, "es un hecho, . . . que en Europa occidental el poder patriarcal se encargaría de promover, con el tiempo, la racionalidad formal del derecho y la administración, y que hay una evidente discrepancia entre esto y la tendencia de los monarcas patrimoniales, inclinados siempre a patrocinar la justicia material y el favoritismo personal".¹²⁶

Esta paradoja, que surge del desarrollo de la justicia patrimonial, la explica Weber en base a diferentes causas que confluyen en intereses comunes. A los intereses de las capas burguesas en su progresivo dominio de la igualdad jurídico-formal y en las normas objetivas formales, se unieron los intereses del príncipe en desplazar el predominio de los privilegios "estamentales". Por lo tanto, en la consecución de un derecho objetivo de carácter racional-formal influyeron también intereses económicos de clase, que los príncipes normalmente favorecieron a cambio de asegurar sus intereses fiscales y políticos.

Evidentemente, las clases burguesas interesadas económicamente "tienen que reclamar —señala Weber— un derecho inequívoco, claro, sustraído al arbitrio administrativo irracional, así como a las interferencias

¹²⁵ M. Weber, *Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft*, cit., pp. 478-479; (traducción castellana: p. 709).

¹²⁶ R. Bendix, *Max Weber*, cit., p. 380.

irracionales producidas por privilegios concretos, que garantice ante todo de manera segura la obligatoriedad de los contratos y, a consecuencia de tales propiedades, pueda ser *previsible* en su funcionamiento. La alianza de los intereses del príncipe con los de las capas burguesas constituyó por ello una de las más importantes fuerzas impulsoras de la racionalización jurídica formal".¹²⁷ Por esto, las posibilidades de que "las condiciones estructurales internas del poder tradicional sean capaces de hacer prevalecer la racionalización jurídica formal frente a la materia —dice Roos— son las máximas, cuando los intereses absolutistas del príncipe en la desaparición de los privilegios se encuentran con los intereses de las capas burguesas en un derecho y una administración calculables".¹²⁸

Y, finalmente, junto a los intereses absolutistas y fiscales del monarca y los intereses económicos de la burguesía, se unió otro factor que contribuye también a explicar la paradoja antes señalada. Me estoy refiriendo a un factor que surge de las propias necesidades técnicas de la cada vez mayor administración principesca y que afecta fundamentalmente a los *intereses personales de los funcionarios*: "el poder emplear indistintamente sus funcionarios en todo el ámbito de su autoridad —señala Weber— es hecho posible por la unidad jurídica y ofrece a los mismos funcionarios probabilidades más amplias de hacer carrera. De este modo, dichos funcionarios ya no se encuentran limitados al distrito de su origen, ni exclusivamente sujetos al derecho de éste".¹²⁹

Así pues, los funcionarios de la administración principesca, que aspiraban a la *claridad*, las capas burguesas, que buscaban la *seguridad* en la aplicación del derecho, y los monarcas que querían conseguir *orden* y *unidad* en su reino, fueron los tres tipos normales de *portadores* de una tendencia hacia la unificación y sistematización del derecho en una *codificación*.¹³⁰ Pero, como advierte Weber, no fueron los *úni-*

¹²⁷ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 249; (traducción castellana: p. 628).

¹²⁸ N. Roos, *Antiformale Tendenzen im modernen Rechtseine These Max Weber...*, cit., p. 259.

¹²⁹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 250; (p. 629).

¹³⁰ J. Freund, *La rationalisation du droit selon Max Weber*, cit., pp. 75-77, a este respecto, ha puesto de manifiesto el hecho de que las codificaciones son, por definición, de esencia urbana y no rural, ya que los comerciantes de las ciudades están más interesados "por lo abreviado y por el establecimiento de distinciones técnicas, que la población rural partidaria de un derecho que acordase un amplio lugar a las discusiones y debates complicados. Por un lado, se exigía un procedimiento breve, preciso y formulario, por el otro, la libertad de cautela. Esta es la diferencia entre el intercambio comercial que se hace entre individuos anónimos y el arreglo entre individuos que se conocen personalmente. Se comprende que en estas condiciones, la

cos posibles.¹³¹

En efecto, paralelamente al fenómeno de la codificación surge la necesidad de una racionalización del procedimiento jurídico, lo cual determinó el predominio de los *juristas profesionales*, como una “nueva y específica capa de *honorarios*: los juristas doctos que habían adquirido, después de recibir una formación jurídica *literaria*, el título de doctor en universidades”.¹³² La trascendencia que tuvieron en el desarrollo de las cualidades formales del derecho fue muy importante, constituyéndose así en los *portadores* más significativos de la racionalización formal del derecho. Puesto que fueron, precisamente, los juristas profesionales, en virtud del racionalismo de la enseñanza universitaria formal, junto con los funcionarios principescos, los que introducen el sistema y la *ratio* jurídica en las codificaciones.¹³³

A las capas burguesas no les interesa tanto la existencia de un derecho *claro, unívoco y formal*, que les permita resolver de manera inequívoca los puntos controvertidos y —como ya se ha dicho— les asegure la obligatoriedad de los contratos. Por ello, la codificación —como apunta Rehbinder— tuvo que “elaborar más a fondo las cualidades formales del derecho y, sobre todo, en el aspecto lógico. A esta ‘lógicización del Derecho’ no contribuyeron de forma decisiva las necesidades vitales, por ejemplo, de los burgueses interesados en un Derecho ‘calculable’, de igual forma que tampoco intervinieron decisivamente en la tendencia hacia la formalización del derecho. La razón estribó en que, como enseña la experiencia, estas necesidades son garantizadas de idéntica manera, y frecuentemente mejor, por medio de un Derecho empírico formal, vinculado a precedentes”.¹³⁴

Incluso, normalmente, las consecuencias de una construcción jurídica puramente lógica no son favorables para los intereses económicos de los burgueses comerciantes: “aquí tiene su origen —según Weber— el tan subrayado ‘ajenamiento de la vida’ del derecho puramente lógico”.¹³⁵ Por ello, este tipo de construcción jurídica surge siempre por

racionalización del derecho haya sido sociológicamente una reivindicación primordial de los habitantes de las ciudades”.

¹³¹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 250; (p. 629).

¹³² M. Weber, *ibid.*, p. 256 (p. 634). C. Seyfarth, *Gesellschaftliche Rationalisierung und die Entwicklung der Intellektuellenschichten...*, cit., p. 193, califica a los juristas profesionales de la Edad Moderna como “el prototipo de la inteligencia occidental” y los artifices de la racionalización del derecho moderno.

¹³³ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 252-253 (p. 631).

¹³⁴ M. Rehbinder, *Max Webers Rechtssoziologie: Eine Bestandsaufnahme*, cit., pp. 477-478.

