

## Racionalización formal del derecho moderno y justicia sustantiva. Estudio crítico de la sociología jurídica de Max Weber

Guillermo J. Munné\*

Entre los diversos aportes teóricos que hicieron de Max Weber una de las figuras principales del pensamiento social del siglo XX, encontramos su sociología del derecho que tiene como tema el proceso de racionalización del derecho occidental. Max Weber estudió ese proceso como una racionalización de tipo formal que es acompañada, aún en su última etapa moderna, de tendencias contrarias que se dirigen hacia la materialización del derecho. A partir de estos trabajos de Weber se ha construido una crítica del Estado social y una oposición a tomar los derechos sociales como derechos fundamentales, consistentes en afirmar que tal proyecto político conspira contra las notas de racionalidad del Estado de derecho por implicar la introducción de exigencias materiales de justicia que degradan la norma superior del ordenamiento jurídico, es decir, la Constitución<sup>1</sup>.

En las circunstancias actuales, donde han cobrado fuerza renovada las ideas conservadoras que encuentran en los derechos sociales una amenaza contra el garantismo formal de la Constitución, resulta de interés profundizar el estudio de esta parte de la obra de Weber donde se tratan las cuestiones de la racionalización del derecho y las tendencias a la materialización. En el presente trabajo nos proponemos precisar algunos de los principales conceptos en que se sustenta el análisis weberiano, como son los de derecho racional, derecho formal y derecho material.

Igualmente presentaremos los aspectos más destacados del proceso de racionalización jurídica descrito por Weber, de las vinculaciones que traza con el desarrollo del capitalismo racional y la dominación del Estado burocrático, así como de los fenómenos que toma por exigencias de materialización del derecho. Finalmente buscaremos dar cuenta de los problemas que se siguen del enfoque de Weber en varias de las cuestiones antes enumeradas.

### Racionalidad y derecho

Los problemas relativos a la racionalidad y la racionalización constituyen los temas principales de la sociología sustantiva weberiana. No obstante una de las principales dificultades que debe asumir un estudio de los trabajos de Weber es el de determinar el sentido preciso de la noción de racionalidad que se utiliza en los mismos. Una característica reconocida en los escritos de Weber es la polisemia que presenta el término "racionalidad".

En la tarea de precisar los sentidos en que es utilizada esta noción clave de la sociología weberiana hay que tener en cuenta que para Weber la racionalidad y la racionalización son relativas a distintos puntos de vista y distintas direcciones. Lo que es racional desde una perspectiva resulta irracional desde otra y viceversa, tanto dentro de una misma cultura como entre diferentes culturas<sup>2</sup>. Como lo consigna en La ética protestante y el espíritu del capitalismo, Weber

\* Abogado, profesor de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Candidato a Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid, España.

<sup>1</sup> Entre los juristas son muy conocidas las fuertes críticas de carácter conservador que formuló contra el Estado social y los derechos sociales Ernst Forsthoff, uno de los más destacados teóricos del derecho público alemán. Precisamente Forsthoff declara basarse en la obra de Max Weber. Ver Forsthoff, E., *Stato di diritto in trasformazione*, trad. L. Riegert y C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1.973, pp. 221 y ss.

<sup>2</sup> En su "Introducción" a los escritos sobre sociología de la religión, Weber plantea que la palabra "racionalismo" "...puede significar cosas harto diversas... Hay, por ejemplo, "racionalizaciones" de la contemplación mística, es decir, de una actividad que vista desde otros ámbitos de la vida, es específicamente "irracional", igual que hay racionalizaciones de la economía, de la técnica, del trabajo científico, de la

considera el "racionalismo" como "...un concepto histórico, que encierra un mundo de oposiciones"<sup>3</sup>. También resulta útil tener en cuenta, como advierte Schluchter, que el tema de la racionalidad y la racionalización se presentan en Weber en una doble perspectiva: primera, la relación de la racionalidad de una acción social y del orden social, y segundo, la variación de la racionalidad dentro y a través de las distintas culturas<sup>4</sup>.

Como un intento de identificar los modos en que Weber utiliza el término de racionalidad, Zaccaria encuentra por lo menos tres sentidos distintos, estrechamente relacionados entre sí:

- 1) Racionalidad en el ámbito de las ciencias empíricas. En sentido estricto significa someter la naturaleza al análisis hipotético-matemático-experimental (y por lo tanto bajo tal concepto de racionalidad se incluye también la *técnica*). En una acepción más amplia el término racionalidad puede aplicarse además a la organización, basada en teorías científicamente elaboradas, de los ámbitos económico, político y social.
- 2) Racionalidad en el campo de los saberes intelectuales o en la interpretación de los significados. Equivale a pensar sistemáticamente, elevándose a los principios últimos y desarrollar los significados hasta sus extremas consecuencias lógicas.
- 3) Racionalidad en el ámbito ético. Significa comportamiento autónomo y responsable del individuo, implicando la desvinculación de la ética respecto de las construcciones religiosas y su transformación en una instancia propia de acción personal metódicamente controlada y capaz de dominar los instintos naturales<sup>5</sup>.

Puede que parezca contradictorio destacar por un lado que la noción de racionalidad aparezca en We-

ber como relativa a distintos puntos de vista y direcciones, y por el otro reconocer que él mismo utiliza también el término con una connotación objetiva en el sentido de racionalidad científica y técnica. La aclaración de este punto nos plantea cuestiones de la teoría weberiana del conocimiento científico y las connotaciones filosóficas de sus estudios sobre los procesos de racionalización. En el fondo subyace la tesis que sobre las cuestiones valorativas no hay solución última que no sea subjetiva pero sobre el conocimiento de los hechos sí cabe alcanzar una validez objetiva. Para Weber las verdades lógicas y matemáticas son normativamente correctas y constituyen el *a priori* de todas y cada una de las ciencias empíricas. A su vez, con los recursos de la experiencia científica pueden efectuarse comprobaciones empíricas objetivamente válidas que son también la base de reglas técnicas objetivamente válidas. Tales reglas técnicas se construyen mediante la inversión de proposiciones causales (para el fin *y* es adecuado el medio *x*, porque empíricamente "de *x* se sigue *y*")<sup>6</sup>.

Por ello para Weber cabe distinguir entre un comportamiento *subjetivamente* racional y una acción racionalmente *correcta*. El primero sólo significa que un propósito *subjetivo* se rige por una orientación planificada hacia los medios *considerados* correctos para un fin dado. La acción racionalmente correcta, en cambio, es la que objetivamente emplee, de acuerdo con el conocimiento científico, los medios correctos. Graficando estas diferencias, Weber señala que la primera terapia, "racional" de acuerdo con su propósito, casi en todas partes significó un desprecio de la cura de síntomas empíricos mediante hierbas o brebajes, de eficacia empíricamente comprobada, a favor del exorcismo de las (supuestas) "causas verdaderas" (mágicas, demoníacas) de la enfermedad.

educación, de la guerra, de la justicia y de la administración. Además, cada uno de estos ámbitos puede "racionalizarse" desde puntos de vista y objetivos últimos de la mayor diversidad, y lo que visto desde uno es "racional" puede ser "irracional" visto desde el otro. De manera que ha habido racionalizaciones de los tipos más diversos en los diferentes ámbitos de la vida en todas las culturas. Lo característico para su diferente significación histórico-cultural es en qué esferas se han racionalizado y en qué dirección". Ensayos sobre sociología de la religión I, trad. José Almaraz y Julio Caravana, Taurus, Madrid, 2ª. Edición, 1987, pp. 21.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 67.

<sup>4</sup> En su trabajo Weber compara las culturas en relación a quién impulsa la racionalización, de qué esferas de vida, en qué dirección y qué tipos de orden social resulta de ello. Schluchter, Wolfgang *The Rise of Western Rationalism. Max Weber's Developmental History*, trad. Guenter Roth, Berkeley/London, University of California Press, 1985, pp. 9 y ss.

<sup>5</sup> Zaccaria, Giuseppe "Razionalita, formalismo, diritto: riflessioni su Max Weber" en Treves, Renato (ed.) *Max Weber e el diritto*, Franco Angeli Ed., Milano, 1981, pp. 202 y s.

<sup>6</sup> Entre los distintos escritos metodológicos donde Weber aborda estas cuestiones, destacamos "El sentido de la "neutralidad valorativa" de las ciencias sociológicas y económicas", que es de 1917, correspondiendo a la etapa más madura de su obra. Ver en Weber, Max, *Ensayos sobre metodología sociológica*, trad. José Luis Etcheverry, Amorrortu ed., Buenos Aires, 1973, pp. 222-269. El deslinde de las cuestiones propias y ajenas al conocimiento racional es expresado en los siguientes términos en la conferencia de "La ciencia como vocación": "...exis-

Formalmente, en consecuencia, tenía la misma estructura racional que presentaron muchos de los más importantes progresos de la terapia moderna<sup>7</sup>.

Weber, entonces, admite que objetivamente es determinable la corrección técnica de una acción, pero también se ocupa de destacar que de ello es imposible obtener una apreciación unívoca en la "valoración" definitiva. Una persona y muchas concepciones, en general, pueden encontrar en el incremento de la corrección *técnico-objetiva* de la acción una amenaza contra ciertos bienes importantes (por ejemplo, éticos o religiosos). Correspondiendo esto último a consideraciones de la esfera de los valores, resultan apreciaciones que resulta imposible tanto demostrarlas como refutarlas<sup>8</sup>.

