

## EL DERECHO Y LA CIENCIA DE LA LEGISLACION EN FRANCISCO MARTINEZ MARINA

### 1. LA PERSONALIDAD CIENTÍFICA DE M. MARINA

Es un lugar común, al hablar de las Luces, el hacer notar su singular afección y fe en las posibilidades para el conocimiento y auto-normación de la razón humana, así como su confiada pretensión de reducir a esquemas racionales y previsibles —en forma no diferente a como se estaba ya operando en el terreno de las ciencias físico-naturales— la complejidad de la vida social, política y jurídica de las distintas comunidades nacionales.

Frente a este movimiento se suele plantear, quizá incluso en términos más estereotipados aún, la mentalidad tradicional como un pensamiento fundamentalmente quietista, básicamente arracional —algunos incluso sostendrían su irracionalidad—, apriorístico y dogmático, cuyo soporte en última instancia descansaba en una teología revelada y en una ordenación teónoma de la vida social, cuya aceptación facultaba al creyente para la comprensión e interpretación de los diversos aspectos de la comunidad política.

Evidentemente, ambas exposiciones adolecen del mismo vicio, que es su exceso de simplificación, el cual desvirtúa tan profundamente ambas actitudes que las torna difícilmente reconocibles incluso para sus propios adeptos. Pero, siendo grave este defecto, no lo es menos la concepción maniquea que manifiesta esta división entre iluministas y tradicionalistas, la cual cercena de raíz la posibilidad de un «tertium genus». Un mínimo de sensibilidad en la valoración de las posiciones



de los diversos autores reclama, en toda clasificación, la existencia de un «numeros apertus» que nos permita, de esta manera ponderar y estimar, no sólo la generalidad, sino también la particularidad, y hasta la singularidad, de cada autor.

Un ejemplo concreto de ubicación desafortunada, por mor de interpretaciones simplificadoras o de la violencia de estos esquemas apriorísticamente concebidos, cuando no por las veleidades de la vehemencia y el partidismo, ha sido la figura histórica de Francisco Martínez Marina<sup>1</sup>, el cual, según cual sea el talante ideológico de su comentarista, se ve indistintamente alineado junto a los pensadores del iluminismo o entre los defensores del pensamiento tradicional. Cierta-

---

<sup>1</sup> Francisco Martínez Marina nació en Oviedo el 10 de mayo de 1754. En la Universidad de esta ciudad asistió a sus primeras lecciones de Filosofía (1769), se graduó de bachiller (1772) e inició sus estudios de Teología, que finalizaría en Toledo obteniendo el grado de Doctor (1778).

Continuó sus estudios en Alcalá donde, por S. M., fue nombrado colegial del Mayor de S. Ildefonso y bibliotecario, alcanzando por elección el cargo de rector del mismo.

Tras diversos intentos fallidos, obtuvo una canongía en la Real de S. Isidro, trasladando su residencia a Madrid.

A propuesta de Campomanes, fue admitido como miembro en la Real Academia de la Historia (1786), llegando a ser director de la misma (1796). En 1802 solicitó de su Majestad, sin éxito, la dispensa de sus deberes eclesiásticos para poder dedicarse con más ahínco a las tareas de investigación. Los acontecimientos se precipitaron y tras la publicación de su *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* fue denunciados ante el Consejo de Castilla, saliendo exculpado.

Con la llegada de los ejércitos franceses y el secuestro de Fernando VII en Fontainebleau, M. Marina se planteó abiertamente la necesidad de reorganizar el sistema político de la monarquía española y en 1808 escribió su *Carta sobre la antigua costumbre de convocar las Cortes de Castilla para resolver los negocios graves del reino* (publicada en 1811).

Durante cinco años guardó silencio, hasta que en 1813 aparece su *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales de los reinos de León y Castilla*, obra que obtiene un rápido éxito, a juzgar por las reediciones (algunas de ellas incluso en francés). Con la llegada de El Deseado (1814) su estrella declinó. La reacción conservadora se fijó en sus obras y sufrió dos procesos (uno ante el Consejo de Castilla y otro ante el Santo Oficio). Aunque no fue condenado en ninguno de ellos, una Real Cédula (1818) le impuso el traslado a Lérida, donde ocuparía un sitial en su Catedral (1819).

El pronunciamiento de Riego le devolvió a la vida pública. A Madrid llegó como diputado a Cortes en representación de Asturias, siendo sus intervenciones parlamentarias escasas e incidentales. Como miembro de la Comisión de Codificación, participó en la elaboración del Código Penal de 1822 y probablemente en el Proyecto de Código Civil de 1820.

La llegada del Duque de Angulema le arrancó precipitadamente de Madrid, encontrando refugio en Zaragoza (1823). Allí murió el 7 de julio de 1833.



mente, la cronología en que su doctrina fue gestada y los avatares de su biografía hacen factible su pertenencia a uno u otro grupo, sin embargo, será sólo el conocimiento de su personalidad así como la elucidación de su talante científico y de su actitud metodológica lo que nos permitirá la inclusión de este autor en una u otra corriente doctrinal, o su adscripción a posiciones intermedias, cosa que —anticipando conclusiones— parece a nuestro entender más acertado.

Ciertamente, Martínez Marina —hombre crítico y de amplias perspectivas, historiador de nervio y tratadista político «por las convulsiones del siglo»— presenta unos rasgos doctrinales difícilmente enmarcables en cualquiera de las dos actitudes básicas de la época, pues, pese a su formación cultural en la tradición de la segunda escolástica —ya teñida de tintes difusos y algo imprecisos—, fue en todo momento receptivo a los postulados y derivaciones racionales que el Iluminismo —en su dirección más moderada— iba estableciendo como requisito para la remoción, no sólo política y jurídica sino también moral, de las instituciones y usos sociales.

El intento de enlazar, ni que decir tiene que sin suficiente depuración crítica, las conclusiones prácticas de ambas corrientes doctrinales —especialmente mediante la utilización asistemática de una metodología mixta— constituye uno de los rasgos más destacados e individualizadores del autor; rasgo éste que, a su vez, veta cualquier intento de integración de su figura, ya entre los ilustrados «stricto sensu», ya entre los tradicionalistas «à part entière». Junto a este proceder —más que sintético, integrador—, la segunda gran nota de su personalidad científica viene dada por su agudo sentido histórico<sup>2</sup> que le evita los excesos de un apriorismo abstractizante y le provee de los instrumentos metodológicos necesarios para el conocimiento, en perspectiva dinámica, de los hechos sociales concretos e inmediatos. Al tiempo, éste le aporta una abundante gama de datos fácticos con los que constatar y enriquecer —a la manera de argumentación retórica— las conclusiones de su especulación teórica.

Como caracteres intrínsecos a su personalidad científica, estas notas se manifiestan a lo largo de toda su obra doctrinal. Sin embargo, las limitaciones propias de este trabajo nos impiden un desarrollo exhaustivo de la incidencia que tienen en todos y cada uno de los aspectos de su pensamiento. Por ello, hemos de elegir una parcela concreta de su obra en la cual podamos encontrar supuestos concretos que sean

<sup>2</sup> No en vano es a la actividad de científico y filósofo de la historia a la que dedica cuantitativamente más tiempo de su vida.



encarnación de esta actitud. La faceta más difundida del pensamiento de M. Marina es probablemente su teoría restauracionista de las Cortes, según la cual las Cortes reunidas en Cádiz constituían una reactualización moderna de la tradición cameral del medievo español. Sin embargo, no nos vamos a referir a ella en esta ocasión, pues hay en su pensamiento otros aspectos no menos brillantes y sugestivos en los que se evidencia de una manera patente el talante científico del autor y que, a nuestro entender, son insuficientemente conocidos.

Quizá una de las perspectivas más descuidadas del estudio de M. Marina es aquella que se refiere a su doctrina sobre cuestiones propiamente jurídicas, pues, aunque haya sido objeto de diferentes estudios —principalmente a cargo de historiadores del derecho—, la misma dirección de estas investigaciones, necesariamente limitadas a un tratamiento científico, cercena la posibilidad de una exposición completa tanto de sus fundamentos filosóficos como de sus conclusiones metaempíricas. Esta parcelación, en el caso de M. Marina, tiene una incidencia fundamental, ya que, dada la específica naturaleza de su doctrina, se requiere un tratamiento ambivalente —no sólo científico, no sólo filosófico— en el que se expongan, sin solución de continuidad, no exclusivamente los principios inspiradores más generales y abstractos, sino también las conclusiones más próximas a la práctica social cotidiana.

Esta dualidad de tratamiento —común en todos los temas sobre los que reflexiona el autor—, en el campo de su doctrina jurídica, se manifiesta a través de dos enfoques, formalmente diferentes, del mundo del Derecho; así, se cuestiona sobre los temas abstractos y últimos del mismo, tales como: el fundamento de la norma jurídica, las relaciones entre el derecho positivo y el derecho natural, el orden jurídico positivo y el orden jurídico natural, etc.... Finalmente, son objeto de su interés científico aquellos datos inmediatos y concretos que inciden sobre la vida jurídica efectiva, v. gr.: incidencia de la aplicación de las normas jurídicas sobre la sociedad, relaciones entre la comunidad social y su ordenamiento jurídico, contenidos materiales de los preceptos jurídicos concretos, etc.

Ambas perspectivas formales pueden ser identificadas con dos obras diferentes de M. Marina. En efecto, la consideración filosófica del Derecho corresponde fundamentalmente a la obra «Principios naturales



de la Moral, de la Política y de la Legislación»<sup>3</sup>, en tanto que el tratamiento científico de lo jurídico se encuentra básicamente en el «Juicio crítico de la Novísima Recopilación»<sup>4</sup>. No obstante, es necesario hacer dos salvedades: la primera, se refiere a que la atribución de una y otra obra a estos dos modos de cuestionarse el Derecho no ha de ser entendida de manera excluyente, pues en una y otra se encuentran ejemplos de ambas estrategias, por lo cual parece más correcto hablar sólo de actitudes dominantes en cada obra.

La segunda precisión es de carácter más complejo; con ella tratamos de evitar un error en el que podría incurrir un lector no avisado: nos referimos a la posible confusión de ambos momentos especulativos acerca del Derecho con fases sucesivas de la evolución doctrinal de M. Marina.

Esta hipótesis podría contar con algunos argumentos a su favor, sobre todo una vez conocida la prioridad cronológica del «Juicio» sobre los «Principios». Sin embargo, nosotros creemos que esta explicación es poco probable, pues ello nos obligaría a admitir que M. Marina asciende de la mano de la ciencia jurídica a la contemplación de los temas filosóficos del Derecho, cuando —a juzgar por su formación de eclesiástico— es más convincente entender que primero contó con los conocimientos necesarios para una especulación filosófica, y sólo después, guiado por su agudo sentido de historiador, debió acercarse a la especulación a las experiencias jurídicas concretas; si bien, no hemos de olvidar que este «primero» y «después» no son más que exigencias que nos vienen impuestas por una exposición ordenada, sin aludir para nada a una cronología real y efectiva en la biografía de M. Marina.

Además, tras realizar una comparación entre la vida y la obra de Martínez Marina, hallamos que es una constante de su doctrina la interrelación entre principios abstractos, apriorísticos y universales, y sus manifestaciones concretas, empíricas y particulares; una interrelación en la cual la especulación teórica pretende hacer racionalmente comprensible los multiformes aspectos de la realidad social, a la vez que la constatación empírica juega como criterio asegurador no sólo de veracidad y corrección formal o lógica de sus hipótesis, sino tam-

<sup>3</sup> *Principios naturales de la Moral, de la Política y de la legislación*, con estudio preliminar de Adolfo Posada. Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1933. Hay una única edición anterior editada por Fortunato de Selgas en la imprenta Hijos de Gómez Fuentenebro, Madrid (1915), que no llegó a salir a la luz. En adelante, para referirnos a esta obra sólo diremos *Principios*.

<sup>4</sup> *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, imprenta de don Fermín Villalpano, Madrid (1819). En adelante, sólo *Juicio*.



bién de su utilidad y efectividad pragmática, siendo, pues, un elemento más de una argumentación retórica. Con ello se establece un mecanismo corrector que impide tanto los excesos del especulativismo como los del pragmatismo.

En consecuencia, parece más acertado sostener que las dos perspectivas formales —científica y filosófica— se encuentran simultáneamente presentes a lo largo de toda la reflexión jurídica de M. Marina. Por ello, creemos que las diferencias destacadas entre el «Juicio» y los «Principios» responden únicamente a la intención y plan de trabajo voluntariamente elegido por el autor; a saber, en el caso del primero, se pretende realizar un examen crítico y comparativo de la Novísima Recopilación en relación a la antigua legislación de Castilla, tratando de exponer, no sólo sus contradicciones y errores formales, sino también las discrepancias en sus consecuencias de hecho. Por otro lado, la meta que M. Marina quiere lograr con sus «Principios» es diametralmente diferente, pues en esta obra trata de exponer los axiomas objetivos que fundamentan el orden moral, político y jurídico, para lo cual el autor se ve obligado a remontarse sobre lo contingente y particular en la búsqueda de lo necesario y universal, en abierta polémica con el incipiente positivismo encarnado —en el panorama cultural de Martínez Marina— por el utilitarismo benthamiano.

## 2. EL SER DEL DERECHO

Una vez que hemos señalado las obras de mayor contenido jurídico de M. Marina y destacada la diferencia de perspectiva a que responden una y otra, es nuestra intención adentrarnos en la elucidación de lo que para el autor es el Derecho.

En tal sentido, y dada la complejidad de una precisa delimitación conceptual del Derecho por hallarse en gran medida implícito en sus escritos, seguiremos el desarrollo del discurso del autor con el fin de conseguir una caracterización en la que quede de manifiesto cuál es —según su doctrina— la naturaleza propia del Derecho, cuáles son los bienes o valores que constituyen sus fines intrínsecos, cuáles son las notas que singularizan el fenómeno jurídico frente a otros fenómenos sociales análogos, cuáles son los rasgos que permiten considerar un imperativo como verdadera norma jurídica, etc.

