

## **Sobre el valor de la ley y el gobierno de las leyes**

El poder personal del monarca será la expresión de la legitimidad de ejercicio de la monarquía absoluta, que está presente en todo el mundo europeo a principios del siglo XVIII. La evolución hacia las formas y reglas del Estado liberal, que pondrán fin a ese poder personal, se producirá por el aumento del valor de la ley, la consideración de la ley como expresión de la razón, como forma de eliminar la arbitrariedad y los privilegios y como expresión de la igualdad cívica.

El objetivo final seguirá siendo la libertad y la igualdad limitada, desde el marco del contractualismo.

Cuando los revolucionarios franceses constituyeron «El club de los nomófilos», en la antigua capilla de Santa María del Barrio de Saint-Antoine, estaban expresando esa pasión por la ley como garantía de la libertad, y también y, al tiempo, señalando el valor del Parlamento como centro de producción de las leyes. Era el último eslabón en el siglo XVIII, de todo un proceso que lleva desde Bodino a señalar como primera función del soberano la de producir las leyes, a identificar a Derecho con Ley, y a otorgar a la ley el monopolio de la producción normativa. Hasta llegar a Kant y a su idea del Estado jurídico, el auge de la ley se explica por ser expresión de la razón, por responder a la demanda de certeza y seguridad, frente el particularismo jurídico del mundo medieval, heredado por el Estado absoluto, y por constituir un elemento decisivo para la unidad y la homogeneidad política y jurídica. Esta nomofilia ilustrada conducirá al constitucionalismo en el Derecho público y a la codificación en el Derecho privado. El arte de legislar supondrá todo el esfuerzo intelectual para proporcionar mejores leyes y someterlas al dictado de la razón, como «voluntas rationae animate». Desde ese estatuto de racionalidad la ley será para los ilustrados el único camino para la libertad política y también expresión de la igualdad de todos ante ella.

El arte de legislar<sup>1</sup> en el siglo XVIII será la reflexión para producir buenas leyes que tiene su expresión en las reflexiones de una serie de autores, espe-

---

\* Catedrático de Filosofía del Derecho. Rector de la Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>1</sup> *Vid.* sobre este tema el excelente artículo de Virgilio Zapatero «El Club de los Nomófilos» en «Cuadernos de Derecho Público» número 3 (enero-abril 1998) pp. 61 a 94.

cialmente de Montesquieu cuyo «Espíritu de las leyes» se convierte en el modelo para los ilustrados. También supone una valoración y una reflexión sobre el valor eminente de la ley y sobre su idoneidad para alcanzar los objetivos del contrato social. Otros autores ilustrados como Muratori, Filangieri, Schmidt, D'Avenstein, Mably, Linguet, y también Rousseau harán el elogio de la ley, y la señalarán, con sus matices y diferencias respecto de Montesquieu, como el cauce para la organización de las sociedades y para la regulación de los derechos del hombre. En la enciclopedia las voces «legislador», «ley» y otras recogen esta mentalidad que se impone sobre el valor eminente de la ley.

Quizás el mayor esfuerzo de la reflexión sobre la ley en el siglo XVIII, tan importante y tan extenso, por otra parte, es el intento de integrar razón y voluntad en la teoría de la legislación, superando la antigua polémica de la contradicción entre voluntarismo e intelectualismo presente en el pensamiento clásico y en la Edad Media. La ley sería la mediadora que devolvería la diferencia insalvable entre el poder legítimo y el Derecho racional, porque éste sólo actuaría por medio de la ley. Es el Estado de Derecho, como gobierno de las leyes, por las leyes, y bajo las leyes. Sólo cuando se da este último pasa del sometimiento del poder a las leyes, se puede decir que está completamente desarrollado el intento. La ley será el vehículo de la racionalidad, la libertad, el objetivo a alcanzar, y los derechos el contenido que otorga racionalidad a las leyes. Por eso la libertad sólo será posible a través de la ley. Se debe en este sentido recordar la aguda reflexión de Montesquieu en «L'Esprit des Lois»: «La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent, et si un citoyen pouvait faire ce qu'elles defendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient, tout de même ce pouvoir...»<sup>2</sup>. Esta consideración es una consecuencia también del sentido del contrato social superador del estado de naturaleza, donde todos tienen poder y no existe ningún poder superior, por encima de los miembros de la comunidad que viven en ese estado. La ley es producto del poder que se crea y la garantía de la eficacia de los derechos naturales, que se convierten en derechos jurídicos: los derechos humanos. Por eso sólo la libertad y sus contenidos que son los derechos se actúa por medio de la ley. Si se pudiese hacer lo que la ley prohíbe, volveríamos al estado de naturaleza. Así, como dice Kant, el Derecho que en ese tiempo es tanto como decir la ley, es una coordinación de libertades.

De todas formas, sólo en este siglo XVIII se dan los elementos necesarios para la afirmación y la justificación de la primacía de la ley, frente a la inseguridad del pluralismo de fuentes, el *ius commune*, los Derechos especiales y locales, las costumbres y su amplio arbitrio judicial para interpretar aquel bosque complejo de normas heterogéneas y por eso frente a la inseguridad se

<sup>2</sup> «La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; y si un ciudadano pudiera hacer lo que prohíben, no habría libertad, porque los demás tendrían igualmente ese poder...» «L'Esprit des Lois». Primera Parte XI-3. «Ce que c'est que la liberté». En edición de Obras Completas de Du Seuil. París, 1964. p. 586.

reclamarán soluciones, especialmente por la burguesía, y se llegará a la valoración de la ley<sup>3</sup>.