El comportamiento autónomo y controlado, que Zaccaria presenta como el tercer significado de racionalidad en Weber, guarda vinculación con el tema del desencantamiento del mundo en la cultura occidental. La creciente racionalización e intelectualización de esta cultura no significa que los individuos tengan mayor conocimiento de las condiciones generales de vida. El hotentote tiene mayor conocimiento sobre los instrumentos que utiliza comparado con la persona que viaja en tranvía, que seguramente no tiene ni idea de cómo y por qué aquello se mueve. La racionalización creciente significa que "...se sabe o se cree que en cualquier momento que se *quiera* se *puede* llegar a saber, que, por tanto, no existen en torno de nuestra vida poderes ocultos e imprevisi-

bles, sino que, por el contrario, todo puede ser *dominado mediante el cálculo y la previsión*"<sup>9</sup>. A diferencia del salvaje, dice Weber, el hombre moderno no tiene que recurrir a medios mágicos para controlar los espíritus o moverlos a piedad. Esto es cosa que se logra merced a los medios técnicos y a la previsión.

Nos cabe ahora establecer la relevancia que tienen esos diversos sentidos en que Weber emplea el término "racionalidad" dentro de su obra, respecto de su sociología del derecho en particular. Para Zaccaria el segundo de los significados por él identificados, que podríamos llamar de "racionalidad teórica", es el que prevalece tanto en la sociología del derecho, como en la sociología de la religión<sup>10</sup>. Sin embargo, como el mismo Zaccaria reconoce, todos estos sentidos se entrecruzan en recíprocas y complejas relaciones. Por ello, para la propia sociología del derecho no dejan de ser relevantes los tres sentidos de racionalidad ya señalados.

En un pasaje clave para el análisis de este tema, Weber sostiene que un derecho puede ser "racional" en muy diversos sentidos, de acuerdo con las diferentes direcciones de racionalización seguidas por el desenvolvimiento del pensamiento jurídico. Dos son las operaciones intelectuales que según Weber racionalizan un derecho y entre ellas encuentra una diferencia de complejidad:

- 1) La aparentemente más simple es la *generalización*, entendiendo por ello la reducción de las razones determinantes de la solución del caso

ten dos tipos de problemas perfectamente heterogéneos: de una parte la constatación de los hechos, la determinación de los contenidos lógicos o matemáticos o de la estructura interna de fenómenos culturales; de la otra, la respuesta a la pregunta por el valor de la cultura y de sus contenidos concretos y, dentro de ella, de cuál debe ser el comportamiento del hombre en la comunidad cultural y en las asociaciones políticas"; en *El político y el científico*, trad. Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1967, pp. 210 y s. Para expresar su concepción racionalista sobre las ciencias empíricas y su decisionismo ético-político a Weber le gustaba servirse de una idea de Stuart Mill: en cuanto se sale de la pura empiria se cae en el politeísmo. Respecto de los valores siempre y en todas partes se trata, en definitiva, no sólo de alternativas, sino de una lucha a muerte irreconciliable, entre "dios" y el "demonio" "...y es cada individuo el que ha de decidir quién es para él Dios y quién el demonio". *Ibidem*, pp. 217 y "El sentido de la "neutralidad valorativa" de las ciencias sociológicas..." cit., pp. 238 y s.

<sup>7</sup> "El sentido de la "neutralidad valorativa" de las ciencias sociológicas...", op. cit., p. 255.

<sup>8</sup> La ética budista, "...para la cual cualquier acción dirigida a un fin ha de ser rechazada, como tal, pues aparta de la salvación, difícilmente sería compartible por nosotros. Pero es desde todo punto de vista imposible "refutarla" en el sentido en que se lo hace con un cálculo o un diagnóstico médico erróneos", *Ibidem*, pp. 259.

Por lo tanto no resultan bien encaminadas las críticas a estas ideas, que en lugar de poner en cuestión los presupuestos de la filosofía de la ciencia de su teoría de la ciencia y de la racionalidad, encuentra en Weber a un ideólogo del desarrollo técnico. Este tipo de interpretaciones, además, parece no tener en cuenta el pesimismo que caracteriza la opinión personal de Weber sobre las consecuencias para la vida política y social que se seguían de la racionalización creciente en las sociedades occidentales.

<sup>9</sup> *El político y el científico*, op. cit., p. 200.

<sup>10</sup> Los importantes paralelismos que se verifican en el análisis weberiano entre los procesos de racionalización en los sistemas religiosos, por un lado, y en los sistemas jurídicos, por el otro, hacen aconsejable que los estudios interpretativos de la sociología del derecho de Weber presten especial atención a los escritos de sociología de religión que, además, es donde se expone el tema de la racionalización de manera más sistemática y con mayor detalle. Freund, Julien, "La rationalisation du droit selon Max Weber" en *Archives de philosophie du droit*, vol. 23, 1978, pp. 69.

particular a uno o varios "principios", los "preceptos jurídicos". Para la determinación de los "preceptos jurídicos" se requiere un análisis previo de los elementos del supuesto de hecho que interesan para su enjuiciamiento. A la inversa, al contar con "preceptos jurídicos" cada vez más amplios se influye a su vez en el examen del caso concreto, buscando determinar cuales de las particularidades de las situaciones de hecho pueden resultar relevantes. El proceso, entonces, se basa en el *casuismo* a la vez que lo fomenta. Paralelo a este proceso analítico, Weber encuentra la labor sintética de construcción de "relaciones jurídicas" e "instituciones".

2) La otra tarea lógica más amplia, que surge tardíamente en el pensamiento jurídico, es la *sistematización*. La tarea de sistematización jurídica consiste en relacionar los preceptos obtenidos mediante el análisis de tal suerte que formen un conjunto de reglas claro, coherente y, sobre todo, desprovisto, en principio, de lagunas. El derecho primitivo desconoce la sistematización y no todos los derechos modernos la incluyen como pretensión (verbigracia el derecho inglés). Además, cuando esa pretensión existió, la sublimación lógica del sistema fue casi siempre muy imperfecta<sup>11</sup>.

En estas afirmaciones de Weber, entonces, la racionalidad del derecho depende de la construcción de normas generales y de su ordenación sistemática. Como han destacado Febbrajo y Fariñas, estas notas del derecho racional muestran una clara vinculación con otro de los sentidos en que Weber habla de racionalidad jurídica, esto es, la *previsibilidad* de las decisiones jurídicas. Esta dimensión de la racionalidad del derecho se obtiene desde una perspectiva que

toma en cuenta el punto de vista de los destinatarios. No refiere sólo a características de los elementos internos del sistema jurídico, sino que se hace visible tomando en cuenta las relaciones de los individuos con el sistema y con los demás individuos, pudiéndose hablar entonces de una perspectiva intersubjetiva<sup>12</sup>.

La racionalidad del derecho según su grado de previsibilidad es el sentido que resulta destacado cuando se considera como caracteriza Weber al derecho irracional. La creación y aplicación del derecho son irracionales cuando las decisiones no son controlables intelectualmente y se adoptan prescindiendo de normas generales<sup>13</sup>.

### Derecho formal y material

Otros parámetros a los que Weber asigna importancia central en su sociología del derecho, son los de la formalidad y materialidad del derecho. También estas nociones son utilizadas por Weber para cubrir una variedad de situaciones, exigiendo un esfuerzo interpretativo para establecer con claridad sus significados.

En el pasaje donde Weber se ocupa de brindar alguna caracterización conceptual de estos términos, nos dice que un derecho es "formal" cuando lo jurídico de fondo y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, "unívocas", de los hechos. Este formalismo es de orden externo, cuando las características jurídicamente relevantes son de tipo sensible (p.e. exigencia de ciertas palabras o ciertos actos cuyo significado simbólico se ha establecido previamente). Un formalismo menos rígido es en cambio el que determina las características jurídicamente relevantes por medio de una interpretación lógica, para construir una serie de conceptos

<sup>11</sup> Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. J. Medina Echevarría, J. Roum Parella, E. Imaz, E. García Mainez, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 1.964, pp. 509 y s. Enfocando la racionalidad ya no del orden normativo, sino del pensamiento jurídico (la cultura jurídica que comparten los operadores del derecho), Weber considera racional a la formación de conceptos generales por abstracción de lo sensible, interpretación lógica del sentido, generalización y subsunción, que después se deben aplicar silogísticamente, como normas (p. 590). Cuando se refiere a la racionalidad de los medios de prueba tiene relevancia su aptitud para el descubrimiento de la verdad (p. 606), conectando así con su idea de la racionalidad en el sentido de utilización de recursos empíricos para la obtención de conocimiento objetivo y verdadero.

<sup>12</sup> Febbrajo, Alberto, "Capitalismo, stato moderno e diritto racionale-formale" en Treves, Renato, *Max Weber e il diritto* cit., pp. 43 y ss. Fariñas Dulce, María José *La sociología del derecho de Max Weber*, México, UNAM, 1.989, pp. 214 y s. La racionalidad del derecho que resulta previsible la podemos relacionar con la racionalidad entendida como comportamiento autónomo y controlado del individuo. Así, según Weber, cuando el aparato jurídico funciona "...como una máquina técnico-racional, garantiza al mismo tiempo a los diversos particulares el máximo relativo de posibilidad y movimiento y, sobre todo, de posibilidad para el cálculo racional de las probabilidades y consecuencias jurídicas de su actividad con arreglo a fines." *Economía y sociedad*, op. cit., p. 605.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 510 y s. Estos sentidos son los que vuelven a aparecer cuando en la "Sociología de la dominación" caracteriza la "justicia carismática", "la justicia de Cadi" y la "justicia empírica" como casos de justicia irracional. *Ibidem*, pp. 732 y s.

jurídicos claramente definidos, a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas<sup>14</sup>. Este último tipo de formalismo es al que se alude en otros tramos de la obra de Weber cuando se habla de derecho formal como lógicamente abstracto o lógicamente sublimado<sup>15</sup>. Afirma también Weber que un derecho desarrollado desde el punto de vista formal es el que cuenta con un complejo de máximas conscientes de decisión<sup>16</sup>. Finalmente encontramos diversos pasajes donde se considera como formalismo jurídico al tratamiento especializado y autónomo de lo jurídico, recurriendo sólo a supuestos propios del derecho<sup>17</sup>.

