

# TENDENCIAS EVOLUTIVAS EN EL DERECHO \*

Law evolutionary trends

Manfred REHBINDER

Universidad de Bielefeld (Alemania)

ACFS, 1973, núm. 13, fasc. 1.

## RESUMEN

Manfred Rehbinder (Berlín 1935), asistente de Ernst E. Hirsch, se habilita en la Freie Universität Berlin, profesor en las Universidades de Bielefeld (1969-1973) y Zúrich (1973-2003), y es —así lo señala por ejemplo Alfons Bora— uno de los precursores de la sociología jurídica de carácter empírico. Sin embargo, el texto que se presenta, y que fue publicado en los Anales en su número dedicado a la sociología del derecho (número 13, 1973), posee un carácter eminentemente teórico. Apoyándose en el conocimiento del derecho positivo alemán, Manfred Rehbinder traza una serie de tendencias generales que resultan de gran utilidad para comprender los notables cambios que acaecían en aquel entonces y cuyos ecos resuenan en la actualidad: el síntoma novedoso se ha convertido hoy en lugar común. La racionalización del derecho, su homogeneización, el incremento de la materia, las estructuras jurídicas y el apoyo del derecho en paradigmas científicos son las líneas evolutivas a las que se presta atención en este trabajo.

**Palabras clave:** Sociología del derecho, globalización.

## ABSTRACT

Manfred Rehbinder (Berlin 1935), assistant to Ernst E. Hirsch, obtained his habilitation in the *Freien Universität Berlin*, and taught at the universities of Bielefeld (1969-1973) and Zürich (1973-2003). He is —as suggested, for instance, by Alfons Mora— one of the greatest precursors of empirical socio-legal studies, part of these works having been published by the German Ministry of Justice. However, the text that is presented, and which was published in the *Anales* in an issue devoted to legal sociology (issue 13, 1973), is of a predominantly theoretical character. Using his knowledge of positive German law,

---

\* Traducción de Federico Fernández-Crehuet López. [Nota del traductor]

Este artículo es la antesala de *Rechtssoziologie*, texto clásico de Rehbinder publicado en 1977, en el número 2853 de la colección Göschen de la prestigiosa editorial Walter de Gruyter. En 1981, fue traducido al español por Gregorio Robles Morchón y publicado por ediciones La Pirámide. El trabajo que aquí se presenta bajo el título “Tendencias evolutivas del derecho” posee grandes similitudes con el capítulo cuarto de aquella monografía titulado “La estructura del derecho y la estructura de la sociedad. Las tendencias del desarrollo en la sociedad actual”.

Manfred Rehbinder sketches a number of general trends that turn out to be very useful to understand the changes taking place at that time, and whose implications can be still felt nowadays: the novel symptom has now become a commonplace. The rationalization of law, its increasing homogeneity, the increase in legal matters and structures, the use of scientific paradigms by the law, are the tendencies in which this work is focused.

**Key words:** Legal sociology, globalization.

La sociedad moderna se ha de comprender como una sociedad de crisis y tránsito. No solo los denominados países en vías de desarrollo, sino también las naciones industrializadas, ya sean de tipo occidental u oriental, se encuentran en un proceso de cambio, cuyas dinámicas se comprenden gracias a los galopantes desarrollos técnicos y científicos que, además, se incrementan constantemente. Las estructuras del orden de la sociedad actual se encuentran, igualmente, en crisis, es decir, en un estadio de interferencia, en el que las ideas del viejo orden pugnan con las del nuevo. Estas últimas se afirman e imponen en la correspondiente integridad social, pluralista y operativa. En el derecho —uno de los órdenes sociales más importantes— también se puede observar un proceso de cambio cuyos resultados no están claramente determinados, pero a partir de los cuales se pueden colegir ciertas tendencias evolutivas. La siguiente exposición, que se ocupa principalmente del ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, muestra seis tendencias evolutivas del derecho, que, más o menos, se presentan interrelacionadas y entretejidas. Éstas caracterizan el estado jurídico actual como una suerte de amalgama de estructuras jurídicas heredadas y nuevas que conducen a una situación de tensión. Tales tensiones se dejan notar en la actualidad con tal virulencia que se habla de una “crisis del derecho”.