El elogio de la ley, como instrumento de razón y de organización de la sociedad encuentra en Montesquieu un defensor privilegiado. No sólo pretende describir las influencias externas que van a condicionar a las leyes, sino que pretende también orientar al legislador. Es fundamental esclarecer y orientar, dirá en el Prefacio de «L'Esprit des Lois», serán necesarias las luces para superar la ignorancia, y se considerará el más feliz de los mortales si pudiera aportar buenas razones para que los ciudadanos amasen a sus leyes y las obedeciesen. Por eso aporta razones para hacer buenas leyes, y las encuentra en la naturaleza y en las aportaciones de las ciencias. Como dice Zapatero, Montesquieu se plantea la necesidad de conocer la técnica social del Derecho, y de estudiar la eficacia, es decir, tener en cuenta las actividades necesarias para componer las leyes. Porque las leyes tienen el límite de la naturaleza, que «traza la raya que determina lo humanamente imposible, pero ni el clima, ni la pereza humana, ni la ignorancia, ni los errores, ni las pasiones, son obstáculos y el buen legislador lo que hace es corregir con las leyes esas situaciones»<sup>4</sup>. El punto de partida es, una vez más, el espíritu de moderación con que arranca el libro XXIX. Especialmente en ese libro se ocupa Montesquieu de recordar ciertos elementos que se deben tener en cuenta para hacer las leyes. Es la racionalidad instrumental que se ha de respetar y practicar en el arte de legislar. Pero además de esas reglas debe existir una racionalidad formal que afecte a la calidad técnica del lenguaje normativo. En el primer ámbito, en el de la racionalidad instrumental, Montesquieu recuerda varias experiencias históricas de las que se desprenden enseñanzas útiles para elaborar las leyes:

Cuando una ley no es trabajada a fondo su resultado puede ser contrario al objetivo que se había propuesto (capítulo 4). Es una observación que afecta sobre todo al ámbito de la eficacia de la ley.

Cuando se trasplanta una ley de un país a otro, pretendiendo obtener los mismos resultados, el objetivo puede fracasar, porque los contextos históricos y sociales sobre los que opera son diferentes (capítulo 6). Es necesaria prudencia para utilizar una ley en otra cultura política y jurídica (capítulo 7). En este supuesto también se afecta la eficacia.

A veces leyes que parecen idénticas no tienen la misma razón o justificación (capítulo 8). En ese caso está afectada la justicia de esas normas.

A veces, por el contrario, leyes que parecen contrarias derivan del mismo espíritu (capítulo 10). También esta observación afecta a la justicia de las normas.

Como las leyes están hechas para una determinada sociedad con sus leyes políticas, cuando se quiere trasplantar esa ley a otra sociedad sería positivo que se examinase previamente si esta nueva sociedad tiene las mis-

<sup>3</sup> Para la valoración de esa fractura y complejidad del Derecho en los inicios del siglo XVIII. *Vid.* Giovanni Tarello «Storia della cultura giuridica moderna». Vol. I. Assolutismo e Codificazione del Diritto. Il Mulino. Bolonia, 1976. pp. 69 y ss.

<sup>4</sup> *Vid.* Virgilio Zapatero «El club de los nomófilos», citado p. 70.

mas instituciones y la misma organización política (capítulo 13). En este caso las consecuencias de esta observación afectarían a la eficacia de las normas.

- a) Consecuencia de lo anterior es que no hay que desvincular a las leyes de las circunstancias en que han sido creadas (capítulo 14). Es de nuevo reflexión sobre la justicia de las normas.
- b) En las leyes que contienen sanciones o la ejecución de penas, en cuanto afecta a la seguridad y a la libertad de los ciudadanos, su aplicación debe hacerse con publicidad, es decir, «en presencia de los ciudadanos» (capítulo 15). Es la misma idea que Kant formulará de que las normas que afectan a los derechos de los demás, cuya máxima no sea susceptible de publicidad son injustas<sup>5</sup>. Estamos ante un ámbito que afecta a la justicia como seguridad.

En cuanto a la racionalidad formal, que Montesquieu formula como «Cosas a observar en la elaboración de las leyes». Aquí Montesquieu abandona la descripción y se introduce en el campo de la prescripción con máximas que sirven para los legisladores en general y no para un legislador concreto. Estamos en reglas que se sitúan en el ámbito de la validez, aunque también pueden incidir en la eficacia y en la justicia formal o seguridad jurídica<sup>6</sup>.

El estilo de las leyes debe ser conciso, deben ser un modelo de precisión.

El estilo de las leyes debe ser simple, y se entienden mejor las leyes con lenguaje directo que con lenguaje retórico, inflado y rimbombante.

Es fundamental que las palabras de las leyes, el lenguaje normativo, diríamos hoy, despierten en todos los hombres las mismas ideas. Deben huir de la vaguedad y de la ambigüedad que genera inseguridad en los destinatarios y dificulta la eficacia.

Cuando la ley quiera fijar cualquier criterio, debe evitar hacerlo en función del precio del dinero que es variable: «Mil causas, dirá Montesquieu, cambian el valor de la moneda, y con la misma denominación no tenemos la misma realidad».

Cuando se ha fijado en la ley los contenidos claros, hay que evitar las cláusulas abiertas del estilo de «y aquellos otros que desde siempre han juzgado los jueces reales...». No hay que volver a expresiones vagas que conduzcan a la arbitrariedad.