El último de los sentidos apuntados puede considerarse el significado central de formalismo jurídico en Weber, es decir, entendido como especificidad de los instrumentos jurídicos que se definen independientemente de consideraciones exteriores de carácter ético, político, religioso o económico<sup>18</sup>. Esta manera de considerar la formalidad del derecho es la que cobra relieve cuando se contrasta con la caracterización que hace Weber del derecho material como aquel en el que prevalecen exigencias éticas, políticas o de conveniencia<sup>19</sup>.

Pero también respecto de "derecho material" se pueden encontrar distintas significaciones en la "Sociología del derecho" de Weber. Así Coutu encuentra cuatro significados con que se utiliza el término "material": a) el sentido más elemental relativo al contenido del derecho por oposición a su forma o estructura<sup>20</sup>; b) como la creación y aplicación del derecho regida por motivos extrínsecos (de orden ético, político o utilitarista), opuesta a la lógica jurí-

dica intrínseca que caracteriza al derecho formal; c) referido a la relación entre lo concreto y lo abstracto, que determina el carácter material o formal de las concepciones de derecho natural o que aparece en la oposición entre igualdad formal y material; d) por último, en ciertos pasajes, "material" se utiliza como idéntico a irracional. Dentro de esta polisemia, también Coutu se inclina por retener que la segunda significación, relativa a la preponderancia de criterios externos, corresponde al sentido más usual del sintagma "derecho material" en la sociología jurídica weberiana<sup>21</sup>.

Del entrecruzamiento entre las perspectivas que corresponden a las antinomias de racional/irracional y de formal/material, Weber obtiene los cuatro casos más sencillos que utilizará para el estudio de la gran diversidad de medios que se pueden emplear en la práctica del derecho, a los que podemos considerar tipos-ideales<sup>22</sup>:

- 1) El derecho irracional en sentido material, aquel en que la creación y aplicación del derecho depende esencialmente de apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política y no de normas generales. Es el caso de lo que Weber designa genéricamente como "justicia de Cadi" y de la cual encuentra elementos en la justicia moderna a base de jurados.
- 2) El derecho irracional en sentido formal, cuando en la creación y aplicación del derecho se recurre a procedimientos no controlados por la razón, como por ejemplo, los oráculos y sus sucesos. También se califica como irracional de

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 510.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 645 y 650.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 531.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 594 y 604.

<sup>18</sup> En ese sentido Freund, J., "La rationalisation du droit..." cit., p. 81; Febbrajo, A., "Capitalismo, stato moderno..." cit., pp. 44 y s.; Fariñas Dulce, M. J., *La sociología del derecho...* cit., pp. 215 y s.

<sup>19</sup> *Economía y sociedad* cit., p. 511.

<sup>20</sup> Este significado cobra importancia en la interpretación de Schluchter, quien entiende que derecho formal es aquel en que la elaboración y la aplicación del derecho están dominadas por aspectos procedimentales, mientras que en el derecho material cobran primacía los aspectos sustanciales o de contenido; *The Rise of Western Rationalism* cit., pp. 87 y s.

<sup>21</sup> Coutu, Michel, *Max Weber et les rationalités du droit, Droit et société* 15, Paris, 1995, pp. 50 y ss. Se inclinan también por entender el derecho material como aquel que toma en cuenta elementos extra-jurídicos, Freund, J., "La rationalisation du droit..." cit., p. 81; Febbrajo, A., "Capitalismo, stato moderno..." cit., pp. 44 y s.; Fariñas Dulce, M. J., *La sociología del derecho...* cit., pp. 216 y s.

<sup>22</sup> Como es sabido los tipos-ideales son el instrumento metodológico sobresaliente de la sociología weberiana, consistentes en "utopías racionales" obtenidas a partir de la acentuación unilateral de ciertos puntos de vista a los que se suma una gran cantidad de fenómenos a fin de integrar un cuadro homogéneo de ideas. Estos tipos-ideales tienen sólo valor heurístico y no sustancial, ellos no se podrán encontrar realizados de manera pura en la realidad, sino que sirven para compararlos con ella y comprenderla a partir de su contraste, divergencia o aproximación relativa.

modo formal a la “justicia empírica” que no recurre a nociones racionales, sino que utiliza la “analogía” y se apoya en “precedentes judiciales” concretos.

- 3) El derecho racional en sentido material, en que las decisiones de los problemas jurídicos se realizan sobre la base de normas generales pero cuya dignidad cualitativa es ajena a la sublimación lógica del derecho, sino que se trata de imperativos éticos, reglas utilitarias o postulados políticos.
- 4) El derecho racional en sentido formal, cuando por interpretación lógica se construyen una serie de conceptos jurídicos claramente definidos, a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas. La abstracción interpretativa hace posible la tarea sistemática que consiste en ordenar y racionalizar, con ayuda de la lógica, las reglas jurídicas cuya validez se acepta, formando con ellas un sistema coherente de preceptos abstractos<sup>23</sup>.

### La racionalización del derecho en la cultura occidental

En sus estudios sobre las distintas formas y direcciones que sigue la racionalización dentro y a través de distintas culturas, Weber se interesaba por el fenómeno histórico específico de la racionalidad y la racionalización occidentales. Como lo expresa en la “Introducción” a los textos sobre sociología de la religión, lo que trataba de primariamente conocer es “...la peculiaridad específica del racionalismo occidental, y dentro de él, del racionalismo occidental moderno, y de explicarlo en su génesis”<sup>24</sup>. En la sociología jurídica, también Weber trata las distintas direcciones que puede seguir la racionalización con el interés principal de dar cuenta de aquella alcanzada en occidente y particularmente en la modernidad.

Weber construye teóricamente los estadios de desarrollo de la racionalidad jurídica, sin pretender con esto que se sucedan así en la realidad histórica según un grado de racionalidad creciente, ni se den

todos, ni siquiera en occidente. Las etapas teóricas de desarrollo del derecho que propone Weber son: a) la revelación carismática a través de *profetas jurídicos*, b) la creación y aplicación empírica del derecho por *notables* (creación cautelada de acuerdo con precedentes), c) el “otorgamiento” del derecho por el *imperium* profano y los poderes teocráticos, y d) el “derecho sistemáticamente estatuido” y la “aplicación” del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal. La racionalización del derecho hacia el despliegue de sus cualidades propiamente jurídicas se desarrolla “...partiendo de una combinación del formalismo mágicamente condicionado y de la irracionalidad, condicionada por la revelación, del procedimiento jurídico primitivo, eventualmente a través de una racionalidad material y antiformalista racional con arreglo a fines condicionada teocrática y patrimonialmente, hacia la sistematización y creciente racionalidad jurídica especializada y, por tanto, lógica y, con ello —primeramente desde un punto de vista puramente exterior— hacia una mayor sublimación lógica y creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacia una técnica crecientemente racional del procedimiento jurídico”<sup>25</sup>.

Señala Weber que el estadio del derecho de los juristas “profesionales” especializados sólo en occidente fue alcanzado en plenitud. La sociología jurídica de Weber tiene como un tema fundamental el explicar el desarrollo del derecho occidental hasta esa etapa de la racionalidad jurídica especializada. Freund encuentra aquí la aplicación de un método que Weber siguió respecto de otras áreas, por ejemplo la economía capitalista, esto es, el análisis desde el punto de vista del dinamismo interno y desde el punto de vista de sus influencias externas<sup>26</sup>. En un pasaje que sólo se conoció con la edición en 1960 del texto definitivo de la *Rechtssociologie*, Weber parece hacer explícitos estos criterios: “...un derecho puede ser racionalizado en diversas formas, y no necesariamente en la dirección que implica el despliegue de sus cualidades propiamente “jurídicas”. Pero la dirección en que estas cualidades formales se

<sup>23</sup> Weber, M., *Economía y sociedad*, op. cit., pp. 510 y s., y 732 y s.

<sup>24</sup> Ensayos sobre sociología de la religión I cit., pp. 21. Allí presenta el problema de por qué en otros lugares “no encaminaron ni la evolución científica ni el desarrollo de la ciencia, ni el del arte, ni el del estado ni el de la economía por esas sendas de la racionalización que son características de Occidente”, pp. 20.

<sup>25</sup> *Economía y sociedad*, op. cit., pp. 649 y s.

<sup>26</sup> Freund, J., “La rationalisation du droit...”, op. cit., pp. 71 y s.

desenvuelven encuéntrase condicionada directamente por circunstancias que podríamos llamar “intrajurídicas”, a saber, la peculiaridad del círculo de personas que pueden influir *profesionalmente* en la formación del derecho y sólo indirectamente por las condiciones económicas y racionales de índole general<sup>27</sup>. Como factores internos de racionalización, entonces, podemos computar al desarrollo que sigue la cultura jurídica impulsado por los “portadores especializados” y como factores externos a la estructura de los grupos políticos y la estructura económica.