¹³⁵ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 257 (traducción castellana: p. 635).

necesidades *internas* al propio *pensamiento jurídico*, y son los teóricos del derecho formados en las universidades —“una típica aristocracia de la ‘formación’ literaria”—, los que la llevan a cabo. “La opinión de las facultades —señala Weber— era en el Continente la suprema autoridad en casos jurídicos disputados y, al lado de los abogados, los jueces y notarios académicamente instruidos, eran los *honorarios* jurídicos más caracterizados”.¹³⁶ Efectivamente, la “sistemática” y la “lógica” fueron introducidas en el derecho a través de libros jurídicos o —como Weber los denomina— “productos didácticos-literarios”.¹³⁷ aún cuando, en un principio, se trate de meras recopilaciones o colecciones de derecho estatuido, que pretenden precisamente dar forma ordenada y sistemática al derecho ya en vigor. Posteriormente, la labor sistematizadora, gracias sobre todo al influjo de la formación universitaria, evolucionará hacia una racionalización del material jurídico, dando lugar incluso a la creación de nuevas formas jurídicas, como ha ocurrido, por ejemplo, en el Código civil francés y en todos los que, a imitación de él, se sucedieron en la Europa occidental.¹³⁸

Por otra parte, junto a la educación universitaria formal, el derecho romano, no tanto en sus determinaciones materiales, como en sus *cualidades formales*, inspiró también fuertemente las codificaciones principescas. Y, precisamente, las cualidades formales del derecho romano fueron las que determinaron —en opinión de Weber— “que la justicia principesca patrimonial de Occidente no desembocara como en otras partes en la administración de justicia genuinamente patriarcal de tipo material, orientada hacia la consecución del bien común. También se interpuso en su camino la educación escolar formalista de los juristas, y la administración de justicia de Occidente adquirió entonces el sello jurídico formal que le es propio, en contraste con la mayoría de las otras administraciones jurídicas patrimoniales”.¹³⁹ Por lo tanto, la influencia de las cualidades formales del derecho romano constituye también un factor importante en el desarrollo de la racionalización jurídico-formal del derecho moderno. Por el momento, creo que es suficiente con constatar este dato, puesto que ello será objeto de análisis más detalladamente en el último epígrafe del presente capítulo.

¹³⁶ M. Weber, *ibid.*, p. 256 (p. 635).

¹³⁷ M. Weber, *ibid.*, p. 253 (p. 631).

¹³⁸ Para una comprensión del fenómeno de la codificación y del proceso a través del cual se llegó a las codificaciones modernas en toda Europa, me remito al importante libro de G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976.

¹³⁹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 256 (traducción castellana: p. 634).

En resumen, el racionalismo material de la administración de justicia patrimonial, en principio, no tiende a estimular el pensamiento jurídico formal. Sin embargo, paradójicamente, la labor codificadora en los países de la Europa occidental obligó a que los juristas teóricos y profesionales realizaran un verdadero trabajo científico de construcción jurídica, orientado e influido por el derecho romano, todo lo cual dirigió el pensamiento jurídico hacia la abstracción, la sistemática, la formalización y el desarrollo de sus características lógicas. Por lo tanto, como señala Weber, "el respeto al derecho romano y a la educación romanística inspiraron las codificaciones principescas de la época que se iniciaba. Y esas codificaciones eran un producto del racionalismo de los juristas universitariamente formados".¹⁴⁰

iv) Desarrollo del derecho sistemáticamente estatuido y aplicación jurídica por juristas especializados

La cuarta y última etapa del proceso de racionalización del derecho es aquella en la que se desarrolla un "derecho sistemáticamente estatuido y una aplicación del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal". Supone, pues, esta etapa "una vuelta al formalismo, cuyo objetivo fue esta vez conciliar la lógica jurídica y las exigencias materiales de origen extrajurídico, es decir, las libertades individuales y los imperativos colectivos".¹⁴¹

Por lo tanto, el derecho que se desarrolla en esta última etapa teórica tiende a fomentar las cualidades formales y se caracteriza, por una parte, por la total disolución del derecho probatorio formalista, por la sublimación lógica, la tecnificación racional y la sistematización, y por otra parte, por la aparición de tendencias antiformales y materiales tanto externas como internas al propio orden jurídico. Estas últimas tendencias de carácter interno surgen, principalmente —como veremos— en el seno de los propios juristas profesionales, que, influidos —como señala Engisch— por la "posición 'regia' del juez inglés",¹⁴² propugnan una posición libre de los jueces frente a la ley, así como la supresión del dogma de la unidad del ordenamiento jurídico.

En un derecho de este tipo, es decir, formal, racional, objetivo y técnico, y consiguientemente, previsible y calculable, estaban interesados, en principio, todos los económicamente poderosos, pero Weber

¹⁴⁰ M. Weber, *ibid.*, p. 256 (p. 634).

¹⁴¹ J. Freund, *Sociología de Max Weber*, cit., p. 236.

¹⁴² K. Engisch, *Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziologe*, cit., p. 69.

afirma también, que todas las tendencias ideológicas que “pretenden llevar a cabo la ruptura de la sujeción autoritaria o de los institutos irracionales de las masas, así como del personalismo y particularismo jurídico, en favor del desenvolvimiento de las probabilidades y capacidades individuales, suelen ver una ventaja decisiva en la cualidad formal, en tanto que en la no formal sólo ven, por el contrario, la probabilidad de un arbitrio absoluto y una inconsistencia subjetiva”.¹⁴³

Es decir, la justicia racional y formal, en cuanto es garantía de la “libertad” y de la “igualdad jurídica”, es deseada y fomentada por los interesados en desarrollar empresas permanentes de tipo racional, bien sean económicas o políticas: la *economía racional capitalista* y el *estado racional moderno*, por ejemplo. Por ello, la clase burguesa prefería una práctica jurídica racional, a través de la cual se pueda conseguir un derecho formal, sistematizado e inequívoco, creado de forma racional con arreglo a fines, que excluya tanto la vinculación a la tradición, como la arbitrariedad, y que acepte el derecho “subjetivo” únicamente como derivación o manifestación de normas objetivas.

Esta última etapa teórica se inicia con los procesos revolucionarios del siglo XVIII, y el producto legislativo donde más exactamente se recogen las características mencionadas es el *Code civil* francés, a raíz del cual aparece la concepción del derecho como un complejo compacto de normas, lógicamente exento de contradicción y de lagunas, que debe ser aplicado. El *Code civil* es un producto auténtico de legislación racional, libre de todo tipo de prejuicios históricos y que recibe su contenido únicamente de la razón humana. A diferencia de las primeras codificaciones principesco-patrimoniales, el *Code* rechaza cualquier tipo de elementos extrajurídicos, consejos didácticos, éticos o morales, así como toda casuística. Para Weber, el derecho contenido en el *Code civil* ha llegado a constituirse en el “tercer gran derecho mundial”, junto al “derecho común romano, producto de la educación jurídica teórica-literaria”, y al “derecho anglosajón, producto de la práctica jurídica”, y “la causa de ello reside precisamente en esas cualidades formales que en parte implican una extraordinaria transparencia y precisa inteligibilidad de sus determinaciones y, en parte, producen tal apariencia”.¹⁴⁴

Por tanto, las cualidades formales son las que permiten explicar la importancia e influencia posterior del derecho contenido en el *Code civil*. Pero, este nuevo formalismo introducido por el *Code* se basa, a

¹⁴³ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 221 (traducción castellana: p. 606-607).

