

El Club de los Nomófilos

Virgilio Zapatero
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Almería

SUMARIO: 1. EL ARTE DE LEGISLAR.—2. MONTESQUIEU: ARTE Y CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN.—
3. EL CANON ILUSTRADO DE LEGISLAR.—4. EL LEGISLADOR HÉRCULES.—5. DE JUECES Y LEGIS-
LADORES.

1. EL ARTE DE LEGISLAR

El Siglo de las Luces, entre otras muchas cosas, fue también el siglo de las leyes. Se creía en la ley como instrumento de control y dirección social. Y se veía, además, en aquélla la garantía de la libertad. La Ilustración, tal vez como ninguna otra época, conoció la pasión por las leyes; una pasión que llevó a los revolucionarios franceses a constituir en la antigua capilla de Santa María del barrio de Saint-Antoine el *Club de los Nomófilos*, el club de los apasionados por la ley, que era también como decir de los amantes del Parlamento¹. Aquella nomofilia ilustrada suponía tanto confianza en el legislador como recelo hacia los jueces, y lo que hoy llamaríamos Filosofía del Derecho terminó por expresar este clima intelectual convirtiéndose, en buena parte, en filosofía de la legislación, en reflexión sobre el mejor método para hacer buenas leyes; en suma, en arte de legislar.

Utilizo intencionalmente la expresión arte y no la de ciencia. Es cierto que BENTHAM, AUSTIN y FILANGIERI, entre otros, se refirieron a la ciencia de la legislación como una parte esencial de la llamada Jurisprudencia².

¹ J. CARBONNIER, «La passion des lois au Siècle des Lumières», en *Essais sur les Lois*, Repertoire du Notariat Defrénois, Evreux, 1979.

² J. AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1981..

Pero la expresión inevitablemente es hoy polémica tanto en lo que se refiere al contenido de una pretendida ciencia de la legislación cuanto a su *status* epistemológico³. En efecto, cuando se trata de precisar el objeto de la misma, surgen las más heterogéneas propuestas. La moderna teoría de la legislación, por ejemplo, no se limita a explicar el comportamiento legislativo, sino que aspira, en la versión de la *Public Choice*, a predecirle y, en todo caso, a prescribirle. Objetivos importantes pero tan heterogéneos que encerrarlos en el mismo edificio puede suponer condenarlos a interminables y estériles polémicas. Cuando en el siglo XVIII se hablaba de ciencia de la legislación primaba más la dimensión práctica de ciencia aplicada a la elaboración de buenas leyes. En todo caso, y por esta razón, tal vez se preste a menores confusiones hablar de un arte de legislar siempre que no se olvide que «todo arte tiene su especulación y su práctica» y que «es difícil, por no decir imposible, hacer avanzar la práctica sin la especulación y, a la inversa, dominar la especulación sin la práctica»⁴. El arte de legislar era, pues, el arte de hacer buenas leyes... con ayuda de las ciencias⁵.

Cuando me refiero al arte de la legislación de la Ilustración, no creo hacer una delimitación temporal caprichosa. Es cierto que, situados en los inicios de la Ilustración, si volvemos la mirada hacia atrás, nos encontraremos con una impresionante literatura que de alguna forma se ocupó del problema de cómo mejorar las leyes⁶. Las obras de PLATÓN (*Las Leyes*), ARISTÓTELES (*Política*), CICERÓN (*Las leyes*), GEMISTO PLETÓN (*Tratado sobre las leyes*), SANTO TOMÁS (*Suma Teológica*) o las grandes obras del iusnaturalismo del XVII son una prueba de esta rica literatura. Pero era una literatura para otro universo cultural, para otro contexto diferente del nuestro. Faltaban, cuando menos, algunos elementos esenciales y propios de la modernidad sin los cuales es difícil que surgiera un arte de legislar: el Estado legislador, la crisis de certeza que se produjo a finales del XVII⁷ y la

³ M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Cuadernos Civitas, 1997.

⁴ *Encyclopédie ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers*, tomo 3, Imprimeur - Librairie, Rue des Belles Filles, Genève 1777-1779, pág. 451.

⁵ El arte de legislar suponía conocimientos y técnicas que se adquieren no sólo por la práctica (M. OAKESHOTT, *Rationalism in Politics and other Essays*, Methuen and Co. Ltd., London, 1962) sino también mediante el aprendizaje. Al fin y al cabo, el arte de legislar no era más que un aspecto parcial del arte de gobernar y este arte se podía y se debía enseñar a los futuros gobernantes. Tal era la temprana propuesta de Ludovico ANTONIO MURATORI: «Sería conveniente —había dicho MURATORI— que los Príncipes se diesen a instruir cada uno en su Estado una Academia particular, cuyo objeto fuese sólo enseñar el arte de gobernar los pueblos, puesto que este cargo tiene tanto de difícil como de importante. La felicidad del pueblo depende del buen gobierno, y el buen gobierno de un conjunto de conocimientos de varias clases que sin gran estudio no se hallan unidos con facilidad en una sola persona. Habíanse de escoger jóvenes de buenas costumbres, y de conocida capacidad para formar esta Academia, haciéndoles estudiar varias materias concernientes al modo de gobernar con prudencia los pueblos, así para el puntual servicio del Príncipe como para el bien y ventaja de los vasallos» (MURATORI, *La pública felicidad, objeto de los buenos Príncipes*, Imprenta Real, Madrid, 1790, pág. 36; original publicado en Venecia en 1749).

⁶ Erk VOLKMAR HEUDEN, «Historische und Philosophische Grundfragen der Gesetzgebungslehre», en *Gesetzgebungslehre. Grundlagen- Zugänge- Anwendung* (de SCHRECKENBERGER); Kohlhammer Studienbücher Stuttgart, Berlin, 1986.

⁷ F. TOMÁS Y VALIENTE, «Presentación» del *Tratado de los Delitos y de las Penas*, de BECCARIA; tra-

expansión del racionalismo a la política. Y estas condiciones no se dieron plenamente sino hasta bien entrado el siglo XVIII.

El arte de la legislación, en efecto, presupone en primer lugar un Estado legislador, y con anterioridad a la modernidad no es fácil, incluso, que podamos hablar de Estado: éste es un concepto histórico muy concreto que surgió a la vez que la idea y la práctica de la soberanía⁸. La relación, por tanto, del Derecho con el Poder en el mundo medieval era muy distinta de la que hoy conocemos. GARCÍA PELAYO, entre otros, ha estudiado con detenimiento cómo en la Alta Edad Media (siglos IX-XIII) el Derecho no era concebido como una creación de la voluntad racionalizada que la sociedad pudiera cambiar en función de su utilidad o conveniencia, sino que tenía, de un lado, un fundamento sacro y, de otro, era principalmente consuetudinario y, por tanto, se tenía por justo⁹. El Derecho se originaba callada y anónimamente en el seno de la sociedad: el Príncipe no creaba Derecho, sino que aplicaba el Derecho existente. Esto es, «el establecimiento de normas jurídicas por el rey y los magnates no se consideraba como un acto legislativo, como una *invención* o creación racional del Derecho, sino como un acto de jurisdicción (*iurisdictio*) consistente en el *descubrimiento*, dentro del orden jurídico de la comunidad o de sus principios básicos, de las normas exigidas por el caso planteado, de modo que la nueva norma surgía como un incidente del *ius dicere*»¹⁰. La función del Príncipe era fundamentalmente jurisdiccional; no legislativa.

Hubo que esperar a la Baja Edad Media (siglos XIII-XVI) para que, frente a la idea medieval del Derecho positivo como producto espontáneo de la vida comunitaria, se fuera afirmando el principio moderno de la creación artificial del Derecho por el Príncipe¹¹. Correspondió en buena parte a BODINO expresar el nuevo paradigma mediante la distinción entre Derecho y ley y, sobre todo, mediante su teoría de la soberanía. El Derecho era un complejo de normas con sanción (leyes) y normas sin sanción (equidad y costumbre). La ley, una parte del Derecho, aparecía así como la norma creada por la voluntad del Príncipe frente a ese otro Derecho que producía el misterioso y lento fluir de la sociedad. Y esa potestad del Príncipe de promulgar normas con sanción se terminó concibiendo como la principal característica de la idea de soberanía. Cuando BODINO enumeró los *verdaderos atributos de la soberanía* concluyó que los elementos esenciales y exclusivos de la misma no eran la jurisdicción —«porque es común al Príncipe y al Súbdito»— ni el nombramiento o destitución de oficiales, sino que «el primer atributo del poder soberano es el poder de

decida por D. Juan Antonio de las Casas, editada por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, MDCCLXXIV. Edición facsímil del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

⁸ M. GARCÍA PELAYO, *Federico II de Suavia y el nacimiento del Estado moderno*, Obras Completas, tomo II, pág. 1119, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

⁹ M. GARCÍA PELAYO, *La idea medieval del Derecho*, Obras Completas, tomo II, pág. 1073.

¹⁰ M. GARCÍA PELAYO, *La idea medieval del Derecho*, Obras Completas, tomo II, pág. 1086

¹¹ M. GARCÍA PELAYO, «Bodino y su tiempo», Introducción a *Los Seis Libros de la República*, de BODINO, Caracas, 1966, pág. 49.

dar leyes a todos en general y a cada uno en particular»¹². La definición de la potestad legislativa como parte esencial de la idea de soberanía fue, además, acompañada con una concepción voluntarista del Derecho¹³. HOBBS había proclamado que «la ley es el mandato del legislador y el mandato es la declaración de voluntad» del soberano¹⁴; GROCIO, en el inicio de su *De Iure Belli ac Pacis*, definió el Derecho como la facultad de tener o de hacer todo aquello que resulta del poder sobre sí, sobre los demás o sobre las cosas, y PUFENDORF había insistido en que la ley es un mandato con el cual un superior «ordena a los ciudadanos lo que deben hacer en la vida civil y lo que no deben hacer»¹⁵; es así como apareció una concepción voluntarista e instrumental del Derecho —*quod Principi placuit legis habet vigorem*— en la que éste no era concebido como un don que recibimos de la divinidad ni como una destilación de usos y prácticas sociales, sino como un artefacto humano, uno de los instrumentos más idóneos para modelar el orden social. La atribución al Estado de potestades normativas era el primer presupuesto necesario para que pudiera destilarse un arte de legislar.

Pero la potestad legislativa del Estado, aunque nació con vocación de monopolizar la producción normativa¹⁶, convivía con otras fuentes normativas sumamente heterogéneas que condujeron a finales del XVII a una crisis en la certeza del Derecho. El ordenamiento jurídico estaba constituido por un conglomerado informe en el que el derecho del soberano tenía que convivir con el *ius commune*, los derechos especiales, locales, las costumbres; todo ello interpretado por una jurisprudencia farragosa y confusa y en la que terminaba primando el arbitrio judicial¹⁷. La obra de MURATORI *Dei Difetti della Giurisprudenza* (1742)¹⁸ supo expresar lo que era la *vox populi* entre los siglos XVII y XVIII (de ahí su enorme éxito): el clima de inseguridad e incertidumbre provocado por los defectos intrínsecos de la legislación¹⁹, así como los llamados defectos «extrínsecos» como son el caos de las interpretaciones doctrinales y judiciales y el desmesurado arbitrio judicial. Defectos que no se podían resolver si no es con una más de-

¹² J. BODINO, *Los Seis Libros de la República*, Caracas, 1966, págs. 167-168.

¹³ A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Editions A. Pédone, Paris, 1968.

¹⁴ HOBBS, *Del Ciudadano*, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, pág. 224.

¹⁵ S. PUFENDORF, *De la Obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, John Hayes, Cambridge, 1682; edición de la Universidad Nacional de Córdoba, 1980, pág. 240.

¹⁶ N. BOBBIO, «Introducción» a *Del Ciudadano*, de HOBBS, Caracas, 1966, págs. 9 y ss.

¹⁷ M. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero iuridico*, Giuffrè Editore, Milano, 1979, págs. 193 y ss.

¹⁸ Ludovico Antonio MURATORI, *Dei Difetti della Giurisprudenza*. In Venezia, MDCCLIII, por la que citaremos. La primera edición fue de 1742.

¹⁹ Los defectos intrínsecos —imposibles de remediar— eran los siguientes: a) las normas jurídicas no pueden ser totalmente claras, lo que obliga a la interpretación y a nuevas oscuridades; b) las normas no pueden prever todos los supuestos de la realidad; c) las manifestaciones de intenciones y de voluntades son susceptibles de interpretaciones diferentes y contradictorias, y d) en último caso, la aplicación práctica del Derecho depende de los jueces, y sus decisiones vienen a veces marcadas por sus errores, sus pasiones, etc. (MURATORI, *Dei Difetti della Giurisprudenza*, cap. III, págs. 18 y ss.).

cidida intervención normativa del soberano que pusiera orden en el caos producido por esta multiplicidad de fuentes y de jurisdicciones. La obra de MURATORI venía así a expresar ese clamor, esa exigencia de medidas que introdujeran un mínimo de certeza y seguridad en el sistema²⁰. Todo ello no podía conducir sino a la creciente monopolización del poder normativo y jurisdiccional por parte del Soberano y al inicio de la primera etapa de la codificación (que buscaba fundamentalmente la recopilación y sistematización del Derecho ya vigente).

Pero la idea de un arte de legislar exigía algo más que el monopolio del poder normativo por el Soberano ante la crisis de incertidumbre del régimen del *ius commune*. Si la ley era mandato y el mandato no era más que expresión de la voluntad del soberano, el desafío ahora consistía en someter a reglas, en racionalizar la voluntad de aquél. El arte de legislar sólo era posible si se podía hacer de la ley algo diferente del mero capricho del Príncipe; si podía ser creada racionalmente, si podía ser convertida en *voluntas racione animata*. Por ello, sin aquella otra premisa que fue el racionalismo de la modernidad no hubiera surgido un arte de la legislación.