En las leyes hay que razonar de la realidad a la realidad y no de la realidad a la idealidad (à la figure) o de la idealidad a la realidad.

<sup>5</sup> Vid. E. Kant «La Paz Perpetua». Tecnos, Madrid. 2.ª Edición 1989 pp. 61 y 62.

<sup>6</sup> Estas reglas se encuentran en el libro XXIX, capítulo 16 «Choses a observer dans les composition des Lois». En las obras completas de Du Seuil, citadas, figuran en pp. 753 a 755. Condorcet escribe unas «Observaciones de Condorcet sobre el libro XXIX del Espíritu de las leyes», publicado en los comentarios de Destut de Tracy sobre «El Espíritu de las Leyes» publicado en español en Imprenta, Librería y litografía del *Diario de Córdoba*, 1877.

Las leyes deben plantearse desde la igualdad formal. «...Una Ley de Constantino prescribe que el testimonio único de un obispo es suficiente sin oír a otros testigos. Ese príncipe tomaba el camino rápido, juzgaba los asuntos por las personas y a las personas por sus dignidades».

Las leyes no deben ser sutiles; están hechas para personas de mediana inteligencia. No son una construcción de lógica, sino la simple razón de un padre de familia.

No se deben modificar las leyes sin una razón suficiente, los cambios injustificados generan inseguridad.

Cuando hay que justificar o explicar una ley, las razones tienen que ser dignas de la misma.

Las presunciones de la ley valen más que las presunciones de los hombres. Cuando el juez presume los juicios se convierten en arbitrarios. Cuando la ley presume, ofrece al juez una regla fija.

Como las leyes inútiles debilitan a las leyes necesarias, así las leyes que se pueden eludir o incumplir debilitan a la legislación, al conjunto del ordenamiento, diríamos hoy.

Una ley debe cumplir sus objetivos, alcanzar sus efectos y no se puede derogar singularmente, por una convención particular.

Las leyes han de adecuarse a la naturaleza de las cosas, no pueden regular ni lo imposible, ni lo necesario.

Las leyes deben tener un cierto candor «hechas para castigar la maldad de los hombres, deben tener ellas mismas la más grande inocencia posible...».

Las leyes para Montesquieu eran el instrumento racional para el gobierno de los hombres y para la existencia de la libertad y de la seguridad jurídica. No se trataba sólo, con el arte de la legislación de hacer leyes técnicamente perfectas, con formas y con lenguaje preciso, sino de orientar, desde el espíritu de la Ilustración sobre la posibilidad de leyes justas. Por eso luchó contra las leyes penales injustas, para simplificar los procedimientos civiles y penales, criticar la tortura, en definitiva, para ofrecer unas pautas ilustradas para el gobierno, desde una perspectiva moderada. Por eso su nomofilia tampoco era ilimitada. Al final del libro XXIX, en el capítulo 19, dedicado a los legisladores dirá: «Las leyes encuentran siempre las pasiones y los prejuicios del legislador. A veces los atraviesan y se impregnan de ellos, otras veces se quedan en ellos y se les incorporan...». Es un aviso para entusiasmos desmedidos que coloca a esas leyes en su sitio como obra humana. De todas formas el gigantesco esfuerzo de Montesquieu para comprender el papel central de la ley en el iluminismo político y jurídico deja una rica herencia, al menos en tres temas: la vinculación de la libertad con la ley, la creencia en la posibilidad de una ciencia de la legislación, es decir en la posibilidad de que el legislador pueda legislar de acuerdo con la ciencia, y la dependencia de la legislación privada y penal de la Constitución. Ideas que desarrollará el pensamiento contemporáneo y posterior y que tendrán una enorme influencia en la cultura política y jurídica liberal y democrática<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Vid. sobre este tema Giovanni Tarello «Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I Assolutismo e codificazione del Diritto». Il Mulino. Bologna, 1976, pp. 296 y ss.

Encontramos trazos de esta influencia y de la nomofilia resultante ya en Federico II de Prusia en su discurso ante la Academia de Ciencias de Berlín «... la dissertation son les raisons d'établir ou d'abroger les lois» de 1750<sup>8</sup>, en Voltaire, en Beccaria, en Filangieri, en la Enciclopedia. Desde sus perspectivas, otros autores como Rousseau o Kant también sitúan a la ley en el centro del debate<sup>9</sup>.

Voltaire, que no era un jurista, sin embargo trata esos problemas que estaban en la conciencia ilustrada y resalta el valor de la ley. Es el Derecho nuevo que supera las instituciones del antiguo régimen. Así conviene recordar el consejo que se desprende de la voz «Lois» de su «Dictionnaire Philosophique: ¿Queréis tener buenas leyes. Quemad las vuestras y haced otras nuevas? En la voz «Gobierno de» ese mismo «Diccionario Filosófico», en la Sección VI «Tableau du gouvernement Anglais», dirá ...»Ser libre es no depender, sino de la Ley»<sup>10</sup>. En su poema sobre «La Ley Natural», en su cuarta parte, en verso, hace Voltaire una reflexión sobre la neutralidad religiosa de la ley, sobre su generalidad y abstracción, que él llama «universalidad» y sobre la igualdad.

«Le marchand, l'ouvrier, le prêtre, le soldat,  
Sont tous également les membres de l'Etat...  
...Et les civiles lois, par un autre bien  
Ont confondu le prêtre avec le citoyen.  
La Loi dans tout l'Etat doit être universelle:  
Les mortels, quels qu'ils soient sont égaux devant elle...»

