

Orden y validez jurídica en Alexis de Tocqueville

POR

MARIANO HURTADO BAUTISTA

Doctor en Derecho

I

Las incitaciones que, en el pensamiento de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, sugieren la idea del orden jurídico, pertenecen a un plano existencial y dinámico. Conducen a una concepción del orden del derecho donde *forma* y *ley* corresponden a las dimensiones originarias, a la intimidad de la realidad político-social. Y, de otra parte, son los procesos que conforman esa realidad los que implican los principios teleológicos del orden; los principios orientadores y configuradores del orden jurídico.

Con frecuencia, los factores que constituyen el material de la reflexión teórica, no alcanzan adecuado encuadre en los esquemas definidos de la teoría política, sociológica, económica o estrictamente jurídica. Por su parte, los procesos orientadores e integradores del orden jurídico de la comunidad, donde aquellos factores han de insertarse para su comprensión científica, tampoco permiten fácilmente ser definidos en sentido específico como procesos políticos, sociológicos, histórico-culturales.

Y, sin embargo, sobre el pensamiento del orden jurídico en TOCQUEVILLE no gravita ya la imagen de una «filosofía estética» en el sentido del idealismo y el historicismo románticos, aunque las consecuencias de la misma sean perceptibles, sobre todo en la homogeneidad del material, de



los datos teóricos, tal como acabamos de apuntarlo. Mientras, de otro lado, el naciente positivismo no llega aún a penetrar aquel pensamiento con sus exigencias lógico-formales.

No puede sorprender, que, en el aspecto conceptual y doctrinal, los puntos de vista de TOCQUÉVILLE acerca del orden jurídico adquieran cierta cohesión cuando se los reconduce al problema de la *validez* del derecho, esto es, del modo de ser primario, de la dimensión existencial primera con que se ofrece la realidad jurídica.

De entre las posibles respuestas doctrinales a la cuestión de la validez jurídica: así, una respuesta dogmática, es decir, formalista-normativista; una respuesta estrictamente filosófico-jurídica, radicada en la idea de la justicia o en los valores, la de TOCQUEVILLE se orienta en el sentido de una sociología jurídico-política. Aun cuando tal afirmación de principio requiera las correcciones que luego apuntamos. De ahí que los problemas peculiares de una indagación de filosofía del derecho aparezcan como un precipitado de la dinámica que ejercen las fuerzas sociales y políticas en su total complejidad. Dentro, rigurosamente, del orden político y de la suma de factores que fundamentan su validez, han de desarrollarse las manifestaciones propias de la validez del orden jurídico en su conjunto y en sus límites específicos.

A medida que se relativiza la significación del idealismo y el historicismo jurídicos, y mientras, por otra parte, los esquemas formales, metodológicos del que se ha caracterizado como positivismo *lógico*, no llegan, todavía, a penetrar la materia, notoriamente enriquecida que había acumulado el positivismo *histórico*: el pensamiento jurídico del romanticismo, a partir del programa de la Escuela histórica, los problemas filosófico-jurídicos no constituyen aún un contenido específico, diferenciado. Era la situación en que los dogmas, las hipótesis del pensamiento jurídico del romanticismo se diluían ante la presión de un pensamiento más lógico, más conceptual y menos simbólico o estético. El nuevo dogma de la razón, procedente ahora, no del iusnaturalismo «clásico», sino del liberalismo doctrinario, del eco de la filosofía de KANT y de sus seguidores, recibida, acaso, por intermedio de ROYER-COLLARD; del libre examen incluso, exigía una distinta estructura de la teoría, o, mejor, de la «*Weltanschauung*» jurídica

Es cierto que esta situación no se hace consciente, dentro del ámbito de la teoría jurídica germana hasta Rudolf IHERING. Para el pensamiento francés, la situación de fluidez propia de la filosofía del derecho, se prolonga aún, y penetra resueltamente en el positivismo científico-naturalista, en los esquemas formales del sistema de la ciencia positiva.

Por otra parte, una profunda raíz, común a todo el naciente positivismo europeo, consiste en la vigencia, en el mantenimiento tácito, subya-

cente, casi inconsciente, de las fuerzas románticas de la tradición, de los factores espirituales y éticistas de signo idealista. Hay como un renacer de lo que había constituido el *ethos* más íntimo del pensamiento romántico. Se trataba, en especial, de la vigencia de las fuerzas de la tradición humanista-cristiana, de la imagen, más o menos acrítica y tópica, de una concepción orgánica de la sociedad, rasgo común, por otro lado, al pensamiento de los doctrinarios, así como del orden político-jurídico medieval. Todavía, en el caso de TOCQUEVILLE, tales supervivencias, latentes en el transfondo de sus ideas, sin que puedan dejar de ser valoradas debidamente (1), no sólo explicarían el paralelo de categorías intelectuales, aunque de signo conscientemente opuesto, con ciertos motivos centrales en la ideología conservadora de Edmund BURKE, sino que permitirán el adecuado análisis de las relaciones de conjunto de TOCQUEVILLE para con la actitud espiritual del romanticismo.

Ante todo, lo que el autor repudia concretamente del romanticismo alemán, contraponiéndolo al francés, es, en el primero, su radical sentido preterizante: su vuelta al pasado como punto de partida para toda comprensión y construcción del futuro social y político: mientras el pensamiento teórico francés del siglo XVIII enseñaba que «la tradition n'avait nulle valeur, et que les choses anciennes étaient des vieilleries inutiles». «En Allemagne, au contraire, si je ne me trompe, les théories philosophiques et sociales marchaient au rebours des actes et des mœurs: elles se rattachaient à la tradition, et cherchaient dans le passé la raison du présent et la règle de l'avenir. Il me semble que jusqu'à nos jours le mouvement des penseurs et des philosophes de race germanique a été dans ce sens. Or, cela pour moi est inconcevable» (2).

Pero no deben confundirse los acentos nostálgicos de un pasado de nobleza y heroísmo, que siempre quedan confinados en la intimidad de los sentimientos personales, y el significado de la tradición, la continuidad ideal en el orden de cosas nuevo. Los factores primordiales del pensamiento romántico mantendrán su virtualidad, con tal de que se depuren de su atmósfera sentimental y estética y se conviertan en fuerzas efectivas del presente. El pensamiento de TOCQUEVILLE sólo puede acoger valores actuales, es decir, valores que se realizan en la efectiva realidad presente. Pero la tabla de valores que TOCQUEVILLE acepta, depurada de sentido preterizante, de sentimientos estéticos, no puede dejar de traslucir una base de ruptura. Es, necesariamente, una tabla de valores incompleta, donde los hábitos intelectuales del romanticismo encuentran vacíos, determinados, a su vez, por la objetividad y el rigor de la teoría. Ahora bien, se trata de huecos sustanciales; no de dimensiones o datos que un esquema científico previamente aceptado obligara a desechar. Por su parte, el esquema metodológico del positivismo había de permanecer también in-

acabado: En este sentido cobra todo su valor la observación concreta de que «estudiando el movimiento de las ideas, TOCQUEVILLE deja en silencio el progreso de las ciencias matemáticas y experimentales» (3). Es decir, dos miembros esenciales en el conjunto del sistema del saber positivo. He aquí el auténtico *hiatus* entre dos formas de pensamiento que no alcanzan ninguna de ambas vigencia actual plena. Sólo el sentido constructivo del futuro podrá llenar aquel *vacuum*; pero lo haría únicamente con arreglo a la escala valorativa nueva, formada de valores distintos a la tradición: especialmente, los de la utilidad, la seguridad, el orden: un orden de los hechos que había de recorrer largo camino hasta penetrar en los espíritus.

La ruptura con la tradición no altera el equilibrio de la actitud contemplativa, de la «pureza» intelectual con que TOCQUEVILLE conduce su diagnóstico. He ahí la raíz de esa suerte de divorcio permanente que, según Harold J. LASKI, se da entre el corazón y el espíritu de TOCQUEVILLE (4). El mismo confiesa: «j'étais si bien en équilibre entre le passé et l'avenir, que je ne me sentais naturellement et instinctivement attiré ni vers l'un ni vers l'autre, et je n'ai pas en besoin de grands efforts pour jeter des regards tranquilles des deux côtés» (5).

Este equilibrio, esta verdadera ataraxia intelectual (6) significa que la diagnosis sobre la democracia en América, aparte su penetración y riqueza como estudio histórico y sociológico, difiere esencialmente de la América que brinda un campo ilimitado a las experiencias políticas, sin las taras de luchas de clases y razas del viejo Continente. Ahora, no sólo es algo diverso de las aspiraciones de un Agustín THIERRY; se trata, sobre todo, de la ausencia de finalidades determinadas, particulares fijadas al experimento socio-político.

Si en TOCQUEVILLE se insinúa el comienzo de un nuevo período de autolocalización histórica del espíritu europeo (7), ella se delimita en un espacio real —América, Rusia—, donde radican elementos de cuya existencia da testimonio el análisis teórico. Es un espacio del todo diferente al espacio abstracto que comienza a localizar la Ilustración, tal como Paul HAZARD lo ha notado, y que caracteriza los grandes procesos de la historiografía positiva: las alusiones al mundo asiático muestra sobre todo el carácter abstracto de esa localización en las grandes trayectorias de los fenómenos histórico-espirituales.

De ahí que el reproche de SAINT-BEUVE de que América «n'est plus qu'un prétexte pour l'auteur» (8), no puede aceptarse en función del contexto de la obra de TOCQUEVILLE.

Es ésta acaso la diferencia respecto a los análisis del mundo americano en el pensamiento de la época. Diversidad de acentos: leve inflexión en la línea de la teoría, pero bastante a caracterizar las diferencias últimas

que señalan a la obra de TOCQUEVILLE dentro de su más amplio contorno. El análisis teórico está, aquí, suscitado, no por un cuadro de «previsiones» inmediatas fundadas en conexiones causalistas, como sucede en el positivismo, sino por una «impression générale»: «comme je me suis décidé moi-même, non par telle raison, mais par la masse des raisons» (9).

La anterior observación no es sino un ejemplo de cómo la historiografía de TOCQUEVILLE lleva la síntesis a ese nivel superior donde se borra el desorden de los acaecimientos para revelar plenamente los rasgos generales de la evolución. Un destacado sentido de la evolución, cuyas raíces examinamos más adelante, y que el legado de la mentalidad romántica había permitido plantear en sus líneas más generalizadoras, en la continuidad más general y abstracta de sus procesos. Sin embargo, la fuente de que aquella alta síntesis se nutre, radica más bien en la observación positiva, independiente de los principios generales como tales. En este radical dualismo, como luego señalamos, ha de asentarse sin duda el sentido último de la especulación histórica para TOCQUEVILLE. Su actitud ante el análisis positivo lo aproximaría a la figura del «hombre del siglo XVIII, profundamente vinculado al racionalismo experimental» (10).

Representa, asimismo, un nexo con el Setecientos la huella que en TOCQUEVILLE imprimen los escritores progresistas. A ella se debe un deísmo exaltado, con resonancias de ROUSSEAU (11). Se trata de un eco iluminista, cuyas vías de acceso hasta TOCQUEVILLE no han sido suficientemente precisadas por la crítica posterior.

Su deísmo no conduce más que a un providencialismo demasiado vago, casi expresión retórica de su sentido tácito del progreso, subyacente al desarrollo de la democracia: una fórmula en que termina la equilibrada plenitud de la visión histórico-sociológica del orden presente. Ahora bien, un término que no puede concluir una filosofía de la historia cerrada. El providencialismo, en cuanto expresa la sumisión a los hechos, el «terror religioso» ante el fatal desarrollo de la democracia en el mundo, mantiene todavía abiertas las perspectivas provisorias que el presente alcanza sobre ese mundo. Un mundo enteramente nuevo, en el que el tiempo no ha fijado aún la evolución de la forma.