¹⁴⁴ M. Weber, *ibid.*, p. 263 (p. 639).

su vez, en los axiomas y la doctrina del Derecho Natural. Por ello, René David afirma que la "codificación es la técnica que va a permitir realizar la ambición de la Escuela del Derecho Natural. . . La codificación no servirá solamente para la fusión del derecho teórico y del derecho práctico; al mismo tiempo permite, a través de la intervención clarificadora del legislador, poner fin a los arcaísmos, que muy a menudo son perpetuados en todas partes, y poner fin también a la división del derecho y a la multiplicidad de costumbres que son a menudo un peligro en la práctica. Por ello, la codificación se distingue de las compilaciones oficiales o privadas de los siglos precedentes, que, habiendo podido, a menudo a hurtadillas, realizar ciertas útiles reformas, sin embargo, ni por las características de su objeto, ni por la generalidad de su aplicación, supieron realizar la ambición de los juristas de la Escuela del derecho natural".¹⁴⁵

Es preciso, pues, analizar previamente cómo explica Weber la contribución del Derecho Natural a la racionalización jurídica. Weber considera que el Derecho Natural, tanto a través del derecho canónico como del iusnaturalismo racionalista de los siglos xvii y xviii, con sus teorías de los derechos innatos (*birthright*) y de los derechos del hombre, ha sido un poderoso factor de racionalización del derecho. Y ello, tanto por lo que respecta a su influencia en las reivindicaciones materiales llevadas a cabo en la legislación moderna, como por su contribución a la formalización del derecho.¹⁴⁶

Ahora bien, el análisis weberiano sobre el Derecho Natural, obviamente, no entra en discusión sobre la verdad o no del mismo, ni de la teoría iusnaturalista, en cuanto doctrina filosófica, sino que se limita a la constatación, desde el punto de vista sociológico, de las influencias y consecuencias prácticas, que el Derecho Natural ha podido ejercer sobre la legislación y la jurisprudencia, e incluso, sobre los prácticos del derecho. Por ello, quizá su esquema, a primera vista, pudiera parecer incompleto. Lo cierto —como dice Bobbio— es que "no hay una relación directa entre Weber y el iusnaturalismo, porque una cosa es

¹⁴⁵ R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Librairie Dalloz, Paris, 1964, pp. 61-62.

¹⁴⁶ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 265 y ss. (traducción castellana: pp. 640 y ss.). Al respecto también la opinión de J. Freund, *La rationalisation du droit. . .*, cit., pp. 79-80, que tras afirmar que "Weber rechaza por no sociológica, la visión unilateral que otorga únicamente al derecho positivo el favor exclusivo de haber promovido la racionalización del derecho", concluye sosteniendo que el Derecho Natural ha contribuido a la racionalización del derecho, "concentrando la reflexión en las cualidades intrínsecas del derecho como tal, y de este modo, ha sido una de las fuentes de la formalización del derecho".

el proceso de secularización y legalización del derecho y del estado que tiene lugar históricamente y cuyo movimiento real trata de comprender Weber en el desarrollo económico, jurídico y político de la sociedad burguesa, y otra la reflexión que acompaña a dicho proceso, reflexión en la que consiste la teoría del derecho natural, y que, en cuanto tal, no ha tenido ninguna influencia determinante sobre la transformación efectiva. En el análisis de los procesos históricos reales, tan relevantes son para Weber las religiones como escasamente significativas las doctrinas filosóficas, mero reflejo póstumo de aquellos procesos".¹⁴⁷

No obstante, Weber resume su concepción sobre el Derecho Natural con las siguientes palabras: "Derecho Natural es el conjunto de normas vigentes preeminentemente frente al derecho positivo y con independencia de él, que no deben su dignidad a un establecimiento arbitrario, sino que, por el contrario, legitiman la fuerza obligatoria de éste. Es decir, el conjunto de normas que valen, no en virtud de provenir de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente inmanentes: forma específica y única consecuente de la legitimidad de un derecho que queda cuando decaen la revelación religiosa y la santidad hereditaria de la tradición. El Derecho Natural es, por ello, la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico *revolucionariamente* creado".¹⁴⁸ El Derecho Natural, para Weber, es así un derecho revolucionario, o mejor dicho, un derecho que puede ser utilizado revolucionariamente, cuando sus principios sirven para legitimar un nuevo orden jurídico frente al existente. Sin embargo, en otras ocasiones sucede lo contrario, es decir, que el Derecho Natural se utilice como legitimación de los más diversos poderes autoritarios.

Para Weber, por otra parte, el origen del Derecho Natural tiene un carácter filosófico y religioso: la "ley naturae" de los estoicos, posteriormente adoptada —como ya se ha dicho— por el cristianismo. En la época moderna, el contenido del Derecho Natural ha variado notablemente. Frente al irracionalismo de los axiomas iusnaturalistas de la teoría de la Escuela Histórica —"el derecho natural de lo acaecido históricamente"—, se hallaban los axiomas iusnaturalistas del racionalismo jurídico, que son "los únicos que pueden dar origen a normas de tipo formal".¹⁴⁹

Por tanto, Weber únicamente entiende por Derecho Natural —como, por otra parte, queda claro en la definición citada— el conjunto de

¹⁴⁷ N. Bobbio, *La teoria dello stato e del potere*, cit., pp. 237-238 (traducción castellana: pp. 279-280).

¹⁴⁸ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 265 (traducción castellana: p. 640).

¹⁴⁹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 266 (traducción castellana: p. 641).

axiomas del *racionalismo jurídico*, en cuanto únicamente ellos han contribuido a la *formalización* del derecho. El origen de este contenido del Derecho Natural de la época moderna hay que buscarlo —según señala Weber—, por una parte, en el concepto de “naturaleza” del Renacimiento, que pretendía que todas las ciencias y actividades humanas se adecuaran al canon de lo exigido por la “naturaleza”, y que sirvió de base, a su vez, para los fundamentos religiosos de las sectas racionalistas; y, por otra parte, en el concepto inglés del *birthright* o derechos racionales innatos e inviolables de cada súbdito, lo cual constituyó el fundamento del individualismo racionalista moderno. De esta forma el Derecho Natural se convierte también en un derecho *racional*, y no sólo en un derecho legítimo, y, consiguientemente, inicia su desarrollo hacia un derecho lógico y abstracto.

Sin embargo, entre los axiomas del Derecho Natural, a Weber sólo le interesan los que se encuentran en conexión con el orden económico. A su vez, entre estos últimos, observa la existencia de un antagonismo entre los axiomas que responden a condiciones formales y los que responden a condiciones materiales, lo cual da lugar a la formación de un Derecho Natural racional-formal, por una parte, y a un Derecho Natural material, por otra. Sin embargo, el mismo Weber advierte al lector sobre la gradualidad de esta distinción, ya que la sola existencia de un Derecho Natural puramente formal es impensable, ya que tal derecho “tendría que coincidir con conceptos jurídicos generales totalmente desprovistos de contenido”.¹⁵⁰

Los elementos esenciales del *Derecho Natural racional-formal* son los “derechos de libertad”, figurando en primer lugar el principio de la “libertad contractual”, y el tipo más puro de este derecho se ha desarrollado en los siglos XVII y XVIII y, especialmente, en la forma de la “teoría del pacto”, que sirvió como fundamento histórico de todas las formas de socialización, incluyendo al Estado: “Todo derecho legítimo descansa —dice Weber— sobre un estatuto y el estatuto se apoya en última instancia en un convenio racional de voluntad. Bien sobre un contrato real primitivo de individuos libres, que regula para el futuro la forma de creación de nuevo derecho estatuido. O, en sentido ideal, establece que sólo será legítimo aquel derecho cuyo contenido no contradiga al concepto de un orden conforme a la razón, estatuido a través de un acuerdo libre”.¹⁵¹ El derecho racional-formal descansa, pues, en este caso, sobre la base de un sistema de derechos

¹⁵⁰ M. Weber, *ibid.*, p. 266 (p. 641).