El programa de la modernidad consistió, como es bien sabido, en liberar a la humanidad de la magia y de la tradición y hacer de la razón el instrumento idóneo para dominar la naturaleza. El famoso *Discurso* de DESCARTES tenía como objetivo —anunciaba el subtítulo— ofrecer el método para dirigir bien la razón y buscar la verdad en las ciencias: sus reglas, ciertas y fáciles, aseguraban al usuario que nunca se equivocará si «toma una resolución firme y constante de no dejar de observarlas ni una sola vez»²¹. Idéntica confianza en la fuerza de la razón proclamaba BACON, quien invitaba a destronar los «falsos ídolos» de la tribu, la caverna, la plaza del mercado y del teatro y afirmaba que «la ciencia del hombre es la medida de su potencia»²². La Ilustración iba a ser «la gran escoba»²³, llamada a barrer tales ídolos y a postular un nuevo orden social. En efecto, aunque DESCARTES se abstuvo de aplicar su método a la solución de cuestiones sociales, muy pronto, con la Ilustración, el racionalismo invadió los más insospechados dominios, incluida la política. El *Sapere Aude*, o la llamada a servirse de la razón para superar la «autoculpable minoría de edad» aplicada al mundo de la naturaleza, pronto se trasladó al mundo de la religión y a los asuntos políticos y exigió intervenir decisivamente en la búsqueda de la «mejor concepción de la legislación»²⁴. Había nacido el racionalismo constructivista²⁵, que suponía tanto la decisión de enterrar el orden feudal y construir un nuevo orden social —el burgués— como la convicción de

²⁰ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazioni del diritto*, Il Mulino, 1976, págs. 215 y ss.

²¹ DESCARTES, *Discurso del Método*, Ediciones EDAF Bolsillo, 1970, págs. 34 y ss.

²² BACON, *Novum Organum*, Editorial Fontanella, 1979, pág. 33.

²³ I. BERLIN, *El mago del Norte. J. G. Hamann y el origen del irracionalismo moderno*, Tecnos, 1997, págs. 85 y ss.

²⁴ KANT, *Qué es la Ilustración*, edición de Agapito Mestre, Tecnos, 1988, págs. 16-17.

²⁵ HAYECK, *Derecho, legislación y libertad*, tomo I, Unión Editorial, 1985, pág. 32.

poder hacerlo «caminando en la noche pero precedidos de una luz»²⁶ o razón, pues la mayoría de los problemas de nuestras sociedades derivan «de las imperfecciones del arte social»²⁷. El dominio de dicho arte hará posible que «no subsista más que una desigualdad útil al interés de todos».

El «Siglo de la Razón» fue el título honorífico que la burguesía reivindicó para su mundo²⁸. Casi todos los exponentes de la cultura del XVIII fueron en cierto sentido racionalistas cartesianos. Lo fueron los científicos. Lo fueron los reformadores sociales. Lo fueron los juristas, para quienes el Derecho debía ser un conjunto de reglas derivadas de unos pocos principios. Lo fueron los economistas, que pretendieron hallar las leyes que regulan el orden económico. Y lo fueron los políticos, que creyeron poder rehacer el orden social y político mediante nuevas y buenas leyes²⁹. Desde entonces el racionalismo se convirtió en una —aunque no la única— de las señas de identidad de la política. Desde entonces, y durante más de trescientos años, se han propuesto a la humanidad en nombre de la razón —tal es el sentido del moderno constructivismo kantiano— las más atrevidas empresas de reforma o cambio social³⁰. Desde entonces la producción de normas se ha intentado someter a los dictados de la razón; se ha pretendido que la ley fuera *voluntas ratione animata*.

Racionalismo iluminista, demanda de mayor certeza y seguridad jurídica ante el «particularismo jurídico» del *Ancien Régime* y monopolización por el Estado del poder normativo fueron los factores que hicieron posible la aparición y desarrollo de un proceso de racionalización³¹ y sistematización del sistema jurídico que se orientó en una doble y complementaria dirección: la *codificación*, que facilitaría el conocimiento del Derecho vigente, y el *arte de la legislación*, que proporcionaría mejores leyes. Codificación y arte de legislar fueron, en muy buena parte, productos de la nomofilia ilustrada. Lo que hubo antes fue distinto; también, en cierto sentido, fue diferente lo que hubo después y que, en alguna manera, es lo que hay hoy. Pero nuestro objeto, al menos directo, no es hablar de las actuales nomofobias, sino de las nomofilias ilustradas.

2. MONTESQUIEU: ARTE Y CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN

Para convertir la ley en *voluntas rationae animata*, la primera tarea que había que acometer era la de corregir o matizar la concepción voluntarista

²⁶ VOLTAIRE, voz «Philosophe» de la *Enciclopedia*, en *Artículos Políticos de la Enciclopedia*, ed. de Ramón Soriano y Antonio Porras, Tecnos, 1986, pág. 60.

²⁷ CONDORCET, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, Editora Nacional, Madrid, 1980, pág. 226.

²⁸ G. PECES-BARBA, *Tránsito a la modernidad*, Ed. Mezquita, Madrid, 1982, pág. 146.

²⁹ G. RUGGIERO, *Historia del liberalismo europeo*, Pegaso, Madrid, 1944, pág. XXVII.

³⁰ M. OAKESHOTT, *Rationalism...*, op. cit., 1962.

³¹ M. WEBER, *Economía y sociedad*, FCE, México, 1979, págs. 648 y ss.

del Derecho que había terminado por divinizar al soberano. Tuvo que aparecer MONTESQUIEU para recordar al legislador la dura realidad de los hechos sociales, la existencia de leyes sociales que se constituyen en límites, a veces infranqueables, a su poder legislativo y que, al propio tiempo, le guían en su cometido de legislar racionalmente. Ésta fue, como veremos, una de las primeras aportaciones de MONTESQUIEU al arte ilustrado de legislar.

En el contexto de una concepción voluntarista de la ley de tradición hobbesiana, la definición que de la misma daba MONTESQUIEU no podía ser más extraña y sorprendente: «Las leyes, en su significación más extendida, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas. Y, en este sentido, todos los seres tienen sus propias leyes: la divinidad tiene sus leyes, el mundo material tiene las suyas, los seres inteligentes superiores al hombre también las tienen, como están dotados igualmente de sus propias leyes tanto los animales como los hombres»³². Las leyes como relaciones necesarias de las cosas. Una definición realmente intrigante que no podía sino escandalizar a unos y sorprender a los demás hombres de su tiempo. DESTUT DE TRACY expresaba así su extrañeza: «Las leyes no son, como dice Montesquieu, unas relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas; porque ni una ley es una relación ni una relación es una ley; y esta explicación no presenta un sentido claro»³³. Pero podemos captar el sentido de aquella definición si tenemos en cuenta, como ponía de relieve ALTHUSSER, que MONTESQUIEU operaba continuamente con dos diferentes conceptos de ley, no siempre convenientemente delimitados, la *ley relación* y la *ley mandato*³⁴.

La ley que conocía la Filosofía del Derecho hasta MONTESQUIEU era la *ley mandato*, que suponía un legislador, unos destinatarios, un contenido y una sanción para garantizar su cumplimiento: son las leyes que promulga el legislador. Pero la novedad radical que supuso la obra de MONTESQUIEU, a decir de ALTHUSSER, fue la introducción de un nuevo concepto de ley, la *ley relación*, con el que inicia *El Espíritu de las leyes* y que supone afirmar que, más allá de las leyes promulgadas por los hombres o incluso por Dios, existe un orden interno, una legalidad que gobierna las propias leyes positivas, las naturales e incluso las divinas. Y es aquel orden interno o legalidad lo que MONTESQUIEU se propuso investigar y descubrir. Lo que le interesaba no eran tanto las leyes como los condicionantes de las mismas; esto es, su espíritu.

Pero no sólo cambió el objeto de estudio —la legalidad que gobierna leyes e instituciones sociales—, sino también el método. Ya en el siglo XVIII, avanzada la Ilustración, se había comenzado a renunciar a la construcción de sistemas por deducción a partir de un primer principio, como

³² MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois. Et la querelle de l'Esprit des Lois*, 1748-1750; Libro I, cap. 1.º; en *Oeuvres Complètes*, Aux Éditions du Seuil, 1964, págs. 527 y ss.

³³ DESTUT DE TRACY, *Comentarios sobre «El Espíritu de las leyes»*, Imprenta de Fermín Villalpano, Madrid, 1821, pág. 1.

³⁴ L. ALTHUSSER, *Montesquieu: la política et l'histoire*, Presses Universitaires de France, 1959.

pretendiera el iusnaturalismo racionalista³⁵. Siguiendo el nuevo modelo de ciencia propuesto por NEWTON, la reflexión filosófica había emprendido el camino del análisis³⁶. El nuevo método de la física no suponía ya tomar un axioma para desarrollar las conclusiones implícitas en el mismo, sino que se partía de la experiencia, del examen y observación de la naturaleza para descubrir en la misma sus propias leyes. Se produjo así un importante cambio en la concepción sobre las posibilidades y funciones de la razón: a partir de ahora, los fenómenos eran lo dado y los principios —en MONTESQUIEU, *el espíritu*— aquello que se buscaba a partir de la historia³⁷, que no consistía en acumular datos y hechos, sino en encontrar su sentido. Partiendo de esta nueva concepción de la razón, MONTESQUIEU buscó en un impresionante y, a veces, abigarrado acopio de datos históricos los principios y leyes que gobiernan el comportamiento del legislador. Por eso, MONTESQUIEU en el propio Prefacio de *El Espíritu de las leyes* aclaraba su metodología y finalidad: «He comenzado estudiando los seres humanos y he llegado a la conclusión de que, en esta infinita diversidad de leyes y costumbres, no están gobernados por sus fantasías. He establecido y he visto cómo los casos particulares se adaptan a aquéllos, cómo la historia de todas las naciones no es más que el resultado de los mismos y cómo cada ley particular está conectada con otras leyes o cómo depende la ley singular de una ley universal»³⁸. Así es como MONTESQUIEU descubrió que las leyes e instituciones no vienen determinadas por el azar, el capricho o la fantasía de los legisladores, sino que están en relación con la naturaleza y el principio de su gobierno, con las condiciones físicas del país como el clima, suelo, tamaño, tipos de vida y sistemas de producción, con el grado de libertad que permite la Constitución, con la religión de sus habitantes, su riqueza, la densidad demográfica, su comercio exterior, sus costumbres, etc. El estudio de estos factores era el objeto de su obra, pues «todos ellos en conjunto forman lo que he venido en llamar el *Espíritu de las leyes*». Fue la determinación de un objeto preciso de investigación —leyes e instituciones sociales— y su metodología lo que llevó a E. DURKHEIM a afirmar que «en Montesquieu se encuentran establecidos, por primera vez, los principios fundamentales de la ciencia social», y a calificarle, junto con ROUSSEAU, como precursor de la sociología³⁹.

Pudiera parecer de lo dicho hasta ahora que el único propósito de MONTESQUIEU fue el de construir una teoría puramente descriptiva de la

³⁵ F. GONZÁLEZ VICÉN, «El positivismo en la filosofía del derecho contemporáneo», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de La Laguna, 1979, pág. 55.

³⁶ E. CASSIRER, *Filosofía de la Ilustración*, FCE, México, 1993, pág. 23.

³⁷ A. TORRES DEL MORAL, «Introducción» a *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, de CONDORCET, Editora Nacional, 1980, págs. 51 y ss.

³⁸ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois. Préface. Oeuvres Complètes*.

³⁹ E. DURKHEIM, *Montesquieu et Rousseau, précurseurs de la sociologie*, Petite Bibliothèque Sociologique internationale, Librairie Marcel Rivière et Cie., Paris, 1966, pág. 110. Ver también Renato TREVES, *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Ariel Derecho, Madrid, 1988, págs. 22-26.

legislación, una ciencia de la legislación reducida a sociología legislativa, que diera razón de las causas concretas que determinan los comportamientos legislativos. El propio MONTESQUIEU parecía sugerir esta interpretación de su obra cuando declaraba que «no escribo para criticar lo que está establecido en cualquiera de los países. Cada nación encontrará aquí las razones de sus máximas; y se sacará de forma natural la conclusión de que no corresponde proponer cambios sino a quienes tienen la suerte de estar dotados de la capacidad de captar, con una visión genial, toda la Constitución del Estado»⁴⁰. Aparentemente, MONTESQUIEU no estaba dispuesto a traspasar el discurso descriptivo de las ciencias, pues no se consideraba dotado de la genialidad que, según él, precisa quien dicta o propone leyes. Su discurso inauguraría así el método positivista. Y aunque no hubiera sido más que el precursor del positivismo jurídico del siglo XIX que rompe con el método del iusnaturalismo abstracto⁴¹, sólo por ello tendría garantizado un lugar de honor en la historia de las ciencias sociales. Pero su aportación fue algo más que sociología de la legislación. Es también arte de legislar. Y el arte de legislar presupone un margen de maniobra en el legislador.