Como decimos, la racionalización interna del derecho occidental es obra de los juristas profesionales, tanto en el continente europeo con la recepción del derecho romano, como en Inglaterra donde las corporaciones de juristas resistieron esa recepción. Como lo resume Weber en la conferencia de “La política como vocación”, en occidente se logra emancipar el pensamiento jurídico racional del pensamiento teológico y racionalizar por entero el procedimiento, esto “...sólo se ha conseguido merced a la recepción por los juristas italianos de la antigua jurisprudencia romana, producto de una forma política totalmente única que nace como ciudad-estado para convertirse en Imperio mundial. Junto con esta recepción han coadyuvado también a ese fin, por supuesto, el “Usus modernus” de los canonistas y pandectistas de la Baja Edad Media y las teorías iusnaturalistas, nacidas del pensamiento cristiano y secularizadas después. Los grandes representantes de este racionalismo jurídico han sido el podestá italiano, los juristas del rey, en Francia, que crearon los medios formales de los que el poder real se valió para acabar con la dominación de los señores, los canonistas y teólogos jusnaturalistas del Conciliarismo, los juristas cortesanos y los ilustrados jueces de los príncipes continentales, los monarcómacos y los teóricos del Derecho natural en Holanda, los juristas de la Corona y del Parlamento en Inglaterra, la *noblesse de robe* de los Parlamentos franceses y, por último, los abogados de la época de la Revolución”<sup>28</sup>.

No podemos aquí presentar todos los aspectos que Weber destaca sobre la racionalización del pensamiento jurídico occidental, que abarca: las cualidades analíticas de la jurisprudencia romana, con aspectos de sistematización en el Imperio tardío; la alta

racionalización del derecho canónico a diferencia de otros derechos sacros; la abstracción y formalización a la que fue sometido el derecho romano para ser aprovechado en su recepción en los inicios de la modernidad; el posterior desarrollo de un derecho natural no religioso que terminaría desembocando en sucesos revolucionarios y la tendencia positivista que cobra la doctrina jurídica desde el siglo XIX en consonancia con la secularización de pensamiento que siguió al desarrollo científico y técnico. Sí nos interesa aquí destacar el tipo de pensamiento jurídico que se consolidó con la recepción del derecho romano.

Si el derecho romano podía llegar a aprovecharse en condiciones sociales muy distintas a las de la Antigüedad era por sus características formales y no por su contenido material. Para poder ser recibidas las instituciones jurídicas romanas debían ser sometidas a un proceso de abstracción que las despojara de todos los restos de nacionalismo, elevándolas a la esfera abstracta de la lógica, siendo el derecho romano absolutizado como el derecho “lógicamente recto”. Los juristas profesionales aplicaban la formación literaria y racional con que se formaban en las Universidades. El pensamiento jurídico desvióse hacia el lado lógico formal. Los vislumbres ocasionalmente muy certeros de los juristas romanos fueron arrancados de su conexión con el caso concreto, como se hallaban en las *Pandectas*, para ser elevados a la categoría de últimos principios jurídicos, sobre la base de los cuales se argumentaba luego deductivamente. Se crearon “conceptos” en torno a nociones como el “negocio jurídico” o la “declaración de voluntad” respecto de las cuales la jurisprudencia antigua carecía de designación unitaria. Las categorías puramente sistemáticas, que habían faltado al analítico pensamiento jurídico romano, fueron creadas entonces. Cobró especial importancia el principio según el cual lo que el jurista no puede concebir tampoco existe jurídicamente. La aplicación del derecho romano a hechos enteramente desconocidos por la Antigüedad, planteó la tarea de “construir el hecho jurídicamente, sin contradicción ninguna” y esa preocupación pasó casi de modo absoluto al primer plano y, con ella, sostiene Weber, “...apareció la concepción del derecho ahora dominante, como un complejo compacto de “normas”, lógicamente exento de contra-

<sup>27</sup> *Economía y sociedad*, op. cit., p. 531. Además de Freund, otros autores optan por estos criterios de las condiciones internas y externas de la racionalización jurídica. Así Fariñas Dulce, M. J., *La sociología del derecho...* cit., pp. 241 y ss., y Coutu, M. *Max Weber...* cit., pp. 82 y s.

<sup>28</sup> *El político y el científico*, op. cit., p. 112 y s. Ver también *Economía y sociedad*, pp. 1064 y s.

dicción y de lagunas, que debe ser “aplicado”; y esa concepción resultó ser la única decisiva para el pensamiento jurídico<sup>29</sup>.

Respecto de las condiciones externas del proceso de racionalización que desemboca en el derecho occidental moderno, Weber atribuye una incidencia distinta a los factores políticos respecto de los factores económicos. El proceso de “...diferenciación de las concepciones fundamentales acerca de las esferas jurídicas corrientes en la actualidad, depende en gran medida de razones de orden técnico-jurídico y, en parte también, de la estructura de la asociación política. De aquí que sólo en forma indirecta podamos considerarlo como económicamente determinado<sup>30</sup>. Es decir que sobre la racionalización del derecho Weber reconoce a los factores políticos una incidencia directa como la que tiene la dinámica interna de la técnica jurídica, mientras que los factores económicos inciden sólo indirectamente.

Nos limitaremos aquí a señalar los principales impulsos políticos que se dieron a favor de la racionalización del derecho occidental. Entre ellos encontramos la separación entre derecho sacro y derecho profano que guarda relación con las formas en que la Iglesia estableció sus relaciones con el poder político teniendo que superar el rechazo a tales vínculos que se daba en el primer cristianismo. La autonomía del derecho profano se consolida con la separación entre Iglesia y Estado resultante de las querrelas de investiduras. Otro impulso decisivo provendrá de los intereses de poder del príncipe frente a los privilegios estamentales. En el desplazamiento de estos privilegios se favoreció un dominio creciente de la igualdad jurídica formal y de las normas jurídicas formales. En beneficio de sus intereses fiscales y políticos, también el príncipe debió favorecer y asegurar a las capas burguesas que reclamaban un derecho inequívoco, claro, sustraído a las interferencias de privilegios concretos y al arbitrio administrativo irracional<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Economía y sociedad, op. cit., p. 635.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 509.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 626. Weber marca que entre los intereses del príncipe, de la burocracia de la que se sirve y de los burgueses, existen serias divergencias, comprendiendo distintas aspiraciones sobre las características del derecho. Esto hace que no se haya dado siempre una cooperación entre tales poderes, sino que en muchos casos han estado en contradicción. Pero la alianza que se dio en occidente entre los intereses del príncipe con los de las capas burguesas constituyó una de las más importantes fuerzas impulsoras de la racionalización jurídica formal.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 636 y ss. Si la justicia principesca patrimonial de occidente no desembocó hacia una justicia genuinamente patriarcal de tipo material, orientada hacia el bien común, se debe, entiende Weber, a las características formales del derecho romano que inspiraba las codificaciones y la educación formalista de los juristas; pp. 633 y s.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 639 y s. Se ocupa Weber de explicar cómo la elaboración de preceptos jurídicos abstractos que luce en la codificación del siglo XIX tiene origen en los axiomas del derecho natural racionalista.

Dada la tendencia del poder principesco hacia la unificación y sistematización del derecho, hubo asimismo una proliferación de codificaciones paralela a la aparición del Estado burocrático. Esto responde a necesidades técnicas de la administración como de los intereses personales de sus funcionarios: la utilización amplia de sus funcionarios en todo el ámbito de su autoridad es hecha posible por la unidad jurídica y ofrece a los mismos funcionarios probabilidades más amplias de hacer carrera. Pero la mayor formalización que se produjo no fue más que un efecto no buscado por las codificaciones del despotismo ilustrado. Estas codificaciones tienen una pretensión de racionalización no formal sino material, buscaban alumbrar una justicia limpia de sutilezas jurídicas y formalismo, orientada hacia la realización de una justicia material<sup>32</sup>. De hecho habrá que esperar al hijo de la revolución, el *Code Civil* para encontrar un producto propio de la “legislación racional”. En el Código napoleónico falta toda mezcla de elementos no jurídicos, cualquier nota didáctica y puramente moral así como toda casuística. Se expresaba ahora un tipo específico de racionalismo: la conciencia soberana de crear por primera vez una ley que recibe su contenido de la “sana razón humana”<sup>33</sup>.

Respecto de los impulsos políticos para la racionalización del derecho queremos detenernos finalmente en algo a lo que ya venimos aludiendo en los párrafos anteriores: la burocratización del Estado moderno. Las características con que se estructura este tipo de Estado cuenta entre sus causas a la competencia por el poder entre los estados nacionales surgidos en la Europa continental. El Estado moderno desarrolló un proceso de concentración de los medios materiales de dominación hasta alcanzar su total disposición separando enteramente de ellos a los funcionarios autónomos. El poder burocrático del Estado moderno creó la base para la organización de un derecho sistematizado y racional fundado en leyes, significó un progreso hacia el Estado que juzga

y administra conforme a un derecho estatuido y a reglamentos concebidos racionalmente<sup>34</sup>.