Como se ve son las ideas comunes en la Ilustración sobre el valor de la ley<sup>11</sup>. En «Idées republicaines» que publicará Voltaire en 1762, tras la aparición de «El contrato social», de Rousseau, desarrollará las mismas ideas: «El Gobierno civil es la voluntad de todos ejecutada por uno o por varios, en virtud de las leyes...»(XIII); «...Los magistrados no son los amos del pueblo, son las leyes las que mandan.»(XXXIV); «Un tribunal debe tener leyes fijas tanto para los asuntos criminales como para los civiles». (XXXIX)<sup>12</sup>. No es concebible una vida social sin normas legales, porque «la ley crea ciudadanos», y porque la verdadera libertad, que es la meta de la humanidad consiste en vivir

<sup>8</sup> *Vid.*, el texto en Oeuvres de Frederic II. Roi de Prusse. Vol II pp. 3 y ss.

<sup>9</sup> Incluso Linguet, que critica a Grocio, a Pufendorf y a Montesquieu en su *Théorie des Lois Civiles*. (1767) inicia el Libro I, de su Tratado que titula «De l'utilité des Lois» con un capítulo I. «Pourquoi l'homme a besoin des Lois». (*Vid.* la edición en Corpus des Oeuvres de philosophie en langue française. Fayard. París, 1984.

<sup>10</sup> *Vid.* el texto en «Extraits des Philosophes du XVIIIème siècle». Ed. Garnier. París, 1964.

<sup>11</sup> «El comerciante, el obrero, el cura, el soldado, son todos, igualmente miembros del Estado... Y las civiles leyes, por otro lado, confunden al cura con el ciudadano. La ley, en todo el Estado debe ser universal. Los mortales, sean cuales sean, son iguales ante ella». *Vid.* «Poème sur la loi naturelle». Cuarta parte. «C'est au gouvernement à calmer les malheureuses disputes de l'école qui troublent la société». En Voltaire «Melanges». Bibliothèque de la Pleiade. N.R.F. Gallimard. París, 1961 p. 287.

<sup>12</sup> En edición citada pp. 503 y ss. Hay edición castellana en Voltaire «Opúsculos satíricos y filosóficos». Prólogo de Carlos Pujol. Traducción y Notas de Carlos R. de Dampierre. Alaguara. Madrid, 1978 pp. 274 y ss.

bajo las leyes y no depender más que de las leyes. En concreto ése es el sentido del número XX de los «Pensamientos sobre la Administración Pública, donde sostiene también que «... los hombres son, pues, iguales en lo esencial, aunque representen en la escena, papeles diferentes», (XXIV) y que «...El mejor Gobierno parece ser aquel en el que todos los estamentos están igualmente protegidos por la ley...». Beccaria, para evitar los delitos propugnaba leyes claras y simples y Filangeri sostenía que así como en los gobiernos despoticos los hombres mandan, en los gobiernos moderados mandan las leyes<sup>13</sup>. La ciencia de la legislación es un ejemplo de esa literatura de los nomófilos. Como se dice en el Elogio, de Salfi, que inicia el Tomo I, «...el autor demuestra que la libertad civil consiste en la obediencia más exacta posible a las leyes, y las leyes no siendo, o mejor no debiendo ser ellas mismas sino pactos sociales, si la voluntad de algunos individuos usurpa el lugar de la voluntad del legislador, la ley queda expuesta a los intereses y a los caprichos de los particulares, y en consecuencia deviene inconstante, ilusoria y efímera...». Ya en el texto de la Introducción el propio Filangieri afirmará que «...la legislación es hoy el objeto común de la meditación de todos los hombres que piensan...». Más adelante calificará a esa reclamación universal por la legislación «un grito de la razón», porque «la fuente de la verdadera grandeza no está en la fuerza de las armas; y que la sabiduría de las leyes, fundamento único de la felicidad de los pueblos, depende de la uniformidad de los principios que las constituyen...»<sup>14</sup>. En la Enciclopedia o «Diccionario razonado de las Ciencias de las Artes y de los Oficios», que es la síntesis de la cultura de su tiempo y de la Ilustración, el tema de la ley y del legislador tiene una importancia destacada. Se considera a la ley expresión de la razón: «La ley en general es la razón humana en tanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los diversos casos particulares en que se aplica esa razón humana». Y se define a la ley como «una regla prescrita por el soberano a sus súbditos, bien para incorporarles bajo amenaza de alguna pena, la obligación de hacer o de no hacer ciertas cosas, bien para dejarles la libertad de actuar o no actuar en otras cosas según lo estimen adecuado, expresándoles a este respecto el pleno disfrute de su derecho»<sup>15</sup>. Como se ve, no hay atisbo iusnaturalista en esta definición y aunque los derechos fundamentales siguen todavía considerados como derechos naturales evidentes por sí mismos, se están sentando las bases para el inicio del proceso de positivación, es decir, la idea de que los derechos sólo perfeccionan su concepto cuando se incorporan al Derecho positivo. De todas formas, la relación de la ley con el Poder que las crea aparece nítida, insistiendo en el enfoque positivista en la voz legislador: «Legislador es el que tiene el poder de promulgar o derogar las leyes...»<sup>16</sup>. En la permanente tensión voluntarismo intelectualismo

<sup>13</sup> *Vid.* en G. Filangieri. Obras Completas.

<sup>14</sup> En edición citada en nota anterior. Las citas están en Tomo I pp. XVI, XVII, 2 y 3.