## 1. LA TENDENCIA HACIA UNA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO

En su obra *Wirtschaft und Gesellschaft*, en concreto en la parte dedicada al derecho, Max Weber plateó su tesis sobre la creciente racionalización del derecho:

“El desenvolvimiento general del derecho y del procedimiento, estructurado en etapas teóricas de desarrollo, conduce de la revolución carismática, a través de profetas jurídicos, a la creación y aplicación empírica del derecho por notables (creación cautelar de acuerdo con los precedentes); después a la imposición del derecho por *imperium* profano y por los poderes teocráticos y, por último, el derecho sistemáticamente estatuido y la aplicación del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico formal. Las cualidades formales del derecho se desarrollan partiendo de una combinación del formalismo mágicamente condicionado y de la irracionalidad, condicionada por la revelación, del procedimiento jurídico primitivo, eventualmente a través de una racionalidad material y antiformalista racional con arreglo a fines condicionada teocrática y patricializada y, por tanto, lógica y, con ello hacia una mayor sublimación lógica

y una creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacia una técnica crecientemente racional del procedimiento jurídico”<sup>1</sup>.

a) Esta tesis evolutiva de cuño weberiano se ratifica por el derecho de la actualidad. Es acertado, en cualquier caso, el abandono de lo irracional. La decisión de un caso jurídico no se encuentra intuitivamente con la ayuda de valores éticos, políticos o sentimentales determinados, tal y como era, por ejemplo, el caso de la justicia del Cadí, sino por medio de reglas abstractas. En la mayoría de los supuestos, tales reglas se toman de fuentes jurídicas escritas. Pero en el caso especial de la laguna jurídica, el jurista no decide según su buen parecer sino siguiendo el imperativo categórico kantiano. El famoso artículo 1, párrafo 2º del Código civil suizo lo expresa del siguiente modo: “Si de la ley no se pudiese aplicar precepto alguno, el juez debe decidir por medio de la costumbre, en caso de ausencia de ésta, deberá decidir según la regla que él hubiera dictado como legislador”.

La técnica de los juristas especializados, que desarrollaron tal creación jurisprudencial del derecho racionalizado, es sencilla de aprender. La adquisición de las correspondientes habilidades no tiene nada que ver con talentos específicamente no racionales como, por ejemplo, las cualidades carismáticas. Igualmente el procedimiento judicial, esto es, el modo de proceder del tribunal, renuncia a medios que no sean controlables racionalmente, como los oráculos o los juicios divinos.

Incluso el surgimiento de normas que, en un primer momento, parece algo poco racional, corresponde, desde un punto de vista psicológico social, a determinadas necesidades psíquicas de la comunidad jurídica. Hoy en día, la valoración de una norma jurídica se juzga por su utilidad instrumental, esto es, según su idoneidad para alcanzar conscientemente objetivos determinados socialmente y no como antaño por sus cualidades formales (origen proveniente de viejas épocas o de la revelación divina).

b) En cuanto a la tesis evolutiva de Weber, ciertamente trasciende el abandono de lo irracional, pero no da en el clavo completamente respecto al derecho actual. A saber, Weber diferencia en el seno del derecho racional dos estadios evolutivos. El primero se refiere al derecho racional material, en el que la decisión formal quiebra los mandatos generales de la ética o de la política. El segundo nivel es el derecho racional formal que procede exclusivamente de modo lógico sistemático. La denominada jurisprudencia de conceptos, que Weber vivió en su época de mayor apogeo a finales del siglo pasado, es vista por este autor como la meta final del proceso de racionalización jurídica. En aquel momento, por medio de conceptos abstractos y con la ayuda de la denominada lógica jurídica y del dogma de la au-

---

1. [NT] La traducción está tomada, salvo alguna mínima modificación, de la edición española de *Economía y Sociedad* de Max Weber publicada en Fondo de Cultura Económica en 1944 y traducida por José Medina Echeverría, Juan Roura Parella, Eduardo García Maynez, Eugenio Imaz y José Ferrater Mora.

sencia de lagunas del ordenamiento jurídico, se deducían a partir del ordenamiento jurídico todas las decisiones individuales necesarias del derecho positivo.