Para la delimitación del ámbito de «lo jurídico», M. Marina sigue un proceder análogo al del pensamiento tradicional. Así, el Derecho es previamente insertado en el más amplio género del orden ético, esta-



bleciendo a continuación las diferencias que lo especifican y diferencian de otros órdenes afines, especialmente del orden moral. Para el autor, pues, el orden jurídico se inserta dentro del orden del obrar humano, el cual fundamentalmente está integrado por la Moral y el Derecho.

Partiendo de la proximidad de ambos órdenes, el autor, en un primer acercamiento, parece aceptar las palabras de Bentham<sup>5</sup>, según las cuales la Moral es «el arte de dirigir las acciones de los hombres de modo que produzcan la mayor suma posible de felicidad», en tanto que el Derecho<sup>6</sup> «debe tener precisamente el mismo objeto»<sup>7</sup>.

En efecto, una repetición casi literal del pensamiento de Bentham es recogida por M. Marina en sus «Principios»<sup>8</sup>, si bien él acepta esta definición, no por pertenecer a Bentham —hacia el cual manifiesta una clara animadversión—, sino por considerar que esta afirmación es un lugar común a todos los «maestros de la ciencia», en cuanto que éstos siempre han establecido en sus sistemas la identidad entre eudemonia y bien.

A pesar de ello, M. Marina acepta los términos del autor británico, aunque no asume el sentido y significado que en su concepción utili-

<sup>5</sup> Ya indicamos anteriormente que M. Marina polemiza continuamente con Jeremy Bentham, constituyendo este demate el «Leit Motiv» de los *Principios naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación*.

<sup>6</sup> La expresión exacta empleada por Bentham no es «Derecho», sino «Legislación». Sobre la relación entre «Legislación» y «Derecho» en el pensamiento jurídico de la época volveremos más adelante. Entretanto, aceptaremos operativamente la identidad conceptual de ambos términos.

<sup>7</sup> BENTHAM, J.: *Tratados de Legislación civil y penal*, p. 139. En adelante, sólo *Tratados de Legislación*.

Para este trabajo hemos consultado dos ediciones diferentes de estos Tratados:

— «Traité de Legislation civile et pénale», en *Oeuvres* (4 vols.). Traduits par P. E. L. Dumont et B. Laroche, Reimpression de l'édition Bruxelles 1829, Scientia Verlag, Aalen (1969).

— «Tratados de Legislación civil y penal», traducción y comentarios por Ramón Salas, según la segunda edición revisada, corregida y aumentada de Esteban Dumont. Imprenta de don Fermín Villalpando, Madrid (1821).

Las citas y referencias de nuestro trabajo remiten a la edición de R. Salas.

<sup>8</sup> «La Moral, así como la Legislación, es el arte de dirigir las acciones humanas de manera que produzcan la mayor suma posible de felicidad. Esta definición ha sido muy plausible y generalmente adoptada por todos los maestros de la ciencia. Para todos el objeto de la Moral es llevar a los hombres como por la mano hasta el término de su vocación que es el soberano bien; y ningún filósofo hay que, en su sistema, por extravagante que parezca, no se haya propuesto hacer a los hombres buenos, virtuosos y bienaventurados» (*Principios*, p. 136).



taria representan. En efecto, pese a la identidad de expresiones, las discrepancias sustanciales de los conceptos se imponen, pues mientras que para Bentham la felicidad consiste en el máximo de placer con el mínimo de dolor —ya fuere entendido en dimensión sensible o intelectual—, para M. Marina la felicidad consiste en la consecución por el hombre del «término de su vocación», el logro de su «soberano bien»<sup>9</sup>, en definitiva, la total plasmación o actualización de la teleología ínsita en su naturaleza.

Aunque Moral y Derecho tengan el mismo objeto, en cuanto ambos se refieren al obrar humano, y aunque ambos orienten las acciones de los hombres a la consecución de su felicidad, no se sigue —ni en Bentham ni en M. Marina— la identificación de ambos órdenes.

Uno y otro, —en palabras de Bentham— «se diferencian mucho en su extensión», constituyendo el orbe jurídico un ámbito más reducido que el de la moral: «la legislación tiene seguramente el mismo centro que la moral; pero no tiene la misma circunferencia»<sup>10</sup>.

Obviamente no basta con señalar la diversidad de extensión entre uno y otro orden, sino que hay que justificar las razones de esta distinción; razones que, dada la identidad material del objeto de ambas órdenes, sólo se pueden hallar en la disparidad de perspectivas formales en que dicho objeto es contemplado por uno y otro. De ahí que se haga preciso acudir a la enumeración de las notas que el Derecho tiene presente a la hora de enjuiciar y estimar las acciones del hombre frente a las notas que especifican o caracterizan la visión o perspectiva propia de la Moral.

Como quiera que el tema de la diferenciación entre Moral y Derecho, dado el especial interés que por él demostró la doctrina a lo largo de los siglos xvii y xviii, les llegaba a ambos autores ya superado, la originalidad de los criterios o notas de distinción entre el orden

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> «Pero aunque estas dos artes, o estas dos ciencias tengan un objeto mismo se diferencian mucho en su extensión; porque la moral comprende todas las acciones públicas y privadas; es una guía que puede conducir al individuo como por la mano en todos los pasos de su vida, en todas sus relaciones con sus semejantes, y la Legislación no puede hacer esto, y aunque pudiera, no debería ejercer una intervención continua y directa sobre la conducta de los hombres. La moral ordena a cada individuo hacer todo lo que es ventajoso a la comunidad, incluyendo en ello su utilidad personal; pero hay muchos actos que son útiles a la comunidad, y que, sin embargo, no debe ordenar la legislación, como hay muchos actos nocivos que la legislación no debe prohibir aunque los prohíba la moral: en una palabra, la legislación tiene seguramente el mismo centro que la moral; pero no la misma circunferencia» (BENTHAM, J.: *op. cit.*, pp. 139 y ss.).





jurídico y el orden moral es muy escasa en ambas doctrinas, si bien —en el caso de M. Marina— se encuentra una exposición más sistemática y ordenada, a la vez que más manifiesta, consecuencia sin duda de su vinculación al iusnaturalismo tradicional<sup>11</sup>.

En primer lugar, M. Marina recoge el carácter «ad alterum» propio del Derecho al señalar que el objeto de la «legislación» es indicar a los hombres «reunidos en sociedad» lo que deben hacer para asegurar «el bien general del Estado y el de sus miembros en particular»<sup>12</sup>. El orden jurídico como orden de la vida exterior, frente a la interioridad de la moral, también se encuentra en nuestro autor: «es una verdad demostrada —dice— que las leyes humanas sólo tienen por objeto las acciones manifiestas, conocidas y públicas. Todo lo que se hace en las tinieblas, ocultamente y sin testigos no está sujeto a la jurisdicción del legislador»<sup>13</sup>. Asimismo señala el carácter restringido del Derecho frente a la Moral, puesto que la sanción jurídica debe recaer únicamente sobre aquellas conductas perniciosas que atacan al mínimo imprescindible para la pervivencia de la sociedad, en consecuencia, el Derecho sólo ha de «prohibir y castigar los crímenes que por su naturaleza se encaminan a turbar el orden público»<sup>14</sup>, o, como veíamos anteriormente, el Derecho sólo ha de «asegurar el bien general del Estado».

Igualmente en la doctrina de Bentham se ven recogidas estas notas, ciertamente que en forma más imprecisa y con un significado en gran medida diferente. Así, la nota de alteridad específica de lo jurídico, es indirectamente recogida al señalar que, mientras que el orden jurídico está constituido sobre relaciones necesariamente intersubjetivas, las relaciones propias del orden moral no han de orientarse siempre

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

<sup>12</sup> «La legislación no debe tener por objeto sino mostrar a los hombres reunidos en sociedad lo que deben hacer o dejar de hacer para asegurar el bien general del Estado y el de sus miembros en particular» (*Principios*, p. 96).

<sup>13</sup> *Teoría de las Cortes o grandes Juntas Nacionales de los reinos de León y Castilla*, I, p. 150. En adelante, sólo *Teoría*.

En la realización de este trabajo hemos consultado dos ediciones de la *Teoría*:

— *Teoría de las Cortes o grandes Juntas Nacionales de los reinos de León y Castilla* (3 vols.). Imprenta de don Fermín Villalpando, Madrid (1820).

— *Teoría de las Cortes* (3 vols.). Edición preparada por J. M. Pérez-Prendes. Editora Nacional, Madrid (1979).

Las citas y referencias de nuestro trabajo remiten a la edición de 1820.

<sup>14</sup> «Las leyes no pueden prescribir todos los deberes de la sociedad ni las obligaciones y oficios que llaman imperfectos, y están ceñidas a prohibir y castigar los crímenes que por su naturaleza se encaminan a turbar el orden público» (*Ibid.*).

a un tercero, sino que pueden tener como extremos de la referencia al mismo sujeto —caso de las «impropiamente» llamadas «obligaciones o deberes para consigo mismo»<sup>15</sup>; en consecuencia, las conductas humanas que son objeto de la Moral pueden ser o no intersubjetivas, mientras que el Derecho requiere que las conductas que debe ordenar sean siempre intersubjetivas.

La exigencia de exterioridad propia del orden jurídico aparece implícitamente recogida por Bentham al reclamar, como un requerimiento mínimo del principio de certeza y seguridad jurídica, que los caracteres de los tipos conductuales prohibidos, permitidos e imperados sean establecidos con toda precisión y exactitud. En consecuencia, es cierto que este autor no se refiere expresamente a la necesidad de que el Derecho se limite a aquellas acciones que tienen una manifestación exterior, pero no es menos cierto que señala como criterio de distinción entre Moral y Derecho los efectos inmediatos de la interioridad y exterioridad; a saber: la dificultad de traducir en fórmulas lógicas y de lenguaje exactas y precisas<sup>16</sup> aquellas conductas cuyos componentes reprobables son principalmente internos, tales como la dureza, la ingratitud o la perfidia, y de ahí deduce la conveniencia de que la ley no entre a normar estos «delitos»<sup>17</sup>.

Finalmente, Bentham señala un tercer factor de separación entre Moral y Derecho: la coactividad o coercibilidad del Derecho frente a la no-coactividad de la Moral. Es decir, el autor considera que es afín al modo de operar del Derecho o al «medio de influir (el Derecho) directamente sobre las conductas de los hombres», el asegurar su efectividad a través de la amenaza y aplicación —en su caso— de las sanciones con tal propósito establecidas, o —al decir del autor— «por medio de las penas». A diferencia, en la Moral, aunque hipotéticamente podría acudir a aparatos sancionadores que reforzaran su vigencia, tal proceder no sería deseable, puesto que no sería «útil». En efecto, es en última instancia el principio de utilidad —argumento absolutizado por el autor— el que la lleva a considerar lo jurídico como el mundo

<sup>15</sup> BENTHAM, J.: *op. cit.*, pág. 142.

<sup>16</sup> Como puede verse en nota siguiente, la expresión exacta del autor es: «dificultad de definir el delito».

<sup>17</sup> «2.º La legislación separa muchas veces por el miedo de envolver al inocente por querer castigar al culpado. ¿De dónde viene este riesgo? De la dificultad de definir el delito, y de dar una idea clara y exacta de él. Por ejemplo, la dureza, la ingratitud, la perfidia y otros vicios que la sanción popular castiga, no pueden someterse a la ley, porque no se puede dar una definición exacta de ellos como del robo, del homicidio, del perjurio, etc.» (BENTHAM, J.: *op. cit.*, p. 140).



propio para el juego de la coacción o coercibilidad en tanto que sólo en él, y no en el de la Moral, la sanción —entendida como reparación— puede compensar «útilmente» el daño causado, y puede restablecer mediante la pena la situación anterior, sin introducir por ello más dolor que el estrictamente necesario <sup>18</sup>.

Igualmente, en M. Marina también aparece la apertura a la consideración de criterios de eficacia en la delimitación del campo propio del Derecho, así cuando afirma que «el imperio de la ley» sólo debe intervenir «cuando hay necesidad» o cuando su aplicación se siga un claro beneficio para el Estado y sus miembros <sup>19</sup>, si bien —a nuestro entender— la motivación doctrinal de tal proceder no hay que buscarla en una concesión subrepticia ni en una filtración subliminar del utilitarismo, sino más bien en una manifestación del realismo práctico característico del pensamiento tradicional, ampliamente presente en M. Marina.

Tras la enumeración de estas notas, podemos tener una imagen comprensiva de lo que M. Marina entiende que es el Derecho, aunque sólo sea por decantación frente a la Moral. Ciertamente, no estamos ante una definición «stricto sensu», sino ante una descripción del tipo *Derecho* frente al tipo *Moral*, una descripción que —a mayor confusión— es en gran medida negativa, pues el autor no nos dice «lo que es» sino «lo que no debe ser» considerado como Derecho. Mas la confusión llega a su cénit cuando, después de esta prolija relación teórica, el autor desusadamente aproxima en la práctica la Moral y el Derecho —o a la inversa— para acabar afirmando que la Moral

<sup>18</sup> «1.º La legislación sólo puede influir directamente sobre las conductas de los hombres por medio de las penas, y estas penas son otros tantos males que no pueden justificarse sino en cuanto de ellos resulta una suma mayor de bien; pero en muchos casos en que se quisiera añadir fuerza a un precepto moral con una pena, el mal de la culpa sería menor que el mal de la pena, y los medios necesarios para hacer ejecutar la ley serían de tal naturaleza que extenderían en la sociedad un grado de alarma más perjudicial que el mal que se trataba de evitar» (BENTHAM, J.: *Op. cit.*, p. 140).