<sup>15</sup> Estas referencias a la voz ley y otras posteriores están extraídas de la edición de Ramón Soriano y Antonio Porras «Artículos políticos de la Enciclopedia» Tecnos. Madrid, 1984. Pp.106 y ss.

<sup>16</sup> Las referencias a la voz legislador están igualmente extraídas de la edición de Ramón Soriano y Antonio Porras pp. 82 y ss.

la Enciclopedia en la voz ley opta por una racionalización del voluntarismo del poder desde las propias leyes:

«Los que tienen bajo su control las leyes para gobernar a los pueblos deben a su vez dejarse gobernar siempre por las propias leyes. Debe ser la ley y no el hombre quien reine». Es el Gobierno de las leyes, pero las leyes son creadas por el legislador y sus contenidos pueden no ser correctos, salvo que se asuma, el positivismo ideológico y se piense que el legislador, lo que crea, es siempre justo. Por eso sólo la defensa de la libertad impregna de justicia a las leyes. Estamos hablando de la libertad civil que es «libertad natural despojada de la parte que constituía la independencia de los particulares y la comunidad de bienes para vivir bajo leyes que proporcionen la seguridad y la propiedad...». Esa libertad civil está garantizada por la ley, cuando un Estado está gobernado por la ley y «cuanto mejores son estas leyes más feliz es la libertad».

Por eso de nuevo, en la voz ley aparece la vinculación de la ley con la libertad «...Las leyes serán tanto más preciosas para el pueblo si las contempla como una barrera contra el despotismo y como salvaguarda de una justa libertad...». Los derechos humanos que son un desarrollo de la libertad empiezan a fijar su estatuto vinculados con la ley, y es de nuevo un atisbo del proceso de positivación. Por eso en la voz libertad civil se asume plenamente la tesis de Montesquieu sobre la relación entre la libertad y la ley.

«...La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; y si un ciudadano pudiera hacer lo que éstas prohíben, no existiría ninguna libertad porque los demás tendrían todos este mismo poder...». La verdad es que esta libertad sólo se encuentra en los gobiernos moderados, es decir, en los gobiernos cuya Constitución es tal que nadie está obligado a hacer cosas a las que la ley no le obliga, y a no hacer las que la ley le permite...».

Pero el esfuerzo final en la Ilustración lo constituye la obra de Rousseau, que pretende superar el voluntarismo de la decisión legislativa, a través de la búsqueda de la legitimidad, es decir, de la racionalidad del poder. Frente a la definición de la ley como acto de voluntad que hemos visto en la Enciclopedia, que supone diferencias entre el súbdito que recibe la ley y el soberano que la emite, Rousseau sitúa a la ley como expresión de la voluntad general, que es síntesis de voluntad y de razón y que pretende superar la dialéctica voluntarismo intelectualismo. Es producto de todo el pueblo que legisla sobre todo el pueblo. No tiene sentido la pregunta, con esas premisas, de si el soberano está o no por encima de la ley. Coinciden el legislador y el destinatario de las normas y las normas del sujeto activo universal, que es la voluntad general, tienen un destinatario universal y hablamos de normas generales, y un objeto universal, y hablamos de normas abstractas. Así, como dice Virgilio Zapatero, «si la pasión de 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 libre, y al propio tiempo, estar sometido a los mandatos del soberano...»<sup>17</sup>. De esta reflexión surgen los derechos como modalidades de realización de la libertad civil, y la interposición

<sup>17</sup> Vid. «El club de los nomófilos», citado p. 85.



de la ley, de su necesidad, potencia desde otra perspectiva, complementaria del contractualismo, la necesidad de la positivación de los derechos. Por eso en el libro II capítulo sexto de «El contrato social» definirá a la sociedad civil (*état civil*) como aquella en que todos los derechos están fijados por la ley...»<sup>18</sup>. Ley creada por la voluntad general que la legitima en origen y cuyos contenidos son los derechos, está en el origen de la doctrina del Estado de Derecho de carácter axiológico, frente al Estado de Derecho de carácter descriptivo, como Estado que crea leyes.

En el «Discurso sobre la Economía Política», Rousseau hará su particular elogio de la ley, como si fuese miembro de «El club de los nomófilos», e insiste en la idea de su vinculación con la libertad: «...Es tan sólo a la ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad. Es ese saludable órgano de la voluntad de todos quien restablece, en el Derecho, la igualdad natural de los hombres. Es esa voz celeste quien dicta a cada ciudadano los preceptos de la razón pública; quien le enseña a obrar según las máximas de un propio juicio y a no caer en contradicción consigo mismo. Asimismo es a ella, tan sólo, a quien los jefes deben hacer hablar cuando mandan...»<sup>19</sup>. La ley es el movimiento y la voluntad del cuerpo político, y la materia es general y también la voluntad que la establece es general. Por eso las leyes «no son sino las condiciones de la sociedad civil...» y de las luces públicas resulta la unión de la razón y de la voluntad en el cuerpo social...». Por eso Rousseau considerará legítimo desde el ejercicio, al Estado gobernado por las leyes. «...Llamo República a todo Estado regido por las leyes... porque sólo entonces el interés público gobierna y la cosa pública es algo. Todo Gobierno legítimo es republicano...»<sup>20</sup>. De ese valor de la ley derivará la exigencia del legislador, al que dedica el capítulo siguiente, que es un legislador hércules, por encima de las magistraturas y de la soberanía dice, aunque se refiere a que está por encima del ejercicio de la soberanía porque es el Soberano máximo, el poder constituyente, que para él es un poder racional como expresión de la voluntad general. Lo dirá con una fórmula esclarecedora: «...Si el que manda a los hombres no debe mandar a las leyes, el que manda a las leyes no debe mandar a los hombres...»<sup>21</sup>. Esta posición sobre la ley es uno de los argumentos de racionalidad democrática de Rousseau<sup>22</sup>.