Si falta el sentido auténtico de la providencia, falta también el sentido del destino, la fe en una ley de progreso determinante del suceder histórico (12).

El sentido del progreso en la historia radica en una serie de condiciones absolutas, aunque remotas, las cuales circunscriben un vasto círculo de poder y de libertad a los hombres. Se trata de las condiciones últimas en que descansa la visión sintética de la historia, las directrices fundamentales donde se insertan los datos inmediatos, efectivos, de la investi-

gación sociológica; así como los supuestos que ha de comprobar el análisis y la experimentación racionales.

En este punto alcanzamos una verdadera encrucijada en la estructura interna de las ideas de TOCQUEVILLE. Su concepción siempre mediata del progreso, en cuanto obedece a una legalidad meramente condicionante, que integra un orden complejo y gradual de condiciones, en planos entre sí diferentes en su mediatividad respecto a las consecuencias: he ahí la raíz de una concepción de la historia como obra real de los hombres. Ella significa la exclusión, ante todo, de factores absolutos de carácter determinista. Es cierto que TOCQUEVILLE señala factores realmente determinantes en los procesos de la sociedad y la historia, pero tales factores han de ser entendidos siempre dentro de una constelación de concausas (13). Así, carecen de todo plantamiento monopolista, absolutizador: pierden toda eficacia rígidamente determinista. Como Georges LEFEBVRE lo advierte: «Il se rend parfaitement compte de la complexité de ces facteurs et de leurs influences contradictoires qui confèrent un aspect dialectique aux mouvements de l'histoire» (14). Las proposiciones que implican postulados deterministas, expresan procesos de la sociedad y de la cultura que en su realidad objetiva aparecen interferidos por concausas de signo contradictorio: especialmente, por la acción de individuos excepcionales; incluso, por rupturas o saltos en el decurso de una función histórica. Si bien «La Révolution est sortié d'elle-même de ce qui précède» (15), no es menos cierto que en sí no constituía la única salida, el camino exclusivo que habían de seguir los hechos: «La Révolution a achevé soudainement par un effort convulsif et douloureux, sans transition, sans precaution, sans égards, ce qui se serait achevé peu à peu de soi-même à la longue» (16). Existen leyes fijas que fundamentan la racionalidad; el carácter comprensible de la historia. Son ellas las que sustentan el sentido íntimo de la evolución, presente en el pensamiento de TOCQUEVILLE, como uno de sus rasgos más característicos.

Ahora bien, esas leyes fijas integran un complejo de factores heterogéneos: los de naturaleza económica y social, incluso el conflicto de clases, han de ocupar un puesto prevalente en la consideración del autor. Y junto a ellos, insertos a veces en un mismo plano de efectividad, de inmediata eficiencia, aparecen factores morales y religiosos. Esta interna trama que forma la legalidad y la condicionalidad de los fenómenos históricos, representa algo esencialmente distinto de la interpretación marxista de la historia: algo que no puede corresponder al materialismo dialéctico como explicación del suceder histórico-social.

No puede extrañar que TOCQUEVILLE superara lo unilateral de la explicación espiritualista, fundada en el conformismo religioso, en las corrientes del idealismo, que el clima cultural y doctrinal de la primera

mitad del siglo XIX debía imponerle. Así, mientras la igualdad constituye en el centro de la obra de DE BONALD un motivo de significado idealista, hipostatizado como fuerza conductora de los procesos históricos, en TOCQUEVILLE permanecerá en todo caso la diferencia de un análisis realista que penetra los elementos individuales, los momentos más particularizados de la experiencia histórico-social.

Sin embargo, la comprensión del autor para ciertos fenómenos de exaltación espiritualista, incluso cuando consisten en auténticas exageraciones contrarias al sentido común, la basa explícitamente en las necesidades inherentes a la naturaleza humana, ante las cuales el alma experimenta una inquietud de signo agustiniano (17).

El sentido general del progreso se desarrolla en la historia a través de etapas heterogéneas. Es preciso hallarse dispuesto a comprender y explicar incluso la ruptura que abre un vacío insalvable entre la etapa presente y las anteriores. Esto sucede precisamente con la instauración del nuevo orden democrático. Hay que renunciar a una selección de instituciones, de opiniones, de ideas, que tratara de determinar cuáles de entre ellas deben incorporarse al mundo nuevo (*De la démocratie.*, II vol., cap. VIII). Constituirá éste un trabajo «honesto, pero estéril».

El sentido general del progreso no puede revelarse tampoco como superación de las tendencias, de las fuerzas de signo más vital de la naturaleza humana. Una sociedad más primitiva, es decir, más vital, se muestra plena de contrastes, de perspectivas irreductibles, de valores constituídos por una determinación axiológica originaria. Tal como sucedía con la sociedad aristocrática, su contemplación resultaba, no sólo más adecuada y dócil a categorías estetizantes, simbólicas, sino, además, capaz de sugerir inmediatamente por sí misma los criterios originarios y generales, esto es, inmutables en su validez, de la contemplación, o las categorías nada problemáticas en que sustentar la reflexión teórica. Ahora bien, cuando TOCQUEVILLE busca en el fondo de esas incitaciones a la contemplación, a la consideración teórica, una raíz última, encuentra que la idea de perfectibilidad de la naturaleza humana se halla limitada por aquellos mismos contrastes, por la propia significación primaria, vital de las ideas y valores. ¿Consistirá, entonces, el progreso en el hecho de que la nueva sociedad y la cultura de la democracia, en virtud de la igualdad, de la homogeneidad niveladora de su estructura, ofrece una idea de perfectibilidad del ser humano en principio indefinida?

El sentido antropológico del progreso se revela precisamente en la ruptura que origina el mundo nuevo. A la vez, es el momento en que el análisis queda desasido de una ley general, de la continuidad de instituciones, opiniones e ideas, y pierde sus apoyos más elementales, más vitales o «naturales». Aquella posibilidad indefinida de perfección del hom-

bre, de la cultura y la sociedad, parece brindar la clave para la idea del progreso como continuidad superadora de rupturas, de la continuidad en la revolución necesaria e irreversible: si bien en sentido muy diverso al de BURKE. Con todo, TOCQUEVILLE evita de nuevo el presupuesto, el pre-concepto de una explicación lineal, obediente a una construcción intelectual, del progreso. En el mismo lugar de *De la démocratie...*, (Vol. II, cap. VIII, pp. 46-48), se apresura a advertir que tal idea de perfectibilidad ilimitada, aunque de suyo fecunda, constituye un ideal, dado en función de un estado total de cosas fugitivo, inconsistente. Al paso que la perfectibilidad limitada del hombre bajo el régimen feudal constituía una realidad, o TOCQUEVILLE la configura, al menos, como pseudo-realidad en la experiencia social histórica. Más allá de la circunstancia concreta, ni sería posible determinar el ideal de perfección, ni siquiera éste mantendría su vigencia. De nuevo, el análisis se inserta en la concreta circunstancia: ha de tomar en cuenta sus elementos más particulares, la condicionalidad que surge de la complejidad de los mismos dentro de un contexto histórico dado: «Il me faut trouver, quelque part, pour mes idées, la base solide et continue des faits. Je ne puis rencontrer cela qu'en écrivant l'Histoire» (18).

✓ Pero lo que en el fondo se reitera es el estado constante de fluidez entre los supuestos teóricos de la sociología: la consideración de los elementos, de los factores efectivos en el contorno social, y, por otra parte, los puntos de vista valorativos, propios de la filosofía de la historia. El propio autor expresa su inquietud ante el método del estudio de la historia: «Mais les difficultés sont immenses. L'une de celles qui me troublent le plus l'esprit, vient du mélange de l'Histoire proprement dite avec la philosophie historique. Je n'aperçois pas encore comment mêler ces deux choses (et il faut pourtant, qu'elles le soient, car on pourrait dire que la première est la toile et la seconde la couler, et qu'il est nécessaire d'avoir à la fois les deux pour faire un tableau» (19). La referencia explícita al modelo metódico que representa MONTESQUIEU, no logra plantear en su hondura la dificultad teórica: la raíz misma, por inconsistente que parezca a la crítica, del punto de vista central adoptado por TOCQUEVILLE ante cualesquiera fenómenos de la realidad histórico-cultural. En efecto, su análisis comporta también una toma de posición política y filosófica bien definida». «Hoy, comenta J. P. MAYÉR (20), se le critica tal método, bajo pretexto de objetividad científica». Sobre todo, a medida que la ciencia sociológica ha ido consiguiendo su definición específica dentro del cuadro de las disciplinas culturales y sociales, pese a su originario carácter y desarrollo enciclopédico.

Por encima de la anterior tensión metódica; pocas veces se ha dado una compenetración más íntima entre la que pudiera constituir una pre-

sunta dialéctica ideal, atemporal, de la historiografía de TOCQUEVILLE, y la explicación del carácter real-temporal de la conexión que ofrecen las formas, los procesos fundamentales en la estructura social (21). Coincidiendo con el sentido de la problemática que en su comentarista Guillermo DILTHEY se cifra en las llamadas «ciencias de la organización exterior de la humanidad», los problemas llegan a plantearse en TOCQUEVILLE en sentido inverso: es decir, partiendo de las consecuencias estructurales empíricas que resultan de la fijación en el decurso histórico de un sistema cultural y de sus supuestos ideales. Es así como «gracias a la historia, TOCQUEVILLE elabora una doctrina política y, mediante un estudio más atento del pasado, revela mejor su prolongación en el presente» (22).

En el fondo, la concepción historiográfica de TOCQUEVILLE consigue la interna unidad hacia la cual se orientaba la historiografía de la Ilustración, sin llegar a superar su característico dualismo: no el relato de los sucesos individuales y la explicación psicológica de los mismos a partir de los protagonistas individuales empíricos: «J'indiquerai les faits, sans doute, et j'en suivrai le fil; mais ma principale affaire ne sera pas de les raconter. J'aurai, surtout, à faire comprendre les principes, à faire voir les causes diverses qui en sont sorties...» (23). Lo que se busca más bien es el sentido orgánico —en la rigurosa acepción que luego precisamos—, la legalidad unitaria y la continuidad de una serie de acaecimientos.

Pero ello, por otra parte, exige que el historiador tenga conciencia directa de la condicionalidad que representa la concreta situación histórico-política en que escribe. De ahí la conclusión de que la concepción de la historia en todo caso ha de cambiar paralelamente a la estructura de la sociedad: «Les historiens qui écrivent dans les siècles aristocratiques font dépendre d'ordinaire tous les événements de la volonté particulière et de l'humeur de certains hommes...». «Les historiens qui vivent dans les siècles démocratiques montrent des tendances toutes contraires». «Ils donnent de grandes causes générales à tous les petits faits particuliers» (24).

La clave de la consideración evolutiva de la historia, tan arraigada en TOCQUEVILLE, reside en los propios supuestos del movimiento intelectual de la sociedad democrática. Ahora bien, en ellos mismos se encuentra la raíz de la actitud de inercia, de agotamiento intelectual que había originado una interpretación determinista, aunque no necesariamente materialista, del suceder histórico, allí donde el historiador prefiere hablarnos de las condiciones naturales de las razas, de la constitución física del país, o del espíritu de la civilización. Es la exageración, denunciada por LA FAYETTE, del sistema de causas generales; del escamoteo de la acción del genio personal.