Tal tipo de “matemática conceptual” ha cedido a causa de los intereses dominantes en la actualidad —o bien debido a la jurisprudencia de valores—, reconociendo la existencia de lagunas y, en el sentido de los principios racionales materiales, también tiene presente criterios meta-jurídicos al margen de la envoltura conceptual. En amplios sectores del ordenamiento jurídico ha acaecido el cambio temido por Weber, a saber, el ordenamiento jurídico liberal y formal se ha convertido en un “derecho social” antiformal, el cual posee multitud de conceptos jurídicos indeterminados que requieren de interpretación (por ejemplo, derechos humanos), que funcionan por medio de cláusulas generales y se refieren a órdenes extrajurídicos (buena fe, buenas costumbres, etc.). La indiscutible oposición entre principios formales y materiales de la jurisprudencia, de la cual habló Weber, se mantiene hoy en día en aras a que el derecho, en la medida de lo posible, pueda ofrecer, con celeridad, respuesta a las cambiantes circunstancias de su entorno. El derecho debe permanecer flexible sin por ello renunciar al objetivo de la seguridad jurídica (formal), esto es, la predictibilidad de las decisiones jurídicas que afectan a los sometidos al derecho. Por tanto, ya no se aspira a una racionalidad exclusivamente formal sino a una justicia de carácter material.

## 2. LA TENDENCIA A LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO

La evolución de la técnica y, especialmente, la fuerza de las circunstancias originada por la propia técnica producen la uniformidad de la sociedad actual. Esto tiene como consecuencia, una tendencia a la uniformidad del derecho y, concretamente, una uniformidad en lo espacial, en lo personal y desde el punto de vista objetivo.

a) La uniformidad de las normas jurídicas, en lo que respecta a su validez espacial, se produce tanto en el interior de los ordenamientos jurídicos racionales como también más allá de sus límites. En el interior de los ordenamientos jurídicos, la uniformidad se muestra en la acentuación del monopolio jurídico del Estado y en la uniformidad de la creación legislativa y judicial del derecho.

La teoría del monopolio jurídico del Estado revierte el fundamento de la validez de todo derecho al Estado y le reserva la ejecución de las normas jurídicas por medio de la coacción directa. El derecho de los sujetos colectivos (derecho de asociación, derecho eclesiástico, derecho de los convenios colectivos, condiciones generales de contratación) nace genéticamente en el exterior de la legislación estatal. A diferencia de tiempos anteriores, su cualidad jurídica se deduce de que el Estado, en ciertos campos, concede autonomía de creación jurídica a los entes colectivos.

De este modo es posible que los tribunales estatales puedan comprobar, de forma limitada, tanto las normas como las decisiones de los órganos jurisprudenciales de los entes colectivos (tribunales gremiales, tribunal de arbitraje).

Tras la última guerra mundial, la vuelta a la forma estatal federativa ha causado una dispersión jurídica en el seno del derecho legislado, de tal modo que la competencia legislativa corresponde a los *Ländern*. Mientras tanto se han producido, sin embargo, importantes modificaciones constitucionales que reservan competencias legislativas al Estado central. Esta tendencia se mantendrá en el futuro (por ejemplo, enseñanza universitaria, derecho de los sueldos y emolumentos y protección medioambiental). También en aquellos casos en que los *Ländern* mantienen las competencias legislativas, se intenta, en parte por medio del acuerdo, alcanzar una cierta uniformidad (por ejemplo, el caso del proyecto de modelos para la prensa de los *Ländern*). Tal tendencia para superar la dispersión jurídica producida por el federalismo, se puede observar también en otros países (véase, por ejemplo, la felizmente finalizada lucha por la uniformidad del *Commercial Code* en los Estados Unidos de América).

Incluso más allá de los límites de los ordenamientos jurídicos nacionales presiona la necesidad de homogeneidad jurídica. Algunos países intentan alcanzar la transformación en una moderna sociedad industrial por medio de la recepción, es decir, por medio de la adopción de un ordenamiento jurídico en parte extraño (por ejemplo, Turquía, Japón o China). Además, a través de tratados internacionales, se intenta producir una homogeneidad o acercamiento de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales (Convención de los Derechos Humanos, Convención Universal sobre los derechos de autor, Convención de Varsovia sobre el tráfico aéreo, Convenio de Ginebra sobre Unificación del derecho cambiario, véanse también los planes para un derecho societario europeo y la unificación del derecho de compraventa). Especialmente en el marco de la Unión Económica Europea no se puede avanzar sin la uniformidad o el acercamiento jurídico.