Ahora bien, el planteamiento de MONTESQUIEU... ¿dejaba realmente algún margen de maniobra al legislador? MONTESQUIEU había pretendido, entre otros objetivos, matizar la tradicional concepción voluntarista del Derecho insistiendo en la capital importancia que tienen ciertos factores, entre los que destacaba el clima⁴². Éste determina el coraje, la superioridad, las costumbres sexuales, el espíritu de trabajo, la propensión a la esclavitud, al suicidio, a la poligamia, al mayor o menor respeto de las leyes. Pero entonces... ¿no se corre el riesgo de quedar atrapados por una visión fatalista del mundo y de la historia? Su definición, por otra parte, de las leyes como relaciones *necesarias* que derivan de la naturaleza de las cosas se ha considerado, en ocasiones, como una prueba o, al menos, un indicio de una fuerte influencia spinozista que anularía la capacidad de maniobra del propio legislador⁴³. Pero es imposible, como señalaba SHACKLETON⁴⁴, reducir a MONTESQUIEU a un discípulo de SPINOZA. Ni siquiera era ésta la conciencia que tenía MONTESQUIEU de su obra, pues «quienes —insistía⁴⁵— afirmaron que una ciega fatalidad ha producido todos los efectos que vemos han dicho una gran tontería». Porque la causalidad en la que pensaba el Señor de La Brède no consistía en un encadenamiento lineal de una única causa con sus correspondientes efectos, sino que para él «la his-

⁴⁰ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois. Préface*, op. cit.

⁴¹ F. GONZÁLEZ VICÉN, «El positivismo en la filosofía del derecho contemporáneo», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pág. 54.

⁴² MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, op. cit., Libros XIV a XVII.

⁴³ J. VALLET GOYTISOLO, *Montesquieu, leyes, gobiernos y poderes*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, págs. 81 y ss.

⁴⁴ SHACKLETON, *Montesquieu: a critical Biography*, Oxford University Press, 1966; trad. francesa en la Universidad de Grenoble, págs. 200 y ss.

⁴⁵ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, Libro I.1.

toria no es unicausal. Múltiples causas son las que operan de forma concurrente y simultánea: éstas son las causas particulares. Su mediano y resultante constituirá la causa general. El determinismo histórico —concluye STAROBINSKY⁴⁶— es, podríamos decir, multicausal». Y todas las causas, a su vez, las podemos englobar dentro de dos categorías: las causas físicas y las causas morales. La decisión legislativa es fruto tanto de unas como de otras. «Los hombres —decía MONTESQUIEU⁴⁷— están gobernados por cinco causas diferentes: el clima, los ritos (*manières*), las costumbres, la religión y las leyes. En cada nación, cuando una causa presiona con más fuerza, las demás ceden. El clima domina casi fatalmente a los salvajes; los ritos gobiernan la China; las leyes tiranizan al Japón; las costumbres daban carácter en otro tiempo a Roma y Lacedemonia; la religión lo es todo actualmente en el sur de Europa». Ciertamente que el hombre —y por tanto el legislador— en cuanto *res extensa* no puede, como cualquier otro objeto, eludir el influjo de las causas físicas, entre las que destaca, por su importancia, el clima. Pero «en cuanto ser inteligente quebranta sin cesar las leyes fijadas por Dios y cambia las que él mismo establece». Más aún, una de las características fundamentales de la naturaleza humana consiste en «su capacidad para inventar, aplicar reglas, códigos, normas siempre cambiantes y múltiples, en respuesta en gran medida a las necesidades del medio, pero también contribuyendo a la transformación del mismo»⁴⁸. El legislador está condicionado por el medio, pero ni siquiera las mismas leyes tienen una inflexibilidad tal que no pueda ser vencida por su propio genio⁴⁹. Si bien es cierto que la naturaleza se planta ante el legislador para trazar la raya que determina lo humanamente imposible, en la mayoría de los casos la naturaleza opera como auténtico desafío a su inteligencia y habilidad. El buen legislador, para MONTESQUIEU, no se doblega ni ante el clima, ni ante la pereza humana⁵⁰, ni ante el impudor⁵¹. La ignorancia, los errores, las pasiones y la inconstancia a los que a veces parecen condenados los seres humanos deben ser corregidos mediante leyes. Y pueden serlo pues «*la politique est une lime sourde que use et qui parvient lentement a sa fin*»⁵².

A veces se ha atribuido a MONTESQUIEU una concepción de la decisión legislativa en la que el legislador no es más que puro receptor de influjos externos que no domina ni controla⁵³. Pero el propósito de MONTESQUIEU no se limitaba a una pura descripción de los condicionantes de las decisiones legislativas, sino que pretendía orientar al legislador: «Si pudiera hacer que quienes gobiernan aumentasen sus conocimientos sobre lo

⁴⁶ J. STAROBINSKY, *Montesquieu*, Écrivains de Toujours, Seuil, Paris, 1982, págs. 81 y ss.

⁴⁷ MONTESQUIEU, *Pensées*, 1903; *Oeuvres Complètes*, op. cit., pág. 1044.

⁴⁸ M. IGLESIAS, *El pensamiento de Montesquieu*, Alianza Universidad, 1984, pág. 396.

⁴⁹ V. GOLDSMIDT, «Introduction» a *L'Esprit des Lois*, Ed. G. F. Flammarion, 1979, pág. 34.

⁵⁰ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XVI, cap. 7.º.

⁵¹ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XVI, cap. 12.º.

⁵² MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XIV, cap. 13.º.

⁵³ A. LA SPINA, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Giuffrè Editore, 1989, págs. 15 y ss.

que deben prescribir y que quienes obedecen hallaran un placer nuevo en obedecer, me sentiría el hombre más feliz entre los mortales»⁵⁴. Por eso su obra está llena de *deberes*. Las leyes políticas o civiles de cada nación *no deben* ser más que casos particulares a los que se aplica la razón humana. Las leyes *deben* adecuarse a la naturaleza del pueblo para el que se dictan. Las leyes *deben* estar en relación con la física del país; *deben* ponerse en relación con el grado de libertad de la sociedad en cuestión. Lo que ocurre y constituye una fuente de confusión es que —como resalta SHKLAR⁵⁵— «la palabra *deber* es usada unas veces para hablar de una necesidad natural, otras veces para referirse a una relación de medios y fines y finalmente también para remitirse a lo que es justo». Pero, pese a tal ambigüedad en el uso del término *deber*, está claro que MONTESQUIEU no se detuvo en la linde de lo puramente descriptivo. Su obra fue un tratado de ciencia y de arte de legislar; lo que ocurre es que, como señala con toda razón DURKHEIM, «arte y ciencia se mezclan en su obra de tal manera que lo habitual es pasar de uno a otra sin darse cuenta»⁵⁶. La diferencia con el pasado es que ahora las recomendaciones de su arte de la legislación no se deducen únicamente de aquella «idea clara y distinta» que era la naturaleza humana, como había pretendido el iusnaturalismo clásico reduciendo la ciencia de la legislación a ética legislativa. Por supuesto que MONTESQUIEU cree en la existencia de unas leyes naturales. SHACKLETON⁵⁷ ha ofrecido un doble listado de las mismas: la paz (I.2), alimentarse (I.2), la atracción sexual (I.2), la vida social (I.2), la fe en Dios (I.2), la reproducción (XXVI.3.14), la madurez mental (XXVI.3), la libertad y la independencia (*Pensée*, 174), la aptitud para razonar (*Pensée*, 174), la igualdad (XV.7), el miedo a la muerte y el instinto de conservación (I.1; X.3). Pero estas leyes —concluye SHACKLETON⁵⁸— no son leyes en el sentido en que el término es empleado por los juristas: no son normativas, sino que simplemente «describen la condición humana». Son más bien hechos biológicos de los que sólo muy limitadamente puede el legislador deducir un programa normativo. El arte de la legislación en MONTESQUIEU no se fundamenta, pues, exclusivamente en la idea de naturaleza humana, sino sobre los hallazgos de las ciencias sociales; o, dicho con sus palabras, si queremos «que el mundo inteligente esté tan bien gobernado como lo está el físico», el legislador tiene que demandar el apoyo de las ciencias.

En efecto, el legislador tiene que partir de las aportaciones de las ciencias a la hora de buscar la legislación *más conveniente* para cada sociedad, objetivo que sólo puede alcanzarse sobre la base de un conocimiento preciso de la naturaleza de la sociedad. No se trata, como vimos, de plegarse miméticamente a tales circunstancias y hacer de las leyes un mero reflejo

⁵⁴ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Loix. Préface*.

⁵⁵ J. SHKLAR, *Montesquieu*, Past Master, Oxford University Press, 1986, pág. 69.

⁵⁶ DURKHEIM, *Montesquieu et Rousseau, précurseurs de la sociologie*, págs. 45-46.

⁵⁷ SHACKLETON, *Montesquieu: a critical Biography*, op. cit., pág. 193

⁵⁸ SHACKLETON, *Montesquieu: a critical Biography*, op. cit., pág. 194.

determinado por la naturaleza, sino que, cuando se trata de una naturaleza «desviada», el legislador, lejos de seguirla, debe tratar de corregirla⁵⁹: tal era el sentido de sus propuestas como la de castigar la indolencia en los países cuyo clima caluroso invita a la misma. La ciencia nos puede permitir un mejor dominio de esta técnica social que es el Derecho al ponernos de relieve cuáles son o pueden ser los efectos de nuestras acciones. En el mundo natural reina la necesidad: el dominio de la ley de la causalidad permite provocar mecánicamente los efectos. No ocurre lo mismo en el ámbito de las leyes humanas: en éstas no siempre se declaran los objetivos que se persiguen, ni son reales los declarados, ni se conoce la eficacia de la norma sobre el comportamiento humano, ni se controlan los efectos del comportamiento humano sobre los objetivos buscados por las leyes. Son los problemas de la eficacia y efectividad de las normas que, con terminología de la época y de forma todavía un tanto primitiva, se planteó MONTESQUIEU. Y así, en el libro XXIX de *El Espíritu de las leyes*, MONTESQUIEU descubría para unos y, en todo caso, recordaba a los legisladores ciertos hechos a tener en cuenta cuando se trate de «componer las leyes». A veces —decía MONTESQUIEU— las leyes tienen unos efectos distintos de los declarados, como cuando Solón decidió castigar a quienes no tomaran partido en las revoluciones (*E.L.*, XXIX, cap. 3.º). En otras ocasiones, el legislador es tan incompetente que termina dictando leyes contrarias a los fines que persigue (*E.L.*, XXIX, cap. 4.º) o promulga leyes absolutamente desproporcionadas con el objeto perseguido (*E.L.*, XXIX, cap. 5.º). Hay ocasiones en las que el legislador aplica una misma ley, trasplantada a otra sociedad diferente, pretendiendo conseguir los mismos efectos sin percibir que los efectos de la ley dependen en buena medida del contexto sobre el que opera (*E.L.*, XXIX, caps. 6.º y 7.º). Puede ocurrir que una ley que parece la misma no sea tal pues, aun siendo idéntica, puede perseguir objetivos diferentes (*E.L.*, XXIX, cap. 8.º). La historia muestra que un mismo objetivo se puede conseguir mediante diferentes técnicas legales (*E.L.*, XXIX, cap. 10.º). El juicio definitivo sobre una ley depende en buena parte no de sí misma, sino de su relación con el ordenamiento de que forma parte (*E.L.*, XXIX, cap. 11.º). Que las leyes que parecen las mismas son a veces diferentes en realidad (*E.L.*, XXIX, cap. 12.º). Convendría que, cuando se pretenda trasplantar una ley de un país a otro, se examine previamente si ambos tienen las mismas instituciones y las mismas leyes civiles (*E.L.*, XXIX, cap. 13.º). No se deben separar las leyes de las circunstancias en que se hicieron (*E.L.*, XXIX, cap. 14.º). La uniformidad de las leyes no es un valor en sí mismo: lo que importa es que se alcance el objetivo (*E.L.*, XXIX, cap. 18.º). Todo ello tal vez se pudiera resumir diciendo que la eficacia y la efectividad de las normas dependen en buena medida de su adecuación al contexto sobre el que se aplican. Legislar sin tomar en cuenta los datos que nos ofrecen las ciencias puede ser inútil y

⁵⁹ DURKHEIM, *Montesquieu et Rousseau*, op. cit., págs. 93 y ss.

tan peligroso como caminar en la oscuridad. La ciencia, en este sentido, a veces nada ordena al legislador, ni siquiera precisa explicitar sus recomendaciones: le basta con exponer los hechos, sus causas y sus consecuencias. Años más tarde lo repitió Augusto COMTE: «Cuando los científicos descubren la potencia de ciertas máquinas o la eficacia de ciertos remedios, no es necesario, para hacerlas adoptar, hablar de deberes o hacer uso de la fuerza; es suficiente demostrar el valor de sus efectos. De la misma manera, tanto en la moral como en la legislación, el mejor medio para hacer adoptar un buen procedimiento o hacer abandonar uno malo consiste en mostrar claramente las causas y los efectos del uno y del otro»⁶⁰. Estamos en el ámbito de la racionalidad instrumental que ha de cultivar el arte de legislar.

Ahora bien, aquel arte no se reducía en MONTESQUIEU a argumentar el necesario respeto por el legislador de las reglas que se deducen de la pura racionalidad técnica. Junto a ésta, y como su complemento, existe una racionalidad formal que tiene que ver con la calidad técnica de la redacción normativa. En este sentido, MONTESQUIEU, haciéndose eco de las denuncias sobre la oscuridad e imprecisión de las leyes (recuérdense los «defectos internos» a los que aludía MURATORI), avanzó todo un catálogo sistematizado de criterios para la redacción de textos legales⁶¹. Situado un tanto extrañamente entre el libro dedicado al origen y modificaciones de las leyes civiles francesas y el libro dedicado a las leyes feudales, el libro XXIX, o *De la manière de composer les lois*, constituye un claro antecedente del moderno *legal drafting*. Aquí MONTESQUIEU, abandonando su estilo aparentemente descriptivo, se atrevió a recomendar, «a quienes disponen de un genio lo suficientemente amplio como para poder dar leyes a su nación o a cualquier otra», algunas de las *Choses à observer dans la composition des lois*:

El estilo debe ser conciso. Las Doce Tablas eran lo suficientemente breves como para que los niños las pudieran aprender de memoria. También *debe ser simple*: la expresión directa se comprende mejor que la expresión retórica o engolada. *Es esencial que las palabras de las leyes susciten en todos los hombres las mismas ideas*: la vaguedad de los términos es un artilugio con el que se engaña al pueblo o genera inseguridad en los destinatarios. *Cuando la ley debe imponer una sanción, es necesario que, en la medida de lo posible, evite fijarla en función del precio del dinero*: por mil razones cambia constantemente el valor de las monedas. Es necesario *evitar las expresiones vagas*, así como *el lenguaje metafórico o figurado*. *Se han de evitar las cláusulas abiertas*: una enumeración de circunstancias no puede terminar «y cualquier otra que consideren los jueces». Es una forma de privar de sentido a la propia enumeración. *Las leyes no deben ser sutiles*: están hechas para gentes de entendimiento común. No pueden las leyes ser una obra lógica,

⁶⁰ A. COMTE, *Traité de la Legislation*, 1837; citado por Renato TREVES en *Introducción a la Sociología del Derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1977, págs. 29 y ss.