Los factores económicos, como condiciones externas de la racionalización derecho occidental moderno, como hemos subrayado anteriormente, para Weber sólo tuvieron una incidencia indirecta. La forma en que incidieron esos factores económicos tienen que ver con la racionalización de la economía, sobre la base del mercado y la libre contratación y que ante la creciente complejidad de los conflictos de intereses, reclamaron imperiosamente el desarrollo de una especialización del derecho y de una racionalización del Estado<sup>35</sup>. Se trata, entonces, de las relaciones entre capitalismo racional y derecho formal moderno que tomamos como tema del próximo apartado.

### Formalismo del derecho y capitalismo racional

Son múltiples los aportes teóricos efectuados por Weber sobre las relaciones entre economía capitalista y otras esferas de acción social. Así en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* identifica el *ethos* dominante en el capitalismo racional e indaga sobre los nexos que guarda con la ética racional del protestantismo ascético<sup>36</sup>. Otro de los aportes de Weber, recogidos en su mayor parte en *Economía y Sociedad*, son sus estudios sobre las formas de dominación y las estructuras jurídicas que condicionaron el desarrollo del capitalismo racional. En el derecho previsible encontraba Weber una de las peculiaridades del orden social occidental que resultaron más importantes para lo que consideraba el moderno capitalismo racional<sup>37</sup>.

Weber indica que el Estado-nación creó las oportunidades de subsistencia para el capitalismo. La lucha permanente de los Estados nacionales planteaba para cada uno de ellos la necesidad de ajustarse a las condiciones bajo las cuales podían atraer a los capitales y lograr su apoyo en esa disputa por el poder. Una forma de alianza entre el Estado y los intereses capitalistas, fue la que representó el mercantilismo,

primer indicio de una política económica principesca racional. Pero el mercantilismo no importó el punto de partida del desarrollo capitalista racional. El capitalismo racional prosperó al margen de la política monopolístico-fiscal del mercantilismo y sólo pudo imponerse con la derrota de tal política y de los capitalistas irracionales que la misma había creado. El capitalismo que se orienta hacia las oportunidades de mercado y se basa en realizaciones económicas propias, no podía desarrollarse en el marco de organismos estatales de construcción irracional. La moderna empresa capitalista racional necesita tanto de la calculabilidad de los medios técnicos del trabajo como de un derecho previsible y una administración guiada por reglas formales. Donde faltan estas condiciones son posibles el capitalismo aventurero, comercial y especulador, y toda suerte de capitalismo político, pero es imposible la empresa racional privada con un capital fijo y un cálculo seguro. La empresa capitalista racional necesita para su existencia una justicia y una administración cuyo funcionamiento pueda calcularse racionalmente, por lo menos en principio, por normas fijas generales con la exactitud con que se puede calcular el rendimiento de una máquina<sup>38</sup>.

Como quedó expuesto anteriormente al analizar las condiciones internas y externas de la racionalización del derecho, no fueron los capitalistas el factor predominante para la aparición de ese tipo de derecho. Los factores de orden económico, según Weber, no fueron decisivos pero en la medida que “...tuvieron participación en la formación de los rasgos específicamente modernos del actual derecho occidental, la dirección de su influencia consistió en la racionalización y sistematización del derecho, lo que en general significó para los interesados en el mercado, con la reserva de una limitación posterior, una creciente posibilidad de cálculo del funcionamiento de la administración de justicia, que es una de las más importantes condiciones previas de las explotaciones económicas de carácter permanente, especialmente aquellas de tipo capitalista que han menester de la seguridad del tráfico”<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 1061.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 509. Las demás influencias puramente económicas, amplía Weber, se hallan concretamente condicionadas y no es posible referirlas a reglas de carácter racional.

<sup>36</sup> Ver en *Ensayos sobre sociología de la religión I*, op. cit., pp. 25-202.

<sup>37</sup> “Introducción” en *Ibidem*, p. 20.

<sup>38</sup> Weber, M., *Economía y sociedad* cit., pp. 1061 y s.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 650 y s.

Podemos plantearnos aquí si lo señalado en el párrafo anterior equivale a sostener que el capitalismo racional sólo puede desarrollarse bajo un derecho racional formal, en el sentido de ese estadio de la racionalidad jurídica que Weber caracteriza como derecho sistemáticamente estatuido como conjunto coherente de preceptos abstractos. La respuesta para Weber no puede ser más que negativa dado que a este último tipo de derecho se aproxima la experiencia continental europea pero no corresponde a la de Inglaterra, el "...primer país que ha experimentado en la época moderna un elevado desarrollo desde el punto de vista capitalista ..." y que "...ha conservado una justicia menos racional y menos burocrática"<sup>40</sup>. Weber entiende que la justicia inglesa y la norteamericana siguen siendo en gran medida una justicia empírica y en particular una justicia basada en precedentes.

En las capas burguesas de Inglaterra, sostiene Weber, también se puede encontrar, por regla general, el interés "...en una práctica jurídica racional y, a través de ella, en un derecho formal, sistematizado, inequívoco, creado de manera teleológica racional, que excluyese tanto la vinculación a la tradición como a la arbitrariedad y, por ende, aceptase el derecho subjetivo únicamente como derivación o manifestación de normas objetivas", los "puritanos ingleses, ..., reclamaban un derecho de este tipo, sistemáticamente codificado"<sup>41</sup>. Sin embargo estas pretensiones fueron exitosamente resistidas por las corporaciones de juristas interesadas en la preservación de su derecho histórico. "El motivo de que en Inglaterra se hayan frustrado todos los intentos de codificación racional, así como la admisión del derecho romano, radica en la eficaz resistencia opuesta por el gran gremio de los abogados, capa de *honoraries* de cuyo seno han surgido los jueces de las grandes cortes de justicia. Estas personas han recibido una educación jurídica en forma de un arte empírico, altamente de-

sarrollado desde el punto de vista técnico, y han luchado con éxito contra los esfuerzos encaminados a la codificación de un derecho racional, esfuerzos que, procedentes sobre todo de los jueces eclesiásticos y temporalmente también de las universidades, constituían una amenaza para su posición social y material"<sup>42</sup>.

De allí que Weber afirme que Inglaterra obtuvo el primado capitalista no a consecuencia, sino en parte a pesar de la estructura de su derecho<sup>43</sup>. En otros pasajes Weber matiza estas afirmaciones sobre el derecho inglés, porque si bien éste no se conformó con una racionalización formal sistemática, sí cumplía las exigencias capitalista de un derecho calculable. Así lo dice al insistir en que la logicización del derecho que se dio en el pensamiento jurídico continental fue provocada por necesidades internas del pensamiento de los teóricos del derecho y no esencialmente codeterminada en modo alguno por necesidades como la de los burgueses. Sí hay una incidencia de los intereses burgueses en la existencia de un derecho "calculable", previsible, pero no necesariamente del tipo sistemático del racionalismo formal. La exigencia de un derecho calculable "... según la experiencia lo revela, .. puede ser satisfecha en la misma o mejor forma por un derecho empírico amorfo, ligado a precedentes"<sup>44</sup>.

Esta forma de dar coherencia a las ideas de Weber sobre las relaciones que guarda el capitalismo racional con un derecho previsible, se corresponde con la afirmación de Weber de que el capitalismo moderno sólo podía generarse: 1) allí donde, como en Inglaterra, los abogados que servían intereses capitalistas creaban la forma adecuada de los negocios y los jueces estaban ligados estrictamente al esquema calculable de los "precedentes"; o bien 2) en el moderno Estado occidental basado en la burocracia profesional y el derecho racional con un funcionamiento que en conjunto puede calcularse<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 734.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 608.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 733.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 608.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 635. Aquí Weber habla del derecho calculable como "derecho formal en sí mismo" distinto al pensamiento jurídico logicizado. Esta utilización del término formal no condice con el sentido más frecuente con que aparece en su obra y es una muestra más de la diversidad de significados con que es utilizado. Sobre la afirmación de que la estructura del Common Law puede llegar a ser incluso más favorable para el desarrollo capitalista cabe tener presente los comentarios de Weber sobre el caso de Canadá, donde ambos tipos de administración entraron en competencia y "...la forma anglosajona se ha mostrado superior y ha desplazado con relativa rapidez a la que nos es propia". *Ibidem*, pp. 658.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 1062. La cuestión del desarrollo capitalista en Inglaterra a pesar de su justicia empírica y su derecho sin pretensiones de sistematización racional, dieron lugar en la literatura sobre la sociología jurídica de Weber al llamado "problema de Inglaterra". Al respecto puede verse Ewing, Sally "Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber's Sociology of Law" en *Law & Society Review*, vol. 21,

De lo anterior podemos retener que para Weber la racionalización formal del derecho sistemático moderno no es más que una condición favorable para el desarrollo del capitalismo racional aunque no es la única forma de derecho con la cual tal capitalismo puede coexistir. Asimismo, que los intereses de las capas burguesas se encontraron entre los factores que allanaron el avance del derecho racional formal pero que no fueron el factor determinante para ello sino que las condiciones decisivas fueron aquellas internas de la esfera jurídica unidas a los factores políticos<sup>46</sup>. No hay en el capitalismo, como tal, afirma Weber "...ningún motivo decisivo de esa forma de racionalización del derecho que desde la época de la educación romanística universitaria de la Edad Media es característica del Occidente continental"<sup>47</sup>.