<sup>19</sup> «Conviene, por regla general, no hacer que intervenga el imperio de la ley, sino cuando hay necesidad, y se espera de ella el bien del estado (sic) y de sus miembros. Las que sólo se dirigen a entorpecer los conatos de la aplicación y de la industria, no debe adoptarse en una legislación» (MARTÍNEZ MARINA, F.: *Juicio*, páginas 44 y ss.). Compárese la similitud con las expresiones empleadas por Bentham en su comentario a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, Art. IV de su obra *Sophismes anarchiques* (en *Oeuvres*, I, p. 557).



es el fundamento de la «Legislación» y de la Política<sup>20</sup>, y que entre ambas se da una relación de mutuo auxilio<sup>21</sup> en la que a la primera le corresponde funciones de legitimación y a la segunda de efectividad<sup>22</sup>.

La continuidad ética del Derecho, con relación a la Moral —apareciendo ambos como aspectos diferenciados, no separados, del orden ético—, así como la enumeración de las notas caracterizadoras y la sistemática empleada en ella, junto al objetivismo de su doctrina acerca del derecho natural —que veremos enseguida, alejan decididamente a M. Marina de las concepciones doctrinales del iusnaturalismo racionalista y lo sitúan plenamente en la órbita del iusnaturalismo tradicional.

### 3. LA CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN

Al margen de todas estas consideraciones acerca del ser del Derecho, el tema jurídico que más intensamente preocupa a M. Marina es el de la legislación. La predilección por esta cuestión jurídica era un tópico del pensamiento iluminista, presente sin duda en la doctrina de nuestro autor, el cual —en gran medida incentivado por la voluntad reformadora desde perspectivas propiamente racionalistas— vio en la ley el instrumento medular para el cambio social. Ciertamente, para una mentalidad optimista —como era la del siglo— el camino más expedito para la remoción de las estructuras sociales, políticas y culturales, así como para la reeducación de la ciudadanía en los hábitos del progreso, consistía en saturar de contenido racionalista<sup>22 b</sup> el in-

<sup>20</sup> «Las primeras verdades de la Moral, constituyen, también los fundamentos de la Legislación y de la sana política, verdades que jamás debe perder de vista el Legislador ni el hombre de Estado, antes deben servirle de modelo y de regla inmutable en cada una de sus operaciones» (*Principios*, p. 130).

<sup>21</sup> «Las leyes más bien meditadas, los reglamentos de policía, las ordenanzas municipales, la vigilancia y celo de los magistrados, todos los conatos y recursos de la prudencia y sabiduría humana, serán precarios, las más veces estériles, y no producirán el bien deseado sin el concurso y auxilio de la Religión y la Moral Religiosa» (*Principios*, p. 208).

<sup>22</sup> «El objeto de la Moral es hacer sentir a los hombres que la práctica de la virtud constituye su utilidad y verdadero interés; el fin y blanco de los Gobiernos hacerla practicable. A la Moral corresponde demostrar sus ventajas (...) a la Legislación darle la sanción de la autoridad...» (*Principios*, p. 133).

<sup>22 b</sup> La gran diferencia de M. Marina con el resto de los autores iluministas se encuentra precisamente aquí. El autor lo que pretende no es sólo la mera racionalidad de las leyes sino, y ante todo, la moralidad de las mismas. En consecuencia, su labor de tratadista jurídico se orienta a la exposición de los principios morales



terior de los textos legales, en la espera de que desde ellos se irradiara al resto de la vida social. En consecuencia, la ley —sobre cualquier otra forma de manifestación del Derecho— era el elemento más idóneo, y —en consecuencia— fue el momento de la legislación o de creación de la norma jurídica el que se alzó con el protagonismo de la vida jurídica. La verdad es que tampoco olvidaron otros momentos de la vida del Derecho, tales como el de la jurisdicción o aplicación contenciosa de la norma jurídica, si bien éstos fueron considerados de carácter secundario, pues —siguiendo con el anterior ejemplo— se pensó que la jurisdicción se limitaba a la tarea casi automática de declaración de la ley, la cual, con el optimismo incontrastado de las Luces, se consideraba suficiente para resolver por sí misma todos y cada uno de los supuestos fácticos que se le pudieran presentar al juez.

Tal es el caso de M. Marina, el cual centró decididamente su atención en el problema de la legislación, del cual hace la espina dorsal de su reflexión sobre el mundo del Derecho, realizando un enorme esfuerzo por establecer con carácter científico los fundamentos o principios que deben orientar la actuación del legislador. Mas, para la consecución de esta meta, era necesario un previo pronunciamiento a favor de un determinado modelo de ciencia. En esta opción el autor que más decididamente influye en M. Marina es, sin duda, Jeremy Bentham.

Para el autor británico, la construcción de una ciencia de la legislación, dada la concepción de la naturaleza humana por él aceptada, significaba la elucidación de las causas constantes y necesarias que impelen el obrar humano, a saber: la búsqueda del placer y la evitación del dolor. De ahí que la ciencia de la legislación por él propuesta no difiera en su esencia del modelo científico fiscalista o naturalista, reduciendo la tarea del legislador al cálculo mecánico del placer y del dolor, entendiendo en gran medida este placer y este dolor sólo en sus manifestaciones sensibles<sup>23</sup>.

que deben informar la legislación y a la elucidación de sus determinaciones y derivaciones, racionalmente obtenidas.

<sup>23</sup> Cuando en el capítulo primero de los *Principios de Legislación*, Bentham realiza la apología del principio de utilidad establece indirectamente los requisitos que debe cumplir una ciencia de la legislación para ser realmente «científica» o —como él dice— para ser la «base de una razón común». No sólo ha de fundarse en un principio que sea claro y preciso, es decir, que sea exactamente el mismo para todos los que se sirven de él y que no admita excepción alguna, sino que también este principio ha de ir acompañado de una metodología adecuada o de «los procedimientos de una aritmética moral, por la cual se pueda llegar a resultados uniformes» (BENTHAM, J.: *Principios de Legislación*, pp. 21 y ss.).



Este planteamiento no podía ser compartido por M. Marina, dada su diferente actitud doctrinal. Parece claro que el autor, partiendo de una concepción antropológica tradicional en sus rasgos principales, difícilmente podía aceptar el psicologismo en el mundo moral. Su fidelidad a un orden ético objetivo y trascendente, su rechazo en el campo de la conciencia moral del mecanicismo y del sensismo —pese a su discreta apertura al mundo de las sensaciones—, y su firme creencia en el libre albedrío, le vedaban la posibilidad de construir una ciencia de la legislación «*more mathematico*». De ahí que la pretensión de crear una disciplina epistemológica relativa al Derecho, quede reducida a la construcción de un conocimiento racional, en gran medida previsor, dotado de una estructura lógica y sistemática, y con una metodología mixta donde se integre el método tradicional de la razón práctica con métodos propiamente empíricos. En definitiva, la ciencia de la legislación de M. Marina se constituye como una ciencia de marcado carácter prudencial, a la vez que con una amplia apertura al mundo de la experiencia, apertura que actuará como abundante aparato argumentativo —de naturaleza retórica, por tanto— destinado en gran medida al debate.

Esto, en cuanto a su proceder metodológico. Para la determinación material del objeto de esta ciencia el autor se dirige, en primer lugar, al Derecho que realmente «es» o que «ha sido», sin por ello quedarse en un puro estudio dogmático del mismo. De un lado, su nervio de historiador y, de otro, su actitud reformadora —caracteres difícilmente conciliables, pero que en el autor aparecen armónicamente conjugados— le llevan a tomar posiciones valorativas frente al derecho vigente, de ahí que sean varias las obras suyas que se denominan ensayos «histórico-críticos», con lo cual trasciende el marco del derecho que «es» para establecer criterios acerca del derecho que «debe ser». En consecuencia, la ciencia de la legislación de M. Marina se desarrolla a tres niveles diferentes: como *estudio histórico* del Derecho —fundamentalmente centrado en el devenir de las instituciones—, como *estudio dogmático* del derecho vigente y como estudio de la *política legislativa* que se debe seguir en el futuro.

Estas tres facetas, cuya conexión no parece clara a primera vista, se integran en perspectiva dinámica en el ideal —tan caro al Iluminismo— de la Regeneración nacional, el cual parece ser el soporte último de su reflexión histórico, política y jurídica. A tal fin, el estudio histórico sirve para el conocimiento de las condiciones concretas espacio-temporales; el estudio dogmático, para el conocimiento de las exi-



gencias abstractas connaturales al Derecho; y el estudio de la política a seguir aparece como arte de conjugación de los dos anteriores, todo ello —como decíamos— con la última finalidad de conseguir la regeneración de España.

#### 4. PRINCIPIOS O PAUTAS DE LA LEGISLACIÓN

La ciencia de la legislación en M. Marina está configurada como una ciencia de marcado carácter prudencial, apareciendo como un esquema teórico-práctico mitad científico y mitad artístico<sup>24</sup>, orientada a la finalidad existencial e inmediata de la regeneración a través del restablecimiento de los principios —no sólo teóricos, sino también prácticos— que deben regir la elaboración del Derecho. Estos criterios o principios se manifiestan en tres órdenes diferentes: principios de orden axiológico, principios de orden técnico y principios de orden histórico.

##### 4.1. Principios de orden axiológico

Como certeramente señala el profesor Alberti<sup>25</sup>, en M. Marina falta «un estudio sistemático y pormenorizado del concepto de ley de su naturaleza», si bien, a la luz de las polémicas sostenidas con otros tratadistas jurídico-políticos, podemos percatarnos de que su concepción del precepto legal es plenamente coincidente con la doctrina tradicional, a cuyo pensamiento se remite —especialmente al de Santo Tomás de Aquino— en múltiples pasajes de su obra. Así, vemos que expresamente se refiere al artículo 2 de la Ia-IIae, q. XCV que —como es sabido— se refiere a que la legitimidad de la ley depende, en primer lugar, de su nivel de justicia. En consecuencia, el primer principio que debe tener presente el legislador es el valor justicia, siendo este el principio último de la ley, lo que la constituye propiamente como ley y no como simulacro de tal.

---

<sup>24</sup> M. Marina acepta sin duda la afirmación —formulada por Bentham— de que el arte y la ciencia se corresponden, como un todo continuo, en todas las ramas del conocimiento (vid. BENTHAM, J.: «Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art-Et-Science», ouvrage extrait du Chrestomathia de Jérémie Bentham, par George Bentham; en *Oeuvres*, III, p. 327).

<sup>25</sup> ALBERTI, J.: *Martínez Marina: Derecho y Política*, p. 87. Biblioteca académica asturiana. Caja de Ahorros de Asturias, Oviedo (1980).



La justicia es definida por M. Marina como una «virtud general» que consiste en la conformidad de las acciones con las reglas eternas del orden, con la ley de la naturaleza y no con la ley civil», y, más adelante, es caracterizada como «el fundamento de la sociedad doméstica y política», y como sostén de «la felicidad pública y particular»<sup>26</sup>.

Por lo tanto, el fundamento postrero de lo justo —según el autor— es la existencia de un orden ético trascendente, supremo, eterno e inmutable, que puede ser conocido por el hombre, bien mediante su razón natural o bien a través de la revelación; un orden que es obra directa del Creador del Universo y que establece «a priori» el decurso de la vida humana, los medios y los fines que el individuo debe actualizar. Este orden eterno se hace presente en el mundo moral por medio de la Ley Natural, de ahí que el autor afirme que: «es un dogma que la ley civil y política no debe ser más que el desarrollo de la ley eterna (sic), que el Autor de la Naturaleza ha prescrito para todos los hombres, y que las leyes humanas son las mismas leyes naturales aplicadas a las necesidades, a las circunstancias y fines de cada sociedad particular o de una nación»<sup>27</sup>.

Esta profesión de objetivismo ético, concorde en todos sus extremos con el pensamiento tradicional, marca el cénit del enfrentamiento entre M. Marina y Bentham. En efecto, para el tratadista británico, tránsito del empirismo de Bacon y de Newton, cualquier apelación a un cosmos metasensible es considerada como un recurso radicalmente inválido, afirmando que, incluso en la hipótesis de que este orden moral objetivo existiese, las luces de la razón —dado que la revelación es rechazada a priori— no podrían adentrarse en donde la experiencia no nos asegurase la certeza de nuestro conocimiento. Admitir, entonces, una estructura eterna es incurrir en «metafísicismo» y Bentham clama: «nada de sutileza, nada de metafísica»<sup>28</sup>. Además, añade el

<sup>26</sup> «La justicia, por ejemplo, esta virtud general que consiste en la conformidad de las acciones con las reglas eternas del orden, con la ley de naturaleza y no con la ley civil, que muchas veces está en contradicción con aquella regla primitiva, es el fundamento de la sociedad doméstica y política y de la felicidad pública y particular» (*Principios*, p. 196).

<sup>27</sup> *Principios*, p. 132. Compárese con la *S. Teolog.*, Ia-IIae, q. XCV, a. 2. Quizá sea necesario destacar la continuidad o unidad ontológica que el autor manifiesta entre el derecho positivo y el derecho natural, los cuales no son más que dos facetas de una misma realidad.

<sup>28</sup> «Nada de sutileza, nada de metafísica: no es necesario consultar a Platón ni a Aristóteles; *pena y placer*, es lo que todos sienten como tal, el labrador como el príncipe, el ignorante como el filósofo» (BENTHAM, J.: *Op. cit.*, p. 23).



autor, ni siquiera debemos de hablar de leyes naturales, pues eso es «poner a la lengua en contradicción con ella misma», ya que, lejos de admitir la posibilidad de que de las inclinaciones naturales se pueden extraer normas adecuadas para el obrar, afirma contrariamente que es «para reprimir estas inclinaciones (...) para lo que es necesario hacer leyes».