⁶¹ M. SANTAELLA LÓPEZ, *Montesquieu: el Legislador y el arte de legislar*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995, págs. 156 y ss.

sino «la sencilla razón de un padre de familia». *Conviene evitar el exceso de palabras*: si las excepciones o limitaciones no son necesarias, mejor no incluirlas en el texto. *No hay que cambiar una ley sin razón suficiente*: los cambios frecuentes generan inseguridad. *Si hay que expresar las razones de una ley, éstas tienen que ser dignas de la misma*: «una ley romana establecía que un ciego no pudiera litigar por cuanto no podía ver los ornamentos de los magistrados. Hay que hacerlo intencionadamente para dar tan mala razón cuando había tan poderosas razones para dicha prohibición». *En punto a presunciones, las de la ley valen más que las de los hombres*: ya se sabe que «cuando un juez opera con presunciones, los juicios se vuelven arbitrarios; cuando la ley establece una presunción, da al juez una regla fija». Lo mismo que no se deben cambiar sin motivos las leyes, es preciso examinar si una ley es necesaria pues *las leyes inútiles debilitan las leyes necesarias*. Las leyes deben ser eficaces: *las leyes que se pueden eludir debilitan la legislación*. Han de *adecuarse a la naturaleza de las cosas* y, finalmente, *tienen que tener un cierto candor*: «hechas para castigar la maldad de los hombres, deben tener ellas mismas la mayor inocencia posible». Son todas ellas recomendaciones de técnica legislativa que podemos encontrar en cualquiera de los modernos manuales de técnica legislativa y que no son sino un compendio de exigencias repetidas a lo largo de los siglos⁶².

Pero el arte de la legislación de MONTESQUIEU no se limitaba a los problemas de la racionalidad técnica y formal de las leyes. En contra de la opinión de Louis ALTHUSSER, que veía en el Señor de La Brède no el heraldo de la burguesía, sino el «servidor de viejas causas a través de ideas realmente nuevas», las políticas legislativas que defendía a lo largo de su obra revelaban su inequívoco compromiso con algunos de los ideales de la Ilustración. Más en concreto, por debajo de la acumulación de hechos históricos y viejas leyes, latía el ideal de la seguridad jurídica, incompatible con las formas despóticas de gobierno. Fue su explícita defensa del *espíritu de moderación*, que para él había de ser el norte de cualquier legislador, el que le condujo a reforzar las garantías legales. «Las formalidades de la justicia —decía— son necesarias para la libertad», y no meros tecnicismos; aunque su perspicacia le hiciera ver, al propio tiempo, que la realización de la justicia no consiste en acumular garantías, pues «cuando el número es muy grande pueden entrar en contradicción con su propia finalidad: los asuntos nunca se terminan; la propiedad de los bienes es insegura, se concederá sin examen a una de las partes lo que pertenece a la otra o se arruinará a ambas partes con tanta dilación»⁶³. De su ideal de moderación, por otra parte, se derivaba su obsesión por potenciar el protagonis-

⁶² La necesidad de un dominio del lenguaje por parte de los juristas fue ya el contenido del discurso de ingreso en la Real Academia Española de JOVELLANOS: «Sobre la necesidad del estudio de la lengua para comprender el espíritu de la legislación» (1781), en *Colección de varias obras en prosa y verso del Excmo. Sr. D. Gaspar Melchor de Jovellanos*, Imprenta de D. León Amarita, Madrid, 1831, tomo III, págs. 3 y ss.

⁶³ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Loix*, I, cap. 1.º.

mo de lo que hoy denominaríamos el centro político: «Hay que temer que, en una República asolada por las disensiones civiles, las gentes prudentes se inhiban y que la situación se agudice y extreme»; por eso entendía las leyes de Solón que condenaban severamente, en caso de sedición, a quienes no tomaban partido⁶⁴. Su adhesión a los ideales ilustrados le indujeron a despreciar las leyes penales basadas en la pura venganza y a argumentar con ejemplos extraídos de la historia que «la ley debe basarse fundamentalmente en la reparación del daño»⁶⁵, a proponer la simplificación de los procedimientos civiles y penales, a criticar la tortura, a abogar por la educación y un largo etcétera de políticas legislativas que desde entonces encontraremos en los filósofos de la Ilustración. Por eso, el arte de la legislación en MONTESQUIEU no pretendía sólo enseñar a hacer leyes técnica y formalmente perfectas; trataba de hacer *buenas leyes*; en buena parte, la obra de MONTESQUIEU era una especie de manual de gobierno para una hipotética clase dirigente de Francia dispuesta a evitar la Revolución⁶⁶.

3. EL CANON ILUSTRADO DE LEGISLAR

La obra de MONTESQUIEU fue recibida con entusiasmo por el pensamiento ilustrado⁶⁷, hasta el punto de que *El Espíritu de las leyes* se convirtió en el canon del arte de la legislación de la Ilustración. Tal vez la influencia más importante de esta obra consistió en la generalización de la idea de que era posible una ciencia de la legislación; que la voluntad del soberano podía ser sometida a la razón y que el Príncipe podía legislar científicamente⁶⁸. *El Espíritu de las leyes* fue interpretado como un manual de instrucciones dirigidas a aquellos soberanos que quisieran legislar científicamente, y su influencia recorrió, con diferente fortuna, toda Europa. La *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*, leída en 1750 por Federico II de Prusia ante la Academia de las Ciencias de Berlín, repetía la idea de que las leyes deben ser claras y precisas, poco numerosas, reunidas en un código, sin lagunas y benévolas⁶⁹. En Italia, entre otros, BECCARIA, en *De los Delitos y de las Penas*, insistía en las ideas de que «la ignorancia y la incertidumbre ayudan la elocuencia de las pasiones» y que la mejor manera de evitar los delitos consistía en dictar leyes claras y simples⁷⁰. Y, en Francia, la *Enciclopedia* recogió y amplificó los temas y enfoques de MONTESQUIEU en las *voces* redactadas por DIDEROT y por el Ca-

⁶⁴ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, I, cap. 3.º.

⁶⁵ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, I, cap. 5.º.

⁶⁶ J. SHKLAR, *Montesquieu*, op. cit., pág. 85.

⁶⁷ J. VALLET GOYTISOLO, *Montesquieu, leyes, gobiernos y poderes*, op. cit., págs. 45 y ss.

⁶⁸ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, págs. 296 y ss.

⁶⁹ FEDERICO DE PRUSIA, *Oeuvres de Frédéric II, Roi de Prusse*, 1790, vol. II, págs. 3 y ss.

⁷⁰ BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Imprenta de Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1774, págs. 25 y 232; edición facsímil del Ministerio de Justicia, Madrid.

ballero de Jaucourt, como Legislador, Juez o Ley⁷¹. A lo largo de la Ilustración se fue elaborando, pues, junto a la tendencia codificadora, un canon de legislar que suponía el desarrollo de los principales temas suscitados por MONTESQUIEU. Dicho canon había asumido la necesidad de un lenguaje claro, preciso y conciso. Creían en la factibilidad de tal empresa y, aunque ya barruntaban algo sobre la natural vaguedad del lenguaje, confiaban en poder eliminar las posibles ambigüedades y vaguedad del mismo mediante el recurso a la técnica de las *definiciones*: «No basta —decía CONDORCET⁷²— que las leyes sean claras, sino que es menester que no se sirvan más que de palabras que tengan un sentido claro y determinado, y siempre que una ley use de otras serán explicadas y definidas con exactitud escrupulosa». Pero, además, insistían en la necesidad de una *presentación sistemática de los textos*, «de modo que sea fácil comprender el todo y seguir las partes de él»⁷³; en la conveniencia de derogar o «destruir sistemáticamente» todas las leyes en contradicción con la nueva que se proyecta (*cláusulas derogatorias de las leyes*), de determinar⁷⁴ cuáles son las leyes que permanecen en vigor (*tablas de vigencias*), de fijar la fecha de *duración* de aquellas leyes que no tengan «vocación de eternidad» y de establecer un *procedimiento automático y permanente de reforma* de las mismas. Especial importancia atribuyeron, lógicamente, los ilustrados a la obligada *publicidad* de las leyes, que se convertía, y con el mismo sentido en que siglos más tarde insistió Lon FULLER⁷⁵, en una condición interna de moralidad de la norma. Se consideraba que la no publicación de las leyes estaba en contradicción con su propia finalidad de dirigir racionalmente el comportamiento de los ciudadanos: «Un legislador —decía SCHMIDT D'AVENSTEIN⁷⁶— que oculta sus disposiciones con un

⁷¹ En la voz *Ley civil* repite, casi textualmente, las recomendaciones de MONTESQUIEU: las leyes civiles exigen esencial y necesariamente un estilo preciso y conciso. Las leyes de las Doce Tablas fueron en esto un modelo: 1.º Un estilo simple; la expresión directa se entiende siempre mejor que la expresión elaborada. 2.º Sin sutilezas, porque las leyes no son un arte de lógica. 3.º Sin adornos ni comparaciones que vayan de la realidad al lenguaje figurado ni de éste a la realidad. 4.º Sin detalles de excepciones, limitaciones, modificaciones, excepto que sean necesarios, porque cuando la ley hace una presunción proporciona a los jueces una regla fija y, cuando se trata de presunción, la de la ley tiene más valor que la de los hombres puesto que evita los juicios arbitrarios. 5.º Sin artificio, porque al ser promulgadas para el bien de los hombres o para castigar sus faltas, deben estar llenas de candor. 6.º Sin contradicciones con las leyes políticas del mismo pueblo, porque ambas están promulgadas para la misma sociedad. 7.º Por último, sin efectos retroactivos, a menos que ellas no se refieran a comportamientos que fueran ilícitos de acuerdo con el Derecho natural, como dijo Cicerón (*Encyclopédie ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers*, Chez Pallet Imprimeur-Librairie, Rue des Belles Filles, Genève, MCCLXXVII, tome 20, pág. 262).

⁷² CONDORCET, *Observaciones de Condorcet sobre el Libro XXIX del Espíritu de las leyes*, publicado en DESTUT DE TRACY, *Comentarios sobre el Espíritu de las leyes*, Imprenta, Lib. y Lit. del Diario de Córdoba, 1877 (por la que se cita como *Observaciones*), pág. 275.

⁷³ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 275.

⁷⁴ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation ou Principes des Lois*, en *Oeuvres Complètes*, tome neuvième, Paris, Chez Bossange, Masson et Besson, 1797, pág. 203.

⁷⁵ L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven and London, Yale University Press, 1964, págs. 33 y ss.

⁷⁶ SCHMIDT D'AVENSTEIN, *Principes de la législation universelle*, Amsterdam, 1776; publicada en España como *Principios de Legislación Universal*, traducidos del francés, con algunas correcciones y notas, por don Mariano Lucas Garrido, Imprenta de Roldán, Valladolid, 1821, por la que se cita, tomo III, pág. 367.

misterioso velo, entrega la nación a la opresión y los caprichos de aquellas personas a quienes es permitido descender dicho velo y poner de manifiesto aquella parte o número de estas leyes que convienen a sus intereses»⁷⁷. Y, por si la publicación de las leyes no fuera suficiente para garantizar su conocimiento por el ciudadano común, se recomendaba editar una *cartilla legal* para general instrucción en torno al contenido de las principales leyes.

Ahora bien, si la agenda de la primera parte del siglo XVIII estuvo claramente marcada por la obra de MONTESQUIEU⁷⁸, en la que el arte de la legislación no cuestionaba frontal o radicalmente la legitimidad del *Ancien Régime*, sino que era «el grito de la razón y de la filosofía» dirigida a los Tronos a los que se esperaba ganar para la causa ilustrada, a lo largo de la segunda parte de la Ilustración, el llamado iluminismo liberal-democrático, sobre la base de este patrimonio común de ideas, comenzó a abrir otros caminos y a tomar ciertas distancias sobre la concepción elaborada por MONTESQUIEU.

En primer lugar, la reflexión filosófica en torno a la legislación se hizo más normativa, para lo cual se comenzaron a rechazar dos posibles interpretaciones de *El Espíritu de las leyes*. Por una parte, se criticaba la asepsia que revelaba una posible lectura científicista de la obra. Gaetano FILANGIERI⁷⁹, tras declarar que «no puedo dexar de confesar que debo mucho a los sudores de este gran hombre», acusaba a MONTESQUIEU de haber «hablado antes de lo que se ha hecho que de lo que se debía hacer» y, así, mientras aquél «procura hallar las razones de lo que se ha hecho, yo procuro deducir las reglas de lo que debe hacerse». Por otra parte, aun aceptando —como creemos— que fuera posible otra lectura, políticamente más comprometida, de la obra de MONTESQUIEU, se tenía la convicción que de la misma sólo se podían derivar políticas «moderadas» destinadas a conmovir la filantropía del Déspota, mientras que en la agenda de la sociedad estaba ya inscrito el problema de la legitimidad del poder y de las normas. Es cierto que en este punto los mensajes de MONTESQUIEU estaban lastrados de una cierta ambigüedad y sus aportaciones pudieron ser utilizadas para justificar el *Ancien Régime*. En efecto, si las circunstancias como el clima condicionaban hasta tal punto las costumbres y las instituciones, el relativismo y la tolerancia quedaban plenamente justificados; pero «si el relativismo puede hacer mucho por la tolerancia, también puede terminar disculpando el despotismo»⁸⁰. De hecho, no fueron pocos los nobles que trataron de defender las instituciones del Antiguo Régimen recurriendo a la obra de MONTESQUIEU.