En estas ideas se visualiza la oposición de Weber a explicar el desarrollo de una esfera de acción social reduciéndola a alguna otra y al determinismo económico respecto del derecho en particular<sup>48</sup>. Las relaciones entre derecho racional formal y capitalismo, como apunta Febbrajo, aparecen en Weber no como una simple relación causa-efecto, sino como "...una más compleja relación de afinidad estructural y de complementariedad funcional adecuada para poner en evidencia que un ordenamiento jurídico racional-formal, producto como se ha visto de factores no necesariamente ni principalmente económicos, puede por un lado favorecer la formación de empresas capitalistas inspiradas por los mismos criterios de racionalidad formal y, por otro lado, puede ser reforzado y mayormente difundido, por una especie de *feed back*, gracias al apoyo de las clases capitalistas emergentes"<sup>49</sup>.

### Derecho racional formal y dominación legal

Uno de los elementos más divulgados de la sociología de Weber son los tipos ideales de que se vale

en su sociología de la dominación. Ellos son la dominación tradicional, la de carácter carismático y la dominación racional o legal. Esta última es caracterizada como aquella que descansa "...en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)"<sup>50</sup>. Entre las ideas que sostienen a la dominación legal se encuentra la de que "...todo derecho según su esencia es un cosmos de reglas abstractas por lo general estatuidas intencionalmente; que la judicatura implica la aplicación de esas reglas al caso concreto; y que la administración supone el cuidado racional de los intereses previstos por las ordenaciones de la asociación, dentro de los límites de las normas jurídicas y según principios señalables que tienen la aprobación o por lo menos carecen de la desaprobación de las ordenaciones de la asociación"; así como, "...el que obedece ...sólo obedece "al derecho"" y que el soberano legal "...obedece por su parte al orden impersonal por el que orienta sus disposiciones"<sup>51</sup>.

A la vista de estas precisiones de Weber sobre el tipo de dominación legal, se aprecia la vinculación que con ella guarda la descripción que hace del proceso de racionalización formal seguido por el derecho occidental. Este último proceso, recordemos, es el que ha conducido hacia el predominio de un derecho sistemático, legalmente estatuido, cuya aplicación supone la sublimación lógica de preceptos jurídicos y la deducción de soluciones para el caso particular. Tengamos presente, además, que la burocratización del Estado moderno ha sido uno de los factores políticos de mayor influencia para el proceso de racionalización formal del derecho y es justamente el poder burocrático racional el que se corresponde con la forma más pura de la dominación legal.

Por otra parte, el proceso de racionalización del derecho occidental alcanza su última etapa con la

Nº 3, 1987, pp 487-511. La autora se inclina por una interpretación similar a la que hemos sostenido, aunque poniendo énfasis en una distinción entre formalización del pensamiento jurídico frente a formalización del sistema jurídico, basada en el pasaje de Weber que citamos en la nota anterior y donde utiliza la expresión "derecho formal" de un modo que para nosotros no es el más usual en los escritos weberianos.

<sup>46</sup> En tal sentido Rossi, Piero "Il processo di razionalizzazione del diritto e il rapporto con l'economia" en Treves, R. (ed.) Max Weber e il diritto, op. cit., pp. 21 y ss.

<sup>47</sup> Economía y sociedad, p. 658. El "...capitalismo moderno se desarrolla igualmente y presenta los mismo rasgos en lo económico, no sólo bajo ordenamientos jurídicos que, desde el punto de vista del derecho, poseen normas e instituciones radicalmente diferentes... sino tratándose de ordenamientos jurídicos que difieren radicalmente en su estructura formal", pp. 655.

<sup>48</sup> Recuérdese que una de las tesis centrales de la sociología del derecho de Weber es mostrar que la economía puede aprovechar y difundir instituciones jurídicas, pero que éstas son "inventadas" según una dinámica propia de la técnica jurídica peculiar de cierto derecho. Weber, M. Economía y sociedad, op. cit., p. 550.

<sup>49</sup> "Capitalismo, stato moderno...", op. cit., p. 55.

<sup>50</sup> Weber, M., Economía y sociedad, p. 172.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 174 y s.

pérdida de capacidad legitimadora del derecho natural racional. En parte "...debido al racionalismo jurídico, en parte por la esceptis del moderno intelectualismo en general, la axiomática iusnaturalista ha caído actualmente en un hondo descrédito. En todo caso ha perdido la capacidad de ser fundamento de un derecho. Comparadas con la robusta fe en el carácter positivo de revelación religiosa de una norma jurídica, o en la inviolable santidad de una tradición secular, las normas obtenidas por abstracción, incluso las más convincentes, tienen en este aspecto una estructura demasiado sutil"<sup>52</sup>.

Si no cabe ya atribuir legitimidad al orden imperante en virtud de la tradición, ni de la creencia afectiva en lo revelado, ni tampoco por una creencia racional con arreglo a valores (propia del derecho natural), según el instrumental conceptual weberiano debemos concluir que el derecho moderno plenamente secularizado es obedecido por la fe en la legalidad<sup>53</sup>. Así dice Weber que la "...forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la *legalidad*: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos"<sup>54</sup>. En la misma línea de apreciaciones podemos ubicar lo señalado por Weber sobre la extinción del arraigo metajurídico del derecho que correspondía "...a ese desarrollo ideológico que aumentó el escepticismo frente a la dignidad de los preceptos aislados del ordenamiento jurídico concreto, pero que, precisamente por ello, fomentó extraordinariamente la *total* sumisión a la autoridad, valorizada ahora sólo de modo utilitario, de los poderes que se ostentaban como legítimos"<sup>55</sup>.

Se puede apreciar así cómo la situación en que culmina la racionalización formal del derecho, por el agotamiento del derecho natural como fundamento de legitimación y por el triunfo del poder burocrático en el Estado moderno, se corresponde con una dominación legal cuya legitimidad se sustenta en la fe en la

legalidad. Este es uno de los aspectos del análisis weberiano que motivan los comentarios críticos expuestos en el apartado final de nuestro trabajo.

### Tendencias a la materialización del derecho moderno

En su sociología del derecho Max Weber se ocupa fundamentalmente de la racionalización formal del derecho, mientras que la cuestión de la racionalidad material queda mayormente marginada<sup>56</sup>. Como lo declara al inicio de su "Sociología del derecho", Weber se interesa en el examen de las circunstancias que mayor influjo ejercieron sobre las cualidades de orden formal del derecho, de su creación y de su aplicación, y fundamentalmente las que se refieren al grado y manera de racionalización del derecho<sup>57</sup>. Para Weber ambos tipos de racionalización se encontraban en relación antitética y bajo ese enfoque dedica algunos importantes pasajes al tratamiento de ciertas tendencias hacia la materialización que surge en el derecho moderno, opuestas al alto grado de racionalización formal que el mismo ha alcanzado. Nos interesa aquí detenernos a comentar aquellas tendencias que surgen en el ambiente de los juristas, como cuestionamiento a las ideas del pensamiento jurídico imperante, y aquellas que corresponden a reclamos de los sectores económicamente desfavorecidos de la economía capitalista.

Weber ubicaba a la dogmática jurídica entre las disciplinas científicas de la modernidad y que por lo tanto respetaba los límites del conocimiento racional, en tanto "...se limita a constatar lo que es válido según las reglas del pensamiento jurídico, en parte estrictamente lógico y en parte vinculado por unos esquemas convencionalmente construidos. Su función es la de determinar *cuándo* son obligatorias determinadas normas jurídicas y determinados métodos de interpretación"<sup>58</sup>. Los postulados en que se basa la investigación jurídica en aquellas ramas en

las que ha alcanzado el grado más alto de racionalidad metódica (el derecho privado, según Weber) son: a) toda decisión jurídica concreta representa la "aplicación" de un precepto abstracto a un "hecho" concreto; b) que sea posible encontrar, en relación con cada caso concreto, gracias al empleo de la lógica jurídica, una solución que se apoye en los preceptos abstractos en vigor; c) el derecho objetivo vigente es un sistema "sin lagunas" de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de la aplicación del mismo a casos singulares; d) todo aquello que no es posible "constituir" de un modo racional carece de relevancia para el derecho; e) la conducta de los hombres que forman una comunidad tiene que ser necesariamente concebida como "aplicación" o "ejecución" o, por el contrario, como "infracción" de preceptos jurídicos<sup>59</sup>.

Entre los juristas surgen reacciones contra este pensamiento. Se cuestiona la ficción de la plenitud hermética del derecho y se denuncia que ante las omisiones sólo en apariencia hay interpretación y la decisión es emitida no de acuerdo con normas formales, sino con juicios concretos de valor. Pero se va mucho más lejos que esto -Weber se refiere a la escuela del "derecho libre"- y se dice que en muchos casos habría que prescindir de la referencia a las normas abstractas y "...admitir estimaciones enteramente concretas, es decir, una decisión no sólo no formal sino incluso irracional"<sup>60</sup>. Se postula también dar prioridad a las reglas "vigentes" en la real cotidianeidad de la vida, obteniéndose una fundamentación sociológica de la jurisprudencia. Hay también una preferencia por el derecho basado en precedentes frente a los derechos legislados como una forma de aproximación a la vida jurídica, pero al mismo tiempo aparece la pretensión de que los precedentes no sean obligatorios más allá del caso singular, a favor de la libre apreciación de los posibles juicios de valor inevitablemente concretos. En contraste con este irracionalismo valorativo aparece por otra parte el ensa-

yo de reimplantar un criterio axiológico objetivo. Frente a la realidad de "...un derecho mudable y en gran medida "técnico" resurge la idea nostálgica de un derecho ultrapositivo"<sup>61</sup>. Tal es la propuesta de derecho natural de los dogmáticos católicos y el ensayo tendiente a obtener en forma deductiva criterios objetivos de valor, partiendo de la "esencia" del derecho.