Como último argumento, en contra de la ley de naturaleza, afirma que, en caso de que existiera, las leyes positivas serían inútiles como inútil es «encender una vela para aumentar la luz del sol»<sup>29</sup>.

La disparidad del planteamiento inicial repercute a lo largo de todo el esquema doctrinal de ambos autores.

Así pues, si —como sostiene M. Marina junto al iusnaturalismo tradicional— el legislador ha de contar como principio legitimador básico del Derecho su contenido intrínseco de justicia, para el logro de este cometido encontrará una ayuda inestimable en los dictados de la ley natural. A través de ella, el legislador poseerá un amplio marco de normas adecuadas a la naturaleza, suficientemente cognoscible por las luces de su sola razón, que establecerán una serie de pautas firmes y estables orientadas a la consecución de los fines específicos de la naturaleza humana. El legislador, por lo tanto, en su tarea de creación de normas jurídico-positivas contará con los preceptos naturales, como guía, y con el supuesto tradicional de la razón práctica, como procedimiento con ayuda del cual se habrá de conseguir el desarrollo de los mismos y su concreción en leyes positivas.

En Bentham, al contrario, el legislador tendrá la sola y única ayuda del principio de utilidad, fundamento último de la legislación, y el

---

<sup>29</sup> «Lo que hay de natural en el hombre son sentimientos de pena y placer, e inclinaciones; pero llamar *leyes* a estos sentimientos y a estas inclinaciones es introducir una idea falsa y peligrosa: es poner a la lengua en contradicción con ella misma, porque precisamente para reprimir estas inclinaciones es para lo que es necesario hacer *leyes*; y en vez de mirar como leyes estas inclinaciones, deben ser sometidas a las leyes, que tanto más represivas deberán ser, cuanto más fuertes sean las inclinaciones naturales. Si hubiera una ley de la naturaleza que dirigiera a todos los hombres a su bien común, serían inútiles las leyes, hacerlas sería lo mismo que servirse de una caña para sostener una encina, serían como encender una vela para aumentar la luz del sol» (BENTHAM, J.: *Ob. cit.*, p. 176).

Por su parte, M. Marina sostiene la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural en base a los argumentos del pensamiento tradicional —S. *Teolog.*, Ia-IIae, q. XCV, a. 1—, es decir, como «complemento de las leyes naturales», como «potencia coactiva» y como «medio de obligar a la observancia de aquellas leyes» (*Principios*, pp. 364 y ss.).



método a emplear será el del «cálculo o de la comparación de las penas y de los placeres en todas las operaciones del juicio (creador de la ley), y en no comprender en ella alguna otra idea»<sup>30</sup>.

Como podemos percibir, hay un abismo entre la concepción axiológica del primero y la visión puramente pragmática del segundo, sin embargo, la oposición «justicia versus utilidad» parece entrar en una profunda confusión cuando M. Marina añade —junto al contenido material de justicia como principio legitimador de la norma jurídica y, por lo tanto, como principio rector de las tareas legislativas— que el legislador no debe imponer más cargas que aquellas que «nos interesa y nos es ventajoso desempeñar». La dificultad es aún mayor cuando el autor, tratando de describir lo que son leyes justas y leyes injustas, sostiene que son «injustas o insensatas» aquellas que «permiten lo que es perjudicial» o las que «prohíben lo que es útil a la sociedad», en tanto que para ser «justas o buenas» exige que se deriven de los «principios de la naturaleza y esencia del hombre» que sean conformes a «la recta razón» y acordes a «los intereses del cuerpo político y al fin de la asociación»<sup>31</sup>.

De lo antedicho, podríamos deducir que M. Marina no es del todo refractario al principio de utilidad y que, junto a la justicia, acepta este principio dentro de los criterios legitimadores de la legislación. En cualquier caso, lo que sí queda claro es que el autor no confunde completamente la justicia con la utilidad, pues, como vemos en el texto precedente, las expresiones «injusta» y «justa» van acompañadas disyuntivamente por otro calificativo —«insensatas» y «buenas», respectivamente— que para nada hacen referencia al valor justicia, prueba de que el autor en su ultimidad personal tenía conciencia de que el justo y el injusto en ese contexto sólo podía tener un significado analógico.

Realmente no hay tal confusión. Lo que sucede es que el autor se refiere —posiblemente en forma interesada— a la dimensión realista y pragmática de la justicia, ya señalada por el pensamiento tradicio-

<sup>30</sup> «La lógica de la utilidad consiste en partir del cálculo o de la comparación de las penas y de los placeres en todas las operaciones del juicio, y en no comprender en ella alguna otra idea» (BENTHAM, J.: *Op. cit.*, p. 23).

<sup>31</sup> «El legislador no debe imponernos más obligaciones o deberes que aquellos que nos interesa y nos es ventajoso desempeñar. Son, pues, injustas o insensatas las leyes que permiten lo que es perjudicial y prohíben lo que es útil a la sociedad. Son justas y buenas cuando se derivan de los principios de la naturaleza y esencia del hombre y se acomodan a la recta razón, a los intereses del cuerpo político y al fin de la asociación» (*Principios*, p. 96).



nal; pragmatismo que no puede ser nunca entendido como filtración alguna de utilitarismo emboscado, sino como manifestación existencial de una axiología. Además, incluso en el supuesto de que M. Marina considerara la «utilidad» como criterio rector del Derecho, la utilidad» aceptada por él tendría diferencias radicales con la propugnada por la doctrina benthamiana.

En efecto, para Bentham la utilidad es «un término abstracto que expresa la propiedad o tendencia de una cosa a preservar de algún mal o procurar algún bien», y añade más adelante: «mal, es pena, dolor, o causa del dolor; bien es placer, o causa de placer»<sup>32</sup>. En consecuencia, el concepto de utilidad, así entendido, tiende a constituirse en principio único y excluyente de las acciones humanas, sustituyendo los conceptos tradicionales de bien y mal ético, con miras a conseguir el horizonte sensible y empírico de una felicidad hedonista y «quasi» mecánica; actitud ésta que en ningún caso podía ser aceptada por M. Marina.

Ciertamente que el autor se refiere repetidamente al término «utilidad», pero la naturaleza y función de la misma es muy diferente a la que juega en la doctrina de Bentham. En primer lugar, en M. Marina la utilidad no tiene la virtualidad de constituirse en principio legitimador de la norma positiva, sino que se mantiene en el plano infinitamente inferior de ser un elemento de la argumentación retórica que debe sostener su idoneidad y adecuación; además, a través de la utilidad nuestro autor no trata de alcanzar un fundamento firme y estable que oriente la labor del legislador, como sucede en Bentham, pues él ya cuenta con un fundamento suficiente en el orden eterno. Con «su» utilidad —entendida como utilidad real, existencial, histórica y de sentido racional— únicamente pretende hallar una instancia de mediación suficiente entre los principios objetivos de justicia y las condiciones históricas concretas —como veremos en seguida—, aunque accesoriamente consiga, con su aparente recepción del utilitarismo, dar un aire más actual a su doctrina.

En resumen, podemos concluir que las referencias a la justicia y a la «utilidad» —en la acepción que acabamos de exponer— como prin-

<sup>32</sup> «Utilidad es un término abstracto que expresa la propiedad o tendencia de una cosa a preservar de algún mal o procurar algún bien; *mal*, es pena, dolor o causa del dolor; *bien*, es placer o causa de placer. Lo conforme a la utilidad o al interés de un individuo es lo que es propio para aumentar la suma total de su bienestar; lo conforme a la utilidad o al interés de la comunidad, es lo que es propio para aumentar la suma total del bienestar de los individuos que la componen» (BENTHAM, J.: *Op. cit.*, pp. 22 y ss.).



principios legitimadores de la norma jurídica, aspiran a llamar la atención del legislador sobre la existencia de unos topes máximos a su potestad —en principio omnimoda— de crear normas positivas; límites que le vienen impuestos, en el terreno de lo éticamente necesario, por el sometimiento debido a los dictados de la ley natural y, en el terreno de lo éticamente indiferente, por el respeto conveniente a las particularidades históricas y culturales, efectivas y reales, dadas en cada sociedad histórica. No basta, pues, con el conocimiento de los principios generales y abstractos de justicia, sino que hay que atender también a las condiciones materiales y concretas, a lo históricamente «dado», para impedir de esta manera el constructivismo abstractivista en que había incurrido gran parte del pensamiento iluminista. Por lo tanto, más que pensar en una recepción —todo lo tímida que se quiera— del utilitarismo en la doctrina de M. Marina, hemos de considerar sus alusiones a la «utilidad» como manifestaciones de realismo práctico inmediatamente orientadas a constituirse en aparato retórico y argumentativo.

#### 4.2. *Los principios de orden técnico-jurídico*

Junto a los principios legitimadores de la legislación, M. Marina considera, en segundo lugar, una serie de criterio de orden técnico que toda ley debe respetar por ser éstos inmanentes a la manera de ser del Derecho. Son exigencias generales y abstractas de la razón aplicada al mundo jurídico, que igualmente han de ser consideradas por el legislador, ya que hacen referencia, bien a la estructura interna de la norma jurídica, o bien a la solución de problemas prácticos que pueden surgir en el proceso de creación de dichas normas.

En el primer sentido, M. Marina establece que toda ley ha de ser accesible o comprensible a la totalidad de los ciudadanos, de tal manera que el código de leyes vigentes sea como un «libro familiar» o como «el catecismo del pueblo»<sup>33</sup>. La sencillez debe presidir, pues, todos los momentos de la vida jurídica; no sólo el de creación, al que ahora aludimos, sino también todas las demás: baste con recordar al efecto el deseo del autor de que los procesos se resolvieran en los mismos municipios en donde surgió el conflicto<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> «A todos debe ser accesible, por todos inteligible, su libro familiar, el catecismo del pueblo (*Juicio*, p. 35).

<sup>34</sup> *Teoría*, I, pp. 162 y ss.



A la norma M. Marina le exige que sea clara y breve para que pueda ser entendido en toda su extensión, pues no sólo le preocupa la claridad del texto, sino también la claridad de la intención del legislador, de tal manera que sea comprensible la «mens legis» y, sobre todo, la «mens legislatoris». Para ello es necesario, en primer lugar, una correcta relación entre la formulación y la voluntad del legislador<sup>35</sup> de suerte que aquella reproduzca de la manera más exacta posible los deseos del sujeto que estableció dicho precepto. La claridad de la norma conlleva, en segundo lugar, una cierta adecuación de la fórmula legal a las capacidades y luces de los súbditos, siendo éste un supuesto más de la adecuación —ya referida— de los dictados de la razón universal a las condiciones inmediatas de su aplicación: «es necesario —dice M. Marina— acomodarse en el estilo y lenguaje de las leyes a la capacidad e inteligencia de aquellos que han de ser regidos y gobernados por ellas»<sup>36</sup>. Por ello recomienda el empleo de «términos claros y familiares» para de este modo conseguir que los imperativos sean «proposiciones inteligibles» para la mayoría, al menos, de los ciudadanos.

La brevedad tiene también su sentido, pues textos demasiado prolijos hacen más difícil el conocimiento de la norma en cuestión, y una excesiva extensión torna aún más difícil la meta de «gravar y fijar en la memoria» el contenido de las leyes. Por todas estas razones el autor llega a una conclusión: lo acertado es «que el cuerpo del derecho común se cifa a la menor dimensión posible»<sup>37</sup>, y afirma, con datos de la experiencia jurídica, que la abundancia de leyes es en sí misma síntoma de un mal<sup>38</sup>. En este orden de cosas, pide también a los legisladores que supriman las barreras innecesarias, el exceso de leyes, que en nada benefician a la sociedad, sino todo lo contrario.

Estas notas, con ser necesarias, para el entendimiento de la ley, no son suficientes para su general conocimiento; no basta con que el

---

<sup>35</sup> «Dos cosas contribuyen señaladamente a este fin: 1.ª, que la ley sea clara, esto es, que produzca y haga nacer en el espíritu una idea que represente exactamente la voluntad del legislador; 2.ª, que la ley sea concisa y breve, y de suerte que con facilidad se pueda gravar y fijar en la memoria» (*Juicio*, p. 45).

<sup>36</sup> *Ibíd.*

<sup>37</sup> «La razón, la justicia y la necesidad obligan a que el cuerpo del derecho común se cifa a la menor dimensión posible. Sería demasiado voluminoso el código que no se pudiese recorrer algunas veces en un año» (*Juicio*, p. 47).

<sup>38</sup> «Para las gentes de bien, para los hombres piadosos bastan pocas leyes, para los malos no alcanzan ningunas. El gran número de leyes es un testimonio auténtico de la corrupción del pueblo» (*Teoría*, I, p. 150. *Ibíd.*, *Principios*, p. 204).



texto sea sencillo y reproduzca rectamente la voluntad del legislador, ni con que sea breve, sino que es necesaria la divulgación del mismo: su publicación. Este requisito no sólo es conveniente para que «tenga conocimiento de la ley y esté bien enterado de ella el que la ha de obedecer y cumplir, sino también por razones de conveniencia y precaución»<sup>39</sup>, es decir, por exigencias del principio de seguridad y certeza jurídica. La tradición también confirma este proceder, pues, según la costumbre de las cortes castellanas, las leyes eran leídas ante el Monarca y los brazos del Estado, reputándose este requisito tan esencial que, aunque se cubrieran todos los demás, las leyes «no publicadas con el aparato y formalidades acostumbradas no se tenían por leyes, o se dudaba si los pueblos quedaban obligados a su observancia»<sup>40</sup>.

Una vez establecidos los principios técnicos a que debe someterse toda ley, M. Marina establece un segundo núcleo de reglas más concretas, aunque de igual naturaleza, encaminadas a dar solución de aquellas dificultades que pueden surgir como consecuencia del crecimiento progresivo del ordenamiento jurídico.