¹⁵¹ M. Weber, *ibid.*, pp. 266-267 (pp. 641-642).

legítimamente adquiridos en virtud de un "contrato teleológico", y en el orden económico, sobre la base de la inviolabilidad de la propiedad privada. Por lo tanto, del párrafo weberiano antes citado se puede derivar la cuestión de si Weber admite, o no, el Derecho Natural —según se verá más adelante— como una forma o un caso de la categoría de la legitimidad legal-racional.¹⁵²

Por su parte, el *Derecho Natural material* —según lo describe Weber— está ligado a los caracteres económico-materiales de la forma de adquisición y, fundamentalmente, a las teorías socialistas sobre "la exclusiva legitimidad de la adquisición en virtud del trabajo propio". De este modo, se rechaza no sólo el principio básico del Derecho Natural racional-formal, esto es, el principio formal de la libertad contractual, sino también la adquisición gratuita por derecho hereditario o monopolio concedido, que había sido legitimada por el Derecho Natural racional-formal. Por lo tanto, en principio, "el derecho natural formal —señala Weber— se transformó en iusnaturalismo material tan pronto como la legitimidad de un derecho adquirido no quedó ya ligada a notas jurídico-formales, sino económico-materiales de la forma de adquisición".¹⁵³

Evidentemente, tanto el Derecho Natural racional-formal, como el Derecho Natural material responden —según la opinión de Weber— a situaciones sociales de clase claramente identificables, y han sido utilizados por estas clases sociales como legitimación de sus propias revoluciones. Así, el Derecho Natural racional-formal, y el consiguiente principio de la libertad contractual, fue adoptado por la clase capitalista interesada en el mercado y en la apropiación definitiva de los medios de producción y sirvió de base a la revolución burguesa, legitimando, por tanto, el derecho revolucionariamente creado por ella. Por el contrario, el Derecho Natural material y el "dogma de la no susceptibilidad de la apropiación de la tierra, en cuanto nadie la ha producido con su trabajo",¹⁵⁴ correspondió a la situación de clase de los campesinos proletarios y sometidos a los monopolizadores del suelo, y también

¹⁵² Esta es la tesis defendida por J. Winckelmann, *Legitimität und Legalität*, cit., pp. 34-35; y, también por W. Schluchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, cit., p. 125, que apunta la posibilidad de que existan dos subtipos dentro del tipo ideal de legitimación legal-racional de Weber' uno, que se manifiesta en "el derecho natural cognoscible a través de la razón" y otro, manifestado "en el derecho positivo creado por un poder legislativo".

¹⁵³ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 269 (traducción castellana: p. 643).

¹⁵⁴ M. Weber, *ibid.*, p. 269 (p. 644).

sirvió de base, por ejemplo, a la revolución agraria rusa, legitimada por ideas iusnaturalistas.¹⁵⁵

Finalmente, Weber constata, que en la actualidad el Derecho Natural ha perdido ya su capacidad para fundamentar el derecho positivo debido, en parte, a la propia contradicción interna entre los axiomas de carácter formal y los de carácter material, y en parte, al escepticismo de las corrientes positivas, que han desechado la posibilidad de atribuir al derecho una dignidad *supraempírica*, o metajurídica.¹⁵⁶ Y ello, principalmente, porque "actualmente se le ha puesto al descubierto de manera demasiado patente en la gran mayoría de los casos, y precisamente en muchas de sus determinaciones más importantes, como producto y medio técnico de un compromiso de intereses".¹⁵⁷

Ahora bien, por lo que a nuestro tema se refiere, es preciso reconocer —como hace Weber— que los dogmas iusnaturalistas, desde el punto de vista formal, han fortalecido "la inclinación hacia el derecho lógicamente abstracto y sobre todo, el poder de la lógica en el pensamiento jurídico",¹⁵⁸ o —como dice Freund— "ha desarrollado la reflexión en el sentido de un análisis de la lógica interna al derecho, y ha fortalecido también la idea de las reivindicaciones razonables que resultarían de esta lógica".¹⁵⁹ Y, como ya se ha dicho, donde la influencia de los dogmas iusnaturalistas de carácter formal se ha reflejado más claramente ha sido en las *codificaciones* revolucionarias

¹⁵⁵ La situación económica, social y jurídica de los campesinos y agricultores en Rusia había sido abordada ya por Weber en tres ensayos sucesivos, publicados con anterioridad a la elaboración de *Wirtschaft und Gesellschaft*. Me estoy refiriendo en concreto a los siguientes: *Zur Lage der bürgerlichen Demokratie in Russland*, en "Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik", 22. Bd., Nr. 1, 1906, suplemento, pp. 234-353; *Russlands Uebergang zum Scheinkonstitutionalismus*, en "Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik", 23. Bd., Nr. 1, 1906, suplemento, pp. 165-401; y, *Russlands Uebergang zur Scheindemokratie*, en "Die Hilfe", Wochenschrift für Politik, Literatur und Kunst, Hrsg. v. Fr. Naumann, 23. Jg., Nr. 17, 1917, pp. 272-279. Posteriormente, los tres ensayos citados han sido recopilados en "Gesammelte Politische Schriften", cit., pp. 33-68, 69-11 y 197-215, respectivamente. Existe traducción castellana de los tres referidos ensayos en: M. Weber, "Escritos políticos", cit., vol. II, pp. 365-402, 403-444 y 445-469.

¹⁵⁶ El rechazo del derecho moderno a toda implicación metajurídica, lo refleja Anna E. Galeotti, *Ordine e ordinarietà: norma giuridica e regole dell'azione sociale in Max Weber*, cit., p. 238, de la siguiente forma: "Los dos principios fundamentales del iusnaturalismo están destinados a caer. Las normas jurídicas no refieren ya su carácter de obligatoriedad a valores tradicionales o a un orden metajurídico, sino a la capacidad de garantizar la lógica del cálculo individual, como terreno neutral de encuentro entre individuos formalmente iguales".

¹⁵⁷ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 273 (traducción castellana: pp. 646-647).

¹⁵⁸ M. Weber, *ibid.*, p. 271 (p. 645).

¹⁵⁹ J. Freund, *La rationalisation du droit...*, cit., p. 80.

que, realizadas bajo la influencia de las clases burguesas, "subrayaron y acrecentaron... las garantías formales iusnaturalistas del individuo y su esfera jurídica frente al poder político soberano".¹⁶⁰

Retomando el hilo de las características de la cuarta y última etapa teórica de la racionalización del derecho, Weber reconoce que, a pesar de que con la sistematización-formal del derecho se pretende eliminar todo tipo de particularismos y privilegios estamentales o de clase, así como las jurisdicciones estamentales o especiales, en el derecho moderno siguen existiendo, sin embargo, derechos personales y particulares, y pone, como ejemplo más típico del "particularismo jurídico moderno", al derecho mercantil. En esencia, existen dos fundamentos que permiten la aparición de tales particularismos en el derecho moderno. Por una parte, el particularismo jurídico actual responde a la diferenciación profesional y a los intereses de las distintas clases profesionales. Y, por otra parte, responde al "deseo de eludir las formalidades del procedimiento jurídico común en interés de una administración de justicia más rápida y mejor ajustada al caso concreto".¹⁶¹ Este ejemplo, al igual que otros muchos, significa en la práctica, para Weber, un debilitamiento o flexibilización del formalismo jurídico, motivado por intereses materiales.

En definitiva, el *antagonismo* entre principios *formales* y principios *materiales* es la nota esencial del derecho moderno. Por una parte, los juristas profesionales contribuyeron a la racionalización y sistematización del derecho moderno, haciendo que éste fuera calculable en su funcionamiento, lo cual convenía a los interesados en el mercado. Pero, por otra parte, en el seno del derecho moderno aparecen también tendencias que favorecen el debilitamiento del formalismo jurídico.

¹⁶⁰ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 271-272 (traducción castellana: pp. 645-646).