Para Weber se trata de una reacción producto de una constelación histórica de intereses de capas intelectuales. Ante el aumento del derecho legislado y, sobre todo, de las codificaciones sistemáticas, los juristas académicos se sienten fuertemente amenazados en su significación y también en las probabilidades de libertad de movimiento del pensamiento científico. Es una paradójica manifestación de la intelectualización a la que ha llegado el pensamiento jurídico. Todas "...las especies, precisamente también las irracionistas, 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 presupuestos, del pensamiento jurídico. Pues en cuanto no tienen en sí mismas carácter racionalista son, sin embargo, como formas de la fuga hacia lo irracional, un resultado de la racionalización creciente de la *técnica* jurídica, fenómeno paralelo al de la irracionalización de lo religioso"<sup>62</sup>. Pero ante todo, lo que condiciona estos movimientos es la aspiración de los juristas prácticos modernos hacia la elevación del sentimiento de dignidad estamental por el fortalecimiento de la conciencia de poder<sup>63</sup>.

Otra fuente de tendencias antiformalistas es reconocida por Weber en los modernos problemas de clase de los cuales surgen "...diversas exigencias materiales dirigidas al derecho de parte de un sector de los particulares (principalmente la clase trabajadora) y de parte de los ideólogos juristas que repudiaban la vigencia exclusiva de ...criterios de moralidad mercantil y exigían un derecho social sobre la base de patéticos postulados morales ("justicia", "dig-

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 646.

<sup>53</sup> Esto responde a las formas de legitimidad que Weber presenta en los "Conceptos sociológicos fundamentales". *Ibidem*, p. 29.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 647. Este último pasaje de Weber resulta interesante por conectar la dominación legal imperante con la acción racional con arreglo a fines, al hablar de la valoración sólo utilitarista de la autoridad. El problema de qué tipo de acción social es el que corresponde a cada tipo de dominación es uno de los temas que ha ocupado a los especialistas en la obra de Weber y que aquí no podemos abordar. Al respecto ver Schluchter, W., *The Rise of Western Rationalism...* cit, pp. 128 y ss.

<sup>56</sup> En igual sentido Schluchter, *Ibidem*, pp. 87 y s.

<sup>57</sup> *Economía y sociedad*, p. 509.

<sup>58</sup> Weber, M., *El político y el científico* cit., p. 210. Abunda diciendo que no responde "...a la cuestión de si debe existir el Derecho o de si deben establecerse precisamente esas normas y no otras; sólo puede indicar que si quiere obtenerse tal fin, el medio apropiado para alcanzarlo, de acuerdo a nuestro pensamiento jurídico, es tal o cual norma", *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Economía y sociedad*, pp. 511 y s.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 653.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 654 y s.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 655. Esta apreciación es equivalente a la que hace sobre el romanticismo como intento de emancipación del racionalismo que se dirige a una intelectualización de lo irracional. Esta era una de las vías por la que el hombre moderno busca "vivencias", producto de una debilidad, "...pues debilidad es la incapacidad para mirar de frente el rostro severo del destino de nuestro tiempo", el de la disputa de los valores particulares dado el desencantamiento del mundo occidental. Weber, M., *El político y el científico*, op. cit., pp. 206 y 218.

<sup>63</sup> Weber, M., *Economía y sociedad*, pp. 655 y s.

nidad humana”, etc.). Pero esto pone radicalmente en cuestión el formalismo del derecho, pues la aplicación de conceptos como el de “la explotación del estado de necesidad” (en la ley sobre la usura), o los ensayos tendientes a repudiar, considerándolos como inexistentes, los contratos leoninos, fundamentalmente descansan, desde el punto de vista jurídico, sobre normas antiformalistas, que no tienen carácter jurídico, convencional o tradicional, sino puramente ético, y pretenden representar una justicia material en vez de una legalidad formal<sup>64</sup>. Estos son, para Weber, “...influjo sobre el derecho y la práctica jurídica, condicionados principalmente por exigencias sociales de la democracia y por la burocracia monárquica del estado providente”<sup>65</sup>.

Aquí se pone en evidencia la disyunción que Weber encontraba en la tendencia “democrática”, entendiéndola por ello a toda tendencia de reducción a lo mínimo del “dominio”. 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. Sin embargo, cuando en alguna cuestión particular el *ethos* domina a la masa —y queremos prescindir completamente de otros instintos—, los postulados de la “legalidad” material encaminados al caso concreto y a la persona chocan inevitablemente con el formalismo y con la fría “objetividad” normativa del régimen de gobierno burocrático, de suerte que entonces debe rechazarse emotivamente lo que había sido racionalmente exigido”<sup>66</sup>. Son las masas desposeídas las que más resultan insatisfechas ante “...la “igualdad jurídica” formal y la justicia y el gobierno “calculables”, tal como lo exigen los intereses “burgueses”. Para tales masas, el derecho y el gobierno tienen que estar al servicio de la nivelación de las probabilidades de vida económicas y sociales frente de los poderosos, y solamente pueden desempeñar esta función cuando asumen un carácter no formal, es decir, un carácter sustancialmente “ético” (o de “Cadi”)”. Esto es una clase de “justicia popular”, que no suele inte-

resarse por “razones” y “normas” racionales, oponiéndose al curso racional de la justicia y el gobierno<sup>67</sup>.

Por más que se impulse el debilitamiento del racionalismo formal del derecho, sea por exigencias de justicia material de ciertas clases o ideologías, o sea motivado por las pretensiones de poder de los mismos juristas, “...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 un 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, determinada por condiciones generales, al derecho en vigor, mas no puede ser eludido”<sup>68</sup>.

Dado el destino a una creciente racionalización técnica del derecho moderno occidental, para Weber, las exigencias que se hagan por la transformación del derecho según criterios materiales de justicia se equiparan a las posturas antilogicistas y englobados en una tendencia hacia el debilitamiento de la racionalidad formal del derecho. Esta conclusión que se desprende del análisis weberiano es también una de las cuestiones que en el siguiente apartado final nos interesa comentar críticamente.

### Derecho, racionalidad y legitimidad

Luego de haber tratado algunos de los principales temas que estructuran la formidable sociología jurídica de Max Weber queremos concluir con el planteamiento de problemas a los que da lugar su enfoque sobre la racionalización del derecho occidental moderno.

En cuanto al proceso de racionalización del derecho, como hemos tenido oportunidad de destacar, Weber se interesa por la creciente especialización y sistematización técnica del mismo. Su enfoque no abarca la trayectoria seguida por el derecho moder-

no en cuanto a su relación con una moral secularizada y no tradicional, que es también otra evolución que tuvo lugar en las sociedades occidentales. Con esto queremos aludir a los problemas de justicia y las exigencias de legitimidad que debe asumir el derecho moderno cuando han caído los referentes metafísicos del derecho natural religioso y el derecho natural racional.

La limitación del planteamiento weberiano a este respecto se hace particularmente evidente en su propuesta del tipo de legitimidad de la dominación legal. Habiendo perdido su capacidad legitimadora el derecho natural racional, Weber postula que en los estados modernos se considera legítimo el orden vigente porque se cree en la legalidad<sup>69</sup>. Cuando más exigente parece que se vuelven las posibilidades de legitimación, dado el grado de secularización y pensamiento crítico desarrollado, Weber plantea una casi supresión del problema de la legitimidad por la vía de atribuir a los sujetos una fe en la legalidad. Esta extraña idea de la sacralización de la ley se expresa también en la atribución que hace Weber de una “...creencia en la santidad del formalismo jurídico...” como característica de la administración de justicia en el derecho continental<sup>70</sup>. Cabe conjeturar, como sugiere Habermas, que Weber está pensando en un nuevo tipo de tradicionalismo o un tradicionalismo de segundo orden que desproblematiza los complejos supuestos sobre los que se asientan las instituciones surgidas de los procesos de racionalización, como cuando Weber indicaba que la validez empírica de un orden racional, precisamente por serlo, vuelve a tener su punto de gravedad en el ascenso y obediencia de lo acostumbrado, a lo que se repite siempre<sup>71</sup>. Pero como el mismo Weber de algún modo reconocía, esta actitud del sujeto moderno se basa en la con-

fianza en que si se plantea una problematización de estas cuestiones entonces la respuesta no consistirá en la apelación a poderes ocultos<sup>72</sup>. Por lo que insistimos en que el “desencantamiento de las vías jurídicas”, como denomina Schluchter al proceso de racionalización jurídica analizado por Weber, en el marco de un mundo racionalizado e intelectualizado, no se corresponde con la suposición de que en la modernidad los problemas de legitimidad quedan resueltos por una fe en la legalidad.

Como problema teórico de esta forma de legitimidad de la dominación legal se ha planteado, justamente, que ella carece de un núcleo normativo reconocible o una idea inmanente de justicia en que se sustente la obediencia de los sujetos. Mientras que en las demás formas de legitimidad que Weber describe en los “Conceptos sociológicos fundamentales”<sup>73</sup> puede reconocerse una noción de justicia, sea de carácter cosmológico, sea de carácter religioso o jusnaturalista, a la dominación legal se la ubica como un tipo más de legitimidad aunque carezca de tal núcleo normativo, desacierto teórico que no ha dejado de generar serias confusiones en el estudio de la legitimidad de los regímenes políticos<sup>74</sup>. Además, como planteó Wolfgang Mommsen y otros han reiterado, el tipo ideal de dominación legal, utilizado para el estudio del Estado moderno, carece de aptitud para distinguir entre estados totalitarios y estados democráticos<sup>75</sup>.