Junto a la homogeneización de la legislación, existe, de forma creciente, una necesidad de homogeneización de la jurisprudencia. A decir verdad, se ha producido la necesidad de una aproximación de la función de toma de decisiones de las autoridades y de los tribunales. El peligro de la dispersión espacial se detiene por medio de la jerarquización piramidal de las autoridades y de la organización de los tribunales, y ello, en el caso de las autoridades, se realiza primordialmente por medio del establecimiento de directivas reguladoras del procedimiento y, en el caso de los tribunales, por el establecimiento del procedimiento estructurado en instancias. El incremento de garantías de los recursos judiciales no tiene que conducir a la protección de las decisiones erróneas, sino a una mayor uniformidad de la jurisprudencia. Ésta garantiza, a la par, que el modo de proceder jurídico, independientemente del lugar, corresponda a un estándar nacional.

b) Una tendencia hacia la homogeneización del derecho se está produciendo en el ámbito de la validez personal de las normas jurídicas. Esto se hace palmario en la línea evolutiva propuesta por Henry Summer Maine que conduce del estatus al contrato. El derecho de la sociedad arcaica y gremial era un derecho de status, en donde la posición jurídica del individuo estaba determinada según su posición social en un sistema ordenado jerárquicamente. El nacimiento como ciudadano,

granjero o noble, la pertenencia a una corporación, casta, raza o religión, la libertad o la esclavitud decidían siempre sobre la validez de cada norma jurídica que atañía al individuo. Esta jurisprudencia de la desigualdad es dejada de lado con la revolución burguesa, que sustituye el derecho del estatus por el derecho del contrato. A todos los hombres se le garantiza la igualdad jurídica (art. 3 de la actual Constitución alemana). El derecho ya no tiene en cuenta el lugar del individuo en el orden querido por Dios, sino que le concede, como miembro libre e igual de una sociedad uniforme de ciudadanos, la posibilidad de constituir de forma auto-responsable y libre sus relaciones sociales.

La igualdad jurídica formal de la sociedad burguesa no produce, sin embargo, la anhelada igualdad de oportunidades iniciales. La libertad contractual se muestra como libertad de los económicamente poderosos. En la actualidad, el Estado social tiene que igualar, en mayor medida, nuevas desigualdades fácticas y diferenciadoras. El sentido de tal diferenciación es, sin embargo, el aseguramiento de un estándar vital mínimo y el proceso hacia una igualdad jurídica material.

c) Finalmente, se encuentra una tendencia hacia la homogeneización en relación con el campo objetivo de la validez del derecho. Eugen Ehrlich entendió el nacimiento del nuevo derecho como un proceso de generalización y de homogeneización de cuestiones de hecho y su transformación en cuestiones jurídicas. Tal proceso se hace especialmente palmario en el nacimiento de nuevos tipos contractuales y en las condiciones generales de contratación. Nuevos tipos contractuales como el *leasing* societario, el *factoring*, el derecho de los viajes con todo incluido, los cuales surgen, junto con los tradicionales tipos contractuales recogidos en la ley, como tipos contractuales normales, de carácter empírico, determinados por procesos de carácter social. Estos nuevos contratos surgen de la generalización y homogeneización de las relaciones contractuales estipuladas individualmente en el desarrollo de la libertad contractual, llegando a convertirse en tipos generales. El tráfico económico de masas exige una estandarización y racionalización de los negocios de la vida cotidiana. Del mismo modo que la producción en cadena ha conducido la manufactura de productos individuales hacia la producción en masa, la estandarización de los contratos “ha añadido al sistema de los productos genéricos un sistema de contratos genéricos” (Llewellyn).

Esto ha sucedido sobre todo con la manera en que los contratos conocidos hasta la actualidad y regulados normativamente se han modificado y se han tenido que adaptar a las necesidades del tráfico jurídico y al panorama de los poderes económicos, en concreto, por medio del desarrollo de los contratos de formulario y de las condiciones generales de contratación. Contratos de formulario como, por ejemplo, el contrato de arrendamiento único, la venta de coches usados, contratos que se pueden adquirir como impresos en las papelerías, en asociaciones o en colegios profesionales y que conducen por ello a la unificación de las cuestiones jurídicas que tratan. Esto se muestra de forma aún más clara en el caso de las condiciones generales de la contratación (en francés: *contract d'adhesion*= contrato modelo, al que se “une” el negocio jurídico individual). De forma prácticamente similar

a las posibilidades de contratación que están limitadas por medio de la ley, estos contratos reducen a tan solo una la forma de su realización. La autonomía privada, que, en principio debía llevar a una diversidad jurídica de las configuraciones que se producen en la realidad, ha cedido en amplios sectores al dictado de las condiciones generales de contratación.