En esa misma línea la definición de Derecho de Kant, apunta a la misma idea del Estado de Derecho y de los derechos de libertad como contenido de la ética pública, aunque desde unos presupuestos filosóficos diferentes.

Para Kant «...el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley uni-

---

<sup>18</sup> Vid. «El Contrato social» en Jean Jacques Rousseau. Oeuvres Complètes. Tomo III, en Gallimard. París, 1964. El libro II Capítulo VI, «Sobre la ley», en pp. 378 y ss.

<sup>19</sup> Vid., edición de José Eugenio Candela. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 14 y 15.

<sup>20</sup> Las citas en la edición de Gallimard de «El Contrato social», citada pp. 379 y 380.

<sup>21</sup> Vid., el texto en edición citada p. 382.

<sup>22</sup> Vid., José Manuel Rodríguez Uribe «Sobre la democracia de Jean Jacques Rousseau». Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid, 1999, 3. Argumentos de racionalidad democrática en el pensamiento de J. J. Rousseau», pp. 37 y ss.

versal de la libertad» y por eso una acción es conforme a Derecho (*Recht*) cuando permite o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal...»<sup>23</sup>.

Esta valoración de la ley en el siglo XVIII la convertirá en el principal instrumento racional de que dispone el poder para organizar la sociedad, y así el Derecho será cada vez más Derecho estatal, y al mismo tiempo la ley es un instrumento que progresivamente va regulando el ejercicio del poder, limitándolo con sus reglas. Derecho y Poder empiezan, en este siglo a ser dos caras de una misma moneda. Está claro que los ilustrados propugnan el gobierno por medio de las leyes, pero donde la duda persiste es si, al tiempo defienden el gobierno bajo las leyes, es decir, donde el propio poder se somete al Derecho. En el primer caso estamos en el Estado de Derecho, que describe que todo poder actúa por medio del Derecho, mientras que en el segundo, el gobierno bajo las leyes supone el Estado de Derecho entendido como limitación de la soberanía en su origen (contractualismo) y en su ejercicio, con el sometimiento del poder al Derecho, con su regulación de los derechos humanos positivizados, porque la libertad consiste en hacer lo que las leyes permiten. Estamos en un momento de transición para algunos ilustrados, el gobierno de las leyes, excluye al soberano, pero ya no estamos, para otros en el Estado absoluto. La importancia de la ley la sitúa por encima de los gobernantes, aunque a su vez el poder constituyente, el legislador de Rousseau, no está sometido, pero no es gobernante y se puede decir que se inicia el Estado de Derecho como gobierno bajo las leyes, entre las cuales aparece ya con primacía la Constitución, que incorpora a los derechos como contenido material. El descubrimiento por algunos autores actuales del Estado constitucional como diferente del Estado de Derecho, deriva de un deficiente conocimiento de la evolución histórica. Es verdad que a veces los ilustrados creen llevar a los monarcas absolutos a sus posiciones liberales, cuando en realidad éstos utilizan a las leyes para reforzar su poder frente a los poderes tradicionales que todavía subsistían<sup>24</sup>. Sin embargo, la importancia y el valor que se atribuye a la ley será un cauce para el paso, no sin fracturas, crisis e incluso violencia, del Estado absoluto al liberal.

Ya en Montesquieu la preocupación por limitar al poder está presente especialmente en el libro XI y en el libro XII. La libertad sólo existe en los Estados moderados cuando no se abusa del poder y para eso hay que limitar al poder. En este tema se orienta a tratar a la separación de poderes como remedio para el abuso, aunque afirma que el poder sólo puede mandar a los ciudadanos por medio de la ley (XI-4), pero no se deduce que el mismo gober-

<sup>23</sup> *Vid.*, la definición en «La Metafísica de las Costumbres». Introducción a la Teoría del Derecho. ¿Qué es el Derecho?, en la edición de A. de Cortina y Jesús Conill. Tecnos. Madrid, 1989, p. 39.

<sup>24</sup> *Vid.*, Paul Hazard «La Pensée européenne au XVIII ième siècle. De Montesquieu a Lessing». Fayard. París, 1963, especialmente el Cap. IV de la Tercera parte. Para explicar la aproximación, desde el punto de vista de los monarcas, dice Hazard «...Les despotes éclairés luttaient contre les privilèges, et de là naissait une communaute d'action. Ils entreprenaient une vaste réforme égalitaire détruisant les vestiges encore très apparents, de la féodalité». Al final del capítulo sentenciará Hazard excesivamente al decir: «...la philosophie croyait se servir des rois, et c'étaient les rois, qui se servaient d'elle...».