⁷⁷ SCHMIDT D'AVENSTEIN, *Principios de legislación universal*, op. cit., pág. 367.

⁷⁸ L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Presses Universitaires de France, 1959, págs. 121 y ss.

⁷⁹ G. FILANGIERI, *Ciencia de la Legislación*, Imprenta de Manuel González, Madrid, 1787, Prólogo del Libro I.

⁸⁰ J. SHKLAR, *Montesquieu*, op. cit., pág. 95.

Los ilustrados liberal-democráticos aceptaban, claro está, y en segundo lugar, las enseñanzas de MONTESQUIEU acerca del influjo que el orden natural tenía sobre la legislación, pero, como se preguntaba el Abate MABLY, «¿qué importan las llanuras, las montañas, un suelo más o menos seco o más húmedo o más fértil, la proximidad del mar o de un gran río y cien accidentes similares para decidir cuáles son las leyes más idóneas para alcanzar la felicidad humana?»⁸¹. Mal iría el legislador si se dejara arrastrar por tales circunstancias en lugar de tratar de dominarlas. Las leyes no pueden ser ni el resultado del capricho del Soberano ni el fruto de la fatalidad de unas circunstancias naturales; tienen que ser fruto de la razón, única que puede dominar las pasiones y el destino⁸².

Pero la razón que ha de iluminar al legislador ya no es la razón histórica que buscaba MONTESQUIEU. Comenzaron a aparecer las primeras críticas a MONTESQUIEU. En las *Observaciones* de CONDORCET sobre el libro XXIX de *El Espíritu de las leyes* se pueden leer afirmaciones como éstas: «yo no entiendo este primer capítulo», o «confieso que es imposible percibir la menor conexión entre el título del capítulo y el primer artículo de él», o «todo es cierto y trivial, y podría decirlo de un modo más sencillo». En cuanto a su metodología historicista, ya en 1776, SCHMIDT D'AVENSTEIN citaba, entre las causas que retardan los progresos de la legislación, «un respeto ciego a la antigüedad... en el que han incurrido cuantos han querido arreglar la ciencia del gobierno por el modelo de los siglos pasados, formada por unos hechos mal descritos, mal vistos y peor aplicados»⁸³. Y CONDORCET, con cierta ironía, remachaba esta idea⁸⁴: «Aquí se ve claramente que Montesquieu había juntado un montón de *apuntaciones* y notas sobre las leyes de todos los pueblos; y que para componer su obra ha repartido estas notas y *apuntaciones* en los diferentes capítulos. A esto se reduce el método que tanto se alaba, y que solamente existe en la cabeza de los que componen un libro seguros de sus propias ideas». Pero la oposición a MONTESQUIEU no derivaba sólo de la insuficiencia de aquella su metodología que pretendía deducir las reglas del arte de la legislación a partir de la historia, buscando «únicamente uno o dos ejemplos que las más de las veces no prueban más que una cosa y es que nada hay tan común como las malas leyes»⁸⁵. El principal error de MONTESQUIEU era haber olvidado que el *arte social*, como lo denominaba, sólo puede basarse en «los principios invariables de la justicia»: «¿Cómo es que no habla nunca en *El Espíritu de las leyes* —se preguntaba CONDORCET— de la justicia o injusticia⁸⁶ de las leyes que cita, sino solamente de los motivos que atri-

⁸¹ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation ou Principes des Lois*, op. cit., pág. 17.

⁸² L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation ou Principes des Lois*, op. cit., pág. 154.

⁸³ SCHMIDT D'AVENSTEIN, *Principios de legislación universal*, op. cit., tomo 1.º, págs. XII-XIV.

⁸⁴ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., págs. 265-266.

⁸⁵ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 261.

⁸⁶ MONTESQUIEU, en contra de la opinión de CONDORCET, sí que se refería a la justicia: «Una cosa no es justa porque sea ley sino que debe ser ley porque es justa», había dicho en *Mes Pensées* (1906).

buye a estas leyes? ¿Por qué no ha dado algún principio para enseñar a distinguir de entre las leyes emanadas de un poder legítimo las que son injustas y las que son conformes a la justicia?»⁸⁷. Por eso, a lo largo de la Ilustración se procedió, como señalaba CONDORCET, a complementar las propuestas concretas de MONTESQUIEU respecto al lenguaje y estilo de las leyes con el tratamiento más a fondo de algunas cuestiones que aquél «no se ha dignado ocupar». A lo que se oponían los ilustrados liberal-demócratas era a reducir la ciencia de la legislación a una concepción *minimalista*, en la terminología de J. WROBLEWSKY⁸⁸, en la que la razón calculadora puede evaluar la verdad de los hechos y de las relaciones matemáticas pero nada más, pues en el ámbito de la práctica sólo puede hablar de los medios y tiene que permanecer callada sobre los fines⁸⁹. La racionalidad de tales ilustrados no era ya la *Zweckrationalität*, sino la *Raison*, esto es, «una idea de razón que considera haber determinado el fin y el deber sin más de la naturaleza humana y que, por tanto, ilustra lo que debe ser la acción individual, las instituciones sociales y la historia universal»⁹⁰. Por eso mantenían tales ilustrados una concepción *maximalista* —volvemos a tomar el término prestado de WROBLEWSKY— del arte de legislar en el que se acometiera el tratamiento de cuestiones como la necesidad de la ley, su justicia, su utilidad y su fundamentación.

Se recomendaba, en primer término, proceder a realizar el *test de la necesidad de la ley*, antes de su promulgación⁹¹. Precisamente porque los ilustrados entendían la importancia de las leyes, consideraban peligrosa la inflación normativa, ya que «la multitud de las leyes, tan destructora de la libertad... acostumbra al pueblo a mirar con los mismos ojos las leyes buenas y las malas y a desobedecer igualmente a ambas»⁹². El poder legislativo tiene que adoptar, «entre sus máximas fundamentales... que bastan pocas leyes, que su gran número las debilita y pone de relieve que es la ignorancia la que las ha hecho»⁹³. Por ello, para CONDORCET, la primera

⁸⁷ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 259.

⁸⁸ J. WROBLEWSKY, «Conclusions» a *La Science de la Législation*, PUF, Paris, 1988, págs. 105 y ss.

⁸⁹ MACINTYRE, *After Virtue*, London, 1981.

⁹⁰ F. AGUILAR VILLANUEVA, «En torno al concepto de racionalidad en Max Weber», en *Racionalidad*, edición de León Olive, Siglo XXI, México, 1988, pág. 77.

⁹¹ La protesta por la inflación de normas es tan antigua como el propio Derecho. MONTAIGNE refiere esta curiosa anécdota: «El legislador de los turcos ordenó que quien quiera que quisiera abolir alguna de las leyes antiguas o establecer una nueva, debería comparecer ante el pueblo con una soga al cuello para que, si la novedad no era aprobada por todos, fuese estrangulado allí mismo sin remisión» (*Ensayos*, I, Cátedra, Letras Universales, 1996, pág. 168). La misma protesta la encontramos en MONTESQUIEU: «Ese número infinito de cosas que un legislador ordena o prohíbe, hacen a los pueblos más infelices y no más razonables. Hay unas pocas cosas buenas, otras pocas cosas malas y una infinidad de cosas que son indiferentes» (*Mes Pensées*, 1909). Insiste en la misma idea en el número 1913: «... no se debe hacer leyes sino sobre cosas importantes; porque quien haya violado una ley inútil disminuirá su respeto por aquellas que son necesarias para la sociedad; y cuando ha dejado de ser fiel violando una, seguirá su conciencia y violará todas las que le molesten».

⁹² SCHMIDT D'AVENSTEIN, *Principios de legislación universal*, op. cit., tomo 3.º, págs. 346-347.

⁹³ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation ou Principes des Lois*, op. cit., pág. 203.

pregunta a la que debía dar respuesta un legislador es la de «si la cuestión debe ser decidida por una ley»⁹⁴. En el mismo sentido, MABLY afirmaba: «antes de publicar una ley, que el legislador se pregunte si es necesaria; porque toda ley inútil es innecesariamente perniciosa»⁹⁵. Claro está que la respuesta a esta cuestión no era entonces —como no es hoy en día— tan sencilla. Depende de la concepción que se tenga en torno a la función de los poderes públicos. Por eso las respuestas fueron entonces, como lo son hoy en día, diferentes. Y así, mientras CONDORCET afirmaba que no se debían promulgar leyes en materia de comercio «porque el comercio debe ser absolutamente libre y no tiene necesidad de otras leyes que de las que aseguren las propiedades»⁹⁶, MABLY⁹⁷ proponía una intensa intervención legislativa para combatir la avaricia, regular el lujo, reglamentar el comercio, el tamaño de las explotaciones, etc. Todos coincidían en que la inflación legislativa genera leyes inútiles, cuando no nefastas. Pero la evaluación de la necesidad de una ley está en relación con la concepción política en torno a las funciones del legislador.

Pero, aceptada la necesidad de la intervención del poder legislativo, éste debe plantear *el test de la justicia* y preguntarse seguidamente si la solución que se propone es justa, ya que «el primer deber del legislador es ser justo y racional». El criterio definitivo era y debía ser el de la justicia de la norma. Y «si la razón sugiere una respuesta, es necesario seguirla», pues «el espíritu del legislador debe ser la justicia y la observación de todo lo que es propiamente ley»⁹⁸. En este punto no podía haber transacción alguna: *fiat iustitia, pereat mundus*. Pero esta respuesta planteaba el problema de la uniformidad o particularismo de las leyes. El interlocutor, de nuevo, era MONTESQUIEU, para quien el legislador debía buscar aquellas leyes más adecuadas a la sociedad en cuestión. Si las leyes estaban condicionadas por la naturaleza de la sociedad en que se van a aplicar, no tenía mucho sentido buscar leyes universales que se pudieran trasplantar mecánicamente de un país a otro. Más aún, y como veíamos, la experiencia enseñaba que una misma ley aplicada a diferentes sociedades en el mismo tiempo, o promulgada para la misma sociedad pero en diferentes épocas, no producía los mismos resultados. Y es que «hay ciertas ideas de uniformidad que si deslumbran en alguna ocasión a los grandes espíritus (tal fue el caso de Carlomagno), terminan por adueñarse inevitablemente de los pequeños... Pero la grandeza de los grandes hombres, ¿no consiste precisamente en saber cuándo es necesaria la uniformidad y cuándo es preciso establecer diferencias?... Si los ciudadanos obedecen las leyes, ¿qué importa que sigan las mismas?»⁹⁹. Cada sociedad debe dotarse de las leyes más adecuadas a

⁹⁴ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 274.

⁹⁵ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation ou Principes des Lois*, op. cit., pág. 203.

⁹⁶ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 274.

⁹⁷ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation ou Principes des Lois*, op. cit., Libro 2.º, cap. 1.º, págs. 75 y ss.

⁹⁸ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 257.

⁹⁹ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXIX, cap. 18.º.

su naturaleza. El arte de legislar tiene que hacer posible, según MONTESQUIEU, que cada legislador concreto descubra la ley más conveniente para su sociedad, dadas todas las circunstancias.

Pero un enfoque innovador como éste terminó por resultar, curiosa e irónicamente, desconectado con el espíritu revolucionario de la segunda parte de la Ilustración, que veía en la uniformidad de las leyes el instrumento con el que liquidar el particularismo feudal. Como acusaba CONDORCET, aquellas propuestas del Señor de La Brède recibieron la «indulgencia», cuando no el aplauso, de los defensores del *Ancien Régime*, de los enemigos de las Luces, de los «curiales» que vivían de la complejidad del sistema legal, de los partidarios del heterogéneo Derecho consuetudinario...; en una palabra, de los enemigos de los ideales de la Revolución. Para CONDORCET, adaptar la ley a las circunstancias del lugar y del momento, a las costumbres, a la religión, al clima, a la densidad demográfica... no era sino una forma de frustrar los ideales revolucionarios de libertad, igualdad y seguridad que sólo hacen posibles las *leyes generales*. O, dicho con toda su pasión y contundencia: «Como la verdad, la razón y la justicia, los derechos de los hombres, el interés de la propiedad, de la libertad y de la seguridad son los mismos en todas partes, no se descubre la razón para que todas las provincias de un Estado y aun todos los Estados no tengan las mismas leyes criminales, las mismas leyes civiles, las mismas leyes de comercio, etc. Una buena ley debe ser buena para todos los hombres, como una proposición verdadera lo es igualmente para todos»¹⁰⁰. A la cuestión suscitada por MONTESQUIEU en el sentido de que, si los ciudadanos obedecen las leyes, ¿qué importa que sigan las mismas?, la respuesta no podía ser más contundente: «¡Importa que sigan buenas leyes!». Y si las leyes en cuestión son todas ellas justas, «¡importa que sigan la mejor!»¹⁰¹. En tiempos de razón jacobina, no hay mucho espacio para el relativismo.