#### 4.2.1. La «mudanza» de leyes:

Dos son las formas básicas de crecimiento del conjunto de preceptos jurídicos: un crecimiento sucesivo en el tiempo, en el que la nueva norma abroga la anterior sustituyéndola en su lugar; y un crecimiento simultáneo, en el que la nueva norma no modifica directamente las precedentes, sino que se suma al conjunto de las normas vigentes. En el primer caso, estamos en presencia de un cambio de normativa; en el segundo, en una expansión del orden jurídico positivo.

El cambio de ley se opera cuando el legislador considera conveniente, es decir, más adecuado para la consecución de los fines deseados, una nueva regulación de una situación social anteriormente normada de manera diferente. En este punto, el hábito social, engendrado por la práctica repetida de una misma conducta, se transforma en inercia negativa —en rémora— que choca con la práctica nueva que se intenta implantar. Mas, lo grave es que no se trata únicamente de

<sup>39</sup> *Teoría*, II, p. 240.

<sup>40</sup> «Esta circunstancia se reputó por tan necesaria para el valor de las leyes aunque hechas en cortes con acuerdo de la nación, que las no publicadas con el aparato y formalidades acostumbradas no se tenían por leyes, o se dudaba si los pueblos quedaban obligados a su observancia» (*Teoría*, II, p. 239).



un conflicto entre dos esquemas técnicos de ordenación diferentes —el tradicional y el nuevo—, sino que suele ir acompañado de connotaciones valorativas, ya que lo habitual —quizás por el solo hecho de serlo— se ve coronado de una estimación positiva, en tanto que lo reciente —y por la misma causa— es negativamente considerado.

Para conseguir vencer la resistencia a las innovaciones, cualquiera que sea el campo a que estas pertenezcan, M. Marina despliega una amplia argumentación que, a fuerza de aspirar al equilibrio y ponderación, en momentos se acerca a lo contradictorio. Las líneas maestras de este razonamiento son las siguientes: en primer lugar, y en un bello párrafo, recuerda el autor cómo todas las creaciones del hombre —en especial, la sociedad civil y su organización— están sometidos a las coordenadas espacio-temporales y, por tanto, sometidas a un devenir constante y necesario <sup>41</sup>.

El Derecho tampoco se sustrae a esta tendencia general, si bien es preciso excluir de la corriente histórica aquellas leyes «cuya rectitud consiste en su coformidad y armonía con los principios invariables de la moral universal» <sup>42</sup>. Es decir, únicamente en las leyes que traducen directamente a fórmulas positivas los principios naturales —tanto morales como iusnaturales— no cabe posibilidad alguna de mudanza, pues, en cuanto la razón natural los acepta como evidentes y necesarios, su contenido se impone por sí mismo, sin disparidad posible en su conocimiento, y su validez se extiende para todo tiempo y lugar.

Al margen de esta excepción, las restantes normas positivas están plenamente sometidas a las mutaciones y avatares de la historia.

Una vez establecida la conveniencia y necesidad de que las leyes sigan las «nuevas ideas y costumbres», debemos —en segundo lugar—

---

<sup>41</sup> «La natural inestabilidad de las cosas, el tiempo que todo lo destruye, muda o altera, la fuerza de la opinión, nuevas ideas y costumbres, los progresos de la civilización, de la cultura, de la industria y de las artes, la propagación de las luces y otras causas físicas, políticas y morales, necesariamente han de influir más o menos rápidamente en la mudanza del gobierno, de las instituciones políticas y de las leyes, y sería un despropósito querer acomodar al siglo XIX todas las que regían en los tiempos bárbaros, y no menor desvarío aplicar a éstos las providencias aun las más excelentes de nuestra edad» (*Juicio*, p. 93).

<sup>42</sup> «Exceptuadas aquellas leyes cuya rectitud consiste en su conformidad y armonía con los principios invariables de la moral universal, todas las demás necesariamente han de sufrir alteraciones y sujetarse a las mismas vicisitudes de las cosas humanas. Es cierto que cuanto más se acerque a la perfección, tanto menos expuesto estarán a mudanzas; pero no debe haber leyes irrevocables mientras que los intereses y condiciones de los hombres subsistan en su natural estado de inestabilidad» (*Principios*, p. 374).



detenernos y tratar de fijar el sentido y significado que para el autor tiene la alteración de la ley. Su actitud ante los cambios en general es especialmente crítica. En ocasiones son optimistamente entendidos como evolución perfectiva, sin embargo, tampoco olvida que este caminar feliz puede quedar truncado por hipotéticas involuciones.

Por lo tanto, y referido a la ley, nosotros creemos que M. Marina es totalmente consciente de que los avances de la razón repercuten directamente en las técnicas jurídicas de regulación social, de ahí que piense que las leyes irán ordenando cada vez con más acierto y con mayor grado de justicia las diferentes situaciones sociales y que, en consecuencia, su cadencia de alteración irá decreciendo y su necesidad de cambio será cada vez menor. Pero, tampoco olvida las limitaciones y vicisitudes a que está sometida la misma razón, la cual no siempre cuenta en sus raciocinios ni con el clima de paz —al margen de pasiones y perjuicios— ni con el suficiente nivel de desarrollo de las estructuras lógicas y metodológicas, necesarias para el recto conocer.

Por ello, señala los indudables peligros que la ligereza en las innovaciones representa —inestabilidad, incertidumbre, inseguridad—, la cual en el campo específicamente jurídico —dado su carácter normativo— tiene una mayor gravedad, ya que no sólo afecta a la seguridad jurídica, sino que también incide negativamente sobre la eficacia ordenadora de la norma, puesto que «las leyes reciben una gran parte de su fuerza del uso y de la costumbre, la cual hace suave su yugo, y que se obedezcan con gusto y casi insensiblemente por los que están avezados a ella, y con repugnancia las nuevas y chocan con el uso y la preocupación, aunque de suyo sean más benignas y llevadas»<sup>43</sup>.

No hemos, por tanto, de sorprendernos de que, tras impeler al legislador a que renueve la legislación en aras a conseguir normas más perfectas —más justas, por tanto— prudentemente le prevee contra los cambios precipitados y le recuerde que «una ley nada pierde con ser antigua», aunque la antigüedad no sea ni pueda ser «por sí misma razón suficiente para autorizarla»<sup>44</sup>, recomendándole —en consecuencia— un proceder más cauteloso donde se evite «la ligereza y facilidad en de-

<sup>43</sup> «La mudanza de las leyes siempre envuelve un mal y cierto detrimento del bien público y de la común salud: porque como las leyes reciben gran parte de su fuerza del uso y de la costumbre, la cual hace suave su yugo, y que se obedezcan con gusto y casi insensiblemente por los que están avezados a ella, y con repugnancia las nuevas y chocan con el uso y la preocupación, aunque de suyo sean más benignas y llevaderas, cuando se muda la ley pierde mucho de su virtud» (*Principios*, pp. 375 y s.).





rogar, alterar o reformar las leyes», para no incurrir en una «legislación inconstante y variable»<sup>45</sup>.

La teoría de la «mudanza de leyes» de M. Marina es una ponderada manifestación de pragmatismo y prudencia, admitiendo —por un lado— que muy pocas leyes pueden ser duraderas y —por otro— exigiendo al legislador que sopesen serenamente los efectos beneficiosos de la nueva norma con los efectos indudablemente perniciosos que todo cambio implica. Evidentemente, este cálculo no deberá hacerse en abstracto, sino a la luz del cambio operado en las circunstancias o situaciones, y teniendo en cuenta las condiciones culturales, políticas y sociales de la comunidad histórica en cuestión.

#### 4.2.2. *La irretroactividad de las normas jurídicas*

El cambio en la regulación de una situación jurídica, consecuencia de la mudanza operada en la materia que regulaba la ley, produce en algunos casos la incertidumbre de no saber exactamente qué norma se debe aplicar, especialmente cuando se trata de relaciones que nacieron bajo el régimen establecido por el precepto abrogado y que sus efectos han de continuar bajo el imperio de la nueva normativa.

M. Marina, para resolver esta cuestión, establece un criterio estricto: «la ley —dice el autor— antes de su existencia no es ley, ni puede dar un derecho al que no lo tiene ni quitárselo al que lo posee, ni erigir en delito una situación indiferente ni permitida»<sup>46</sup>. En consecuencia, cualquier remodelación del complicado entresijo de relaciones jurídicas existentes en una sociedad civil, deberá de hacerse inexcusablemente por mano u obra de la ley, entendiendo por tal la norma formalmente constituida tras cubrir todos los requisitos relativos a su publicación y promulgación.

Sin embargo, este rigor inicial a lo largo de sus obras se ve vio-

<sup>44</sup> «No cabe género de duda que la antigüedad nos ofrece modelos que imitar: que una ley nada pierde por ser antigua; y que existe un gran número de éstas cuya duración será eterna. Pero es igualmente cierto que aunque la antigüedad de la ley causa cierta ilusión y puede preocupar al pueblo en su favor, no es ni puede ser por sí misma razón suficiente para autorizarla» (*Juicio*, p. 31).

<sup>45</sup> «No puede ser durable el edificio, cuyos cimientos necesitan retocarse continuamente. La ligereza y facilidad en derogar, alterar o reformar las leyes siempre ha sido funesta y producido una legislación inconstante y variable. Es pues, necesaria una ley que proteja la perpetuidad de las buenas instituciones en cuanto sea compatible con la vicisitud de las cosas humanas» (*Juicio*, pp. 247 y ss.).

<sup>46</sup> *Juicio*, p. 246.



lentado por algunas excepciones. La primera de ellas aparece en el momento en que reconoce la existencia de unos derechos connaturales al hombre que —en cuanto tales— son anteriores e independientes a cualquier regulación legal. Estos derechos sólo son declarados y no constituidos por la ley positiva, conservando su virtualidad normativa incluso en el supuesto de que ésta los negara, ya que su validez no descansa en la legalidad. No obstante, de su regulación positiva se siguen ciertos efectos —fundamentalmente relativos a su concreción y accionabilidad— sobre los que sí que pueden incidir cuestiones de retroactividad, y esto M. Marina no lo percibe.

A pesar de todo, podríamos pensar que el criterio mantenido por el autor es plenamente aplicable para aquellos otros derechos que, por tener como único fundamento su determinación positiva por la ley, nacen y mueren con la norma jurídica que los creó, siendo además en este terreno donde más fácilmente la retroactividad puede plantear dificultades. Es aquí donde propiamente la ley ha de disponer «para el futuro».

No obstante, y esta es la segunda quiebra, M. Marina admite —en casos extremos y por reclamarlo así exigencias objetivas de justicia— la posibilidad de que el legislador establezca normas con carácter retroactivo.

Esta quiebra nos obliga a fijar nuestra atención en el fundamento último en que el autor se basa para recomendar la no retroactividad de las normas positivas.

M. Marina piensa que éste es uno de los derechos constitutivos de la libertad política y así lo define como «parte de la libertad civil». Si bien, en el terreno específicamente jurídico, es una manifestación del principio de seguridad jurídica, el cual reclama que se pueda «vivir seguro bajo la protección de la ley, siempre que no choque con la suprema voluntad del legislador», e igualmente la irretroactividad también se manifiesta —según el autor— como una exigencia formal de la justicia: «si ha de ser justa (la ley) —afirma— no debe tener efecto retroactivo»<sup>47</sup>.

Sin embargo, y pese a lo antedicho, M. Marina es plenamente cons-

<sup>47</sup> «Hemos dicho que las positivas no pueden tener efecto alguno sino desde el momento que comienzan a existir, ni inducen obligación legal hasta que se promulgan. El hombre puede obrar a su salvo y hacer sin temor ni recelo lo que no le está vedado o prohibido. Parte de la libertad civil consiste en el uso de este derecho, en vivir seguro bajo la protección de la ley siempre que no choque con la suprema voluntad del legislador. Luego la ley, si ha de ser justa no debe tener efecto retroactivo: solamente ha de disponer para el futuro» (*Juicio*, p. 246).



ciente de la relación de solidaridad existente entre los diferentes fines del Derecho y sabe que, si quiere conformar rectamente un ordenamiento jurídico, las exigencias de justicia y las de seguridad jurídica se reclaman mutuamente. De ahí que, aunque como principio general las normas no deben de ser retroactivas por requerimiento de la seguridad jurídica, se faculte al legislador para promulgar leyes con efectos retroactivos cuando de la aplicación de la legislación vigente se sigan resultados manifiestamente contrarios a justicia.

Así pues, seguridad jurídica y justicia— al igual que en la doctrina tradicional— aparecen en el autor como fines interdependientes, que se constituyen recíprocamente en condición o requisito de su mutua realización.

Finalmente, destacaremos cómo la irretroactividad de la norma, que —según acabamos de ver— admite una cierta y restringida transgresión en las tareas de legislación; sin embargo, es absolutamente inviolable por parte de la jurisdicción. Es decir, aunque el legislador en situaciones extremas pueda establecer normas con efectos retroactivos, el juez en ningún caso podrá «aplicar las leyes a las acciones y hechos anteriores a su existencia y promulgación». Martínez Marina con ello evidencia —una vez más— su concepción mecanicista de la aplicación de justicia prohibiendo expresamente la posibilidad de que el Tribunal, basándose en «interpretaciones caprichosas y arbitrarias»<sup>48</sup>, pueda realizar una aplicación retroactiva y, de esta manera, crear un precepto para una realidad jurídica no directamente contemplada por el legislador. El autor parece con ello no percibir que dudosamente se puede conseguir el logro material de la justicia, si precisamente aquellos juristas —los jueces— que contemplan más concretamente los resultados, no pueden hacer nada por impedir su injusticia.