Desde otro punto de vista, la idea de evolución no radica para Toc-

QUEVILLE en la ley genética y vital de un organismo, de la hipóstasis, del cuasi-organismo de la comunidad popular nacional. La alusión al principio del vitalismo organicista profesado por la Escuela de Montpellier, sólo encierra significado analógico: «On dirait que, dans les institutions humaines, comme dans l'homme même, indépendamment des organes que l'on voit remplir les diverses fonctions de l'existence, se trouve une force centrale et invisible qui est le principe même de la vie» (25).

Pero.—advierte Georges LEFEBVRE —el argumento que de ahí sacaba BURKE para su conservadurismo, y las ensoñaciones metafísicas del romanticismo alemán, permanecieron extrañas a TOCQUEVILLE. Una vez más, su lucidez lo orienta hacia las posiciones más consistentes, hacia «la parte más soleada de la duda». No le alcanza, en este caso, el descrédito actual de cualquier explicación organicista, o aun rígida, totalitariamente «orgánica», en cuanto sustrato de la teoría científica de la sociedad (26).

Ello significa en el fondo cómo TOCQUEVILLE evita el proceder del positivismo, su grave falta epistemológica, al trasladar esquemas válidos para un determinado territorio científico-particular al campo específico de la «science de l'homme», es decir, ahora, de la teoría ético-social y política.

Es entonces cuando el punto de vista «orgánico» representa una suerte de espacio de aire metafísico, que trata de rellenar los intersticios dejados al producirse el salto de plano epistemológico. Es el campo propio de un *sensorium commune*, al que corresponden aquellos fenómenos cuya complejidad no se agota por los diversos miembros del sistema de la ciencia positiva.

Con todo, la instancia a una estructura y una funcionalidad «orgánicas», permite a TOCQUEVILLE señalar cómo el uso y el espíritu del gobierno, no sólo vivifica las instituciones singulares, sino que, como un *élan* continuo, no mensurable, cualifica la función concreta y la realidad existencial de las instituciones que componen el orden jurídico-político (27).

II

El punto central en la consideración del orden jurídico de TOCQUEVILLE está representado por la conciencia subjetiva del «ser-en-el-derecho» de la personalidad; es decir, por el sentimiento, inseparable de la personalidad, de su propia situación subjetiva en el orden. Se trata de lo que se suele definir, sin comprender la integridad de la idea, como «sentimiento del derecho subjetivo». En realidad, la «idea de los derechos» (28) no se puede reducir a un acto del sentimiento jurídico subjetivo, puesto que en ella actúan en primer término factores pertenecientes a la conciencia objetiva del derecho; factores cuya raíz última corresponde a los supuestos mismos de una ontología jurídica como orden jurídico. Es cierto, sin embargo, que, en su planteamiento existencial, la idea o el sentido del derecho en TOCQUEVILLE implica elementos irracionales y emocionales. De un lado, parece comportar los caracteres estéticos, de un «moralismo estético», propios de la imagen y la simbología romántica de una «edad aristocrática», aunque limitados al valor de un paradigma histórico; sin vigencia actual como categoría de pensamiento. Pero, de otra parte, se trata, cualquiera que sea la fórmula explícita en el autor, de una conciencia inmediata que la personalidad presupone de su participación en el orden jurídico de una comunidad o de una circunstancia histórica concreta. De ahí el sentido de participación en la intimidad de los procesos políticos históricamente condicionados, y, por tanto, en el espíritu, en el clima irreducible a términos lógico-rationales, de una época y de un régimen concretos.

La «idea de los derechos» no constituye una construcción intelectual, una suerte de constante dogmática. Aparece sólo como expresión de la

posición de la personalidad y de la valoración de su libertad en función del orden objetivo de la comunidad, o bien de toda una circunstancia ético-social vigente en un período histórico.

La idea de libertad personal, como un *prius* irreductible, informa el sentido del derecho: esto es, las diversas manifestaciones en que el orden jurídico-social se actúa como ejecución del orden mismo de la libertad. Es la conquista, que adquiriría significativo carácter polémico en la era presente, de la sustancia ética de la libertad por obra de la personalidad; conquista que, a su vez, realiza en el plano existencia de la realidad jurídica los modos ontológicos de la validez del derecho.

El sentimiento de los derechos subjetivos, como expresión central, aunque no plenaria, del sentido del orden jurídico, ha de corresponder al nuevo orden de cosas en el mundo democrático. Así, constituye la función más genuina y directa de la nueva posición de la libertad.

El firme acento romántico con que TOCQUEVILLE considera las obras de la libertad política en la Edad Media, parece corresponder a los efectos de la tradición. Es decir, a un vasto proceso evolutivo de carácter orgánico, donde los antiguos usos, privilegios y derechos en su pluralidad localista están informados por un principio unitario (29). Así, la estructura de la sociedad medieval, desarrollada sobre el área del Imperio romano, aparece al autor sustancialmente uniforme: y advierte, respecto de sus instituciones, que: «Elles correspondent symétriquement entre elles, et, toutes ensemble, forment un corps composé de parties si serrées que les articles de nos codes modernes ne sont pas plus étroitement unis» (30).

De esta manera, el orden jurídico y político de la sociedad medieval, en su radical uniformidad, no sólo aparece configurado por una legalidad orgánica y evolutiva, sino, incluso, por una como ley de emanación, que determina a partir de un principio unitario —«et pourtant du milieu de cette masse incohérente on vit sortir tout à coup des lois uniformes»— los detalles más particulares y circunstanciados de la constitución político-social: «Les constitutions des villes se ressemblent; les campagnes sont gouvernées de la même manière...». «Des confins de la Pologne à la mer d'Irlande, la seigneurie, la cour du seigneur, le fief, le censive, les services à vendre, les droits féodaux, les corporations, tout se ressemble. Quelquefois les noms son les mêmes, et, ce qui est plus remarquable encore, un seul esprit anime toutes ces institutions analogues» (31).

La constitución de la sociedad medieval no es, sin embargo, el resultado de la civilización: la función de conjunto de las diversas formas de la vida civilizada —«La civilisation étant presque éteinte et l'ordre public détruit»—. Ni el producto final de la actividad de la razón humana y de la interacción de las formas objetivadas de la cultura. Desde el punto de vista jurídico, el orden de la sociedad en su estructura institucional

no ha seguido el modelo de la legislación romana; al contrario, los esquemas técnicos del derecho romano sirvieron para disolver aquella estructura: «c'est du droit romain que l'on s'est servi pour les transformer et les abolir». Conforme al esquema tácito de una actitud romántica, el orden jurídico surge como emanación súbita de un estado de caos: «Et pourtant du milieu de cette masse incohérent on vit sortir tout à coup des lois uniformes». Un espíritu único, dotado de fisonomía propia, personal, anima el orden uniforme. Pero no según la imagen literaria de una «edad dorada», de los «grossen und guten Zeiten», acuñada por el «iluminismo literario», sino conforme a una representación original. TOCQUEVILLE, en efecto, reivindica explícitamente este carácter original de las «instituciones feudales»: «Leur physionomie est originale et les distingue parmi toutes les lois que se sont données les hommes» (32). Una originalidad, por tanto, que prescinde de toda instancia a una representación mítica o cuasi-utópica de la sociedad. De ahí, un nuevo rasgo que sitúa el pensamiento de TOCQUEVILLE al margen de los esquemas más representativos del romanticismo.

Tampoco el paradigma de una sociedad penetrada de virtudes humanistas de signo racional, a la manera del «iluminismo burgués» o del neoclasicismo, parece haber servido de pauta ideal para la instauración del orden medieval. No queda, para la originalidad del mismo, sino la justificación conforme a una pura construcción racional: la justificación que en la genuina mentalidad romántica se conjuga con las de carácter mítico y que consiste en descubrir una estructura formal, una constitución fundada en elementos lógico-rationales, que sustenta el orden de la vida social y política. Se trata de la justificación aportada por la corriente romanista (32). Pero aquí también las reflexiones de TOCQUEVILLE se apartan explícitamente de los cauces típicos del romanticismo. No necesita apelar a los esquemas de la doctrina romanista, que constituían el expediente teórico para fundamentar, con mayor o menor coherencia, la explicación lógico-rationale de la estructura social. Ni siquiera TOCQUEVILLE directamente acude al concepto de la «naturaleza de la cosa», mediante el cual el pensamiento romántico sustituía la función constructiva lógico-formal que había desempeñado el iusnaturalismo del «mos geometricus». El concepto de «naturaleza de la cosa» permite encontrar núcleos dotados de necesidad, de objetividad lógica en los elementos individuales constitutivos de la realidad fáctica concreta del orden político-social, y de los procesos evolutivos que la configuran con sentido de continuidad orgánica.

En el fondo, la «naturaleza de la cosa» no significa nunca una normatividad inmanente e inmediatamente evidente en los contenidos fácticos individuales. Siempre se hace indispensable conjugar un criterio ideal

y valorativo para discernir lo esencial, esto es, el significado normativo en la inmediata realidad empírica de las objetividades sociales. Es ésta una problemática patente en el moderno iusnaturalismo material-concreto.

El principio de la naturaleza de la cosa servía de fundamento, sobre todo en MONTESQUIEU, a un «derecho natural empírico», que constituye a su vez el núcleo esencial en la integración de un «orden existencial de la sociedad», dentro del cual, como muestran especialmente las directrices fundamentales de la doctrina de MONTESQUIEU, se desarrollan las formas ontológicas de la *validez* jurídica (34).

Ahora bien, mientras en MONTESQUIEU la naturaleza de la cosa, esto es, las diversas cosas que gobiernan a los hombres: «le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières; d'où, il se forme un esprit général qui en résulte» (*Esprit des lois*, XIX, 4), para TOCQUEVILLE, sin perjuicio de la identidad literal en los términos, se da una diferencia de acento, un paso adelante en el sentido de una más resuelta intelectualización de la significación y los efectos de ese «esprit général» radicado en la «naturaleza de la cosa».

TOCQUEVILLE descarta expresamente toda índole determinista de tal legalidad: «Je n'ignore pas que plusieurs de mes contemporains ont pensé que les peuples ne sont jamais ici-bas maîtres d'eux-mêmes, et qu'ils obéissent nécessairement à je ne sais quelle force insurmontable *et inintelligente* qui naît des événements antérieurs, de la race, du sol ou du climat» (35). Tampoco en MONTESQUIEU tales factores encierran necesariamente una virtualidad determinista. Sin embargo, TOCQUEVILLE hace gravitar el centro de esta interpretación teórica precisamente en el concepto de *mœurs*. Y el concepto, por encima del sentido que los antiguos vinculaban al término *mores*, encierra un decisivo sentido intelectual. No se trata sólo de la forma de un *ethos* histórico, tal como lo entiende la filosofía actual, sobre todo las direcciones que nacen de la ética material axiológica: «non seulement je l'applique aux mœurs proprement dites, qu'on pourrait appeler les habitudes du coeur —es decir, vivencias emocionales que penetran una constelación axiológica objetiva, colectiva— mais aux différents notions que possèdent les hommes, aux diverses opinions qui ont cours au milieu d'eux, et à l'ensemble des idées dont se forment les habitudes de l'esprit. Je comprends donc sous ce mot tout l'état moral et *intellectuel* d'un peuple» (35). El concepto, así delineado, encontraría su más exacta versión moderna en lo que el pensamiento alemán de los años veinte entendía por *sociología*: una actitud científica total y cohesiva ante los factores sociales y sus efectos en cuanto techo ideológico de un círculo concreto de vida intelectual.