nante supremo esté sometido a la ley. Sólo hay un apunte en el libro V capítulo 11, cuando contraponen a «los monarcas que viven bajo las leyes fundamentales de su Estado» a los príncipes despóticos y cuando describe el desastre del despotismo con una idea muy significativa: «...Cuando los salvajes de Luisiana quieren fruta, cortan el árbol desde la cepa, y cogen la fruta. Eso es el gobierno despótico...». Es una buena imagen para expresar la destrucción y la podredumbre que introduce el despotismo en las sociedades. En Voltaire parece que afirmar que los magistrados no son los dueños del pueblo, sino que lo son las leyes, como hemos visto en sus «Ideas republicanas» apunta a la idea de sometimiento de los gobernantes a la ley, pero no se desarrolla esa idea en profundidad. La convivencia y el «modus vivendi», con la monarquía absoluta, sin duda lo impide. Pero la idea del sometimiento del poder a la ley, es consecuencia de la importancia central de la ley para el pensamiento del siglo XVIII, y está entre las ideas comunes que recogerá la Enciclopedia. Así, la voz autoridad política comienza con una expresión contundente: «...Ningún hombre ha recibido de la naturaleza el derecho de mandar sobre los otros...». Se ataja así, y se desmonta la idea, de que hay una legitimidad del poder justificada en razones distintas del consentimiento y se allana el camino para aceptar que el poder está limitado por los derechos y que se ejerce sometido a la ley. Así, se concreta esa idea en la misma voz cuando se dice que: «el poder que viene del consentimiento de los pueblos supone necesariamente connotaciones que hagan legítimo su ejercicio, útil a la sociedad, beneficioso para la República y que lo concreten y reduzcan a determinados límites». Más adelante seguirá profundizándose cuando se señala que «...el príncipe recibe de sus mismos súbditos, la autoridad que tiene sobre ellos y esta autoridad está limitada por las leyes de la naturaleza y el Estado. Las leyes de la naturaleza y del Estado son las condiciones bajo las cuales se han sometido o consideran estar sometidos a su gobierno...»<sup>25</sup>. En la voz «gobierno» se reitera que «...todo poder soberano legítimo debe emanar del consentimiento libre de los pueblos...» lo que excluye desde el origen que el poder esté por encima de los ciudadanos, y dificulta que esté por encima de las leyes. En la voz legislador se identifica a éste con el poder constituyente, y autor de las leyes constitucionales, y en la voz se reconoce expresamente ya la idea del gobierno bajo las leyes: «...los que tienen bajo su control las leyes para gobernar a los pueblos deben a su vez dejarse gobernar siempre por las propias leyes. Debe ser la ley y no el hombre quien reine...». Y añade «...las leyes serán tanto más preciosas para el pueblo si las contempla como una barrera contra el despotismo y como salvaguarda de una justa libertad...»<sup>26</sup>.

En Rousseau ya hemos visto que el soberano, que integra en la voluntad general la razón y la voluntad, no está sometido al Derecho, porque es su fuente y realiza la función del poder constituyente. No es el soberano del Estado absoluto por encima de la ley, sólo como voluntad de poder, es un

<sup>25</sup> Todas las citas en la edición citada de los «Artículos políticos de la “Enciclopedia”», voz «Autoridad política», pp. 6-7-9.

<sup>26</sup> Voz «Ley» en edición citada, pp. 108 y 109.

soberano formado por todos, que expresa la voluntad general. Por eso dirá que «...en el Capítulo VII del Libro I es contra la naturaleza del cuerpo político que el Soberano se imponga una ley que no pueda infringir...» quizás sería mejor traducir «enfrendre» por derogar, traducción más libre, pero que expresa la realidad porque es una modificación que no supone violación de la ley, sino sólo modificación. Por eso, y desde esa idea de la voluntad general, dirá Rousseau que «el poder soberano no tiene ninguna necesidad de garante hacia sus destinatarios, porque es imposible que el cuerpo quiera dañar a todos sus miembros, y veremos como no puede tampoco dañar a alguno en particular. «El soberano sólo por ser, es siempre todo lo que debe ser...». Por eso al final del Capítulo VIII del mismo Libro I señalará tajante que «...la obediencia a la ley que nos hemos prescrito es libertad...»<sup>27</sup>. Y esa obediencia a la ley obliga también al ejecutivo, al judicial y a todas las autoridades y funcionarios. Ya en el Capítulo III del Libro I había marcado las diferencias entre la simple fuerza y el poder legítimo, tema tradicional en la reflexión filosófica jurídica: «...El más fuerte no es nunca tan fuerte como para ser siempre el dueño, si no transforma su fuerza en Derecho y la obediencia en deber... La fuerza es un poder físico, no veo qué moralidad puede resultar de sus efectos... Convengamos, pues, que fuerza no hace Derecho y que no está obligado a obedecer más que a los poderes legítimos.»<sup>28</sup>. De todo el Contrato social se desprende que al gobierno ideal, que Rousseau llama República, está sometido a la ley Capítulo VI. Libro II. Esas leyes tienen como fin la libertad y la igualdad que son los valores de los que derivan los derechos fundamentales, con lo que en Rousseau aparece la idea de positivación de los derechos a través de la ley y también que esos derechos son límites al poder, a ese poder legítimo regulado por la ley y que en eso se distingue de la simple fuerza. El gobierno, cuerpo intermedio entre el soberano y los ciudadanos ejecuta la ley y está sometido a ella (Capítulo I del Libro III). También ese sometimiento de los poderes, excepto el soberano, a la ley, se desprende del análisis que hace Rousseau del abuso del Gobierno, cuando atribuye ese efecto a que «el Príncipe no administre ya el Estado según las leyes...»<sup>29</sup>. De la institución del Tribunado se desprende también el sometimiento a la ley. Lo define como «conservador de las leyes y del poder legislativo...». Es una especie de Tribunal Constitucional, al menos en su dimensión de protector de las leyes frente al Gobierno, aunque en Rousseau no aparece clara la distinción entre la Constitución y las leyes. Para Rousseau el Tribunado ni legisla ni ejecuta: «...no pudiendo hacer nada puede impedirlo todo. Es más sagrado y más reverenciado como defensor de las leyes, que el Príncipe que las ejecute y que el legislador que las da...»<sup>30</sup>. De todas formas si examinamos el Capítulo XII del Libro II se podría interpretar que las leyes políticas «...acción del

<sup>27</sup> *Vid.*, las citas del Capítulo VII y VIII del Libro I en la edición citada de las obras completas. Tomo III pp. 362 a 365.