#### 4.2.3. *La extensión de la legislación a nuevas esferas de la vida social.*

También Marina trata de la segunda forma de desarrollo del dere-

---

<sup>48</sup> «Publíquese pues, una regla general, una ley que imponga a los jueces la obligación de no aplicar jamás las leyes a las acciones y hechos anteriores a su existencia y promulgación, y que sirva a los ciudadanos de salvaguardia y de garantía. Se dirá que esta ley es un principio general, una regla de derecho, un axioma. Pero es necesario que este principio, esta regla y este axioma induzcan obligación legal, y que no estén expuestos a interpretaciones caprichosas y arbitrarias» (*Juicio*, pp. 246 y ss.).



cho positivo, que consiste en la creación de normas jurídicas que regulan situaciones sociales que hasta el momento no habían sido objeto de ordenación jurídica.

En cierta medida, el autor ve esta expansión de la legislación como una juridización de la vida política, consecuencia de la conformación del Estado a las estructuras del derecho —Estado de Derecho— y de la utilización de la ley como instrumento de ejecución de los fines de política general. Este fenómeno es agudamente percibido por el autor, el cual tiene constancia no sólo del nacimiento de nuevas instituciones jurídicas, sino también de la incorporación de instituciones sociales pre-existentes al orbe de la regulación jurídica, atribuyéndolo a la creciente ineficacia de los criterios morales y religiosos tradicionales, y al paulatino divorcio entre realidad social y razón. Para el autor, ambos factores reclaman igualmente la intervención del derecho en parcelas habitualmente sustraídas a sus imperativos; intervención que jugará en dos frentes: de un lado, como instrumento de definición y de delimitación —aunque sólo sea mínima— de las conductas sociales debidas, y, de otro lado, como instrumento de compulsión.

Lo más interesante de lo que hasta ahora llevamos dicho es precisamente el hecho de que el autor haya percibido el fenómeno de juridización creciente. En efecto, para un filósofo del derecho de su época la preocupación por el mundo de los hechos sociales excedería sus planteamientos; sin embargo, la posición dual, en que se sitúa M. Marina le impele a realizar esta prospección de la realidad social. Es decir, M. Marina, en cuanto historiador, toma conciencia de la evolución de las circunstancias de hecho —del nacimiento, transformación y muerte de las diversas instituciones sociales, políticas y jurídicas— accediendo, con una metodología propiamente histórica, al conocimiento de los factores sociales e incluso —con terminología moderna— sociológicos, que afectan al mundo de la eficacia de la norma jurídica. Es, pues, el M. Marina historiador y es la metodología histórica la que, como torpe rudimento, le permiten establecer un puente entre realidad social y norma jurídica en un momento histórico donde la sociología jurídica aún no ha nacido.

En otro orden de cosas, la creciente expansión del orden jurídico no es vista con agrado por el autor, por ello sus esfuerzos se encaminan a establecer unos márgenes lo más ciertos y estables posibles. En tal sentido, recuerda el principio de ontología jurídica según el cual «conviene



por regla general» no hacer que intervenga el imperio de la ley sino «cuando hay necesidad»<sup>49</sup>.

Para la determinación de cuál sea la ley «necesaria», M. Marina, partiendo de la diferencia entre Moral y Derecho expuesta con anterioridad, señala que la legislación no debe adentrarse en el campo específico de la Moral, siendo éste un primer tope a la dilatación del orden jurídico: no podrán ser objeto de ordenación jurídica aquellas conductas en que no se dé la nota de exterioridad, en cuanto que estas pertenecen a la esfera interior del individuo<sup>50</sup>, y como tal, son el objeto propio de la Moral. Tan sólo en la medida que estas acciones estén orientadas a la consecución de fines supraindividuales o intersubjetivos podrán estas conductas ser objeto de regulación legal.

Por otro lado, el orden jurídico —como parcela del orden ético-social— ha de promover y tutelar exclusivamente los valores fundamentales para la conservación de la vida social, es decir, el Derecho —como mínimo ético— ha de realizar en cierta medida algunos valores, aunque no todos. Este es el segundo límite: la legislación no debe tener por objeto —la ley no debe normar— aquellas conductas éticamente indiferentes, es decir, aquellas conductas o situaciones en que no se actúe ninguna de estos valores fundamentales, como son «las satisfacciones indiferentes y los placeres de una justa libertad».

El tercer límite de la legislación es de naturaleza racional y agota el proceso que calcula los fines: la nueva ley ha de ser beneficiosa, es decir, ha de producir más bienes que males, más ayudas que enojos, en una sola palabra: ha de ser «útil»<sup>51</sup>. Hay, pues, que evitar las leyes que sólo constituyen impedimentos y trabas que «cautivan los ingenios, que embotan los resortes de los movimientos progresivos del espíritu humano, que tanto abaten la industria y aun la dignidad de los hombres»<sup>52</sup>. Exclama M. Marina: cada cual es el mejor juez de sus intereses y la utilidad el agente más poderoso<sup>53</sup>. Será el análisis concreto de la

<sup>49</sup> Vid. sup., nota 19.

<sup>50</sup> Como dice el mismo Marina: «Prudentes legisladores, dejad a los mortales la posible libertad en todas las circunstancias y casos en que no pueden perjudicar ni ofender a la sociedad ni a sus individuos» (*Juicio*, pp. 44 y ss.).

<sup>51</sup> Evidentemente nos estamos refiriendo a la «utilidad» en la concreta acepción que este término tiene en M. Marina. Elúdase, en consecuencia, cualquier concordancia con otras doctrinas.

<sup>52</sup> «Quitad, pues, del código esos impedimentos, esas trabas, esos lazos que cautivan los grandes ingenios que embotan los resortes de los movimientos progresivos del espíritu humano que tanto abaten la industria y aun la dignidad de los hombres» (*Juicio*, p. 45).

<sup>53</sup> *Juicio*, p. 45.



realidad social el que justifique o no la «utilidad» o idoneidad de la nueva ley para la satisfacción de los fines deseados, e incluso deberá detenerse en la consideración de si es la legislación el procedimiento adecuado, pues en ocasiones —«cuando la corrupción de costumbres es general y el contagio del mal ejemplo cunde por todas partes»— ni las mismas leyes son suficientes<sup>54</sup>.

#### 4.3. *Los principios de orden histórico y cultural*

El tercer núcleo de principios que han de ser tenidos en cuenta por el legislador hacen referencia a las condiciones socioculturales que influyen en la vida efectiva de la norma jurídica, pudiendo desvirtuar la efectividad de los fines y de las pretensiones deseadas por el creador de dicha norma. Tales condicionantes no son desconocidos para M. Marina, el cual expresamente reconoce que la ley ha de ser «acomodada a las circunstancias del tiempo y a las costumbres»<sup>55</sup>.

La preocupación por las condiciones concretas que han de incidir en la vida material de la norma jurídica —una aplicación más de la necesaria adecuación de lo general y abstracto a las limitaciones de lo particular y concreto— se hace presente en nuestro autor a través de dos influencias diferentes. De un lado, el pensamiento tradicional que sostenía dos diferentes vías de derivación del derecho positivo a partir del derecho natural y, en tal sentido, reconocía que la función del legislador no era una tarea de carácter exclusivamente técnico, es decir, no era sólo el desarrollo lógico de los preceptos naturales, sino una labor de marcado carácter prudencial, donde se procedía a la concreción de aquellos preceptos a la luz de la realidad inmediata a la que se habían de aplicar.

De otro lado, la experiencia histórica que, estudiada por el autor, le lleva a establecer un parangón entre el conjunto normativo que ordena las relaciones sociales de una comunidad y el carácter e idiosincrasia propio de dicha comunidad. En efecto, partiendo del estudio de la tradición medieval castellana, M. Marina toma constancia de cómo las singularidades de los pueblos y naciones actúan como un tamiz a través del cual los juicios de la razón universal se tiñen de los diferentes matices históricos que individualizan las dispares comunidades políticas.

<sup>54</sup> *Teoría*, I, p. 150. *Ibid.*, *Principios*, p. 204.

<sup>55</sup> «La ley debe de ser necesaria, útil, acomodada a las circunstancias del tiempo y a las costumbres» (*Juicio*, p. 93).



En cualquiera de estas dos dimensiones, la consecuencia deducida por el autor es la misma: es necesario una recta valoración de las condiciones históricas, dado que éstas no sólo mediatizan cualquier plan racional, universal y abstracto, sino que incluso pueden impedir absolutamente su plasmación.

La estimación de las condiciones históricas no responde únicamente a exigencias concretas y materiales de justicia, sino y sobre todo a requerimiento de la «utilidad»<sup>56</sup>. Es decir, el legislador en su tarea debe partir de una certera visión de la realidad circundante —sobre todo en sus componentes sociales, históricos y culturales—, pues de ella depende el cálculo racional de la idoneidad o adecuación concreta de la norma y, por ende, la vida material de la misma, su eficacia y su efectiva implantación social. Curiosamente no llega a esta conclusión el historiador M. Marina —como a primera vista podría parecer— sino el filósofo, según se colige de la función asignada a la experiencia histórica.

En el autor, el dato histórico no se incorpora como un elemento conformador a la construcción de su doctrina, sino que más bien ocupa un lugar secundario, constituyendo un erudito aparato argumentativo, destinado a intervenir «a posteriori» como demostración o refrendo empírico de aquellos postulados aceptados por el autor previamente y en cuanto exigencias puras de razón.

El autor recuerda cómo en la tradición castellana, para que las leyes tuvieran plena validez, era necesario que se hicieran precisamente «en cortes generales, o por los miembros de la gran junta o a propuesta y con acuerdo y consejo de los representantes de la nación»<sup>57</sup>. Esta afirmación no tendría nada de original si se atuviera solamente a sostener los principios de soberanía nacional y de división de poderes, pero la indiferencia mostrada por el autor hacia los criterios formales nos causa gran extrañeza. Según M. Marina, tiene el mismo significado que la presencia de la nación se realice en sesiones formalmente constituidas al efecto o en reuniones informales de sus miembros, e incluso le basta con que la ley responda a las peticiones de tan sólo algunos de sus componentes.

<sup>56</sup> El entrecomillado responde —de nuevo— a la necesidad de que este término sea entendido en la acepción específicamente usada por M. Marina, y que hemos glosado con anterioridad.

<sup>57</sup> «Primera: las leyes para ser valederas y habidas como leyes del reino se debían de hacer precisamente en cortes generales, o por los miembros de la gran junta o a propuesta y con acuerdo y consejo de los representantes de la nación» (*Teoría*, II, pp. 228 y ss.).



La sorpresa aumenta cuando el autor nos expone el procedimiento que se debe seguir en caso de urgencia. La imposibilidad y el peligro de mantener unas Cortes permanentemente reunidas, y la necesidad de despachar determinados asuntos públicos con toda diligencia, fuerzan a que M. Marina acepte que el monarca en cuanto «depositario del poder ejecutivo» pueda legítimamente tomar, «con acuerdo de los del consejo», resoluciones con validez de leyes hechas en Cortes «en aquellos supuestos en que el bien general y la causa pública y la pronta expedición de los negocios» así lo aconsejen<sup>58</sup>.

Ciertamente este proceder nos causa sorpresa porque no se trata exclusivamente de supuestos de legislación de urgencia o de legislación delegada, tampoco se refiere a la potestad reglamentaria que en posteriores desarrollos del principio de división de poderes le serían atribuidos al titular del ejecutivo, sino que M. Marina va mucho más lejos.

En primer lugar, la apreciación de la urgencia queda unívocamente atribuida al rey, sin que se establezca a favor del Legislativo ningún procedimiento de control, aunque fuere posteriormente.

En segundo lugar, porque no se requiere delegación alguna de atribuciones por parte del legislativo a favor del ejecutivo.

Y, en tercer lugar, porque no existe una delimitación material de los temas que han de ser objeto de regulación por ley elaborada en Cortes y por ley establecida por el monarca.

Parece una grave inconsecuencia, aparte de un atentado contra la radical separación de poderes pretendida por el autor, que reclama que nos detengamos en indagar el significado que en M. Marina tiene la presencia de representantes de la nación en las tareas legislativas.

A nuestro entender, la intervención de los representantes significa algo más que una manifestación de la soberanía nacional, pues, si únicamente fuera éste su cometido, exigiría requisitos formales que aseguraran la representatividad de los reunidos, y éste no es el caso. Hay, por tanto, algo más en la intervención de los representantes.

---

<sup>58</sup> «Empero como la nación no puede estar siempre junta y habría gravísimos inconvenientes en que el cuerpo representativo fuese permanente o su duración ilimitada, acostumbraron los monarcas como depositarios del poder ejecutivo y, por exigirlo el bien general y la causa pública y la pronta expedición de los negocios, tomar con acuerdo de los del consejo varias providencias económicas y gubernativas, y publicar a estos efectos decretos, cédulas, albalaes, provisiones, ordenanzas y pragmáticas, mandándolas publicar, y guardar así como leyes hechas en cortes» (*Teoría*, II, pp. 235 y ss.).

<sup>59</sup> Estos son los requisitos que el mismo M. Marina exige para estar ante una verdadera representación nacional (*Teoría*, I, p. 82).





En efecto, a través de esta participación M. Marina trata de conseguir un doble efecto: de un lado, confía en que la aceptación por los súbditos conlleva un mayor compromiso de acatamiento y asegura más verosimilmente la efectividad de la norma y, de otro lado, piensa que este requisito puede ser empleado por la nación como mecanismo de oposición a toda ley que sea desproporcionada a las condiciones concretas o que choque abiertamente con su específica idiosincrasia y, especialmente, que «contradiga» o «repugne» a su especial forma de sentir la justicia <sup>60</sup>.

Hay que contar, pues, con una especie de conciencia jurídica del grupo social que se manifiesta en forma emocional, pero que permite pensar en una idea difusa e imprecisa compartida acerca de lo justo y lo injusto, resultado de una especial concepción del orden natural debida a la común experiencia histórica del grupo. Este sentimiento jurídico es un «ethos» histórico y, como tal, está sometido a una continua evolución que requiere ser aprehendida por el legislador en su dimensión dinámica concreta.