Con todo, el acento intelectual abstracto que desplaza, siquiera leve-

mente, la concepción tocquevilliana de su genuino planteamiento romántico, en próxima conexión aquélla con el pensamiento de MONTESQUIEU, se halla en la extensión de la estructura social informada por las *moeurs*. La originalidad de esa estructura se predica de la entera sociedad europea medieval. En MONTESQUIEU la originalidad de una estructura social queda circunscrita al ámbito de un «*Volksgeist*», de tal manera, que el derecho, como la religión, arraiga en cada pueblo, y sólo por gran casualidad, por excepción límite, las leyes de un pueblo podrían corresponder a otro sometido a distinto clima, a diversas influencias ambientales (*L'Esprit des lois*, I, 3). Aun cuando el fenómeno —hay que reconocerlo— no parece, en el contexto de su teoría, absolutamente imposible.

De ahí la conclusión significativa, siquiera en su alcance, de acento, de que la conexión orgánica entre derecho y comunidad popular aparece relativizada para TOCQUEVILLE.

Ahora bien, las resonancias románticas, tan perceptibles en la interpretación de la constitución medieval, no revelan del todo su auténtico planteamiento teórico sino en el tránsito al nuevo mundo, a la estructura democrática y centralizada de la sociedad. TOCQUEVILLE destaca el dinamismo con que surge la nueva constitución: «A mesure que les castes disparaissent, que les classes se rapprochent, que, les hommes se mêlant tumultueusement, les usages, les coutumes, les lois varient, qu'il survient des faits nouveaux, que des vérités nouvelles sont mises en lumière, que d'anciennes opinions disparaissent et que d'autres prennent leur place...». «De continuel changements se passent alors à chaque instant sous les yeux de chaque homme» (37). La sociedad democrática representa una auténtica ruptura —de ahí lo que tiene de *revolución*— respecto a la sociedad aristocrática: «Ce sont comme deux humanités distinctes, dont chacune a ses avantages et ses inconvénients particuliers, ses biens et ses maux qui lui sont propres» (38). Son dos órbitas distintas entre las cuales no puede darse evolución ni continuidad orgánica en sus procesos estructurales. Hay que evitar juzgar a las sociedades que nacen con las ideas que se agotaron en las que ya no existen: ello sería injusto, en cuanto se trata de sociedades «différant prodigieusement entre elles», incomparables entre sí.

No obstante, en la situación límite, excepcional, de Inglaterra, un proceso verdaderamente evolutivo había ido introduciendo poco a poco las cosas nuevas en el viejo cuerpo social, hasta reanimarlo, sin llegar a su disolución, y llenándolo de fresco vigor aun conservando las formas antiguas. Ahora bien, lo incorporado en la antigua constitución consiste en «tous principes nouveaux que la société du moyen âge ignorait». Así, la Inglaterra del siglo XVII era ya una nación enteramente moderna, que ha abrigado en su seno «et comme embaumé quelques débris du moyen

âge». No hay sino olvidar los viejos nombres y desechar las antiguas formas para apreciar la abolición del sistema en su sustancia (39).

En todo caso, aun contando con las modalidades que cada circunstancia concreta implica, el fenómeno se reduce a la introducción de principios nuevos, a la ruptura en la continuidad de una interpretación teórica de carácter orgánico. Se trata de los límites con que la función de la tradición, en cuanto productora del orden jurídico-social, puede ser entendida.

La nueva constitución democrática de la sociedad parece sugerir a TOCQUEVILLE la idea de un activismo de los individuos como centro creador del orden moderno. Pero tal activismo, a diferencia del que podría inducirse de la historiografía más antigua, no consiste en la acción particular, en el «humor» de ciertos hombres considerados en su empírica personalidad. Se ofrecería a partir de tal supuesto una explicación de los hechos prolija; minuciosa y artificialmente construída. Y lo que más interesa destacar: semejante supraestructura teórica no descansa sino sobre condiciones o sobre una legalidad espontánea e ingenua, fundada en factores vitales y, en definitiva, irracionales o, en última instancia, en el mecanismo que se basa en la desigualdad de condiciones individuales, en tanto «permite a ciertos individuos contrarrestar o equilibrar las *tendencias naturales* de los demás» (40). Donde subrayamos los términos «contrarier les tendances naturelles» que ilustran la anterior observación. Se trata del escamoteo mismo de la teoría científica —sustituída por una construcción intelectual—, al no trascender a la individualidad contingente de los hechos. Es lo que TOCQUEVILLE enuncia como ausencia de las «grandes causas generales».

La acción de la personalidad en relación con la nueva circunstancia social ha de fundarse, por el contrario, en tales causas generales. Sólo entonces el activismo que produce el orden del derecho adquiere su esencial dimensión intelectual; se desarrolla dentro de las coordenadas de la teoría científica.

Ahora bien, la estructura del orden democrático radica en causas generales, en supuestos intelectuales susceptibles de reconducirse a la teoría como tal, mientras la explicación o interpretación general no se convierta en abstracta y artificial: en una suerte de «especulativismo». Para evitarlo, es imprescindible partir metódicamente de la experiencia, de los datos particulares ante los cuales la idea general no ofrece más que la noción incompleta: no consigue la adecuada exactitud por su propia extensión (41).

De ahí que la experiencia exigida, radicada en las verdades particulares, no es sólo condición para el conocimiento de los individuos, sino también para la formación de una conciencia objetiva de las sociedades:

«A mesure que les sociétés vieillissent, elles acquièrent la connaissance de faits nouveaux et elles s'emparent chaque jour, presque à leur insu, de quelques vérités particulières. A mesure que l'homme saisit plus de vérités de cette espèce, il est naturellement amené à concevoir un plus grand nombre d'idées générales. On ne saurait voir séparément une multitude de faits particuliers, sans découvrir enfin le bien commun qui les ressemble» No es ésta la única razón, pero sí el enunciado de principio que permite comprender la conciencia que origina e integra el orden jurídico en las sociedades democráticas. De ahí alcanza TOCQUEVILLE una conclusión fundamental dentro del dominio de una «sociología del saber o del conocimiento»: «L'état plus ou moins avancé des lumières ne suffit point seul pour expliquer ce qui suggère à l'esprit humain l'amour des idées générales ou l'en détourne» (42).

Desde tales puntos de partida, TOCQUEVILLE llegaba a la misma problemática y a iguales resultados que los que BURKE establecía en forma del todo explícita. «El recurso de la historia, por no decir el descubrimiento de la historia, fué primariamente y sobre todo un retorno a la concepción tradicional de los límites esenciales de la teoría, opuesta a la práctica o a la prudencia. El «especulativismo» en su forma más acabada conduciría a la afirmación de que toda luz intelectual de que necesita la práctica es aportada por la teoría, la filosofía o la ciencia» (43).

La reacción de BURKE —que ha de suscitar el eco del «bíos theoretikós aristotélico— se dirigía a mostrar que la teoría como tal es insuficiente para guiar la práctica, e incluso encierra una esencial tendencia a inducirla a error. Era la reivindicación de la función de la razón práctica y de la prudencia e, incluso, del arte al margen de la ciencia propiamente dicha, del conocimiento de los hechos particulares, para integrarlos según el modo «compositivo» con que la acción es orientada por la inteligencia.

En tácita coincidencia con las ideas de BURKE, TOCQUEVILLE, en cuanto historiógrafo, comprende los principios racionales que informan el orden del derecho.

Quienes se habían inclinado a la parte de las «grandes ideas y causas generales», convenían en conceder la prioridad a la sistemática sobre la historia. MONTESQUIEU lo reconoció expresamente como directriz central en su obra (*L'esprit des lois*, XXXI, 17).

Pero la primacía del sistema había tenido siempre repercusión esencial en la concepción del orden jurídico. La individualidad del orden del derecho no podía excluir su universalidad: la existencia de la idea iusnaturalista como ontología jurídica, ante la cual había de ser toda manifestación de positivismo jurídico. Los lugares en que en la obra de MONTESQUIEU, por ejemplo, se advierte la necesidad de cuidar que las leyes positivas «ne choquent point la nature des choses» son numerosos (44). Y el

resultado final no es sino la relativización de la validez del derecho positivo en su individualidad, en su espíritu peculiar, puesto que solamente es capaz de ofrecer una aproximación, una «apelación» o vocación a la idea de justicia, sin realizarla absolutamente en ningún caso.

Se llega así a un radical dualismo, a una típica inseguridad en la comprensión de las relaciones entre historicismo y *mos geometricus*. De ahí nacen las frecuentes contradicciones del pensamiento jurídico fundado en las «ideas y las grandes causas generales». No sólo MONTESQUIEU; sobre todo, el «idealismo historicista» y la filosofía jurídica romántica subsiguiente al *Programa* de la Escuela histórica, encontraba aquella tensión entre orden ontológico del derecho y la individualidad del orden jurídico popular o nacional. La crisis del *mos geometricus* había arrastrado los supuestos lógico-formales en que ha de asentarse la dimensión universal del orden jurídico: su universal base iusnaturalista, al menos en tales exigencias lógico-formales.

La fundamentación de las «ideas generales», de las «grandes causas generales», en el análisis sociológico y en los procesos de la filosofía de la historia, hacen que la concepción del orden del derecho en TOCQUEVILLE responda en el sentido más auténtico e integrador a la idea del orden jurídico *concreto*, a la idea concreta del orden en su plenaria realidad ideal-real y en su inmediata concreción existencial. Universalidad del derecho en su dimensión ontológica, como orden de derecho natural, e individualidad del orden existencial de la comunidad, en cuanto orden jurídico-positivo, se integran en aquella concepción.

Hay un fragmento en el contexto de la obra de TOCQUEVILLE especialmente significativo. Se refiere a la política, genéricamente, esto es, como orden de vida social y como actitud teórica ante ese orden. En el discurso pronunciado el 2 de abril de 1853, en la sesión pública de la Academia de ciencias morales y políticas, TOCQUEVILLE señala con todo rigor: «Il y a dans la politique deux parts qu'il ne faut pas confondre: l'une fixe et l'autre mobile. La première, fondée sur la nature même de l'homme, de ses intérêts, de ses facultés, de ses besoins révélés par la philosophie de l'Histoire, de ses instincts qui changent d'objet suivant les temps, sans changer de nature et qui son aussi immortels que sa race; la première, dis-je, enseigne quelles sont les lois les mieux appropriées à la condition générale et permanente de l'humanité. Tout ceci est la science.

Et puis, il y a une politique pratique et militante qui lutte contre les difficultés de chaque jour, varie suivant la variété des incidents, pourvoit aux besoins passagers du moment et s'aide des passions éphémères des contemporains. C'est l'art du gouvernement. L'art diffère assurément de la science, la pratique s'écarte souvent de la théorie, je ne le nie point...».

«L'étude même de l'Histoire qui éclaire souvent le champ des faits présents, l'obscurcit quelquefois» (45).

La *política* se constituye como ciencia para TOCQUEVILLE en cuanto su objeto es la universalidad del orden ético en la vida social. Ciencia de rango filosófico, ciencia de principios. En ella se integra la consideración, ontológico-jurídica; es decir, dentro de la unidad análoga de los principios universales del orden ético-social en su conjunto.