### 3. LA TENDENCIA A LA SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO

La autonomía privada, garantizada de modo igual para todos los ciudadanos por medio del ordenamiento jurídico —se garantiza como si fuera una suerte de vigilante nocturno del derecho—, conduce a un fortalecimiento de la desigualdad fáctica por medio del derecho, porque, en la realidad jurídica, la libertad contractual es algo muy distinto en la mano de los socialmente poderosos que en manos de aquellos más débiles. Solo el que goza de la propiedad tiene la oportunidad de manejar libremente sus condiciones contractuales. Al que no disfruta de la propiedad, aquéllas le son impuestas. Por eso, la libre autodeterminación es solo fácticamente posible en el seno de cada uno de los estratos sociales. De este modo, las desigualdades de hecho se fortalecen aún más por medio de las construcciones de la conciencia de los juristas (mentalidad), que se ocupan de la creación judicial del derecho (crítica de la justicia de clases).

Ciertamente es típico de las leyes fundantes que se autoconfieren todos los sistemas sociales distribuir de forma diversa la dominación y el prestigio. Se ha de aceptar —dejando al margen las diferencias innatas—, por tanto, un cierto grado de desigualdad social como presupuesto de las sociedades vitales y creativas. Sin embargo, tales diferencias fácticas han de mantenerse en un equilibrio razonable con el ideal de igualdad social. La necesidad de integrar este objetivo en el devenir social libre conduce —tal y como ha señalado magistralmente Gustav Radbruch— al paso de un derecho individual a otro social. Amplios sectores del ordenamiento jurídico son expresión de los servicios públicos estatales. El derecho, en un primer momento construido sobre el ideal del ciudadano propietario, autónomo e ilustrado y, por ello, destinado a una clase social determinada, se modifica constantemente de tal modo que es igualmente eficiente para todas las clases sociales. Existe, por tanto, una socialización del derecho.

Esta tendencia de construcción, en el seno del ordenamiento jurídico, de la idea de Estado social —la igualdad jurídica formal se encamina hacia la igualdad jurídica material— se orienta, por consiguiente, en desarrollar la igualdad de las condiciones de partida o en una igualdad de oportunidades. Ahora el derecho logra la función de aseguramiento social por medio del examen de las expectativas de oportunidad. Martin Drath ha aseverado sobre este aspecto: “La función de paz social del derecho ya no consiste en la prohibición o en la sustitución de la autodefensa, sino, sobre todo, en la creación de las oportunidades sociales y de los medios tendentes a satisfacer las amplias necesidades de unos que ciertamente humillan e hipotecan a otros”. El ordenamiento jurídico ya no garantiza el mismo



derecho a los ricos que a los pobres —prohíbe dormir bajo un puente (Anatole France)—, sino que diferencia según la posición social (por ejemplo, demanda de compensaciones legales por medio del Estado social, protección laboral frente al despido, renta social, ley de venta a plazos, etc.). Esta diferenciación del derecho según roles (dependientes sociales, arrendadores socialmente débiles, empleados) se distingue del derecho de la sociedad gremial basado en los estatus —que igualmente también diferenciaba según roles—, en las compensaciones relativas a las posiciones sociales. En la sociedad estamental era posible en muy pocas ocasiones modificar el estatus, porque éste era algo “innato” y que no se adquiría libremente (derecho como privilegio), en cambio, una sociedad competitiva está dominada por una gran movilidad social, fundamentada en la iniciativa particular. El derecho social intenta, por tanto, garantizar al individuo por medio de los servicios públicos, una cierta seguridad social, reconociendo posiciones jurídicas escalonadas sin por ello alterar la libertad de la adquisición de una posición más favorable por medio de la capacidad individual. Al contrario: se trata de suscitar esa capacidad individual por medio de la promoción de la iniciativa privada, por medio de una suerte de ayuda provisoria conducente hacia la igualdad jurídica material. Se persigue el planeamiento social y no primordialmente gracias a la sanción sino por el aseguramiento de una cierta libertad material.