¹⁶¹ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 276-277 (traducción castellana: p. 649). J. Freund, *La rationalisation du droit selon Max Weber*, cit., p. 91, califica esta paradoja que se produce en el derecho moderno, como fruto del "racionalismo igualitario": "A primera vista podríamos creer que, en virtud del principio de la igualdad de todos ante la ley, la reivindicación del establecimiento de un derecho común a todos debería satisfacer. Sin embargo, asistimos al fenómeno inverso de la reivindicación de privilegios bajo la forma, por ejemplo de estatutos particulares para las diversas categorías socioprofesionales: funcionarios, artesanos, etcétera, y es la ideología sindical, la que lleva a esta reivindicación, en nombre de la racionalidad. Ello significa que se exigen derechos de excepción en nombre de un principio de falsa igualdad, bajo pretexto de conseguir un procedimiento más rápido y más adaptado a los casos concretos. Así, Weber considera que jamás se podrá eliminar la irracionalidad ya que, sin cesar, intereses materiales impedirán la elaboración de un formalismo racional".

En algunos casos, esas tendencias, que van en contra del formalismo jurídico, han sido tendencias *materiales* condicionadas en la actualidad, principalmente, por los "interesados en el tráfico", esto es, por razones económicas. Así, Weber pone como ejemplo de este tipo de tendencias materiales, la desaparición del derecho formal de la prueba, que fue un logro del racionalismo patrimonialista frente al formalismo mágicamente condicionado, en favor de la "libre apreciación de la prueba".¹⁶²

En otros casos, esas tendencias se refieren al propio *desarrollo interno del pensamiento jurídico*, lo cual equivale a decir que "en nombre de la justicia material, el derecho se ha visto obligado a contestar su racionalidad formal".¹⁶³ Entre los ejemplos que Weber señala, se puede decir que el desarrollo de las cualidades formales aparece como contradictorio, cuando adopta un carácter no formal en virtud de la *interpretación lógica* de la voluntad real de las partes. Se sustituye la sujeción a características sensibles puramente externas por la *interpretación lógica del sentido*, a través de la cual se introduce en el formalismo jurídico un elemento *individualizador* o material, y se atribuyen consecuencias jurídicas a elementos no formales: la buena fe, las buenas costumbres en el tráfico. . . , en definitiva, categorías éticas. Asimismo, el derecho penal sustituye su carácter vengativo o punitivo, por fines éticos o utilitarios —elementos materiales— tendentes a la reeducación y reinserción social del condenado.¹⁶⁴ Y, como último ejemplo, en el ámbito del derecho social la tendencia hacia una nueva racionalidad material es quizá más evidente, puesto que sus exigencias se hacen sobre la base de postulados morales: "dignidad humana", "justicia", etcétera.

Sin embargo, Weber señala aún otras dos vías, a través de las cuales la característica lógico-formal del derecho moderno se encuentra amenazada en favor de una mayor acentuación de los elementos *materiales e, incluso, irracionales*.

1º Por la vía de la "protesta de los particulares contra el pensamiento jurídico técnico como tal". Dicha protesta se dirige principalmente —dice Weber— contra "la 'construcción' jurídica de los hechos de la vida real de acuerdo exclusivamente con 'proposiciones jurídicas abstractas', y al amparo de la máxima dominante según la cual 'lo que el jurista no puede pensar en función de los principios derivados del trabajo científico, no existe jurídicamente'", lo cual, como puede apreciarse

¹⁶² M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 278 (traducción castellana: p. 651).

¹⁶³ J. Freund, *La rationalisation du droit*. . . , cit., p. 91.

¹⁶⁴ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 279-280 (traducción castellana: pp. 651-652).

fácilmente, "conduce a resultados que no satisfacen en absoluto las 'expectativas' de los particulares".¹⁶⁵ Esto se debe, a que tales expectativas no se orientan según una interpretación lógico-abstracta de las normas jurídicas, sino según una interpretación económica, utilitaria o práctica, que en definitiva reivindica nuevamente la materialidad frente a la formalidad en el orden jurídico. Pero no sólo esto, sino que, además, los legos exigen cada vez más una administración de justicia que resulte *inteligible* y *accesible*.

Se plantea en este punto, pues, el insuperable antagonismo entre cualidades formales y cualidades materiales en el orden jurídico. Por una parte, las expectativas de los particulares en su vida social no se corresponden con los resultados de la lógica-jurídica, puesto que es obvio, que la riqueza de las relaciones sociales que se producen en la vida diaria no pueden encerrarse en un conjunto de normas jurídicas abstractas. Y, por otra parte, el sentido material que los interesados dan a las normas jurídicas desde el punto de vista de la lógica jurídica, es irracional.

2º Por la vía de las *ideologías estamentales internas de los juristas prácticos*.¹⁶⁶ Estas ideologías están en contra de una consideración de los jueces, y de todos los juristas, como meros autómatas ligados a la simple interpretación estricta y literal de contratos y de artículos de la ley. A su vez, estas ideologías (y se refiere Weber, principalmente, al Movimiento del Derecho Libre) propugnan una actividad creadora del juez, sobre todo en los casos en que las leyes guardan silencio. En efecto, la doctrina del Derecho Libre sostuvo que la existencia de lagunas en las leyes, y en definitiva en todo el ordenamiento jurídico, es lo normal frente a la total irracionalidad con que se presentan los hechos en la realidad, con lo cual, en tales casos de ausencia de legislación, la sentencia del juez tiene que ser emitida no de acuerdo con una estricta interpretación de las normas formales, sino emitiendo verdaderos juicios de valor, y dando lugar, por lo tanto, a una decisión no sólo no formal sino, incluso, hasta irracional.¹⁶⁷

Weber explica estas tendencias de carácter material o irracional desarrolladas en el seno del propio estamento de juristas profesionales, en función de dos circunstancias. En primer lugar, responden a una

¹⁶⁵ M. Weber, *ibid.*, p. 279 (p. 652).

¹⁶⁶ M. Weber, *ibid.*, p. 281 (p. 653).

¹⁶⁷ En la primera parte de este trabajo (*supra* cap. 1.3) ya se ha hecho referencia a las principales propuestas de la denominada "Escuela del Derecho Libre", así como a sus representantes más destacados y a las críticas que Weber les dirigió, por lo cual me remito ahora a lo allí señalado.

reacción frente a la excesiva racionalización formal de la técnica jurídica, que se desarrolló en toda Europa a raíz de la Codificación: "Todas las especies, precisamente también las irracionalidades —señala Weber—, de repudiación de la sistemática jurídica puramente lógica desarrollada en la ciencia del derecho común son... consecuencias de la racionalización científica y de la autorreflexión, libre de supuestos, del pensamiento jurídico. Pues en cuanto no tienen por sí mismas carácter racionalista, son, sin embargo, en cuanto formas de la fuga hacia lo irracional, un resultado de la racionalización creciente de la técnica jurídica...".¹⁶⁸

En segundo lugar, esta vuelta a lo "irracional" está condicionada, fundamentalmente, por la aspiración de los propios juristas prácticos modernos hacia la elevación del sentimiento de la dignidad estamental de los mismos, con el consiguiente fortalecimiento de su propia conciencia de poder, como lo demuestra el hecho de que quieran asimilarse cada vez más a la "posición del juez inglés",¹⁶⁹ que no está sometido a un derecho lógico-formal.

Respecto a las pretensiones de que los jueces adopten una función creadora, Weber trata de rectificar lo que, para él, es un error histórico. Como se ha dicho anteriormente, en opinión de Weber, la verdadera y única actividad "creadora" o "portadora" de nuevo derecho ha sido la de los juristas de tipo profético. "Por lo demás —señala Weber— cosa que desde el punto de vista objetivo es necesario subrayar siempre, aun los efectivamente creadores se consideran subjetivamente como portavoces de las normas en vigor —eventualmente latentes—, es decir, como intérpretes y aplicadores, no como 'creadores' de tales normas".¹⁷⁰ El hecho de que en épocas recientemente modernas, a la referida creencia subjetiva de los juristas se oponga la reivindicación de la "creación efectiva" y se pretenda extraer de ella las normas para las conductas individuales, responde, según Weber, a una decepción de carácter "intelectualista", que ha sido provocada por el excesivo formalismo-lógico alcanzado por el derecho moderno, sea cual sea la postura adoptada frente a tal reivindicación.