Es preciso destacar, efectivamente, cómo TOCQUEVILLE se eleva, por sobre el «arte del gobierno», por encima de la política como *arte* a una concepción científica y filosófica de la *política*. La concepción de TOCQUEVILLE, en cuanto comprende la universalidad del *orden*, desde el punto de vista de su instauración e integración dinámica en su realidad existencial, se halla penetrada por la tensión —singularmente extraña al pensamiento moderno— hacia la unidad de la «filosofía moral». Una tensión centrípeta, integradora, que se opusiera al fenómeno moderno de desmembración, de desarticulación de los conocimientos «relativos al hombre», esto es, de las disciplinas especiales de la realidad social. Una tensión que condujera a salvar ese hiato característico entre la filosofía moral, por una parte, en su planteamiento más teórico y abstracto, radicado sobre los principios generales, y, por la otra parte, el conjunto de disciplina de la constatación empírica de los fenómenos sociales, los cuadros específicos de la ciencia jurídica, económica, sociológica, la ciencia particular de la política, disciplinas todas que propenden a constituirse y desarrollarse fuera de la filosofía moral, quebrando la continuidad gradual ontológica y lógica entre los «principios primeros» y los «principios aplicados» (46).

La concepción de TOCQUEVILLE acerca de la filosofía ético-social, llega a expresarse en su estructura interna, distinguiendo las varias disciplinas particulares que componen la totalidad de su cuadro teórico. De esta forma, la situación de fluidez entre teoría y práctica, entre lógica y estética, salvan el planteamiento por el autor de la «ciencia de la conducta de las sociedades» de su interna articulación en torno a las representaciones fluentes, homogeneizantes, de un «moralismo estético», tal como el que late bajo las construcciones del pensamiento filosófico-jurídico del romanticismo.

Para TOCQUEVILLE: «La science qui traite de la conduite des sociétés couvre, en effet, l'espace immense qui s'étend depuis la philosophie jusqu'aux études élémentaires du droit civil. Comme elle est presque sans limites, elle ne forme pas un objet distinct pour le regard. On la confond avec toutes les connaissances qui se rapportent, directement ou indirectement, à l'homme. Et dans cette immensité, on la perd de vue.

Mais lorsqu'on s'attache à considérer attentivement cette grande scien-

ce. qu'on écarte ce qui y touche sans y tenir, les diverses parties qui la composent réellement, apparaissent, et l'on finit par se faire une idée nette du tout. On la voit, alors, descendre par des degrés réguliers, du général au particulier, et de la pure théorie vers les lois écrites et les faits» (47). He ahí las líneas fundamentales de la teoría ético-jurídica en cuanto abarca la universalidad del orden en las relaciones sociales. Cuatro planos gradualmente estructurados distingue TOCQUEVILLE en la teoría científica del orden: a) la «filosofía general del gobierno», según los paradigmas de la doctrina histórica: PLATÓN, ARISTÓTELES, MAQUIAVELO, MONTESQUIEU y ROUSSEAU. b) El derecho de gentes, singularmente tratado por GROCIO y PUFENDORF. c) Las ramas particulares, «que no dependen directamente de la filosofía política», es decir, de fundamento empíriológico, a saber: el derecho penal (BECCARIA) y la economía política (ADAM SMITH). d) La jurisprudencia y los comentarios jurídicos, estructurada según los caracteres de la que hoy denominamos «jurisprudencia conceptual»: «qui interprètent et éclaircissent les institutions existentes, les traites, les constitutions et les lois». Sólo esta relativa autonomía formalista, logicista de la jurisprudencia y del tema y la función de la lógica jurídica, introduciría en el cuadro de la teoría jurídica un miembro de significado análogo al de la jurisprudencia positivista; si no se tuviera en cuenta la radical continuidad, subrayada por TOCQUEVILLE; del proceso de «descendente» deductiva, a partir de *principios* dotados de prioridad y rango ontológico, que informa y constituye la «filosofía política» en su interna unidad estructural: es decir, la «descendente des idées aux faits». La autonomía relativa de la jurisprudencia respecto a las directrices de la «filosofía política», responde, por otra parte, al designio constante en el autor de subrayar las funciones propias de los órganos de la jurisprudencia frente a la presión creciente del poder legislativo. Tales funciones de interpretación o de integración lógico-formal permiten la inserción del espíritu de libertad de los derechos subjetivos, el espíritu de una jurisprudencia material «de intereses», concorde con la «tradicción aristocrática». (Cfr. *De la démocratie...*, I, II, parte IV, cap. V, pp. 420 y ss.).

La crítica de TOCQUEVILLE que directamente alcanza a los fundamentos ideológicos del iusnaturalismo racionalista, está inspirada, ante todo, por la reacción contra el excesivo amor de «ideas generales y de sistemas», al que iba unida la exagerada confianza en la razón individual, más allá de cuanto no se ve en los autores que escriben libros especulativos sobre la política (48). La filosofía política del siglo XVIII, en su genérica significación, consistía en «cette sorte de politique abstraite et littéraire», donde la ausencia de una verdadera literatura formada de los autores que, mediante el llamado «esprit littéraire» habían hecho ver los defectos de la nueva mentalidad aún antes que surgiera, era suplantada ahora por un esti-

lo capaz de objetivar su contenido ideológico en una opinión de mayorías, de masas: «Chaque passion publique se déguise ainsi en philosophie; la vie politique fut violemment refoulée dans la littérature (49). Se trataba de una teoría del orden político alejada casi infinitamente de la práctica. Ante la realidad de una constitución social informada aún por la tradición; es decir, donde la tradición había agotado su funcionalidad ordenadora, dando lugar a una estructura social «confuse et irrégulière où les lois demeuraient diverses et contradictoires», era posible descubrir como lo hace TOCQUEVILLE, las raíces sociológicas de un estilo teórico como el iluminista. Sociológicamente, el pluralismo localista de las instituciones, la complejidad de problemas en la sociedad producto de la tradición, inspiraba la reacción de signo contrario: la pobreza de un esquematismo de las instituciones, la superficialidad en el tratamiento teórico de las cuestiones: «Tous ne font pas, il est vrai, de ces grands problèmes l'objet d'une étude particulière et approfondie; à plupart même ne les touchait qu'en passant et comme en se jouant» (50). De ahí la orientación esencial, conforme a la cual, «tous pensent qu'il convient de substituer des règles simples et élémentaires, puisées dans la raison et dans la loi naturelle, aux coutumes compliquées et traditionnelles qui régissent la société de leur temps» (51). Era el divorcio absoluto entre una rutina administrativa fundada en las formas inertes de la tradición, la «parte donde se administra», y la parte donde se establecen los principios abstractos en que toda administración debe fundarse. Este movimiento de la teoría, de rasgos sustancialmente utópicos, había provocado en el fondo la ignorancia del auténtico valor y la función de la tradición. De ahí la continuidad que el iusnaturalismo racionalista encuentra en las dimensiones abstractas dentro de la constitución de la sociedad democrática. Al hecho, en su pura objetividad, de que la tradición medieval hubiera agotado su virtualidad, corresponde así una actitud y una estructura del pensamiento, en cuanto situación de las «lumières», que había precipitado, a modo de principio catalizador, la revolución de la sociedad y del orden nuevos.

Desde la idea del orden concreto, TOCQUEVILLE no puede comprender la sustancia del iusnaturalismo racionalista e individualista en tanto está constituida por derechos subjetivos *innatos* (52). La posición del orden jurídico, así como de sus elementos dogmáticos, es siempre, en la visión del autor, una posición existencial, producto de la dinámica de sus procesos configuradores. Los derechos subjetivos de la personalidad adquieren su concreción, su realidad existencial dentro de un orden concreto, pluralista, formado de privilegios, de situaciones personalizadas, localistas, pero dotado de orgánica unidad en virtud de la fuerza de una forma y de un fundamento originario. El perfil de los derechos subjetivos no puede corresponder a su abstracta posición «innata», sino al que traza el proceso

configurador de la *tradición*, descrito a través de la totalidad, la integridad del orden concreto. De ahí que la sustancia de los derechos subjetivos «naturales» se resuelva en el uso, es decir, en la *forma* existencial y concreta de la circunstancia social, forma que es expresión del orden ético-jurídico (53), en cuanto exigencia de la dignidad y la libertad de la persona; esto es, de los principios de validez ideal, trascendente, del orden mismo. TOCQUEVILLE ha desarrollado la idea de *forma*, como forma de la tradición, como uso, en una serie de manifestaciones particulares: así, la insinuación de que las formas de un lenguaje que participa en el espíritu de la sociedad aristocrática, constituyen, como tales formas lingüísticas, un elemento esencial del derecho subjetivo natural.

Ahora bien, la reacción contra los derechos naturales innatos, en su calidad abstracta, no puede significar la negación de que los derechos subjetivos pertenecientes al orden concreto, no sean, como tales, elementos originarios del propio orden. Aquella reacción va dirigida contra el proceso histórico que se manifiesta a través de los *usos* modernos, en cuanto conduce a la progresiva desvinculación de la idea del derecho respecto a la personalidad, y su atribución al orden abstracto del derecho del Estado. El derecho estatal aparece en pugna con el *ethos* del verdadero derecho subjetivo. Es éste el proceso del «derecho derivado», un proceso, en sustancia, de formalización y de tecnificación, de creación de figuras dogmáticas, cuyo desarrollo histórico corresponde al del Estado democrático, y que, en particular, se intensifica con el advenimiento de la clase industrial.

Sin embargo, el desarrollo de las nuevas condiciones sociológicas— el aumento en importancia de la propiedad industrial— no significa el enriquecimiento, el progreso de la idea de los derechos subjetivos. Es decir, el patrimonio sustancial del orden concreto del derecho. TOCQUEVILLE expresa el fenómeno recurriendo a la distinción entre las figuras iusprivatistas concretas de la *propiedad* —originaria, espontánea, con más profundas raíces vitales— y del *usufructo*, derivado, adventicio, desprovisto del nexo orgánico y vital con la realidad objeto de los derechos subjetivos.

Se trata del proceso que TOCQUEVILLE caracteriza como *centralización*, donde se desarrolla el creciente intervencionismo del Estado. Y no sólo en cuanto poder político, sino sobre todo como poder social. De nuevo el análisis sociológico encuentra las raíces del fenómeno en la totalidad de la estructura de la sociedad democrática, incluso en la conciencia que los particulares han adquirido de la nueva constitución del orden: «De leur côté, les particuliers envisagent de plus en plus le pouvoir social sous le même jour; dans tous leur besoins ils l'appellent à leur aide, et ils attachent à tous moments sur lui leurs regards comme sur un précepteur ou sur un guide» (54).

He ahí la clave de la explicación, recurrente en la obra de TOCQUEVILLE, de que el proceso centralizador, instaurador de un orden jurídico «derivado», esto es, formalizado, producto de la uniformidad legislativa, es siempre un proceso continuo, que había recorrido ya etapas esenciales bajo el «antiguo régimen».

Aquí, la función catalizadora, de precipitar los procesos integradores del orden, que corresponde al iusnaturalismo racionalista e individualista, se muestra sustituida por una diversa función de continuidad. Es el aspecto de los derechos naturales en cuanto *iguales*, en cuanto la nota de igualdad individual es una nueva dimensión de su calidad absoluta. La igualdad, en efecto, no es sino expresión de la racionalidad del orden, exigencia que la razón individual participa en los supuestos ontológicos del orden objetivo. De ahí que las manifestaciones primarias de uniformidad en la legislación, de sujeción a planos uniformes y racionales, trascienden necesariamente a toda estructura histórica de la sociedad, así como al planteamiento teórico de sus elementos singulares. El hecho de que todos conciban el gobierno según la imagen de un poder «unique, simple, providentiel et créateur», es decir, conforme a los caracteres de los principios primarios, universales e inmutables del orden social, en tanto que «toutes les idées secondaires, en matière politique, sont mouvantes», se traduce en la uniformidad consustancial a la sociedad democrática y centralizada. Ahora bien, esta concepción: «elle semble innée», «Elle ne sort donc point d'un caprice de l'esprit humain, mais elle est une condition naturelle de l'état actuel des hommes» (55). Se trata, en los individuos de «la pente naturelle de leur esprit et de leur coeur...».