#### 4. LA TENDENCIA HACIA EL INCREMENTO DE LA MATERIA JURÍDICA

Mientras que el derecho individualista del liberalismo imponía a los ciudadanos el lastre de configurar autónoma y ampliamente su posición jurídica, el derecho social pone a disposición del ciudadano determinadas posiciones y esquemas de comportamiento asegurados y preestablecidos por el Estado. Debido a la creciente diferenciación de la vida social, tales roles sociales se han de predeterminar y asegurar cada vez más. Esto ha conducido a una “coyuntura del derecho” (Fritz Werner). En realidad, esta tendencia al incremento de la materia jurídica es la consecuencia del crecimiento del Estado, que ya fue señalado por Adolf Werner a finales del siglo pasado; pues, en el Estado de Derecho, las intromisiones del Estado en la sociedad solo pueden ser llevadas a cabo por medio de normas jurídicas. En la época del *laissez-faire* el papel del Estado se limitaba al campo militar, fiscal y a la policía administrativa, sin embargo, en el Estado social las labores del Estado se aplican a todas las facetas del servicio público.

El anhelo de un mínimo vital estándar, de condiciones laborales, de vivienda..., expresado sintéticamente, el garantizar la seguridad social conduce a la formación de campos jurídicos completamente novedosos, empezando por el moderno derecho del trabajo, el derecho social, el derecho de la enseñanza pública, el derecho de la sanidad pública, siguiendo con el derecho de la economía (derecho de carteles, derecho económico, derecho de las subvenciones públicas, derecho de constitución de empresas, etc.) y terminando con el derecho medioambiental y otras materias.



El grito que se oye en todas partes en el Estado social buscando al legislador es, a la par, el grito por más derecho. Asuntos que antes eran abandonados al libre juego de las fuerzas y por ello a regulaciones extrajurídicas son cada vez más “juridificados”. La voluntad de querer contener tal explosión significa revertir el Estado social o ignorar las diferencias sociales de una sociedad industrializada de masas. La defensa de la tesis de la muerte del derecho o la exigencia de defender su cercanía a la gente o su simpleza, por medio de la “apelación a la legislación” —idea que es, en gran medida, negada en nuestros días— es el privilegio de los románticos sociales.

##### 5. LA TENDENCIA HACIA LA ESPECIALIZACIÓN Y LA BUROCRATIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA

Con el crecimiento de la materia jurídica se deben racionalizar también las instituciones jurídicas (la estructura del derecho); esto quiere decir configurarse de forma eficiente. En primer lugar, se han separado de forma clara las diferentes facetas estatales y se han hecho considerablemente autónomas. Hoy en día se diferencian cuatro poderes estatales: el legislativo (legislación), el judicial (jurisprudencia), el gubernativo (el gobierno) y el ejecutivo (la administración). En las democracias occidentales, estos cuatro poderes no están completamente separados, pero deben —y he aquí el sentido de la separación de poderes— limitarse y controlarse en interés de la libertad de los ciudadanos. Con estas diferenciaciones de la estructura jurídica echa a andar su especialización. Aplicación y ejecución se convierten en tarea del especialista, el cual se ocupa de ello no de forma amateur, sino como su profesión principal y ganando con ello un salario. El especialista está cualificado para su profesión por medio de un saber especializado y no —como era costumbre antes— por medio de cualidades exteriores a la especialidad como habilidades mágicas, edad avanzada o determinado prestigio social. Dependiendo del distinto campo de trabajo, se forman ramas jurídicas especializadas que desarrollan técnicas de trabajo distintas.

Incluso en el seno de cada uno de los campos profesionales se produce la especialización, ya que la abundancia del material jurídico en la actualidad no podría ser controlada de otro modo. Esto sacude a las instituciones jurídicas, en especial a los tribunales y a la administración. Así, en la República Federal de Alemania, hoy en día, tenemos siete jurisdicciones distintas y dentro de ellas también funciona la especialización. En la jurisdicción ordinaria se distingue no solo la penal, civil y voluntaria, sino que se diferencia además entre secciones (Sección de tutela, Sección de registro de la propiedad, Sección de herencias) y audiencias especiales (Audiencia de lo mercantil, Audiencia de terrenos edificables) o también en salas (Sala de carteles o Sala de derecho de patentes).