Ahora bien, si es cierto que Weber no pretende entrar a valorar estas nuevas reivindicaciones de los juristas profesionales, ni tomar postura frente a ellas, sin embargo en las últimas páginas de su *Rechtssoziologie* acentúa de forma expresa la *estructura creativa* de

¹⁶⁸ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 284 (traducción castellana: p. 655).

¹⁶⁹ M. Weber, *ibid.*, p. 284 (p. 656).

¹⁷⁰ M. Weber, *ibid.*, pp. 288-289 (p. 659).

la acción del juez, evidenciando también la crisis en la que ha entrado actualmente la justicia de tipo lógico-formal. Por ello, como ha señalado Seyfarth, "Weber ve esta estructura 'creativa' de la acción de los juristas, y especialmente de los jueces. . . , insolublemente unida con la práctica jurídica, porque los elementos no formales no se pueden eliminar en la jurisprudencia".¹⁷¹

En resumen, lo que Weber quiere hacer notar en las últimas páginas de su *Rechtssoziologie* es el *insuperable* antagonismo existente en el derecho moderno entre las cualidades formales y las cualidades materiales. Tal antagonismo se manifiesta, principalmente, en lo que Febbrajo ha denominado la contraposición entre "racionalidad material, entendida, desde el punto de vista del actor, como adecuación del 'output' del sistema jurídico a las propias necesidades individuales, y una racionalidad formal, entendida, desde el punto de vista interno al sistema jurídico, como eficiencia y tecnicismo de los procedimientos de formación de las normas".¹⁷² Esto quiere decir, que el dominio actual de la especialización, fruto de la racionalidad-formal del derecho moderno, así como el mayor tecnicismo en la elaboración de las normas jurídicas, no produce sino un alejamiento e incompreensión de los individuos con respecto al sistema jurídico que, en definitiva regula su actuar empírico.¹⁷³ Esto, a su vez, produce reacciones *antiformales* de todo tipo, que hacen pensar no ya en un antagonismo entre cualidades formales y cualidades materiales en el derecho moderno, sino en una *crisis* de la propia *racionalidad formal*, en cuanto expresión de una acción metódica, conforme a procedimientos fijos y tecnificados.

Por otra parte, el formalismo-jurídico de carácter lógico y abstracto entra en constantes contradicciones internas, y no consigue tampoco desterrar definitivamente la *irracionalidad* del seno del derecho moderno. Por ello, se puede decir —con palabras de Freund— que "el derecho racional no racionaliza más que aquello que es racionalizable, pero no hace retroceder el derecho irracional".¹⁷⁴ En efecto, además

¹⁷¹ C. Seyfarth, *Gesellschaftliche Rationalisierung un die Entwicklung der Intellektuellenschichten*. . . , cit., pp. 198-199.

¹⁷² A. Febbrajo, *Capitalismo, stato moderno e diritto razionale-formale*, cit., p. 64.

¹⁷³ Giddens resume las contradicciones entre la racionalidad formal y la racionalidad material en la siguiente frase: "el mismo aumento de procedimientos jurídicos abstractos que contribuye a eliminar privilegios, introduce una nueva forma de furibundo monopolio, que en algunos aspectos es más 'arbitrario' y autónomo que el que existía anteriormente": A. Giddens, *Capitalism and modern social theory*, Cambridge University Press (R.U.), 1871. Se cita aquí la traducción castellana: *El capitalismo y la moderna teoría social*, versión de A. Boix Duch, Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1977, 2a. edición; 1985, p. 294.

¹⁷⁴ J. Freund, *La rationalisation du droit*. . . , cit., p. 90.

de las reivindicaciones materiales o exigencias de una justicia material por parte, tanto de ciertas ideologías o clases, como de los propios usuarios, todavía existen tendencias de irracionalidad en el derecho moderno racional-formal. Así, por ejemplo, sigue subsistiendo hoy día —según señala Weber— manifestaciones de una “justicia de Cadi”, practicada fundamentalmente por la administración popular de justicia del *jurado popular*, “que responde al sentimiento de los legos no educados jurídicamente, a quienes ofende siempre en el caso concreto el formalismo del derecho, así como el instinto de las clases no privilegiadas que reclaman una justicia de tipo material”.¹⁷⁵ También, en el terreno del derecho penal, cada vez más, se da importancia a la intervención de psiquiatras, sociólogos o expertos, en la decisión de hechos delictivos; ello, evidentemente, introduce en el proceso de elementos de materialidad, que, desde el punto de vista de la lógica-jurídica tienen un carácter *irracional*, a pesar de que el recurso a los citados expertos pretende precisamente reforzar la racionalidad de los enjuiciamientos.

Lo cierto, es que hoy día todavía persiste ese *insuperable* enfrentamiento entre *formalidad* y *materialidad* jurídicas, siendo incluso el abismo entre los dos polos de la antítesis cada vez mayor, acrecentándose, consiguientemente, el alejamiento entre los legos o usuarios del derecho y las exigencias técnico-formales del ordenamiento jurídico.¹⁷⁶ El propio Weber concluye su *Rechtssoziologie* con las siguientes palabras, que bien podrían ser consideradas como una visión de futuro del desarrollo del derecho moderno: “Sea cual fuere la forma en que bajo tales circunstancias puedan estructurarse el derecho y la práctica jurídica, lo cierto es que el resultado inevitable, condicionado por el desenvolvimiento técnico y económico, tendrá que ser, a pesar de cualquier judicatura laica, el desconocimiento creciente, por parte de los legos, de un derecho cuyo contenido de orden técnico es cada vez mayor, es decir, la especialización del mismo y la creciente consideración del derecho vigente como aparato racional desprovisto de toda santidad y, por tanto, modificable en cualquier momento de acuerdo con fines racionales. Este destino puede ser ocultado por la creciente sumisión, de-

¹⁷⁵ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 287 (traducción castellana: p. 658).

¹⁷⁶ Similares afirmaciones han manifestado: A. Febbrajo, *Capitalismo, stato moderno e diritto...*, cit., pp. 63-64; J. Freund, *La rationalisation du droit...*, cit., pp. 90-92; y del mismo autor, *Sociología de Max Webers*, cit., pp. 236-237; C. Seyfarth, *Gesellschaftliche Rationalisierung und die Entwicklung...*, cit., pp. 198-201; K. Eder, *Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts*, cit., pp. 163-166; y, N. Roos, *Antiformale Tendenzen im modernen Recht— eine These Max Webers*, cit., pp. 223 y ss.

terminada por consideraciones generales, al derecho en vigor, más no puede en realidad ser eludido".¹⁷⁷

En definitiva, Weber, al final de su *Rechtssoziologie* y sin entrar en valoraciones, plantea el tema de las nuevas tendencias *antiformales* y *materiales* en el derecho moderno, de las que podrían derivarse, frente al formalismo jurídico imperante en el derecho moderno, nuevas formas de creación jurídica, nuevas formas de hermenéutica y nuevas formas de aplicación judicial del derecho. Por lo tanto, Weber no realiza una gran síntesis de la racionalidad del derecho moderno, sino que, por el contrario, denuncia las propias contradicciones internas y las tendencias contrarias que se derivan de las características de aquella racionalidad-formal. Ahora bien, no intenta tampoco dar soluciones, ni plantea posibles vías a seguir, sino que —como es habitual en la mayor parte de su obra— deja los problemas planteados y abiertos a diferentes posibles vías de solución¹⁷⁸ y, consiguientemente, la argumentación weberiana es susceptible también de diversas interpretaciones.¹⁷⁹

¹⁷⁷ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 289-290 (traducción castellana: p. 660).