En conclusión, para TOCQUEVILLE, la igualdad y la uniformidad responderían en su entraña metafísica y aun teológica a un fin unitario, que determinara, siempre sobre aquel plano ideal, una variedad infinita de actos, los cuales, por mil vías diversas, concurrirían al cumplimiento de un gran designio: he ahí una idea divina. Es la fórmula más profunda y sugestiva que TOCQUEVILLE ofrece de la concepción orgánica, cualificada, por lo demás, en sentido racional, del orden ético natural. La esterilidad, la estrechez de la concepción humana, cuya formulación más consecuente se halla en el iluminismo, sitúa la idea de unidad, el *pathos* de su grandeza, en los medios (56). Es el sentido último de la estructura uniforme, de la dinámica homogeneizante propias de la sociedad democrática.

No debe temerse demasiado a las consecuencias anárquicas que derivan de la igualdad y de la uniformidad en los componentes del orden. Su falta de cohesión se evidencia en las estructuras y los procesos de la sociedad democrática. La raíz misma del hecho de la revolución se instala en este como vacío a que se somete al espíritu humano, despojándolo de la tradición, de las ideas y los usos, de todas las influencias reflejas de una

constitución vigente (57). La penetración de TOCQUEVILLE percibe que en el seno de la anarquía sugerida por la igualdad, alienta un impulso a la independencia política, a la repristinización del sentimiento subjetivo del derecho, la fuente misma del arte de la política, que en el futuro próximo de la democracia restablecería la independencia individual y las libertades locales. Mientras, en el nivel de los principios primeros, del gobierno natural, se mantendrá como algo inmutable la centralización. He ahí el diagnóstico que señala el rumbo del dinamismo actual; las metas a que se encamina la nueva constitución de la sociedad, superando los caracteres siempre provisorios de una etapa de revolución democrática e igualitaria.

En efecto, el carácter provisional que presentan siempre las conclusiones del análisis de TOCQUEVILLE, la provisionalidad de una constitución de la sociedad cuya descalificación del *status* de la personalidad habría de ser superada, evoca un rasgo radical del pensamiento de los doctrinarios. Lo que en ellos «obliga a buscar las ideas mucho más allá de las palabras. Más allá: es decir, en sentido opuesto a éstas» (58), en TOCQUEVILLE aparece como provisionalidad del diagnóstico teórico. Especialmente, en conexión con el carácter inconcluso, abierto, del esquema de la filosofía de la historia.

La centralización del gobierno representa la conquista que debe perdurar de aquella revolución; en cambio, es preciso superar la centralización administrativa, y permitir libre juego a los factores, a las condiciones que la sociología revela en la moderna estructura social. La posición de los «derechos fundamentales» vendrá definida por el nuevo contorno de límites sociológicos. La anticipación de TOCQUEVILLE presenta acento tan actual, que podría ser expresada con las mismas conclusiones que Erich FECHNER establece al final de un análisis ante el horizonte de nuestra sociedad: «el juego de conjunto de las fuerzas sociales ha de ser configurado de tal manera, que permita a todos los niveles del pueblo vivir con suficiencia y participar en los frutos de la libertad: no *laissez faire*, sino la planificación moderada en el cuidadoso mantenimiento de la libertad más dilatada posible dentro de una autoresponsabilidad controlada» (59).

III

La consideración del orden jurídico había de conducir el pensamiento de TOCQUEVILLE hasta los rasgos sustanciales de la problemática acerca de la *validez* del derecho. Es decir, a la que Erik WOLF define como «la cuestión que se plantea en una determinación ontológica de la validez del derecho, concebida como un *existencial* del derecho, y que consiste en preguntarse por los modos de ser del derecho válido» (60). Es cierto que tales cuestiones no llegan a ser planteadas por TOCQUEVILLE de manera explícita, ni en relación con puntos de vista sistemáticos o metódicos de la teoría jurídica. Sin embargo, se hallan en su obra las incitaciones fundamentales en que consiste el problema, y, sobre todo, los rasgos característicos, el perfil peculiar con que la validez del orden jurídico aparece suscitada por la concepción material del derecho vinculada al movimiento naciente de la «jurisprudencia de intereses». Es en este punto donde las analogías, alguna vez sugeridas (61), entre TOCQUEVILLE y JHERING, podrán encontrar fundamentación en una situación histórico-espiritual que marca una orientación nueva a la teoría fundamental del derecho.

A) Ante todo, los modos que significan un «dejar-valer» (*gelten-lassen*) del orden del derecho. El orden jurídico, como orden externo de convivencia social, singularmente el fenómeno de la «paz en el derecho», suscita en TOCQUEVILLE el problema de la valoración de ese orden externo en cuanto consecuencia específica de la constitución de la sociedad surgida de la revolución democrática. La validez jurídica tiende, ahora, a afirmarse en función de los caracteres meramente externos del orden del derecho: como orden, sobre todo, de tranquilidad, de bienestar económico, de actividad industrial y mercantil.

Los rasgos de un orden legalista, una legislación «regular, uniforme, simple, clara, rápida, económica», aunque en tensión consustancial con el

ideal de la justicia aristocrática, he ahí los caracteres que, en su valoración positiva, responden al modo más elemental y primario de la validez del derecho, como uno de sus «modos ontológicos», constantes. En efecto, el resultado primero de la revolución democrática es «una société où tous, regardant la loi comme leur ouvrage, l'aimeraient et s'y soumettraient sans peine» (62).

No se trata de la instancia a una «volonté général», que TOCQUEVILLE descarta explícitamente, sino de algo más profundo y primario: el modo de validez jurídica que resulta del orden de la sociedad democrática: aun previamente a toda forma de *pacto* o *contrato* como origen del orden social y jurídico: «Je regarde comme impie et détestable cette maxime, qu'en matière de gouvernement la majorité d'un peuple a le droit de tout faire, et pourtant je place dans les volontés de la majorité l'origine de tous les pouvoirs. Suis-je en contradiction avec moi-même?».

La respuesta, explícita en el siguiente párrafo de la obra que citamos, no permite dudar: el consenso mayoritario de voluntades tiene naturaleza simplemente declarativa. Esto es, el carácter opuesto al contractualismo roussoniano. La soberanía del pueblo no puede sino traducir el orden ontológico universal de la justicia: «Il existe une loi générale qui a été faite ou du moins adoptée, non pas seulement par la majorité de tel ou tel peuple, mais par la majorité de tous les hommes. Cette loi, c'est la justice». «La justice forme donc la borne du droit de chaque peuple. Une nation est comme un jury, chargé de représenter la société universelle et d'appliquer la justice, qui est sa loi. Le jury, qui représente la société, doit-il avoir plus de puissance que la société elle-même dont il applique les lois?» (63).

Se trata del esquema fundado en el paralelo del origen de la sociedad política y del origen del poder soberano, en cuanto ambos tienen «el mismo fin y la misma necesidad». Un paralelo que, en su necesidad de derecho natural, explica la función del pacto o consenso meramente declarativa de tal necesidad, la cual se halla universalmente *sugerida* a los mortales, quienes la expresan a través del expediente de conciencia racional que el pacto significa. «Quand je donc refuse d'obéir à une loi injuste, je ne dénie point à la majorité le droit de commander; j'en appelle seulement de la souveraineté du peuple à la souveraineté du genre humain» (62).

En un aspecto más concreto, TOCQUEVILLE reacciona contra los efectos reflejos inmediatos de la revolución democrática, en tanto se han operado los mismos en la parte material de la sociedad, sin que aún vayan acompañados, en las leyes, las ideas, los hábitos y costumbres, de los cambios necesarios para hacer útil esa revolución. Ahora bien, en la reacción contra «la passion du bien-être matériel», contra la nueva «clase in-

dustrial», contra la actitud de temor a la pérdida de la propiedad sobre bienes muebles, TOCQUEVILLE halla latentes formas de grado inferior, pero esenciales a la validez de un orden jurídico-social: «Ainsi nous avons la démocratie, moins ce qui doit atténuer ses vices et faire ressortir ses avantages naturels; et voyant déjà les maux qu'elle entraîne, nous ignorons encore les biens qu'elle peut donner» (65).

La crítica dirigida a la naciente burguesía, al predominio de los procesos económicos como nivel abstracto, desarticulado dentro del orden, afecta directamente a la validez abstracta y formalista del derecho «derivado». En el fondo, de la crítica de TOCQUEVILLE, no sería difícil encontrar los atisbos de la noción de *interés*, sobre la cual va a fundamentarse, en el seno del orden social democrático, toda una orientación de la jurisprudencia, es decir, de la ciencia sistemática del derecho, centrada en torno a la «teoría general» del mismo. Bastaría para ello con reconocer que el concepto de *interés*, fijado en un contorno doctrinal y conceptual, representa una dimensión primaria de la validez del derecho.

Dentro de la contextura estructural de la sociedad democrática, las instituciones en sentido específico constituyen núcleos donde a la validez puramente exterior del derecho se incorpora una idea ética: TOCQUEVILLE reserva para tales instituciones la calificación de «personas aristocráticas».

B) Otra forma más elevada en la validez del derecho corresponde a los fenómenos de participación activa de la libertad, de la autoresponsabilidad individual, en la realización del orden mismo: es la validez jurídica bajo la forma del *gelten-wollen*.

El intenso ritmo con que se renuevan y cambian los elementos, la estructura toda de la sociedad democrática: el activismo que exige de sus órganos y miembros, explican la caracterización de este modo fundamental de la validez jurídica como «lucha por el derecho». TOCQUEVILLE no desconoce el problema moral que tal fórmula encierra, en cuanto conquista de los «medios» jurídicos para la realización del carácter ético de la personalidad. Es el problema constante y radical, que subyace en cualquier circunstancia a la integración del orden de un derecho válido. De ahí lo que la categoría de la lucha o conquista del derecho subjetivo representa de constante: TOCQUEVILLE la califica, a contrario sensu, de *habitud*, de *ethos* revolucionario, en cuanto son las revoluciones las que más inclinan a abandonar la realización del propio derecho: «Ces habitudes et ces idées, que j'appellerai révolutionnaires, parce que toutes les révolutions les produisent, se font voir dans le sein des aristocraties aussi bien que chez les peuples démocratiques» (66).

El problema moral constante de la «lucha por el derecho», o la categoría doctrinal del «conflicto jurídico» (*Rechts-Streit*), se manifiesta para

el autor en conexión con la cuestión del «desprecio por las formas». En las situaciones revolucionarias, bajo cualquier signo, la validez del orden jurídico tiende a resolverse en la del puro orden moral o en la de un orden inespecífico de equidad, sin lograr, por otra parte, satisfacer las exigencias ordenadoras peculiares del derecho en su específica obligatoriedad. Explícitamente lo advierte TOCQUEVILLE: «Comme les notions ordinaires de l'équité et de la morales ne suffisent plus pour expliquer et justifier toutes les nouveautés auxquelles la révolution donne chaque jour naissance...» (67).

De ahí la observación, toda una instigación a la lucha por el derecho subjetivo, según la cual los hombres aparecen menos vinculados a los derechos particulares en el momento en que sería más necesario retener y defender lo poco que queda de los mismos. El problema descubre, a contrario, en la circunstancia revolucionaria, sus raíces morales: «quand on viole le droit particulier d'un individu dans un temps où l'esprit humain est pénétré de l'importance et de la sainteté des droits de cette espèce, on ne fait de mal qu'à celui qu'on dépouille; mais violer un droit semblable de nos jours, c'est corrompre profondément les moeurs nationales et mettre en péril la société toute entière» (68).