Una norma desarraigada de estos condicionantes histórico-culturales y, especialmente de estos sentimientos jurídicos, difícilmente podría insertarse en la vida cotidiana de la comunidad y hacerse efectiva.

Así pues, cualquier norma ha de ser adecuada a las convicciones y posibilidades, y lo que pretende M. Marina, a través de la intervención de los representantes de la nación, es precisamente hallar una pluralidad de juicios acerca de la idoneidad o no de la nueva norma jurídica con relación a la conciencia jurídica y demás condiciones históricas, concretas y específicas propias de cada comunidad.

La dificultad de esta tarea, pues se han de considerar no sólo las exigencias del orden natural y las de la realidad inmediata, sino que también se ha de buscar una recta acomodación entre ambas, impele a M. Marina a rechazar la participación de toda la nación en los trabajos legislativos. Sólo los representantes pueden ser sujetos válidos para esta función, puesto que el autor —con una confianza sólo propia de un

---

<sup>60</sup> «Porque como estos reinos siempre tuvieron derecho de reclamar la injusticia e inoportunidad de las leyes, de prestar o negar su consentimiento a las que de nuevo se querían dictar, y aun el de concurrir a su formación, fue conveniente que tomasen providencias oportunas para precaver que en la extensión y coordinación de los cuadernos pudiese la malignidad o el despotismo insertar furtivamente alguna ley en que la nación no hubiese tenido parte y acaso por el contrario tratase de contradecirla y repugnarla, como se verificó más de una vez, según parece de la petición cincuenta y tres de las Cortes de Zamora del año 1432...» (*Teoría*, II, p. 240).



iluminista— piensa que los miembros de la asamblea son respectivamente los más capaces de su circunscripción, es decir, los mejores conocedores de la evolución histórica de la nación a la vez que los más despiertos a los avances y luces de la razón, en una palabra: los más «ilustrados». Así pues, junto al título de legitimidad que el mandato de la nación les otorga, hay un segundo principio que justifica su participación como legisladores, el cual no es otro que su idoneidad personal.

Este título, ampliamente argüido por el despotismo ilustrado, no es privativo de los representantes nacionales sino que —al menos así piensa el autor— también es compartido por los consejeros del monarca, de ahí que su intervención sea preceptiva cuando no intervienen las Cortes.

El incumplimiento de este requisito afectaba gravemente a la vida material de la norma, pues las leyes que no nacían de la voluntad nacional —según M. Marina— podían ser «reclamadas» por los pueblos y los súbditos «no estaban obligados a cumplirlas»<sup>61</sup>. No obstante, la ausencia del consentimiento de los representantes de la nación en el momento del nacimiento de la norma, podía ser posteriormente subsanado en vida de la misma, bien mediante su acatamiento tácito y efectivo por la nación, o bien a través de una aceptación expresa de sus delegados<sup>62</sup>. El defecto de consentimiento incide, por lo tanto, no sobre la validez formal de la norma jurídica, la cual existe desde su promulgación en estado perfecto, sino sobre la obligación moral de cumplimiento. Según sostiene el autor, la norma no consentida no obliga en el fuero interno, ya que al ser injusta por extralimitación del legislador le es aplicable —con las cautelas sabidas— la excepción del artículo 4, q. XCVI<sup>63</sup>.

#### 4.4. *El incumplimiento de los principios de la legislación: la sanción natural*

En epígrafes anteriores nos hemos ocupado en describir los caracteres y condiciones que toda norma jurídica debe cumplir y que el legislador debe tener presente en el momento de su creación. Una ley que

<sup>61</sup> «Pero si la Real Cédula o pragmática no nacía de la voluntad de la nación o era contraria a las leyes del reino y a los acuerdos generales o particulares de cortes, las ciudades y pueblos podían reclamarlas y no estaban obligadas a cumplirlas, como entre otras cosas vamos a probar en el siguiente capítulo» (*Teoría*, II, pp. 236 y ss.).

<sup>62</sup> M. Marina cita como ejemplo el caso de las Partidas, las cuales no «se consideraron como leyes generales hasta que se publicaron en las cortes de Alcalá de 1348» (*Teoría*, II, p. 233).

<sup>63</sup> TOMÁS DE AQUINO, Sto.: *S. Teolog.*, Ia-IIae, q. XCVI, a. 4.



satisfaga plenamente los requisitos enumerados será una norma beneficiosa para la comunidad y producirá buenos efectos. Sin embargo, la experiencia nos demuestra que, «aunque todos los pueblos y naciones civilizadas tuvieron sus leyes, instituciones y cierta forma de gobierno»<sup>64</sup>, pocos han sido los que han logrado la felicidad, y pocos los que han tenido una buena legislación.

La razón no hay que buscarla únicamente en el incumplimiento de las condiciones histórico-culturales ni en la inobservancia de las condiciones técnicas, sino fundamentalmente en el descuido de las exigencias de orden axiológico.

Hasta el momento, sólo nos habíamos detenido en señalar cuáles eran —según Marina— las consecuencias del abandono de aquellos dos tipos de principios, ahora habremos de cuestionarnos qué sucede cuando la legislación pierde su norte, cuando el derecho positivo quiebra su continuidad lógica con el derecho natural, cuando las normas jurídico-positivas no encarnan los valores objetivos de justicia del orden natural.

El derecho natural —como verdadero derecho— también cuenta con condiciones sancionadoras con que asegurar su cumplimiento, en consecuencia, en tales casos igualmente tendremos que sufrir «el justo merecido de nuestra imprudencia y de nuestros errores»<sup>65</sup>. En otras palabras, los legisladores y las naciones que han olvidado las «leyes inmutables de la naturaleza, el amor a la justicia, a la beneficencia y a las virtudes sociales, la subordinación y respetuosa obediencia a los magistrados, la moderación de las grandes naciones, el derecho de gentes»<sup>66</sup>, deben sufrir «todo el peso de la sanción natural», así como «los

---

<sup>64</sup> *Teoría*, I, p. 126.

<sup>65</sup> «La sabia naturaleza se ha burlado de nuestra temeridad y ridículas intenciones, y hecho que sufriésemos el justo merecido de nuestra imprudencia y de nuestros errores y gustásemos del cáliz amargo de la infalible sanción natural. Todos los pueblos fueron tarde o temprano víctimas de las leyes insensatas que han adoptado para su gobierno. Las más violentas y crueles revoluciones han ya mudado mil veces la faz de la tierra y hecho desaparecer las más soberbias y populosas ciudades y los más considerables y poderosos imperios» (*Principios*, pág. 366).

<sup>66</sup> «Los pueblos más célebres y al parecer más bien constituidos precisamente debieron ver su ruina, sobrevivir a sus desgracias, y llevar todo el peso de la sanción natural; porque ninguno ha dejado de despreciar las reglas más esenciales a la conservación social-política, a saber: las leyes inmutables de la naturaleza, el amor a la justicia, a la beneficencia y las virtudes sociales, la subordinación y respetuosa obediencia a los magistrados, la moderación de las grandes pasiones, el derecho de gentes» (*Principios*, p. 405).



pueblos más célebres y mejor constituidos» han sufrido por esta causa su ruina y destrucción.

Es precisamente a través de esta acción sancionadora, donde más netamente se percibe la interrelación existente entre la propia justicia y las virtudes sociales conexas, en cuanto informadoras del «ethos» jurídico, histórico y concreto de una comunidad política. Son estos los factores que, en su integradora unidad, fundamentan y constituyen la sustancia de la «sanción natural» del derecho.

Parece claro que M. Marina considera que la sanción natural es el mecanismo mediante el cual el orden natural opera rectificaciones sobre la legislación positiva desviada, restableciendo de esta manera el orden de cosas debido conforme a una profunda legalidad histórica. Mas, con ello, Marina ha vuelto a remontar su reflexión sobre el Derecho a una perspectiva propiamente filosófica, cerrando de esta manera el ciclo que había abierto a raíz del conflicto entre utilidad y justicia, y es que —para el tutor— la especulación sobre la legislación, aunque en momentos descienda hasta el contacto con la experiencia, es concebida como la búsqueda del orden justo que permita la plena realización del individuo. En consecuencia, la legislación, no sólo es un problema técnico de regulación social, sino que es ante todo aquella parte de la filosofía práctica que tiene como fin específico el bien común conforme a la estructura y los procesos en que se realizan las exigencias de la justicia. De ahí que su tratamiento acabe en última instancia siendo de naturaleza filosófica.

##### 5. POLÍTICA LEGISLATIVA: LOS FINES METAJURÍDICOS DE LA LEGISLACIÓN

M. Marina no queda satisfecho con afirmar la necesidad de que el legislador deba tomar en cuenta las exigencias objetivas de justicia, los requisitos de la técnica jurídica y los condicionamientos históricos de cada comunidad en el desarrollo de su función, sino que, convencido por el análisis crítico de la tradición jurídica española de las excepcionales dificultades que esta labor concretizadora significa, decide, con el bagaje de sus conocimientos históricos y su apertura a las modernas aportaciones de las Luces, establecer unas finalidades inmediatas que deben orientar específicamente al legislador español de su época en la política que debe seguir.

Con ello el autor demuestra que no es totalmente refractario a ciertos aspectos del pensamiento iluminista, algunos de cuyos tópicos son plenamente asumidos y reproducidos en su doctrina. Destacadamente,



acepta la instrumentalización metajurídica de la legislación en la acción reformadora y pedagógica acometida por el Poder. Los fines de política general se actuarán sobre la comunidad nacional a través de los cauces jurídicos del Estado, por entender que la Ley es el elemento más propicio para hacerlo valer como palanca que, apoyándose en el punto fijo de la razón universal, remueva las trabas que impiden el caminar del hombre hacia el progreso y la luz.

Dos son, pues, los fines metajurídicos que el legislador debe tutelar, de igual manera a como lo hace con los fines propios del Derecho.

### 5.1. *El Derecho como motor del cambio social*

Basada en la confianza en la razón humana, cobra nueva vigencia en el pensamiento ilustrado la idea de progreso, quedando todos los elementos culturales transidos de esta dinámica optimista, la cual llega incluso a transmutar el sentido de su finalidad social. Uno de estos elementos afectados es el Derecho, el cual, por su propia naturaleza imperativa y social, ocupará un lugar muy destacado en la consecución del cambio social, hasta el extremo de convertirse en el verdadero motor del mismo.

M. Marina coincide sustancialmente con esta tendencia iluminista, identificándose incluso con la estrategia operativa adoptada por las Luces para el logro de esta meta. En efecto, era bastante común entre los ilustrados la descripción sombría del presente y del pasado inmediato, quizá de forma excesivamente lúgubre, que, acompañado de un diseño de futuro de aureola esplendente, debía de sacudir más fuertemente los ánimos y aglutinar más decididamente las voluntades resueltas a traer el nuevo orden de cosas. M. Marina también se refiere a los siglos anteriores<sup>67</sup> con expresiones que nos recuerdan las páginas más tenebrosas del estado de naturaleza de Hobbes. Así, habla de una situación «la más injusta», de un estado de «mutuo desprecio», de «desconfianza», de «rivalidad», de «odios y venganzas» donde se había producido una «división real» de la sociedad y una verdadera «guerra intestina y lenta» que podía llevarla insensiblemente a su destrucción<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Las alusiones al momento presente son más cautelosas y evolucionan a lo largo de sus obras, probablemente por no indisponer más a los poderes públicos en su contra.

<sup>68</sup> «¿No es cierto que las leyes de la mayor parte que nos han precedido en lugar de encaminarse a fomentar aquella hermosa y saludable unión en que estriba la energía y fuerza de los cuerpos políticos, y sin la cual no puede haber espíritu público, introdujeron entre sus miembros la más injusta desigualdad y con ella el



Esta situación —según el autor— es insostenible, ya que, al no verse cumplidos los cometidos fundamentales que movieron a su constitución, se ven comprometidas las mismas raíces de la sociedad civil. Además, el cambio viene también requerido por la decisión y energía que el progreso necesita, y «no puede haber fuerza y energía —dice M. Marina— donde no reina la más estrecha unión: no puede haber unión en el cuerpo cuyos miembros se hallan en continuo choque, y en un estado de guerra y de perpetua contradicción».

Si es insostenible, habrá que remodelar la sociedad evitando los errores en que anteriormente se había incurrido, los cuales —para el autor— son el resultado de una legislación mal orientada y desigual o, según sus palabras, de una legislación cuyas «leyes favorecen una parte de sus individuos en perjuicio de la otra» y dividen a «las personas en dos clases, a saber de opresores y oprimidos»<sup>69</sup>. Esta no es una situación excepcional de España, sino que es la causa fundamental de las turbulencias sociales, ya que «las leyes en casi todas las naciones han sido contrarias al objeto y blanco principal de la asociación general de los hombres»<sup>70</sup>. Por lo tanto, la primera condición para obtener un orden social armónico, sin desequilibrios ni desigualdades internas, es la introducción de un giro en las tareas legislativas orientándolas hacia metas sociales distintas de las anteriores.

¿Cuáles son —según el autor— los nuevos cometidos que han de ser satisfechos por los legisladores para evitar los males que se padecen? Estos no son otros que los de justicia, seguridad jurídica y bien común. Como se verá, no contiene nada nuevo, sino que alude a los fines esenciales de todo orden jurídico en cualquier tiempo y lugar, si bien matizados por la luz de las circunstancias concretas. Para M. Marina, los fines propios del Derecho en su momento histórico y en su determinado país pasan por un punto ineludible, es decir, la consecución de la justicia y de la seguridad jurídica requiere la reordenación y el restablecimiento de un orden social recto. Así la ley, que en todo momento mutuo desprecio, la desconfianza, la emulación, la rivalidad, odios y venganzas, una división real, una guerra intestina y lenta, que enervando el vigor y fuerza de las naciones las conduce insensiblemente a su destrucción» (*Teoría*, I, p. 127).