¹⁷⁸ Esta es la tesis mantenida también por T. Parsons, *Rationalität und der Prozess der Rationalisierung im Denken Max Webers*, cit., pp. 9192: "Su herencia intelectual no existe tanto en un sistema teórico cerrado, como más bien en posiciones de problemas muy diversas y complejas"; y, también, A. Febbrajo, *Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana*, cit., p. 21, se adhiere a lo que denomina "las vías interpretativas revisionistas, que ponen el acento no tanto sobre la unidad, como sobre la falta de unidad de la construcción weberiana. A la imagen de un Weber de las grandes síntesis, ellos sustituyen la imagen de un Weber de los grandes problemas sin resolver, el cual es capaz de indicar no tanto soluciones, como alternativas de soluciones, con lo cual es posible instaurar un diálogo menos respetuoso quizá, pero más abierto y constructivo".

¹⁷⁹ Así, entre las interpretaciones, podríamos decir, *no ortodoxas*, es decir, las que no ven a Weber como el gran defensor de la racionalidad moderna, me interesa resaltar las de C. Seyfarth, *Gesellschaftliche Rationalisierung und die Entwicklung...*, cit., pp. 200-201, quien señala que, en la actualidad, "frente a la acción profesionalizada se independizan con la progresiva racionalización otras dos formas de acción: con el cambio de problemas jurídicos y según el esquema de los problemas técnicos interpretados conforme a la racionalidad medios-fines, se independiza un tipo de acción, que yo quisiera llamar la *acción de expertos*; con la idea de la superación creativa y libre, orientada materialmente de forma consciente, de los límites de la racionalidad formal, se independiza un tipo de acción, que yo quisiera describir como una *acción interpretativa conscientemente racional según el valor*, como una crítica racional según el valor y creativa o, simplemente, como *acción interpretativa*"; y, K. Eder, *Zur Rationalisierungsproblematik des...*, cit., pp. 165-166, que propone, desde un punto de vista empírico, tres niveles nuevos de racionalización formal en el derecho moderno:

a) *institucional*: los límites entre la legislación y la aplicación del derecho desaparecen: jueces y abogados tendrán la misma equivalencia funcional con respecto a la legislación; los tribunales serán politizados. Con ello, la distancia entre el sistema

A mi juicio, del planteamiento weberiano sobre la racionalidad formal del derecho moderno y sus contradicciones e incoherencias propias, se pueden deducir dos grandes consecuencias problemáticas. En primer lugar, el antagonismo existente entre la *racionalidad del sistema* y la *racionalidad del individuo*, cuyos objetivos no coinciden e, incluso, en muchas ocasiones, se ven obstaculizados por la excesiva tecnificación y especialización que la racionalidad del sistema exige para su funcionamiento. Y, en segundo lugar, la *crisis* de la función y de la acción propia de los juristas profesionales, especialmente los jueces, en cuanto "portadores" de un derecho y una justicia de tipo racional-formal.¹⁸⁰ Por una parte, la propia formación jurídica no es ya una formación humanista y profesionalizada, sino una formación cada vez más *especializada*; pero, por otra parte, paradójicamente se aspira también por parte del propio estamento de juristas a que su acción sea menos mecánica y autómatas, y por el contrario, más *creativa* y *valorativa*.

b) Racionalización externa del derecho

Si, por una parte, hemos visto que el proceso de racionalización del derecho responde a su propia *lógica interna*, sin embargo, la racionalización jurídica *no* se ha producido de forma *aislada*. Esta, y sobre todo la racionalización "formal" del derecho forma parte —como ya se ha dicho— de un proceso general de racionalización creciente, desarrollado en el Occidente moderno, que se extiende a todas las actividades humanas: música, arte, economía, política, derecho, ciencia, etcétera. "La racionalización del derecho se ha hecho en reciprocidad con las

de justicia y los sistemas de procesos de formación democrática de la voluntad disminuirá.

b) *profesionalidad*: la especialización dogmática se sustituye en beneficio de una orientación científico-social en cuanto al contenido; los intentos de reforma de la formación de los juristas son al menos indicios para la búsqueda de una nueva identidad profesional.

c) *metodológico*: el método ideal clásico se cuestiona a través de formas crecientes de interpretación abierta... La búsqueda de un nuevo método y la crítica a la dogmática jurídica, por parte del estamento de los juristas, constituyen una advertencia relevante.

¹⁸⁰ C. Seyfarth, *Gesellschaftliche Rationalisierung und die Entwicklung...*, cit., pp. 207-214, ha planteado y analizado el tema de la crisis "interna" en la que se ven inmersas las "capas de intelectuales occidentales", en cuanto "portadores de un determinado desarrollo cultural". Este tema también lo ha planteado, aunque de una forma más superficial, S. Kalberg, *Max Webers Typen der Rationalität...*, cit., pp. 31-34.

otras actividades humanas, es decir, no ha sido solitaria, sino solidaria".¹⁸¹

Por lo que respecta al derecho, las condiciones externas a su racionalización giran en torno a las condiciones económicas y a las condiciones políticas, con una incidencia, *indirecta* de las primeras y *directa* de las segundas, sobre la racionalización formal del derecho. Entre los intérpretes weberianos, el que ha destacado de forma más clara —a mi juicio— la racionalización del derecho mediante la intervención de condiciones externas, ha sido Freund, según el cual "por una parte, el derecho se ha visto obligado a racionalizarse más, a causa de los problemas jurídicos que las actividades han planteado sin cesar a los juristas, debido al desarrollo de estas actividades y a la necesidad de regularlas; por otra parte, y debido a sus problemas externos, el derecho ha tenido que plantear nuevos problemas a las demás actividades, que le han permitido tomar conciencia de su importancia en la vida social y de la necesidad de extender su propia competencia".¹⁸²

Por lo que respecta a las condiciones económicas, Weber intenta demostrar en su *Rechtssoziologie*, que el derecho no depende directamente de la actividad económica, sino que ésta supone sólo una condición *indirecta* en la racionalización del derecho. Rechaza, pues, la tesis marxista que convierte al derecho en una superestructura de la economía, es decir, en un mero reflejo de las condiciones económicas.¹⁸³ En definitiva, Weber se opone a todo tipo de *monocausalismo* y, muy especialmente, al económico, pero sin negar, por el contrario, la importancia de una interpretación económica de la historia: "Si hoy en día —señala Weber—. . . existe casi el peligro de que se subestime su capacidad científica, ello no es más que la consecuencia de la inaudita ausencia de crítica para con la interpretación económica de la realidad, utilizada como método 'universal' en el sentido de una deducción de todos los fenómenos culturales —esto es, de todo lo que tienen de esencial para nosotros —como económicamente condicionados en última instancia".¹⁸⁴

Por lo que respecta al ámbito jurídico, el derecho para Weber es una actividad independiente y autónoma, condicionada sólo *indirecta-*

¹⁸¹ J. Freund, *La rationalisation du droit. . .*, cit., p. 87.

¹⁸² J. Freund, *ibid.*, pp. 82 y ss.

¹⁸³ Las relaciones teóricas entre el orden jurídico y el orden económico han sido ya analizadas (*supra* cap. 2.2.4.). Aquí se trata de señalar cuál es el grado de influencia que Weber atribuyó a las condiciones o factores económicos en la formación del derecho a través de las distintas épocas históricas.