El tercer test al que debía someterse una ley era *el test de la utilidad*. Si la razón avala la justicia de una ley, ésta debe ser promulgada inflexiblemente, pero —continuaba CONDORCET— si la razón no sugiere una respuesta concreta sobre la justicia de la norma, entonces —pero sólo entonces— «se tomará el partido que parezca más conforme a la utilidad pública»¹⁰². La idea de que el gobernante ha de perseguir la felicidad de su pueblo constituía ya un tópico desde los inicios de la Ilustración. Ludovico Antonio MURATORI había escrito precisamente una obra titulada *La Pública Felicidad, objeto de los buenos Príncipes*, en la que insistía en que «no se inventó el Principado para el bien del Príncipe, sino particularmente para el bien de la República»¹⁰³. FILANGIERI recordaba a los Príncipes que «hay otro camino independiente de las armas y de la fuerza para llevar

¹⁰⁰ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 270.

¹⁰¹ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 272.

¹⁰² CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 275.

¹⁰³ L. A. MURATORI, *La Pública Felicidad, objeto de los buenos Príncipes*, Imprenta Real, Madrid, 1790, pág. 16.

a cabo la grandeza; que las buenas leyes son el único apoyo de la felicidad nacional»¹⁰⁴, y SCHMIDT D'AVENSTEIN insistía en «cuán necesarias son las buenas leyes para la felicidad de las naciones»¹⁰⁵. Pero la idea de la utilidad pública era, y es, un concepto indeterminado susceptible de las más diversas interpretaciones. Ocurre lo mismo que con el test de la necesidad. En todo caso, es cierto que la pasión ilustrada por las leyes impulsó la ampliación del ámbito de lo público al exigir un mayor grado de implicación del poder en la configuración del orden social. Los gobiernos debían intervenir ya no sólo para preservar el orden y la paz social. Existía la convicción, como suele ocurrir en todo momento revolucionario, de que no había problema que no pudiera ser resuelto mediante una buena ley. Las costumbres, los gustos, los teatros, el vestido (recuérdese el motín de Esquilache), incluso la felicidad misma, parecían estar al alcance del legislador. Por eso cobró fuerza esa nueva categoría de leyes, las *leyes de policía*, que suponían la posibilidad de una ampliación del ámbito de lo público al entregar nuevas relaciones sociales a la pasión normadora del legislador. Se trataba, en ocasiones, de un constructivismo racionalista extremado que pretendía regular cualquier problema y en sus mínimos detalles. Un buen ejemplo de esta pasión legislativa lo ofreció la obra de RÉTIF DE LA BRETONNE¹⁰⁶, *Ideas Singulares*, publicada entre 1769 y 1789. En ella¹⁰⁷ se proponían proyectos para regular la prostitución (*El pornógrafo o Ideas de un hombre honrado sobre un proyecto legislativo para las prostitutas, capaz de prevenir las desgracias que ocasiona el publicismo de las mujeres*), el teatro (*La mimógrafo o Ideas de una mujer honrada para la reforma del teatro nacional*), las relaciones entre hombres y mujeres (*Las ginógrafas o Ideas de dos mujeres honradas sobre el proyecto legislativo propuesto a toda Europa para poner a las mujeres en su sitio y conseguir la felicidad de los dos sexos*), la educación (*El Educógrafo o nuevo Emilio y la educación práctica*), las costumbres y la felicidad humana (*El andrógrafo o Ideas de un hombre honrado sobre un proyecto legislativo propuesto a todas las naciones de Europa para efectuar una reforma general de las costumbres y conseguir la felicidad del género humano*), la reforma de las leyes (*El tsmógrafo o Ideas de un hombre honrado sobre un proyecto legislativo propuesto a todas las naciones de Europa para efectuar una reforma de las leyes*), etc. Era todo un símbolo del racionalismo constructivista de aquella burguesía que confiaba poder modelar el orden social mediante el recurso a la razón.

Pero, sobre todo y en cuarto lugar, *la ley tenía que estar racionalmente justificada*. Para la concepción imperativista más extrema, el Derecho se reduce en última instancia a mandatos. Todo lo que no sean mandados, o fragmentos de mandatos, no son más que añadidos que oscurecen la pure-

¹⁰⁴ G. FILANGIERI, *La ciencia de la legislación*, op. cit., Plan del Primer Libro.

¹⁰⁵ SCHMIDT D'AVENSTEIN, *Principios de legislación universal*, op. cit., tomo I, pág. XI.

¹⁰⁶ RÉTIF DE LA BRETONNE, *Ideas Singulares*, Oeuvres, Paris, 1931.

¹⁰⁷ Jean-Marie GOULEMOT, «Política de la Ilustración, Política de la Revolución», en *Alcance y legado de la Revolución Francesa*, Ed. Pablo Iglesias, 1989.

za del lenguaje legislativo. Es otra forma de confundir legislar y mandar a la que, de forma unánime, se opuso el pensamiento ilustrado: «No entiendo en absoluto —decía MABLY¹⁰⁸— el pensamiento de aquellos políticos que recomiendan al poder legislativo expresarse con una brevedad majestuosa: quieren que la ley se limite a ordenar o prohibir». La ley tiene que establecer reglas de comportamiento, ciertamente; pero lo ha de hacer razonando. La idea de la necesaria motivación de las normas la había expresado MONTESQUIEU. La retomó pocos años más tarde SCHMIDT D'AVENSTEIN, que presenta al legislador como un padre de familia al que recomendaba «presentar el motivo de las leyes al tiempo de formarlas»: «Ciertamente, me parece un orgullo despótico y una altanería intempestiva el hacer sentir a los súbditos la fuerza de la brida que les rige y el alegar por único motivo de las leyes el placer de mandar»¹⁰⁹. Y ya en los albores de la Revolución Francesa se siguió insistiendo en la necesidad de motivar las leyes y se la fundamentaba en la idea de la racionalidad y dignidad humanas. ROUSSEAU¹¹⁰ había dicho ya que «la fuerza de la ley deriva mucho más de su propia sabiduría (*sagesse*) que de la severidad de sus ministros, y la voluntad pública obtiene toda su fuerza de la razón que la dicta: por ello Platón considera una cautela importante incluir en el encabezamiento de los edictos un preámbulo razonado que ponga de manifiesto su justicia y utilidad». En el mismo sentido dirá MABLY¹¹¹ que «... si el legislador no pertenece a una especie superior a la del hombre... ¿por qué va a desdeñar motivar sus mandatos? Al dirigirse a seres racionales y estando sujeto al error, ¿no está obligado a convencer racionalmente a quienes deben obedecer y a aprovecharse de su inteligencia?». La obligación de incluir en las leyes *Exposiciones de Motivos* será tanto más necesaria «si un hombre solo es el que dicta algunas leyes a toda la nación: el respeto debido a la naturaleza humana le impone la obligación de dar la razón de sus leyes»¹¹². Igualmente, cuanto más particular sea el objeto de la ley, tanto más importante será que el legislador exponga sus motivos. Tal *Exposición de Motivos*, separada convenientemente de la parte dispositiva (CONDORCET) y lo menos vaga posible (MABLY), es necesaria «para que amen la ley los que la obedecen y para alumbrar a los que la ejecuten»¹¹³. En democracia, no basta dar órdenes: si la ley quiere ser un eficaz y legítimo instrumento de dirección social, el legislador tiene que exponer sus razones. En democracia, legislar no es sinónimo de mandar.

¹⁰⁸ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation ou Principes des Lois*, op. cit., pág. 192.

¹⁰⁹ SCHMIDT D'AVENSTEIN, *Principios de legislación universal*, op. cit., tomo III, págs. 363-364.

¹¹⁰ ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique*, en *Oeuvres Complètes*, tome 2.º, Aux Editions du Seuil, pág. 278.

¹¹¹ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation ou Principes des Lois*, op. cit., pág. 192.

¹¹² CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 267.

¹¹³ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 275.

4. EL LEGISLADOR HÉRCULES

Pero la agenda de la segunda parte de la Ilustración se enriqueció con un tema relativamente nuevo o que, al menos, adquirió una especial relevancia al acercarnos a las estribaciones de la Revolución Francesa: es el problema de la legitimidad de las leyes. El arte de la legislación de MONTESQUIEU y, en todo caso, el de la primera parte de la Ilustración era compatible con el despotismo siempre que éste fuera ilustrado. Los únicos límites del Príncipe eran los derivados del Derecho Natural, y lo que pretendían los *philosophes* era ganar la voluntad de aquél para la causa ilustrada¹¹⁴. Pero, al avanzar las Luces, la pasión ilustrada por las leyes no se redujo ya a obtener del Príncipe unas leyes técnica y formalmente racionales. Las leyes que se buscaban eran, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, las «leyes de libertad»¹¹⁵, leyes que tuvieran su origen no en la voluntad, más o menos matizada por la razón, del Príncipe, sino en la soberanía nacional y cuyo objetivo fuera el de asegurar los derechos de los ciudadanos. El arte de legislar puso ahora el acento en determinar quién podía y debía legítimamente legislar. Y, en este cometido, *El Contrato Social* desplazó a *El Espíritu de las leyes*.

La tradicional definición de la ley, como acto de voluntad¹¹⁶, suponía la diferenciación y separación entre soberano y súbditos, el trazado de una línea jerárquica entre ambos que hacía sinónimo legislar y mandar. Y es esta concepción de la ley la que entró en quiebra a partir de *El Contrato Social*, uno de cuyos objetivos fue poner de relieve que *legislar no es sinónimo de mandar*. En primer término porque, a partir de ROUSSEAU, la ley debe reunir la universalidad de la voluntad: «no hay que preguntar a quién corresponde hacer leyes, puesto que éstas son actos de la voluntad general; ni si el Príncipe está por encima de las leyes puesto que es miembro del Estado; ni si la ley puede ser injusta puesto que nadie es injusto consigo mismo; ni cómo se es libre o se está sometido a las leyes puesto que éstas no son sino *registros de nuestras voluntades*»¹¹⁷. Es todo el pueblo el que legisla sobre todo el pueblo. «Lo que un hombre, quien quiera que pueda ser, manda por su propio albedrío, no es una ley», sino, como máximo, un decreto, un acto de magistratura, pero no un acto de soberanía. El mandato supone —como dirá, siglos más tarde, OLIVECRONA— una relación personal y jerárquica entre soberano y súbdito¹¹⁸. No ocurre lo

¹¹⁴ No es fácil determinar, sin embargo, si finalmente fueron los filósofos los que deslumbraron a los Príncipes o fueron, más bien, los Príncipes los que terminaron por seducir a los filósofos (Javier LUCAS, «Estudio Preliminar» a *¿Es conveniente engañar al pueblo?*, de CONDORCET, CASTILLON y BECKER, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991).

¹¹⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, 1994.

¹¹⁶ «Ley, en general, significa un mandato dictado por una autoridad superior al que un inferior está obligado a obedecer». Voz «Loi», *Encyclopédie*, op. cit., pág. 269.

¹¹⁷ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, Aguilar, 1973, pág. 40.

¹¹⁸ K. OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pág. 28.

mismo en la ley. Al no ser más que registro de nuestras voluntades, coinciden legislador y destinatario de las normas, aunque ello no suponga confundir la voluntad general con la voluntad de todos.

Pero legislar no es ya equivalente a mandar, en un segundo sentido, por cuanto ambas acciones —dar órdenes y dar leyes— tienen objetos diferentes. No es lo mismo dar órdenes, insiste con razón hoy en día HART, que promulgar reglas¹¹⁹. Lo mismo había dicho, en el siglo XVIII, ROUSSEAU: «Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuerpo y las acciones como abstractas; jamás a un hombre como individuo y una acción particular»¹²⁰. La ley no puede tener objetos particulares. Puede crear privilegios pero no puede asignarles a nadie en concreto. «Toda función que se refiera a un objeto individual no corresponde al poder legislativo». Legislar, a diferencia de mandar, es promulgar reglas generales y abstractas con las que se pretendía realizar algunos valores capitales del Estado de Derecho como la igualdad y la certeza jurídica¹²¹. El requisito de la generalidad de las leyes fue doctrina oficial a partir de entonces¹²². Legislar, pues, a partir de la Ilustración y, especialmente, tras la Revolución Francesa no es dictar cualquier tipo de normas. La legislación presupone, por una parte, la soberanía nacional y, por otra, la generalidad tanto de los destinatarios como del objeto de las leyes. Por eso, si la pasión por las leyes del absolutismo era una pasión por el mando, la pasión ilustrada por las leyes era ya una pasión por la libertad porque la ley es la institución que puede hacer posible sentirse libres y, al propio tiempo, estar sometidos a los mandatos del soberano. La aparente dificultad de conciliar obediencia y libertad ha quedado resuelta —decía con entusiasmo ROUSSEAU¹²³— por «la más sublime de las instituciones humanas», esto es, la ley: «¿Por qué arte insospechado se ha podido encontrar el medio de someter a los hombres para hacerlos libres; de emplear al servicio del Estado los bienes, los brazos y la vida misma de todos sus miembros, sin forzarles y sin consultarles; de encadenar su voluntad con su propio consentimiento; de alegar su consentimiento ante su negativa; de obligarles a castigarse a sí mismos cuando han hecho lo que no han querido? ¿Cómo puede hacerse que obedezcan y que al mis-

¹¹⁹ HART, *El Concepto del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

¹²⁰ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, op. cit., pág. 40.

¹²¹ N. BOBBIO, *Per una teoria del Diritto*, Giappichelli Editore, Milano, 1970, págs. 11 y ss.