Lo que asimismo queda oscurecido en el análisis de Weber es que la legitimidad del Estado racional a partir del siglo XIX se sustentaba no en la característica de abstracción formal de su legislación sino en los principios moral y políticamente densos del liberalismo que postulaba la separación entre Estado y sociedad, la naturalidad de los mecanismos del mer-

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 653.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 653.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 735.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 735 y s.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 660.

<sup>69</sup> Sobre los debates generados por el tipo de la dominación legal cuyo fundamento (la creencia en la legalidad) aparece para muchos como insuficiente, ver Fariñas Dulce, M. J., *La sociología del derecho...* cit., pp. 318 y ss.

<sup>70</sup> *Economía y sociedad*, op. cit., p. 659.

<sup>71</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Buenos Aires, 1.989, p. 345.

<sup>72</sup> Nos referimos al pasaje ya citado de “La ciencia como vocación” cuando Weber muestra cuál es la específica diferencia entre la situación del sujeto moderno dado el desencantamiento de su mundo, *El político y el científico*, op. cit., p. 200.

<sup>73</sup> Ver nota 52.

<sup>74</sup> Guariglia, Osvaldo, *Ideología, verdad y legitimación*, Sudamericana, Buenos Aires, 1986, pp. 283 y s. (hay segunda edición de esta obra en Fondo de Cultura Económica, México, 1.993). Este autor encuentra que el escepticismo ético de Weber se desliza hacia su teoría sociológica dando lugar a una idea mutilada de la racionalidad moderna, con todo el peso del lado del desarrollo racional-instrumental y desestimando como pura ilusión toda hipótesis empírica sobre el desarrollo paralelo la racionalidad práctico-moral, en la misma línea crítica que Habermas desarrolla en *Teoría de la acción comunicativa I*, op. cit., pp. 314 y ss.

<sup>75</sup> Mommsen, Wolfgang, *Max Weber et la politique allemande*, Paris, Presses Universitaires de France, 1.985, capítulo X.

cado y la autonomía del ciudadano basada principalmente en la garantía de las libertades civiles y, en una forma más precaria, de sus libertades políticas. A la vista de este ideario político y moral de legitimación, los reclamos por mejoras en las condiciones materiales de existencia de los grupos económicamente débiles pueden ser considerados como una reformulación de la idea de autonomía ciudadana.

Las exigencias de justicia distributiva proveniente de los grupos sociales más desfavorecidos, que Weber identifica como una las tendencias hacia la materialización del derecho, se corresponden con lo que durante el siglo XX se desarrollará como proyecto del Estado social<sup>76</sup>. Este proyecto logró insertarse en las ideologías democráticas bajo la idea de que la intervención estatal resulta necesaria para asegurar las pre-condiciones sociales de una genuina autonomía ciudadana. En el enfoque de Weber, en cambio, tienden a aparecer como reclamos que no se corresponden con el proceso de racionalización formal, quedando equiparados a las posturas antilogicistas, las irracionistas y tradicionalistas respecto al derecho. En el tratamiento conjunto de estas distintas posturas frente al derecho moderno surge la adjetivación de “nostálgicas” o “patéticas”, es decir, todas pueden tenerse genéricamente como regresivas y carentes de una visión lúcida del “destino” del derecho de nuestro tiempo<sup>77</sup>.

Weber también entiende que los reclamos de justicia sustantiva están destinados a consagrar están-

dares informales de apreciación concreta o particular, por lo tanto a aumentar la arbitrariedad de la administración y de la jurisdicción. Ciertamente no ha dejado de ser acertada la advertencia de Weber sobre los derroteros que podían seguir las políticas sociales apartadas del formalismo jurídico previniendo contra la regresión a cierto neo-patriarcalismo<sup>78</sup>. Pero el problema es que Weber es uno de los que inicia la muy extendida corriente de opinión según la cual los reclamos de medidas contra las situaciones de privación material son necesariamente incompatibles con una regulación de legalidad formal, de firmes garantías contra la arbitrariedad<sup>79</sup>. Contra ello sostenemos la idea de que los programas de prestaciones sociales pueden desarrollarse con normativas regulatorias de alcance general y contenido tan preciso como el que se atribuye a la legalidad del siglo XIX. Si ese no ha sido siempre el curso seguido durante el siglo que concluye, no obedece a razones de incompatibilidad lógica, sino a particulares factores políticos y económicos<sup>80</sup>.

El planteamiento teórico de Weber se priva así también de analizar a los derechos sociales, en tanto prestaciones que cubran necesidades básicas para hacer efectiva la autonomía ciudadana, como parte de los desafíos de legitimidad que tiene que asumir un derecho desencantado en una época de razón posmetafísica, y cuyo desarrollo jurídico preciso y estable puede evitar que den lugar a un incremento de la arbitrariedad en el poder administrativo y jurisdiccional.

<sup>76</sup> Así es también interpretado por Fariñas Dulce, María José, “Crisis de la racionalidad formal del derecho moderno” en *Oñati Proceedings* - 2, 1990, pp. 156; y Scheuerman, Bill “The Rule of Law and the Welfare State: Toward a New Synthesis” en *Politics & Society*, Vol. 22 N° 2, junio 1.994, pp. 195 y ss.

<sup>77</sup> Algo similar parece ocurrir con cualquier planteo que se aparte del modelo de ciencia jurídica que Weber considera como racional y técnicamente ajustado. Este modelo supone como tarea del dogmático la dilucidación del contenido objetivo, lógicamente correcto de preceptos jurídicos, en clara correspondencia con los postulados de la jurisprudencia de conceptos. Acerca del modelo de dogmática jurídica al que Weber adhería ver Fariñas Dulce, M. J., *La sociología del derecho...* cit., pp. 64 y s.; Schiera, Pierangelo, “Max Weber e la scienza giuridica tedesca dell'Ottocento” en Treves, R., *Max Weber e il diritto* cit., pp. 85 y ss; y Marra, Realino, “Max Weber: sociología del diritto e scienza giuridica” en *Sociología del diritto*, XV, N° 3, 1988, pp. 123 y ss. Weber no asumía las decisiones valorativas implícitas y ocultadas que se dan en la interpretación jurídica conforme a la jurisprudencia de conceptos ni se planteaba la posibilidad de modelos racionales que reconozcan la conexión interpretativa entre derecho y moral, tales como los que aportan las actuales teorías de la argumentación jurídica sin que puedan ser equiparadas a posturas antilogicistas o de regreso a la metafísica del derecho natural.

<sup>78</sup> Schluchter, W., *The Rise of Western Rationalism* cit., pp. 56 y s.

<sup>79</sup> Estos planteos weberianos serán abusivamente aprovechados por el movimiento conservador contra el Estado social. Así en el caso de Ernst Forstthoff al que aludimos en la nota 1.

<sup>80</sup> Al respecto ver Ferrajoli, Luigi, “Stato sociale e stato di diritto” en *Política del diritto*, a. XIII, n. 1, marzo 1982, pp. 50 y s.; Id., *Derechos y garantías*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 110 y s.; Scheuerman, Bill, “The Rule of Law and the Welfare State ...”, pp. 206 y ss.

## Bibliografía

- COUTU, Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, Droit et société 15, Paris, 1995.
- EWING, Sally “Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber’s Sociology of Law” en *Law & Society Review*, vol.21, N° 3, 1987, pp 487-511.
- FARIÑAS DULCE, María José *La sociología del derecho de Max Weber*, México, UNAM, 1.989.
- FARIÑAS DULCE, María José, “Crisis de la racionalidad formal del derecho moderno” en *Oñati Proceedings* - 2, 1990, pp. 153-162.
- FERRAJOLI, Luigi, “Stato sociale e stato di diritto” en *Política del diritto*, a. XIII, n. 1, marzo 1982, pp. 41-52.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999.
- FREUND, Julien, “La rationalisation du droit selon Max Weber” en *Archives de philosophie du droit*, vol. 23, 1978, pp. 69-92.
- FORSTHOFF, Ernst, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. L. Riegert y C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1.973.
- GUARIGLIA, Osvaldo, *Ideología, verdad y legitimación*, Sudamericana, Buenos Aires, 1986.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Buenos Aires, 1.989.
- MARRA, Realino, “Max Weber: sociología del diritto e scienza giuridica” en *Sociología del diritto*, XV, N° 3, 1988, pp.117-131.
- MOMMSEN, Wolfgang, *Max Weber et la politique allemande*, Paris, Presses Universitaires de France, 1.985.
- SCHUEYERMAN, Bill “The Rule of Law and the Welfare State: Toward a New Synthesis” en *Politics & Society*, Vol. 22 N° 2, junio 1.994, pp. 195-213.
- SCHLUCHTER, Wolfgang *The Rise of Western Rationalism. Max Weber’s Developmental History*, trad. Guenter Roth, Berkeley/London, University of California Press, 1,985.
- TREVES, Renato (ed.) *Max Weber e el diritto*, Franco Angeli Ed., Milano, 1.981.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, trad. J. Medina Echevarría, J. Roum Parella, E. Imaz, E. García Mainez, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 1.964.
- WEBER, Max, *El político y el científico*, trad. Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1967.
- WEBER, Max, *Ensayos sobre metodología sociológica*, trad. José Luis Etcheverry, Amorrortu ed., Buenos Aires, 1973.
- WEBER, Max, *Ensayos sobre sociología de la religión I*, trad. José Almaraz y Julio Caravana, Taurus, Madrid, 2ª. Edición, 1987.