C) El fenómeno último en que se manifiestan los modos cardinales de la validez del orden jurídico, consiste en la actuación inmediata de ese orden, con sus caracteres inherentes de formalización, con el desarrollo del complejo de requisitos formales (lógico-jurídicos) y sustanciales (conformidad a los principios «aplicados» de la ética social, a las condiciones de facto sociológicas), los cuales fundamentan y justifican el orden específicamente jurídico de la comunidad a través de una función unitaria que no se resuelve en ninguno de tales requisitos y condiciones singulares. Se trata de la validez del derecho como *gelten-sollen*, de la afirmación del orden jurídico y de su validez, por otra parte, en el plano de la conciencia científica y técnica. Son los «principios generales» en que descansa la validez del derecho, tal como se expresa en la legislación positiva, o, de otro lado, en la común conciencia de la ciencia dogmática del derecho, de la *técnica* y la *política* jurídicas, de la *sociología* jurídica circunscrita también a un ordenamiento positivo individual.

En esta tercera dimensión es donde la obra de TOCQUEVILLE plantea una serie de problemas especialmente delicados: los problemas que pudieran englobarse en la tensión entre fórmulas o conceptos técnico-jurídicos, entre «dogmática», y, por la otra parte, *interés*, representación subjetiva del derecho, «idea de los derechos subjetivos»; en definitiva, la tensión entre teoría y praxis jurídica, o, en otros términos, entre ciencia jurídica sistemática y *jurisprudencia*.

No hallamos en la obra de TOCQUEVILLE conceptos elaborados en sen-

tido técnico-jurídico (69); hemos recurrido a la fórmula que comporta un sentido inductivo y generalizador, sobre la base de la doctrina del autor, del «sentimiento del derecho», de la «idea de los derechos». Ahora bien, los propios términos en que aquella tensión nos es sugerida, podrían alejarnos hasta el extremo opuesto de la realidad en la interpretación del pensamiento de TOCQUEVILLE. Pudieran llevarnos a los caracteres y los componentes de la situación en que nace el «positivismo material de la jurisprudencia de intereses». Es decir, al utilitarismo de dicha dirección de la jurisprudencia, donde convergen nombres como el de Rudolf von JHERING y el de BENTHAM. En efecto, tendríamos que aceptar como conclusión la crítica que contra tal positivismo y utilitarismo de la jurisprudencia de intereses formula Adolf MERKEL, al observar que en ella la justicia se resuelve en una mera normatividad de fines, donde el *status* y los valores específicos de la personalidad, al igual que los de la comunidad misma, aparecen por necesidad capitidisminuídos o desplazados.

Por el contrario, el análisis empíriológico, sociológico especialmente, en que descansa la obra de Alexis de TOCQUEVILLE no puede concluir en el positivismo utilitarista de la jurisprudencia de intereses: es decir, en el positivismo que no era sino resultado de un antropologismo, de un psicologismo unilaterales (70). El determinismo que subyace a la historiografía, al análisis sociológico pronunciado por los escritores contemporáneos de TOCQUEVILLE, actúa como una fuerza intelectual autónoma, desarticulada del orden concreto de la sociedad, aunque condicionada por él siempre. Sus efectos son negativos: consisten en la debilitación de la «idea de los derechos», en la degradación de las fuerzas que desde lo íntimo de la personalidad concurren a la integración del orden jurídico concreto. Con todo, esta posición abstracta de la teoría representa en el autor, como tal conciencia intelectual, el caso límite a que conducen los procesos abstractos artificiales, en la dinámica del nuevo orden democrático.

Puede parecer en principio justificada la propensión a señalar en el trasfondo de la obra de TOCQUEVILLE los caracteres con que se inicia la «jurisprudencia de intereses». Su reacción contra todo formalismo como dimensión abstracta condicionada por la nueva constitución de la sociedad, es el motivo conductor conforme al cual se insinúan los problemas de una ciencia dogmática del derecho. Es la exageración, el monismo artificial de la que el autor caracteriza como «bondad secundaria» de las leyes. Su «bondad principal» (71) consiste en algo que escapa a toda forma conceptual y técnico-jurídica: es lo que la ley significa como expresión de un orden concreto informado por el principio de la libertad política.

Ahora bien, desde esos propios supuestos, el pensamiento de TOCQUEVILLE, al trascender a la estructura de la democracia contemporánea, apunta a la efectiva superación, a la mediación o síntesis del dualismo en-

tre *concepto e interés*; entre la consideración abstracta del orden y del sujeto jurídicos y la concepción de un orden en que se integrara el espíritu del derecho subjetivo, la «idea de los derechos» como exigencia de la libertad política y moral de la personalidad, al través de todas las radicales tensiones que el propio interés, la autonomía individual implica dentro de la realidad social. Un orden concreto cuya dinámica consiste en los procesos de participación de la libertad inherente a los individuos, según el espíritu aristocrático» e independiente.

Las notas relativas al carácter práctico, pragmático, de la nueva «ciencia política», exigida por un mundo nuevo, se centran para TOCQUEVILLE en los órganos y medios de lucha contra la legislación centralizadora; medios o institutos jurídicos que permiten coadyuvar con la función del poder judicial, defensora de la libertad política.

La jurisprudencia que reacciona en contra del abstracto monismo de la forma conceptual y técnica, a diferencia de las formas que eran culto de los tiempos aristocráticos, no podía incidir en un nuevo monismo abstracto: el del interés subjetivo, de la autonomía individualista. Era una jurisprudencia cuyo desarrollo ulterior, que TOCQUEVILLE sólo apunta desde su situación de transacción con la revolución democrática, no tendría por qué caer bajo la amenaza fundamental de la «jurisprudencia de intereses». Es decir, la separación, el dualismo insuperable incluso en representantes modernos como Philipp HECK (72), entre los dos puntos de vista esenciales en la consideración científica del derecho: entre la *Gebotsseite* o la creación normativa con propósitos pragmáticos inmediatos, y la *Interessenseite*, o sea, la «fisiología» o «psicología» (73) que para la ciencia jurídica dogmática constituyen los procesos funcionales, las fuerzas orgánicas informadoras del orden concreto del derecho.

Una vez más, el testimonio de las ideas en la obra de TOCQUEVILLE pertenece a los hechos, tal como se los puede constatar en la sociedad medieval. En ella, las leyes «correspondent symétriquement entre elles, et, toutes ensemble, forment un corps composé de parties si serrées que les articles de nos codes modernes ne snt pas plus étroitement unis; lois savantes, à l'usage d'une société demi grossière» (74). Sólo en esa situación, las leyes —imperfectas, pero sinceras— «donnaient toujours les droits qu'elles semblaient promettre».

NOTAS

(1) En sentido más radical a como lo hace Gino GORLA, *Commento a Tocqueville «L'idea dei diritti»*, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 102 y ss.

(2) Carta de 14 de junio de 1852 al Conde de COURCELLES, *Oeuvres*, II, p. 188, cit. por G. Gorla, op. cit., p. 293.

(3) Cfr. Georges LEFEBVRE, *Introduction a L'Ancien Régime et la Révolution, Oeuvres Complètes*, ed. dirigida por J.-P. Mayer, Gallimard, 6.ª Ed. París, 1952, tomo II, p. 28.

(4) Cfr. su Introducción a la edición dirigida por J.-P. Mayer, de Gallimard, cit., p. XXXVIII.

(5) Carta a REEVE de 22 de marzo de 1836, in *Oeuvres*, II, pp. 70-71, cit. por G. Gorla, op. cit., pp. 269-170. Veal la confesión de Tocqueville descubierta en los archivos familiares por Antoine REDIER, «Je ne suis ni du parti révolutionnaire, ni du parti conservateur. Mais, cependant et après tout, je tiens plus au second qu'au premier». «Car je diffère du second plutôt par les moyens que par la fin, tandis que je diffère du premier tout à la fois par les moyens et la fin». A. Redier, *Comme disait Monsieur de Tocqueville*, París, 1925, pp. 46 y ss. Cit. por J.-P. MAYER, *Alexis de Tocqueville*, trad. del inglés por J. Sorin, Gallimard, V. ed., París, 1948, p. 29.

(6) Lasky ha señalado una «nota de tristeza, incluso de desengaño que se encuentra en todas sus páginas, las cuales manifiestan la actitud de un hombre se encuentra defraudado por su inhabilidad para influir en la política, estando seguro de comprenderla mejor que sus directores», H. J. LASKY, *The Social and Political Ideas of some Representative Thinkers of the Victorian Age*, London, 1933, pp. 100-101.

(7) Cfr. Carl SCHMITT, *Historiographia in nuce. Alexis de Tocqueville*, in *Revista de Estudios Políticos*, vol. XXI, núm. 43 (enero-febrero 1949), p. 112.

(8) C. A. SAINT-BEUVE, *Causeries du Lundi*, vol. XV, París, ed. Garnier, p. 94. Cit. por J. M. Mayer, op. cit., p. 157.

(9) *De la Démocratie en Amérique*, Ed. M.-Th. Génin, París, Librairie de Médicis, 1951, tomo I, Introduction, p. 18.

(10) G. Lefebvre, op. cit., loc. cit., p. 12.

(11) *De la Démocratie...*, cit., tomo I, p. 6: «Il n'est pas nécessaire que Dieu parle lui-même pour que nous découvriions des signes certains de sa volonté: il suffit d'examiner quelle est la marche habituelle de la nature et la tendance continue des événements; je sais, sans que le Créateur élève la voix, que les astres suivent dans l'espace les courbes que son doigt a tracées».

(12) De ahí la consecuencia fundamental, destacada por Carl SCHMITT, de que: «Le falló el

temple de salvación histórica que preservase de la desesperación a su idea histórica de Europa. Europa estaba perdida sin la idea de un Kate-chón. No sabía de ningún Kate-chón. En su lugar buscó hábiles componendas». Op. cit., p. 113). El estilo intelectual que orienta a TOCQUEVILLE hacia la precaria solución de un sistema de componendas o transacciones, procede en todo caso del pensamiento de los doctrinarios, y, en sus raíces más hondas, de la lípica situación de transición histórico-cultural que antes hemos señalado. En este punto, la salida para el *pathos* latente de salvación histórica era la marcada por el providencialismo contrarrevolucionario y tradicionalista.