<sup>28</sup> *Vid.* las citas del Capítulo III del Libro I en pp. 354 y 355.

<sup>29</sup> *Vid.* Capítulo X, Libro III en p. 422.

<sup>30</sup> *Vid.* el Capítulo V del Libro IV en pp. 453 a 455.

cuerpo entero actuando sobre sí mismo», que llama también leyes fundamentales, son un atisbo de la idea de Constitución. En la complejidad del pensamiento de Rousseau, junto a las leyes políticas, las civiles y las criminales, aparece una cuarta modalidad, la más importante, que denomina «la verdadera Constitución del Estado, formada por la moralidad pública “des moeurs, des coutumes et surtout de l’opinion...” que verifica y remueve a las anteriores y «conserva a un pueblo en el espíritu de su institución, y sustituye insensiblemente la fuerza de los hábitos por la de la autoridad...»<sup>31</sup>.

En Sièyes aparece clara la idea del sometimiento de los gobernantes a la ley, del Gobierno bajo las leyes. Distinguirá entre la facultad de querer que corresponde al poder legislativo y la de actuar que corresponde al poder ejecutivo.

El poder ejecutivo está sometido a la ley «...se debe gobernar según la ley, lo que prueba que el poder de hacer la ley es distinto del Gobierno...»<sup>32</sup>.

Pero Sièyes será también muy actual al distinguir el poder constituyente y el poder legislativo ordinario y defender que éste está sometido al primero y no puede contradecirle. Así también el poder legislativo está sometido a la ley fundamental. En «límites de la Soberanía» que es un manuscrito inédito, dirá que «la Constitución, en efecto, es una ley fundamental anterior a toda ley aprobada por la mayoría, y obedecerla y someterse a ella debe formar parte del compromiso primordial de todo miembro del Estado... Así, pues, cada asociado ha de acatar la Constitución, tras lo cual tendrá lugar la acción de la simple mayoría, que aprueba las leyes...»<sup>33</sup>.

Sólo el poder constituyente es libre y sólo está sometido a la razón y al ámbito del pacto social. Como se puede ver la distinción entre Estado de Derecho y Estado constitucional que pretenden en los últimos años muchos autores, no es ninguna novedad, ni tampoco se puede interpretar como un salto cualitativo, y aparece ya en autores del siglo XVIII como Sièyes. Si además, la finalidad de la ley es proteger los derechos naturales, incluso los contenidos materiales del Derecho están ya presentes en Sièyes de manera más clara y directa que en Rousseau cuando afirma que la libertad y la igualdad son los fines de las leyes. En efecto, en «Fundamentos del Estado», un memorándum, inédito, escrito a finales de 1794 afirmará «que los derechos son anteriores a la ley, no tendrán su fuente última en la ley...». Rechaza el positivismo ideológico, pero afirma que «la Ley y el legislador y toda autoridad pública tendrán su fuente última y la razón de su existencia en la protección de aquellos derechos...». Por eso el proceso de positivación de los derechos, desde esas premisas, está presente en Sièyes, y por eso se puede decir que en

---

<sup>31</sup> *Vid.*, el Capítulo XII del Libro II en pp. 393 y 394. *Vid.* también para el tema de la opinión pública en Rousseau, J. M. Rodríguez Uribe «Opinión pública. Concepto y modelos históricos», citado.

<sup>32</sup> En «Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano».1789, en «Escritos y discursos de la Revolución». Estudio preliminar, traducción y notas de Ramón Maiz, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990, p. 99.

<sup>33</sup> *Vid.*, ese manuscrito, fechado por Fortoul en 1744 en los «Archives Sièyes de los Archivos Nacionales», 284 AP 5. Dossier 1 (sección 4) y que se publica en «Escritos y discursos de la Revolución», edición citada pp. 245 y ss.

un sistema que distingue la Constitución y las leyes, los derechos son contenido material. Aunque en este texto no lo explícita parece lógico deducir que la positivación de esos derechos se debe reservar al poder constituyente y a la Constitución. La positivación facilita, según Sièyes, la uniformidad y la notoriedad, que es otra forma de hablar de eficacia, aunque no agota los contenidos: «...Este carácter positivo de los derechos en el Estado constituye una garantía y regulación del ejercicio de los derechos naturales...»<sup>34</sup>.

Así el Estado absoluto y el monarca, confundido con el Soberano, por encima de las leyes se difuminan hasta casi desaparecer en la Revolución. Por eso la Declaración de 1789 señala que la ley es expresión de la voluntad general (art. 6) y garantiza los derechos. Parece, aunque no se diga, que los poderes están sometidos a ella. Sin perjuicio de los retrocesos que se producirán en el siglo XIX, la idea de la supremacía de la ley sobre el poder, de la Constitución sobre la ley, y de la positivación de los derechos aparece ya en el siglo XVIII, sobre todo a finales del mismo, cuando los ilustrados han dejado de confiar en la capacidad reformadora de los monarcas.

---

<sup>34</sup> «Fundamentos del Estado», está publicado en edición citada en nota anterior, pp 235 y ss.