¹²² SCHMIDT D'AVENSTEIN justifica, por ejemplo, la generalidad de la siguiente forma: «Otra observación puede alegarse en prueba de lo conveniente que es simplificar estas leyes y reducir su número. La inteligencia del más despejado ingenio no alcanzará a prever todos los casos, y a decidirlos de antemano por leyes particulares; y aun cuando fuese dable preverlos, semejantes decisiones particulares sobrecargarían demasiado la memoria de los súbditos, quienes no podrían ya tener presente entonces qué es lo que se halla prohibido o mandado. Así, el poder legislativo se ve en la precisión de dar leyes generales, de las que sale por inmediata consecuencia la decisión de los casos particulares; y por el mismo hecho de ser generales las leyes, resultan asimismo sencillas y no pueden ser numerosas». SCHMIDT D'AVENSTEIN, *Principios de legislación universal*, tomo 3.º, págs. 343-344; Imprenta de Rodán, Valladolid, 1821.

¹²³ ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique*, op. cit., pág. 280.

mo tiempo no tengan amos, siendo tanto más libres cuanto que, bajo una aparente sujeción, sólo se pierde aquella libertad que pueda dañar a los demás? Estos prodigios son obra de la ley. Es la ley a la única a la que los hombres deben la justicia y la libertad. Es este órgano saludable de la voluntad de todos el que restablece en el Derecho la igualdad natural entre los hombres... Es la ley la única que deben los gobernantes hacer hablar cuando gobiernan».

Pero el cambio de la titularidad de la potestad legislativa no supuso renunciar al ideal de la racionalización de la ley, orientando a la propia voluntad general. En efecto, una vez constituido el Estado mediante el contrato social, «se trata de darle, con la legislación, movimiento y voluntad»¹²⁴. Era lógico preguntarse «¿cómo una multitud ciega, que a menudo no sabe lo que quiere, porque no suele saber lo que es bueno para ella, ejecutaría por sí misma una empresa tan grande, tan difícil, como es un sistema de legislación?»¹²⁵. ¿Cómo superar los peligros de la parcialidad y de la ignorancia del ciudadano?

En efecto, el ciudadano puede estar dominado por la ignorancia y el pueblo puede no saber qué es lo que debe querer. Por eso «es preciso hacerle ver las cosas tales como son, a veces tales como deben parecerle, mostrarle el buen camino que busca, preservarle de la seducción de las voluntades particulares, acercarle a los ojos los lugares y los tiempos, contrapesar la atracción de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males lejanos y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan; el público quiere el bien que no ve. Todos necesitan guías»¹²⁶. Es preciso que unos sigan los dictados de la razón; hay que enseñar a los otros a conocer lo que la razón dicta: «Entonces, de las luces públicas resulta la unión del entendimiento y de la voluntad en el cuerpo social: dé ahí el exacto concurso de las partes y, finalmente, la mayor fuerza del todo. He aquí de dónde nace la necesidad de un legislador»¹²⁷. El legislador perfecto, para ROUSSEAU, tendría que ser alguien que conociera todas las pasiones humanas (omnisciente), que su felicidad no dependiera de sus leyes (ausencia de egoísmo), que, además, tuviera compasión por el género humano y que no tuviera que buscar la gloria del momento. Realmente, «para dar leyes a los hombres, harían falta dioses» y, a falta de dioses, tenemos que buscar un gran legislador que aporte al proceso legislativo competencia e imparcialidad. Era evidente que ROUSSEAU diferenciaba entre legisladores y políticos y que estaba pensando en un Legislador Hércules.

El legislador era una construcción ideal, un *tertium* que, en metodología constructivista¹²⁸, estaba llamado a aportar racionalidad al proceso le-

¹²⁴ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, op. cit., pág. 38.

¹²⁵ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, op. cit., pág. 41.

¹²⁶ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, ibídem.

¹²⁷ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, op. cit., pág. 42.

¹²⁸ RUBIO CARRACEDO, *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

gislativo. Su cometido nada tiene que ver con la «magistratura ni es soberanía». No supone ejercicio de poder, sino que «es una función particular y superior que no tiene nada de común con el imperio humano; pues si el que manda en los hombres no debe mandar en las leyes, el que manda en las leyes tampoco debe mandar en los hombres, de otro modo sus leyes, ministros de sus pasiones, no harían a menudo sino perpetuar sus injusticias, y nunca podría evitar que intereses particulares alterasen la santidad de su obra»¹²⁹. Ejercer el poder y legislar son funciones diferentes que no pueden reunirse en la misma persona; por eso, «cuando Licurgo dio leyes a su patria, comenzó por abdicar de la realeza». La legislación es asunto de la razón, del entendimiento; el poder está más en relación con la voluntad. La solución estribaba en lograr de alguna manera «la unión del entendimiento y de la voluntad». No se trataba, pues, de que el filósofo sustituya la voluntad general. Lo que tiene que hacer el Legislador Hércules es redactar leyes, proponerlas. La decisión correspondía al pueblo, pues «nada de lo que os proponemos —habían dicho ya los Decenviros— puede pasar a ser ley sin vuestro consentimiento». El pueblo soberano, asistido por el filósofo, combinaba así razón y poder, entendimiento y voluntad.

Pero el legislador rousoniano no sólo venía a suplir la posible incompetencia del soberano, sino que aportaba al proceso normativo imparcialidad. Los ciudadanos, cuya voluntad general tienen que registrar las leyes, están sometidos a fuertes pasiones como son la ambición (esto es, el ansia de poder) y la avaricia (o riqueza). Pero... ¿cómo conseguir que la voluntad general, en lugar de ser «ministro de nuestras pasiones», domine al dinero y al poder? El arte de legislar no es más que «el arte de gobernar nuestras pasiones», de hacer frente al ansia de poder y de riqueza que pueden terminar por dominar la legislación¹³⁰. Nuestras pasiones pueden ser la fuente de nuestra dicha, pero también pueden serlo de nuestra desgracia; por ello «tienen necesidad de un freno y de un conductor; es la ley la que tiene que enderezarlas»¹³¹. La racionalidad legislativa requiere que la ley no sea atrapada por los intereses particulares. En busca de tal imparcialidad rebrotó en la Ilustración el *mito del legislador extranjero*¹³². Si bien es cierto que el legislador debe conocer perfectamente las circunstancias (clima, población, religión, costumbre, etc.) de que hablaba MONTESQUIEU, debe hacer compatible esta «competencia» con la imparcialidad. Por eso el mejor legislador, se pensaba, no era un miembro de la propia comunidad, sino un tercero que, junto a los conocimientos superiores, exhibiera una total falta de interés particular y personal. Ésta es la razón de que, desde la Ilustración, aparecieran los legisladores «a la carta»: JOSSERAND actuó como consultor jurídico para el Líbano, BOISSONADE para Japón, LOCKE había redactado anteriormente la Constitución de la Carolina, DIDEROT

¹²⁹ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, op. cit., pág. 43.

¹³⁰ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation*, op. cit., págs. 63 y ss.

¹³¹ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation*, op. cit., pág. 18.

¹³² J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrenois, Evreux, 1979.

fue invitado por Catalina II de Rusia y redactó las *Observations sur l'Instructions de S.M. Imperiale aux Députés pour la confection des lois*¹³³. Se dice que la Convención discutió invitar a KANT a redactar un Código. En cuanto a ROUSSEAU, trabajó para Polonia¹³⁴ y elaboró un proyecto de Constitución para Córcega, único país que, por sus características, todavía era «capaz de legislación». Pero tal vez fue BENTHAM el representante más emblemático de esta fe en el legislador universal. No sólo redactó unas *máximas relativas al modo de trasplantar las leyes*¹³⁵, sino que se atrevió a ofrecer un modelo de *Constitutional Code for the Use of All Nations and All Government profesing Liberal Opinions*¹³⁶, en el que dejaba algunas líneas en blanco para que el legislador concreto incluyera algunos datos como, por ejemplo, el nombre de la capital de la nación. El principio de la soberanía nacional y la concepción de las leyes como registro de la voluntad general no supuso renunciar a que la razón orientara los trabajos del legislador de carne y hueso.

Pero seguía sin resolverse el problema, eminentemente práctico, de cómo organizar en la realidad esa unión de entendimiento y voluntad. ROUSSEAU, que creía en la democracia directa, sabía que sólo podría tener algún sentido su modelo si se aplicaba a sociedades jóvenes, pequeñas y no corrompidas aún por la civilización. E incluso cuando acometió la tarea de reformar las instituciones de pequeños países como Polonia y Córcega, «ese único país europeo apto para la legislación», no se ocupó de este problema. Otros trataron de adaptar los principios de *El Contrato Social* a grandes sociedades con su democracia indirecta y sus asambleas representativas. Incluso vieron en éstas el mejor instrumento para reducir el peso de las pasiones en la legislación: las Asambleas de Diputados —decía GUDIN DE LA BRENELLERIE¹³⁷— «no son como un pueblo en tumulto, que escucha a un orador, y aprueba o desaprueba con gritos, después de haber oído bien o mal su largo monólogo; son, sí, hombres instruidos y elocuentes que conferencian entre sí, que discuten las materias más sublimes, que disputan con todo el calor del interés o del amor propio ofendido, y en quienes no decide la pluralidad de votos, sino después de un largo examen y grandes debates, en que se hayan expuesto razones en pro y contra, sin ninguna confabulación». Se concibieron las Asambleas legislativas como

¹³³ DIDEROT, «Observaciones sobre la instrucción de la Emperatriz de Rusia a los Diputados respecto a la elaboración de las leyes», en *Escritos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

¹³⁴ ROUSSEAU, *Considerations sur le gouvernement de la Pologne*. Edición en castellano: *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, en Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento.

¹³⁵ BENTHAM, «De la influencia de los tiempos y de los lugares en materia de legislación», en *Tratados de legislación Civil y Penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, pág. 603.

¹³⁶ BENTHAM, *Constitutional Code*, The Collected Works of Jeremy Bentham, Ed. R. Rosen and J. H. Burns, Clarendon Press, Oxford, 1983.

¹³⁷ GUDIN DE LA BRENELLERIE, *Supplément au Contract social*, Paris, Chez Maradon y Perlet, 1791; traducción y edición castellana, Imprenta de Brugada, Madrid, 1821 (por la que citamos), tomo I, pág. 23.

una prefiguración de una «comunidad ideal de diálogo» y antídoto ideal frente a la incompetencia y las pasiones¹³⁸. Ahora bien, la racionalidad de las Asambleas representativas no se conseguirá «si estas augustas asambleas no se someten a ciertas formalidades que nos garanticen, en alguna medida, la sabiduría (*sagesse*) con la que han de proceder en estas operaciones»¹³⁹. Es así como el arte de legislar procedió a articular todo un conjunto de procedimientos que hoy en día englobaríamos en el llamado Derecho parlamentario. Tanto FILANGIERI¹⁴⁰ como MABLY¹⁴¹ se ocuparon ya de cuestiones como el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa, convocatoria y duración de las sesiones parlamentarias, procedimientos de votación, mandato imperativo o no de los representantes, y un largo etcétera con el que se iniciaba la elaboración de un Derecho parlamentario. Y, en todo caso, la Ilustración imaginaba dos funciones diferentes, a realizar por personas distintas: la redacción de los textos legales, que debía ser encargada a expertos, y la aprobación de los mismos como ley, función que correspondía a la Asamblea: «Se considera que toda ley emana del soberano o de otras personas que están revestidas de la autoridad pública; pero como éstas que gobiernan no pueden redactarlas ellas mismas, encargan ordinariamente la redacción de las leyes a los más hábiles jurisconsultos y, una vez que éstos elaboran el proyecto, es la autoridad pública la que pone en los mismos el sello de su autoridad adoptándolos y haciéndolos publicar en su nombre»¹⁴². Pero es evidente que les faltaba el espíritu mucho más pragmático que en este punto caracterizó la reflexión anglosajona sobre el arte de la legislación. Sin reformas institucionales concretas, sin traducción en la organización administrativa de este ideal de unir conocimiento y voluntad, ciencia y poder, filosofía y legislación, el arte de legislar se limitaba a ser, como decía FILANGIERI, el «grito de la Razón» dirigida primero hacia el Trono y, más tarde, a las Asambleas representativas de la voluntad general. Había que esperar a que el brillante espíritu de BENTHAM ofreciera algunas soluciones a este problema.

¹³⁸ Para MABLY, por su parte, la producción de las leyes mediante asambleas era la mejor forma de contrarrestar el peso de las pasiones en los individuos: «Cuando todos los ciudadanos de una república se reúnen en Asamblea, el Estado carece de freno: ¿Quién puede moderar sus caprichos? ¿Quién puede prescribirle las leyes? ¿Quién puede obligar a obedecer las que ha dictado?» (MABLY, *De la Législation*, op. cit., pág. 187). Por eso —sigue diciendo—, «cuando el mismo pueblo hace sus leyes, termina por despreciarlas porque es la intriga, la precipitación, la cábala, *l'engouement* o el espíritu de partido el origen de las mismas» (MABLY, pág. 190). Siendo esto así, «es a los hombres que cada orden ha elegido para representarles a quienes debe estar confiada la autoridad suprema de legislar pues... estas asambleas son menos caprichosas, menos inconstantes, menos ligeras porque tienen un censor en el cuerpo de la nación que les observa» (MABLY, pág. 187).

¹³⁹ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation*, op. cit., pág. 191.

¹⁴⁰ G. FILANGIERI, *Ciencia de la Legislación*, op. cit., cap. X del Libro I, págs. 90 y ss.

¹⁴¹ L'ABBÉ DE MABLY, *De la Législation*, op. cit., págs. 191-192.

¹⁴² *Encycloptédie*, op. cit., tomo 20, pág. 170.

5. DE JUECES Y LEGISLADORES

El programa codificador ilustrado, por una parte, y su insistencia en utilizar la razón para redactar mejores leyes no derivaban de un prurito meramente estético, sino que tenían un fundamento moral y político. Se trataba de liberar a los ciudadanos de las cadenas del despotismo de los monarcas (ROUSSEAU) y del de los jueces (MONTESQUIEU). Para ello se concibió la ley como expresión de la voluntad general y se sometió tanto al Ejecutivo como al Judicial al imperio de la misma. La codificación y la calidad de las leyes eran expedientes que facilitarían la tarea.