Con esta especialización de la estructura jurídica comienza su burocratización. Un sistema diferenciado de tal tipo solo puede funcionar si está suficientemente organizado y controlado. Especialmente en interés de su capacidad de ser sometido

a prueba, todos los procedimientos de toma de decisiones deben quedar constatados por medio de actos y estar ampliamente formalizados. Esta capacidad de someterse a prueba no guarda solo relación con la corrección de las decisiones, sino que —como ya se ha señalado anteriormente— ha de ser exigible en relación con la uniformidad en la aplicación del derecho estatal. Se ironiza, no con poca razón, sobre la creciente comprobación de todas las decisiones jurídicas: no vivimos en un Estado de derecho sino en un Estado de expedientes de derecho.

## 6. LA TENDENCIA AL PROCESO DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO EN CIENCIA

La sociedad moderna es una sociedad secularizada que ha de conformarse en un pluralismo de grupos y reconocer a éste como principio del orden social. Por ello el ordenamiento jurídico estatal se impregna, cada vez más, del principio de tolerancia. Incluso el derecho permite salir fuera de su sistema de reglas algunos ámbitos del comportamiento humano, de tal suerte que estos se ceden completamente a órdenes sociales extra-jurídicos pertenecientes a los grupos sociales, tales como la moral, la ética, las convenciones, la moda, etc. El derecho solo quiere asegurar un mínimo ético (Georg Jellinek); véanse por ejemplo las modificaciones de las normas sobre los delitos sexuales, el derecho de separación de las parejas, etc. La legitimidad (vinculatoriedad) de una regla jurídica ya no puede ser fundada en la revelación divina, en la tradición o en la voluntad de un caudillo, sino solo por medio de los requisitos exigidos por toda la sociedad. La lucha de los grupos sobre la eficacia social se decide en las democracias occidentales por medio de mayorías en el poder legislativo, que se crean a través de procesos constitucionales (legitimidad por legalidad).

No obstante, la decisión por medio de mayorías deja abierta la pregunta acerca del sentido de la norma, pues para exigir una validez fáctica y no meramente jurídica, la norma jurídica no puede renunciar, en general, a presentarse de una forma aceptable para sus destinatarios. Esto sucede en una sociedad secularizada y con exigencias científicas solo cuando aparece asegurada por las experiencias científicas y, en concreto, por las ciencias sociales. La estructura jurídica requiere, de modo creciente, informaciones científicas. Da igual que nos refiramos a la legislación, a la creación judicial del derecho, al gobierno o a la administración. Hoy en día, por todas partes, se observa la tendencia de informarse científicamente sobre los comportamientos sociales. Esto conduce, debido especialmente a lo limitado de ciertas ramas científicas, a una disputa sobre la función legítima y la creación objetiva de los dictámenes periciales en el derecho, ya sean en la decisión de un caso concreto (dictámenes judiciales), bien en la planificación legislativa, de gobierno o administrativa, las cuales están en la actualidad en primer plano. En cambio, es indiscutible la utilidad de la adopción de modernos métodos de toma de datos en las estructuras jurídicas, en todo caso siempre y cuando se trate del mero almacenamiento de datos o de la programación de procesos administrativos

(por ejemplo, legislación comprobada por medio de ordenadores, documentación del material jurídico, liquidación de impuestos mecanizada). El procesamiento electrónico de datos debe modificar en un futuro cercano la estructura jurídica en algunos aspectos de forma decisiva.

## CONCLUSIÓN

En el caso de la actual y muy comentada “crisis del derecho”, no se trata de la muerte del derecho y de su sustitución por medio de otros mecanismos de orden, sino de un proceso de adaptación por medio del cual el derecho intenta corresponder a ciertas modificaciones del entorno social. Este proceso de adaptación se condensa, en lo esencial, en las seis tendencias que se han expuesto:

1. La cuestión por la legitimidad del derecho conduce al alejamiento de lo irracional y a un incremento de la racionalidad dentro del derecho.
2. La homogeneización de la sociedad actual conduce a una homogeneización del derecho.
3. La democratización de la sociedad conduce a un alejamiento de la liberalización del derecho y a su socialización.
4. La socialización del derecho y la diferenciación social conducen a un crecimiento de la materia jurídica, a una explosión jurídica.
5. El incremento de la materia jurídica conduce a una especialización y burocratización de la estructura jurídica.
6. La estructura jurídica de una sociedad pluralista e ilustrada conduce a un proceso de científicidad del derecho y su instrumentalización a la planificación de los recursos disponibles para el control social.