- (13) *De la Démocratie...*, cit., tomo II, p. 455.
- (14) G. Lefebvre, op. cit., p. 21.
- (15) *L'Ancien Régime...*, cit., tít. III, cap. VIII, p. 244.
- (16) *Ibid.*, p. 96.
- (17) *De la Démocratie...*, cit., tomo II, cap. XII, p. 179; «L'âme a des besoins qu'il faut satisfaire; et, quelque soin que l'on prenne de la distraire d'elle-même, elle s'ennuie bientôt, s'inquiète et s'agite au milieu des jouissances des sens».
- (18) *Oeuvres*, VII, p. 260, cit. por J. P. Mayer, op. cit., p. 104.
- (19) *Oeuvres*, VII, p. 262, loc. cit., p. 105.
- (20) Op. cit., pp. 113-114. Por su parte, Carl SCHMITT observa: «No tiene el celo del buscador sociólogo o psicólogo, ni la vanidad del escéptico; tampoco abriga ambiciones metafísicas. No se propone dar con las leyes eternas del proceso histórico universal, leyes de los tres estadios o ciclos culturales». Op. cit., p. 110.
- (21) «Es sorprendente —señala Carl SCHMITT— cómo su mirada penetra a través de la superficie de las revoluciones y de las restauraciones para alcanzar la médula decisiva de la evolución que está en marcha tras los frentes y las consignas contradictorias, evolución que utiliza a todos los partidos de derecha e izquierda para empujar las cosas hacia una centralización y democratización crecientes». Op. cit., p. 110.
- (22) Cfr. Wilhelm DILTHEY, *Oeuvres complètes*, vol. VII, pp. 104 y ss., Berlín, 1927. Cit por J. P. Mayer, op. cit., pp. 165-166.
- (23) *Oeuvres*, VII, p. 262; cit. por J. P. Mayer, op. cit., pp. 104-105.
- (24) *De la Démocratie...*, op. cit., vol. II, cap. XX, p. 118.
- (25) *L'Ancien Régime...*, cit., p. 144.
- (26) Vid., Johannes MESSNER, *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, III ed., Innsbruck, Wien, München, 1958, p. 154, nota 1. Cfr. la crítica de R. G. COLLINGWOOD (*The Idea of Nature*, Oxford, 1945, pp. 173 y ss.) al «pan-organicismo» de A. N. WHITEHEAD (*Science and the Modern World*, 1925; *Process and Reality*, 1929; *Nature and Life*, 1934).
- (27) Vid. *L'Ancien Régime...*, cit., p. 144.
- (28) Cfr. G. GORLA, op. cit., passim: en esp., parte II, pp. 79 y ss.
- (29) *De la Démocratie...*, cit., tomo I, cap. IX, p. 478: «Quand les provinces et les villes formaient autant de nations différentes au milieu de la patrie commune, chacune d'elles avait un esprit particulier qui s'opposait à l'esprit général de la servitude; mais, aujourd'hui que toutes les parties du même empire, après avoir perdu leurs franchises, leurs usages, leurs préjugés et jusqu'à leurs souvenirs et leurs noms, se sont habituées à obéir aux mêmes lois, il n'est pas plus difficile de les opprimer toutes ensemble que d'opprimer séparément l'une d'elles».
- (30) *L'Ancien Régime...*, cit., p. 91.
- (31) *Ibid.*, p. 92.
- (32) *Ibid.*, p. 91.
- (33) Vid., Walther SCHÖNFIELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart u. Köln, 1951, *Die Historische Rechtsschule Savignys: II. Die Romanistik*, pp. 444 y ss.

En Tocqueville se agudiza la perplejidad, típica de la filosofía jurídica del romanticismo, en especial de la Escuela histórica, donde se manifiesta a lo largo de dos líneas igualmente definidas: la romanista y la germanista, ante la significación del derecho romano. Es en este momento cuando comienza a evitarse el espejismo de un derecho romano formado como de un bloque: el derecho romano justinianeo. La actitud de Tocqueville se caracteriza por el dualismo, que valora positivamente el derecho romano en cuanto perfección del orden jurídico civil, de las formas de convivencia civilizada, y, negativamente, lo juzga perversión del orden jurídico político en que se realiza la idea de la libertad de la personalidad, esto es, como un «droit de servitude». Cfr. Carta a Alexis Stoppers, de 4 de enero de 1856, in *Oeuvres*, I, p. 468. Nota al lib. I, cap. IV de *L'Ancien Régime...* (en p. 91, línea 13), op. cit., pp. 265 y ss.

(34) Cfr. Erik Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, 2.ª ed., Karlsruhe, 1959, p. 85: Para Montesquieu significa el Derecho natural el orden de las relaciones fundamentales constantes entre los hombres que derivan necesariamente del «soziale Daseinsordnung» de la «naturaléza de la cosa». Constituyen ejemplos cardinales del mismo: primero, la paz (*paix*), sin la cual ningún consenso social resultaría posible, y que aparece, sobre todo, como el primer hecho de la experiencia jurídica. Segundo, la satisfacción de necesidades originarias permanentes (*rappports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*), tales como habitación, vestido, alimentos. Tercero, la natural inclinación de los sexos, con sus necesarias consecuencias para las instituciones y los órdenes de la sociedad. Cuarto, la socialidad inherente al hombre (le désir de vivre en société est une quatrième loi naturelle). Es la actitud ante un orden jurídico concreto, que se revela con los caracteres de «histórico» y «positivo», pero implica una validez objetiva «natural».

(35) Vide, antes, nota 10.

(36) *De la Démocratie...*, tomo I, cap. IX, p. 439.

(37) *Ibid.*, tomo II, cap. VIII, p. 47.

(38) *Ibid.*, cap. VIII, parte IV, p. 454.

(39) *L'Ancien Régime...*, cit., p. 94.

(40) *De la Démocratie...*, cit., tomo II, I parte, cap. XX, p. 120: «...le fait même de l'inégalité des conditions, qui permet à quelques individus de contrarier les tendances naturelles de tous les autres». Tal supuesto empírico, donde laten resonancias mecanicistas a lo Montesquieu, condicionó a su vez el principio racional del imperativo categórico kantiano, que llega a la obra de Tocqueville a través de las ideas de ROYER-COLLARD.

(41) *De la Démocratie...*, tomo II, I parte, cap. III, pp. 3-24: «elles (las ideas generales), ne lui fournissent jamais que des notions incomplètes, et elles lui font toujours perdre en exactitude ce qu'elles lui donnent en étendue».

(42) *Ibid.*, p. 25.

(43) Leo STRAUSS, *Droit naturel et histoire* (trad. francesa), Paris, Plon, 1954, p. 314 y nota 14.

(44) *De l'esprit des lois*, I, 1; XX, 14; XXXIII, 21; XIV, 14; XXVI, 24; XXVIII, 14.

(45) *Oeuvres*, IX, pp. 117 y ss. Cit. por J.-P. Mayer, op. cit., pp. 133-134.

(46) El resultado, hoy, de ese fenómeno desmembrador no podía ser sino el planteamiento de una ética social entendida como «derecho natural aplicado» o, con terminología menos precisa, como «ética social normativa». Donde el derecho natural-aplicado y, por tanto, material-concreto en su contenido normativo, resulta más bien de una fundamentación «inductivo-ontológica», que no del sistema deductivo fundado en principios universales. De ahí una línea teórica de contacto entre la fundamentación de una normatividad ético-social y la de un derecho natural de base sociológica. Vide: dentro del pensamiento tradicional, Johannes MESSNER, op. cit., y Arthur Fridolin Utz, *The Principle of Subsidiarity and Contemporary Natural Law*, in «Natural Law Forum», Notre Dame School, vol. 3 (1958), n. 1, pp. 170 y ss.

(47) *Oeuvres*, IX, pp. 119-120. Cit. por J.-Mayer, op. cit., p. 135.

(48) *L'Ancien Régime...*, cit., p. 195.

(49) *Ibidem.*, p. 196. Ved. E. BURKE, *Reflexiones...*, trad. esp. Madrid, 1954, pp. 217 y ss.

(50) *Ibidem.*, pp. 193-194.

(51) *Ibidem.*, p. 194.

(52) La posición de TOCQUEVILLE resulta, con todo, más coherente que la del antecedente inmediato de los doctrinarios, quienes «ont prétendu servir la cause individualiste, sans reconnaître à l'individu, du moins dans l'ordre politique, aucun droit naturel». Vide: HENRY MICHEL, *L'Idée de l'Etat*; cit. por DOMINIQUE BAGGE, *Les idées politiques en France sous la Restauration*, París, 1952, p. 141, nota 5.

(53) En la relación a la Academia de ciencias morales, con ocasión del curso de derecho administrativo de MACAREL, TOCQUEVILLE enuncia la siguiente fórmula-clave de su pensamiento: «le droit lui-même n'est qu'une des formes de l'état nouveau du monde: nous l'appelons le système français; c'est le système moderne qu'il faut dire». Cfr. *Oeuvres*, IX, p. 73.

(54) *De la Démocratie...*, tomo II, parte IV, cap. V, p. 417. La idea de *necesidad* circunstancial, patente en el primer plano de un análisis sociológico, era subrayada con toda energía por un ROYER-COLLARD, por un GUIZOT. Al eco del pensamiento doctrinario se deben tal vez los acentos de transigencia, de conformismo a las circunstancias, con que TOCQUEVILLE describe, siquiera para un período transitorio, el *pathos* de la libertad y la autonomía individual. Vide *supra*, nota 12.

(55) *De la Démocratie...*, cit., tomo II, parte IV, cap. II, p. 397.

(56) *Ibid.*, p. 398.

(57) *L'Ancien Régime...*, op. cit., p. 85.

(58) DOMINIQUE BAGGE, op. cit., p. 141.

(59) ERICH FECHNER, *Die soziologische Grenze der Grundrechte, Versuch einer Ordnung der einwirkenden Kräfte zum Zwecke ihrer besseren Beherrschung*, Tübingen, 1954, p. 36.

(60) *Il problema della validità nella prospettiva di una ontologia del diritto*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», a. XXXVI, fasc. IV (jul.-agosto 1959), pp. 349-356.

El fenómeno de la *validez* del derecho, en su complejidad, se refiere al orden jurídico concreto, como realidad existencial, histórica y positiva. La validez corresponde al orden jurídico en tanto se realiza: al orden mismo, en cuanto sus principios ideales y trascendentales corresponden a una disposición real de los elementos y factores del orden jurídico (*Rechts-Ordnung*), la cual se manifiesta, en sus relaciones con el principio ordenador, como relaciones inherentes a la posición existencial de tales documentos, y, por tanto, aun en una consideración anterior a la *constitución* del orden en «ordenamiento» jurídico (*Rechtsordnung*). De ahí que la validez implica la necesaria relación con el principio ideal del orden, y precede a la mera *vigencia*: representa un *príus* irreductible a ésta.

El «análisis ontológico», en los términos en que Erik WOLF lo lleva a cabo, descubre en la realidad existencial del orden jurídico concreto una serie de estructuras constantes, que representan, no sólo dimensiones lógico-objetivas del derecho válido, sino «modos ontológicos» del mismo. Modos que ningún análisis puede pretender que tengan carácter exhaustivo; pero que, al propio tiempo, significan algo más profundo que «tipos ideales», esto es, modos de cualificación gnoseológica del orden jurídico válido.

He ahí la razón de que TOCQUEVILLE, al igual que JHERING —puesto que ambos recibieron y disfrutaron la misma «herencia del siglo—, considere siempre el problema de la validez jurídica y, en especial, el modo de validez consistente en la «lucha por el derecho» o el *status* jurídico de la personalidad, con el *pathos* del derecho positivo, es decir, con independencia de la validez fundada en el derecho natural o en una norma ética.

(61) GINO CORLA, op. cit., pp. 104-107.

(62) *De la Démocratie...*, op. cit., Introducción, vol. I, p. 9.

(63) *Ibid.*, pp. 384-385.

- (64) *Ibidem*.
- (65) *Id.*, p. 8.
- (66) *Id.*, vol. II, parte IV, cap. VII, p. 447.
- (67) *Ibid.*
- (68) *Ibid.*, p. 446.
- (69) Vid. Luis LEGAZ LACAMBRA, *Actualidad de Tocqueville*, in *Derecho y Libertad*, Buenos Aires, 195, p. 106.
- (70) Walther SCHONFELD, *op. cit.*, p. 518.
- (71) *Voyage en Angleterre*, en *Oeuvres*, VIII, pp. 375-376.
- (72) Vid.: sobre todo, «Anhang» a la obra *Grundriss des Schuldrechts, 1929, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932*.
- (73) *Grundriss...*, *op. cit.*, p. 47. Es la tensión que se manifiesta como «neutralización» en toda jurisprudencia.
- (74) *L'Ancien Régime...*, *op. cit.*, p. 91.