En efecto, vimos cómo desde los inicios del siglo XVIII la falta de certeza y la consiguiente inseguridad jurídica constituyeron el *leit motiv* de la literatura de los ilustrados. Tal vez la descripción más viva de este ambiente es la ofrecida por L. A. MURATORI tanto en su *Codex Carolinus*¹⁴³ como en *Dei Difetti della Giurisprudenza*. MURATORI consideraba las leyes como *bona et commoda reipublicae*, pero consideraba que adolecían de algunos vicios que provocaban una radical inseguridad en los ciudadanos. El *interpretum abutendum vitio* al que había conducido la «desbordada libido» interpretativa de los jueces sólo podía resolverse mediante la oportuna codificación que resolviera las contradicciones de la jurisprudencia y la doctrina a la vez que llenaba las lagunas normativas detectadas. Tal era el sentido de su propuesta de Código *non nato*. Pero junto a estos defectos extrínsecos del sistema jurídico existía una segunda categoría de defectos, intrínsecos o *ex proprio*, ante los que la tarea codificadora era impotente. Tales defectos procedían, según MURATORI¹⁴⁴, de cuatro fuentes diferentes: las limitaciones naturales del lenguaje que impiden una total claridad, la dificultad que padece todo intérprete a la hora de conocer la voluntad del legislador, la imposibilidad de los legisladores de prever todas las futuras contingencias y la propia personalidad y mentalidad de los jueces. Estos factores generaban *casos difficiles* cuya solución correcta dependía de la prudencia de los jueces. En los casos difíciles la ley no da respuestas inequívocas¹⁴⁵ y la seguridad jurídica, y por tanto la libertad, dependen del tipo de jueces que disfrute o padezca la sociedad. MURATORI apelaba para ello, como solución, a un tipo ideal de juez que parece el retrato fiel del famoso Juez Hércules de R. DWORKIN¹⁴⁶: el juez tiene que tener no sólo un conocimiento preciso del Derecho positivo —objetivo no difícil para quien tenga buena memoria y algo de inteligencia—, sino también¹⁴⁷ «be-

¹⁴³ MURATORI, desconfiando del uso que pudiera hacer el Emperador Carlos de su obra, se negó a publicarla. Puede encontrarse en Benvenuto DONATI, *Ludovico Muratori e la giurisprudenza del suo tempo*, Modena, 1935. También en G. FALSO y F. FORTI, *Opere di Ludovico Antonio Muratori*, 1964.

¹⁴⁴ MURATORI, *Dei Difetti della Giurisprudenza*, op. cit., págs. 18 y ss.

¹⁴⁵ Enrico PATTARO, *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori*, Seminario Giuridico della Università di Bologna, LXV, Giuffrè, Milano, 1974, pág. 86.

¹⁴⁶ L. A. MURATORI, *Codex Carolinus*, págs. 27-28; tomado de E. PATTARO, op. cit.

¹⁴⁷ «Prudencia, la más adecuada guía de la conducta humana, que nace de la experiencia, de la eru-

*atissimam humanarum rerum ducem prudentiam, partam ab experientia, ab eruditione atque a saniori philosophiae, policesque christianae schola...: isti ad humanorum actionem explorata principia quaestiones omnes perducere norunt; isti quid honestum, quid utile reipublicae, quid sanctum, quid aequum aut iniquum inter cives acute perpendentes, non a sola consuetudine, non ab una auctoritate privatorum, iusti atque iniusti normam capiunt, secuncta ratione pertentant, ratione metiuntur; ita ut vel in ipsis legibus iam receptis aliquid interdum asperi, interdum quoque et iniusti reperiant». Y en *Dei Diffetti della Giurisprudenza*, años más tarde, volvió a insistir sobre las mismas tesis: los defectos intrínsecos sólo se pueden resolver mediante «el juicio científico», que es una capacidad más sutil, que requiere conocimiento del Derecho y una «penetración de mente» que sólo tienen los auténticos *iuris prudentes*¹⁴⁸.*

Pero la solución de MURATORI pronto pareció claramente insatisfactoria por cuanto todavía dejaba en manos de los jueces un amplísimo arbitrio judicial. De ahí que trataran de definir con más precisión la posición del juez ante la ley.

Es evidente que, para MONTESQUIEU, no es posible la libertad de los ciudadanos sin un poder judicial independiente tanto del poder legislativo como del ejecutivo: «No existe tampoco libertad allí donde el poder de juzgar no esté separado del poder legislativo. Si aquél estuviera unido al poder de dar leyes, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario porque el juez se convertiría en legislador»¹⁴⁹. Pero una vez afirmada la necesidad e independencia de un poder judicial, la libertad exigía igualmente el sometimiento del juez a la ley: «los jueces de una nación no son más que la boca muda que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados cuya fuerza y rigor no pueden aquéllos moderar». Toda la Ilustración —con algunas importantes matizaciones en ROUSSEAU— compartió estas ideas de MONTESQUIEU, que tuvieron su traducción exacta en la voz «Juge» de la *Enciclopedia*: «Los jueces fueron por este medio sometidos a las leyes; se les ató las manos, después de haberles vendado los ojos para impedir la parcialidad; por eso, según el estilo de la jurisprudencia, ellos deben *decir* el derecho y no hacer derecho»¹⁵⁰.

Por supuesto que los ilustrados eran plenamente conscientes de que el ordenamiento jurídico podía tener lagunas —la tesis de la plenitud del or-

*dición y de la mejor escuela de filosofía y de política cristiana...: este tipo de (jueces) saben resolver todos los problemas que suscita el comportamiento humano partiendo de principios conocidos; estos (jueces) examinando con rigor qué es lo honesto, lo útil para la república, lo sagrado, lo correcto y lo equitativo entre los hombres se forman su criterio acerca de lo justo y lo injusto no sólo apoyándose en la costumbre o en la autoridad privada sino sopesando y sometiendo todo ello a la medida de su razón: de esta forma llegan a descubrir hasta en las mismas leyes lo que pueda haber de reprochable e incluso de injusto». Tomado de E. PATTARO, *Il Pensiero giuridico di L. A. Muratori*, op. cit., pág. 54.*

¹⁴⁸ MURATORI, *Dei Difetti della Giurisprudenza*, op. cit., págs. 227 y ss.

¹⁴⁹ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XI, 6.º.

¹⁵⁰ Voz «Juge», *Encyclopédie ou Dictionnaire*, op. cit., tomo 19, pág. 166.

denamiento es posterior; de la Escuela de la Exégesis¹⁵¹— y que sería preciso recurrir a la interpretación. Pero a lo que no estaban dispuestos era a aceptar que fuera el juez quien llenara las lagunas no sólo en el orden penal (*nullum crimen sine lege*), sino, ni tan siquiera, en el ámbito civil: «Es al Príncipe a quien corresponde naturalmente interpretar la ley, *eius est legem interpretare cuius est legem condere*», decía la *Enciclopedia*¹⁵². El término *interpretatio* no tenía buena prensa entre los ilustrados, que la identificaban con el despotismo judicial. Por ello la única interpretación que admitían era la interpretación auténtica, y ésta correspondía plenamente al legislador. Para ello no tenían ningún inconveniente en recuperar, claro está que en un nuevo contexto, la institución del *référé legislatif*. La propia *Enciclopedia* acudía en este sentido a una vieja Ordenanza de 1667 en la que se establecía que, en caso de duda, «Su Majestad prohíbe a los tribunales interpretar las leyes y exige en estos supuestos que se dirijan a S.M. para conocer cuál fue su intención». Federico de Prusia, mediante su Ordenanza de 1780, obligaba al juez, en caso de silencio o ambigüedad, a recurrir a la Comisión legislativa, cuya decisión sería vinculante para el juez. Y la Ley 16-24 de agosto de 1790, sobre Organización del Poder Judicial, establecía que «los jueces no podrán hacer reglamentos y se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces que lo crean necesario, bien para interpretar una ley, bien para hacer una nueva». Es la misma institución que BENTHAM propuso años más tarde en su *Constitutional code*. Mediante el *référé legislatif* y la posterior regulación de la Casación, controlada indirectamente por el Parlamento¹⁵³, se trataba de asegurar el sometimiento de los jueces, por otra parte no profesionales, al imperio de la ley. Al juez le estaba vedado integrar el ordenamiento y lo único que se esperaba de él es que supiera aplicar, mecánicamente, la ley. El modelo de juez ilustrado lo encontramos en BECCARIA y su razonamiento silogístico: «en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto...»; la sentencia debe limitarse a ser «la constante y fija voz de la ley... no la errante inestabilidad de las interpretaciones», pues «el código no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conformes a la ley escrita». Y refiriéndose a la jurisdicción penal diseñaba la figura del juez autómatas: «En todo delito debe hacerse por el Juez un silogismo perfecto. Póngase como mayor la Ley general: por menor la acción, conforme o no con la ley; de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el Juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre»¹⁵⁴.

Pero la confianza en la interpretación literal sólo podía fundamentarse si, al propio tiempo, era posible un lenguaje legal claro y preciso. Y éste

¹⁵¹ M. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Diritto e cultura moderna, Edizioni di Comunità, Milano, 1966.

¹⁵² *Encyclopédie ou Dictionnaire*, voz «Interpretation», tomo 19, pág. 948.

¹⁵³ CATTANEO, *Illuminismo giuridico e legislazione*, op. cit., págs. 99 y ss.

¹⁵⁴ BECCARIA, *De los Delitos y de las Penas*, op. cit., págs. 17-24.

era el sentido de su confianza en el arte de legislar. Su obsesión por la calidad de las leyes, por el lenguaje cuidado y preciso de los textos legales, por su ordenación sistemática, su presentación esmerada, las técnicas de publicación, etc., tenía un trasfondo político de primera magnitud: aquellos ilustrados temían que el origen parlamentario de las leyes no fuera suficiente para garantizar la libertad de los ciudadanos. Temían que, por entre las rendijas que podían dejar unas leyes oscuras y mal redactadas, los jueces pudieran apropiarse de funciones legislativas que no les correspondían. Temían que el juez se convirtiera de nuevo —como ocurriera ya en el detestado *Ancien Régime*— en legislador. SCHMIDT D'AVENSTEIN insistía en la idea de que un lenguaje inflado de retórica, así como plagado de términos oscuros e impropios, era un peligro para la libertad, ya que «deja los derechos de los ciudadanos al arbitrio del juez que explica e interpreta la ley a su capricho». Pero este peligro se convertía en catástrofe asegurada para las libertades cuando el lenguaje impreciso de la ley queda en manos de jueces incompetentes: «Nuestra jurisprudencia —clamaba CONDORCET¹⁵⁵— está llena de leyes vagas que conducen a jueces ignorantes y feroces a vergonzosas barbaries». Por ello no era suficiente con recortar los poderes del juez y someterle a las directrices del Parlamento. Ni era suficiente la codificación. El legislador tenía que procurar que la «ley sea clara, uniforme y precisa: interpretarla supone casi siempre corromperla», había dicho VOLTAIRE¹⁵⁶. Tal era otro de los sentidos, tal vez el más profundo, del arte de legislar. La certeza, la seguridad jurídica, la libertad, en suma, no sólo requería un esfuerzo de codificación y de limitación de los poderes del juez: requería, además, cuidar de la redacción de las normas.

Señalar algunas de las insuficiencias de estos planteamientos no es hoy, doscientos años más tarde, muy difícil. Ha habido que esperar algún tiempo para que las modernas investigaciones sobre el lenguaje pusieran de manifiesto que la vaguedad de las leyes ni es siempre evitable ni siempre es un defecto de las mismas. Ha tenido que transcurrir mucho tiempo para que se captara que las palabras tienen una textura abierta que las convierte en entes con vida propia, con significados cambiantes, así como para entender que el significado de las palabras depende en buena parte del contexto¹⁵⁷. A MURATORI no le faltaba alguna razón. Pero lo que también interesa saber es si los problemas a los que se enfrentaron los ilustrados —garantizar la seguridad y la libertad a través del imperio de la ley— están relativamente resueltos. Y más bien parece que la multiplicidad de las fuentes de nuestros modernos ordenamientos recuerda en algún modo el particularismo del *Ancien Régime*, la motorización legislativa crea océanos de normas, los famosos principios teorizados por DWORKIN reviven en nuestros sistemas la vieja e insegura *interpretatio* y el imperio de la ley

¹⁵⁵ CONDORCET, *Observaciones*, op. cit., pág. 267.

¹⁵⁶ VOLTAIRE, voz «Loi» de su *Dictionnaire Philosophique*, 1768; G. F. Flammarión, París, 1964, pág. 269.

¹⁵⁷ H. L. A. HART, *El concepto del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, cap. VII.

se contraponen a imperio de la Constitución. Los viejos problemas de certeza del Derecho, de seguridad jurídica y de libertad, que la Ilustración trató de resolver mediante la codificación y el cuidado de la calidad de las leyes, siguen sin estar resueltos, y el poco aprecio al legislador y a la ley de la Escuela Histórica o de la Escuela del Derecho Libre, cuando no el rotundo desprecio a la misma por parte de fascismos y estalinismos, no hicieron sino agravar los problemas¹⁵⁸. La cuestión a precisar en este punto es si la no-resolución de tan viejos problemas se debe a que no se ha sabido gestionar la herencia de los ilustrados o a que éstos buscaron la solución donde no podían hallarla. Queda, pues, por conocer si hay que cerrar o debe permanecer abierto el *Club de los Nomófilos*.

¹⁵⁸ M. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., págs. 165 y ss.

PROBLEMAS ACTUALES