¹⁸⁴ M. Weber, *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer. . .*, cit., p. 168 (traducción castellana: pp. 137-138).

mente por la actividad económica, pero que en ningún caso puede reconducirse de forma unilateral a causas económicas. Por lo tanto, el planteamiento inicial que Weber se habría hecho con respecto a la implicación de causas económicas en el proceso de racionalización se podría resumir —según palabras de Richter— en la siguiente cuestión: “¿son responsables las causas económicas de algún progreso en el proceso de racionalización?, o al revés, ¿son responsables de una paralización en algún nivel de racionalización?”¹⁸⁵

El propio Weber dio respuesta a estas cuestiones en su *Rechtssoziologie*, señalando que “por sí mismas, las situaciones económicas no engendran automáticamente nuevas formas jurídicas, sino que encierran simplemente la probabilidad de que una nueva invención técnico-jurídica se difunda”.¹⁸⁶ Esto quiere decir, que las instituciones jurídicas tienen que ser previamente inventadas para poderse poner al servicio de intereses económicos, y dicha invención depende fundamentalmente de la especificidad técnico-jurídica de cada ordenamiento jurídico. Es decir, que —como Weber había anticipado ya en su trabajo de tesis doctoral—¹⁸⁷ las nuevas situaciones económicas, que van surgiendo a lo largo de la historia, pueden influir *indirectamente* en la creación de nuevas formas e instituciones jurídicas.

Pero, a su vez, existe también una influencia recíproca del orden jurídico en el ámbito económico, puesto que el éxito de las nuevas técnicas o instituciones jurídicas, que el orden jurídico pueda crear en una determinada época histórica, contribuye a favorecer el desarrollo de las nuevas situaciones económicas.

Así, Weber pone como ejemplo la aparición de la economía racional, que influye indirectamente en la racionalización del derecho, planteándole nuevos problemas sociales y nuevas relaciones, que el derecho se ve obligado a regular y dar cobertura jurídica. La economía racional necesita para su difusión la existencia de un instrumento que le proporcione previsibilidad, y ese instrumento no puede ser otro más que un derecho “racional”. El derecho, pues, racionaliza su propia técnica lógico-jurídica, para poder garantizar las nuevas relaciones y transacciones propias de una economía racional. Sólo mediante un derecho positivo calculable y racional, y una administración de justicia rápida, precisa, unívoca y continua, la nueva economía racional podía oponerse y triunfar sobre las anteriores formas de economía medieval. La acti-

¹⁸⁵ J. Richter, *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., pp. 75-76.

¹⁸⁶ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 127 (traducción castellana: p. 550).

¹⁸⁷ Véase: *supra*, cap. 1.1.2.

vidad económica se convierte así en una condición o circunstancia que influye externamente la racionalización del derecho, y que, a su vez, se racionaliza ella misma mediante la utilización técnica de un marco jurídico racional previsible.

Por otra parte, las condiciones políticas y el tipo de dominación o de poder influyen de manera *directa* en el tipo y forma de racionalización del derecho. De esta forma, según sean las características internas y los intereses que persiga cada tipo de dominación política, el derecho se verá influido o bien hacia una racionalización material, o bien hacia una racionalización de tipo formal.

Al respecto, Weber hace la siguiente observación con carácter general: "La vieja administración de justicia por el pueblo, originariamente un procedimiento expiatorio entre los clanes, es en todas partes despojada de su primitiva irracionalidad formalista gracias al influjo del poder de los príncipes y de los magistrados (el germánico *bann*; el latino *imperium*) y, en ciertas circunstancias, del poder sacerdotal organizado, al mismo tiempo que sufre la influencia persistente en su contenido jurídico por parte de esos poderes. Esta influencia varía con el carácter de la dominación. Mientras más racional era el aparato autoritario de los príncipes y jerarcas a través de ciertos 'funcionarios', tanto más dirigía su influencia (en el *jus honorarium* y los medios procesales pretorios en la antigüedad, en las capitulares de los reyes francos, en las creaciones procesales de los monarcas ingleses y el Lord Canciller, y en el procedimiento eclesiástico inquisitorial) a dar a la administración de justicia —en cuanto a forma y contenido— un carácter racional —indudablemente entendido éste en diverso sentido—, al eliminar los medios procesales de tipo irracional, lo que significaba siempre, al mismo tiempo, racionalizarlo. Estos poderes sólo revelaban de manera inequívoca tales tendencias cuando, o bien los intereses de su misma administración racional señalaban tal camino (como la autoridad papal de la Iglesia), o bien cuando se hallaban unidos a grupos poderosos de particulares que tenían un fuerte interés en el carácter racional del derecho y del procedimiento, como ocurrió con las capas burguesas en Roma, al finalizar la Edad Media y en la época moderna. Allí donde faltó este nexo, la secularización del derecho y la formación de un pensamiento jurídico estrictamente formal se extinguieron en sus comienzos o se convirtieron en todo lo contrario".¹⁸⁸

¹⁸⁸ M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 217-218 (traducción castellana: pp. 603-604).

En efecto, ya hemos visto cómo las dominaciones de tipo teocrático, patrimonial o principescas fomentan una racionalización material del derecho. En oposición a estos tipos de dominación tradicional se encuentra el, llamado por Weber, "poder legal", "en el que —como dice Bobbio— el derecho asume cada vez más la forma de norma estatuida".¹⁸⁹ Para Weber, el tipo más puro de poder legal es la dominación burocrática, que, a su vez, constituye el núcleo central del Estado racional moderno y de la empresa capitalista. La estructura burocrática del Estado moderno, según Weber, "crea la base para la organización de un derecho sistematizado y racional fundado en leyes",¹⁹⁰ y, consiguientemente, transforma el derecho y la administración de justicia en el sentido de una racionalidad *formal*, ya que, por lo tanto, la organización burocrática moderna —como veremos— ha sido factor de influencia *directa* en la racionalización formal del derecho, tanto en su actividad legislativa como en la judicial, y tanto en sus conceptos e instituciones como en sus medios y técnicas, que ha conducido al derecho moderno hacia una especialización profesional y una tecnificación cada vez mayores.

Ya ha sido analizado anteriormente, cómo los poderes teocráticos y profanos de carácter patrimonial o principesco orientaban el derecho hacia una racionalización de tipo material.¹⁹¹ Por el contrario, la racionalización formal del derecho moderno alcanza su punto máximo con una dominación política racional, burocrática y formal, esto es con el Estado racional moderno, puesto que —como señala Weber— "la igualdad jurídica y la exigencia de garantías jurídicas contra la arbitrariedad requiere una 'objetividad' racional formal por parte del régimen de gobierno, en oposición al capricho personal libre derivado de la gracia, propia de la antigua dominación patrimonial".¹⁹²

A continuación, en el siguiente epígrafe, me propongo realizar una aproximación a las dos grandes fuentes *externas* de racionalización del derecho, que han contribuido esencialmente a la racionalización formal del derecho: el *capitalismo moderno* y el *Estado racional*, señalando el grado de influencia que han ejercido sobre aquél, así como las relaciones recíprocas que entre estos tres fenómenos históricos existen.

¹⁸⁹ N. Bobbio y N. Matteucci, *Diccionario de Política*, Siglo veintiuno de España editores, S. A., 2a. edición en español, 1982 (1a. edición en España) redactores de la edición en español J. Arico y J. Tula, tomo I, p. 513.

¹⁹⁰ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 826 (traducción castellana: p. 1061).

¹⁹¹ Véase: *supra*, cap. 3.2.1.C.).

¹⁹² M. Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 565 (traducción castellana: p. 735).