<sup>69</sup> «No puede haber fuerza y energía donde no reina la más estrecha unión: no puede haber unión en el cuerpo cuyos miembros se hallan en continuo choque, y en un estado de guerra y de perpetua contradicción. Esta lid es inevitable en toda sociedad cuyas leyes favorecen una parte de sus individuos en perjuicio de la otra, y que dividiendo las personas en dos clases, a saber: de opresores y oprimidos, las expone a sufrir dentro de la sociedad los mismos males e inconvenientes que experimentarían en el estado de naturaleza» (*Teoría*, I, p. 126).

<sup>70</sup> *Teoría*, I, pp. 126 y ss.



mento ha de tener un fundamento de justicia, en la concreta coordinada histórica de la nación española ha de resaltar un aspecto concreto de las multiformes manifestaciones de lo justo: la ley ha de propugnar destacadamente el mantenimiento de un cierta proporcionalidad entre dignidad social y esfuerzo desplegado, no debiendo permitir —en consecuencia— que «sobresalga en la sociedad sino la virtud y el mérito»<sup>71</sup>.

Este es el gran cambio social que la legislación puede mover, si bien la acción reformadora y conformadora sobre la sociedad no será actuada en el caso de M. Marina de forma directa e inmediata, sino que, dando muestras una vez más de su personalísimo sentido de la realidad, preferirá introducir la mediación de un tercer elemento que actúe como instancia de implantación social del cambio. Este factor no será otro que la construcción doctrinal de los llamados «oficios útiles», tan aireados y aludidos por la Ilustración, que M. Marina hará suya tras su afirmación de la relación función social-dignidad social. Estos «oficios», entendidos como esquemas o «topoi» racionales, operarán como órganos a través de los cuales las reformas se implantarán en la realidad social más profundamente, y como mecanismos encubridores para eludir las reticencias. Al mismo tiempo, jugarán como factores dinamizadores del cambio social, si bien, su propia naturaleza acabará relativizando a largo plazo sus efectos progresivos, pues, la consecución de las metas a través de ellos pretendida, actuará como rémora a los avances sucesivos.

En definitiva, la primera tarea que debe realizar el legislador para provocar la remodelación de la sociedad será —según el autor— la reordenación de los oficios sociales teniendo en todo momento presente la relación dignidad social-esfuerzo desplegado, que —como ya sabemos— es la exigencia más inmediata que plantea la justicia a la España de inicios del siglo XIX, en sus circunstancias y condiciones concretas.

## 5.2. *El Derecho como pedagogía social*

Una segunda intencionalidad que —según el autor— debe ser tenida en cuenta, también en prolongación de las funciones primarias del Derecho, es la ayuda al sostenimiento de la razón y la defensa de las buenas costumbres. «El Derecho positivo, la Legislación —dice M. Mari-

<sup>71</sup> «En todo gobierno sabio la fortuna, el destino, el honor y dignidad del ciudadano debe corresponder a su industria y aplicación y talentos. La justicia de las leyes consiste en guardar esta proporción y equilibrio, y en no permitir que sobresalga en la sociedad sino la virtud y el mérito» (*Teoría*, I, p. 126).



na— son una medicina, un antídoto contra la ignorancia, barbarie y corrupción de los hombres»<sup>72</sup>. Mas, como fácilmente se puede comprender, no toda ley ejerce ese defecto terapéutico sobre la comunidad, sino solamente aquellas normas jurídicas que, teniendo por último fundamento los principios universales y eternos del orden ético, los concretan correctamente a las circunstancias históricas inmediatas, y recatan los plasman en fórmulas lógicas y de lenguaje precisas. Por esta razón, «las leyes de las sociedades nacientes han sido muy imperfectas, defectuosas y diminutas», pues aún no se había producido el desarrollo suficiente de la razón ni de la ciencia que permitiera conocer y desarrollar dichos principios<sup>73</sup>. La ley debe acudir, pues, en apoyo del conocimiento o, como dice el autor, la ley «debe suplir la debilidad del interés natural, añadiendo un interés artificial más sensible y más constante»<sup>74</sup>. La ley, en consecuencia, se convierte en un instrumento de la lucha contra la ignorancia, añadiendo a los incentivos «naturales» impulsos «artificiales».

Este «interés artificial» se modela en dos fases: en una primera —suficiente en sí misma para mover las rectas voluntades—, la ley cumple una función enunciativa o declarativa fijando en términos o en fórmulas de lenguaje, lo más precisos posibles, el contenido y la dimensión de las conductas sociales jurídicamente exigibles (función mediante la cual se pretenden alcanzar la formulación exacta del significado de la norma jurídica, por encima de cualquier interpretación subjetiva).

Y, un segundo momento, donde la ley despliega su eficacia coactiva en apoyo de las exigencias racionales, actuando como una especie de brazo de la razón que compele a las voluntades morosas.

Ambos momentos representan las dos funciones fundamentales de la ley —declarativa y coactiva—, si bien, para Marina, el primer momento es el factor principal, pues el autor —con el optimismo antropológico que caracteriza a los ilustrados— considera que basta con exponer claramente los dictados de la razón para que el hombre recto se sienta espontáneamente movido a secundarlo. La «vis coactiva» de la norma sólo deberá aplicarse a aquellos individuos cuya conciencia ético-jurídica esté desviada.

<sup>72</sup> *Principios*, p. 145.

<sup>73</sup> «Las leyes de las sociedades nacientes han sido muy imperfectas, defectuosas y diminutas; estos primeros ensayos se hicieron a la ventura y sin principios» (*Principios*, p. 353).

<sup>74</sup> *Principios*, p. 145. Vid. la similitud con BENTHAM, en *Tratado de Legislación*, p. 144.





## 6. M. MARINA Y LA CODIFICACIÓN

Habíamos ya indicado con anterioridad la posición central que representaba la legislación para el iluminismo, que hizo de ella el instrumento predilecto para la reforma que debía llevar a la implantación de la razón en el vértice de la vida social. A esta tendencia racionalizadora ni la misma legislación pudo sustraerse, antes al contrario: la exigencia se agudizó en torno a ella, como verdadera sal que había de actuar como salazón racionalizadora de todas las esferas sociales. La racionalización del derecho, para el Siglo, culminaba en la codificación.

### 6.1. *Los orígenes de la idea codificadora de M. Marina*

La codificación, según Guido Fassó, venía impulsada por motivaciones de naturaleza diversa. Por un lado, la «affirmazione de un diritto razionale universalmente e assolutamente valido, era stata la necessità di adeguare a tale modello perfetto i tutt'altro perfetti ordinamenti giuridici vigenti storicamente» —motivo doctrinal—; en segundo lugar, era necesaria una renovación jurídica ante la «incertezza delle norme giuridiche provocata in quasi tutti i paesi d'Europa della degenerazione del 'diritto comune' e dalla sopravvivenza di usi non piu compatibili con la situazione economica e sociale dell'epoca» —motivo técnico—; y finalmente, la afirmación de las monarquías absolutas y la consiguiente «eliminazione di tutti gli enti intermendi tra Stato e cittadino che in qualche modo limitassero il potere del primo: e ciò col togliere validità giuridica soltanto alla legge, cioè el comando posto dallo Stato» —motivo político<sup>75</sup>.

Algunas de estas causas, que de manera general actuaron a lo largo del siglo decimo octavo, se reflejan en el pensamiento de nuestro autor con una eficacia difícilmente mesurable. M. Marina acoge con decidida adhesión la necesidad de acercar el derecho positivo a las normas jurídicas naturales, como vía para racionalizar perfectivamente al primero. Sabido es cómo —según el autor— en la legislación debía de resplandecer el orden objetivo de justicia y, siendo el derecho natural su más genuina manifestación, cómo los preceptos del orden jurídico-positivo se debían de acomodar a los dictados del orden jurídico-natural que actuaba como verdadero ejemplo y guía del primero. Pretensión ésta

<sup>75</sup> FASSO, Guido: *Storia della filosofia del diritto*, Ed. il mulino; Bologna (1970), vol. III, pp. 12 y ss.



que evidencia el autor al desear un gobierno ilustrado que sancione con su autoridad unas normas «fundadas sobre la naturaleza, la razón y la equidad»<sup>76</sup>.

Junto a este presupuesto, que antes —según la expresión de Fassó— denominamos «motivo doctrinal», intervienen también las exigencias dimanantes de la misma técnica jurídica, igualmente sentidas por Marina. La complejidad —de un lado— de los preceptos jurídicos vigentes, con su secuela de difícil cognoscibilidad por su dimensión, de incertidumbre por su oscuridad y de imprecisión por su confusión, y la intrincada organización de los tribunales en nuestro país, por otro, mueven a M. Marina a pedir un «nuevo código civil (...) que a las calidades de buen orden y método reúna la brevedad, claridad y precisión» con lo que «necesariamente se disminuirá el número de tantos jueces y de tantos intérpretes»<sup>77</sup>. Con ello se vería satisfecho el deseo de la nación de que «el derecho español se redujese a un solo cuerpo, o a un volumen por el cual se hubiesen de juzgar exclusivamente todos los pleitos y litigios y concluir todos los negocios»<sup>78</sup>.

Sin embargo, la implicación política aludida no aparece en ningún momento en el pensamiento mariniano como impulsora de la codificación. En efecto, la peculiar visión de la historia española sostenida por Marina —donde no duda en considerar a las Cortes como verdaderos órganos representativos con exclusiva potestad legislativa desde los tiempos más remotos— le permite sostener la primacía de la ley, frente a las otras fuentes del Derecho, sin que ello signifique un apoyo neto a las monarquías absolutas, sino lo contrario: su limitación.

Además, aunque para el autor la norma escrita sea ciertamente la fuente principal del Derecho, no por ello olvida los restantes cauces de manifestación del mismo, llegando incluso a referirse a un código de leyes políticas basado en los usos parlamentarios de la tradición española.

<sup>76</sup> *Principios*, p. 130.

<sup>77</sup> «Del mismo modo simplificada la legislación, según conviene y cumple al estado, y copilado el nuevo código civil de tal manera que a las cualidades del buen orden y método reúna la de brevedad, claridad y precisión, necesariamente se disminuiría el número de tantos jueces y de tantos intérpretes, glosadores, comentadores y letrados, cuya muchedumbre y malsima educación literaria produjo gravísimos inconvenientes y abusos nunca bien corregidos, aunque mil veces reclamados» (*Teoría*, vol. I, pp. 161 y ss.).

<sup>78</sup> «Con efecto la nación siempre mostró gran deseo de que el derecho español se redujese a un solo cuerpo, o a un volumen por el cual se hubiesen de juzgar exclusivamente todos los pleitos y litigios y concluir todos los negocios» (*Juicio*, p. 48).



Igualmente, tampoco aspira el autor a la supresión de los entes sociales intermedios ni a la centralización estatal de la función de creación del Derecho. M. Marina los reconoce, atribuyéndoles una esfera de autonomía propia, y —como señalábamos en otro trabajo<sup>79</sup>— su singular teoría del ejercicio compartido de la soberanía, le lleva a sostener la cotitularidad de estos entes, en su ámbito y junto al Estado, respecto de las facultades fundamentales del poder político: legislación, ejecución y jurisdicción.

De todo lo antedicho podemos concluir que la codificación es deseada por M. Marina como estrategia a través de la cual la razón penetre más fácilmente en el derecho positivo conformándolo con el derecho natural y, a la vez, como respuesta técnica, para remediar el profundo caos en que yacía el derecho nacional. Sin embargo, no pensamos que la adhesión del autor a la idea codificadora conllevara actitudes políticas en el sentido antes expuesto; cuanto más, habida cuenta de que su amor a la tradición española —como campo ejemplar en el que se comprueban los abusos del despotismo— y su vinculación a algunas ideas revolucionarias —recientemente triunfantes en el país vecino— juegan en M. Marina, en contra del absolutismo y del mal uso del derecho —especialmente de la ley—, cuando es instrumentalizado para la concentración de poder.

## 6.2. *El concepto de código en nuestro autor*

Nuestro autor, que se plantea la necesidad del código como consecuencia de su crítica a la Novísima Recopilación pone su mayor énfasis en precisar las diferencias entre un verdadero código y una simple colección de normas jurídicas. Un código no es —dice el autor— «una mera copilación o redacción de providencias, leyes y pragmáticas expedidas en diferentes épocas y siglos, y con diversos motivos, sino obra original y fruto de meditaciones filosóficas sobre deberes y mutuas relaciones de los miembros de la sociedad civil y sobre los principios de la moral pública, acomodados a la índole, genio, costumbres y circunstancias de la nación, no necesita de citas ni remisiones a otros monumentos legales más antiguos, ni de mendigar su autoridad de los Príncipes que nos han precedido»<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> «El pensamiento filosófico, político y jurídico de Francisco Martínez Marina». Universidad de Murcia, 1980 (s. p.).

<sup>80</sup> «Un código legislativo que no es una mera redacción o copilación de providencias, leyes, pragmáticas expedidas en diferentes épocas y siglos, y con diversos



Evidentemente, la idea de código aquí manifestada se encuentra demasiado sesgada por el carácter polémico de la obra en que aparece —en el «Juicio»—, no tratando tanto de señalar su concepto de «código» como de demostrar los errores en que había incurrido los autores de la Novísima. Aun así, de estas manifestaciones podemos deducir algunos rasgos de su idea de código.

En primer lugar, un código no es un simple repertorio de leyes ya vigentes, sino que ha de ser una «obra original» en la que el autor sea un verdadero legislador y goce de plena libertad para la creación de nuevas normas, aunque esta libertad creadora no será omnimoda sino igualmente limitada. El codificador —como auténtico legislador— está sometido a las mismas condiciones que aquél para la formulación de nuevos preceptos, las cuales no son otras, en el plano abstracto, que las luces de la razón— «... fruto de meditaciones filosóficas...» —y las exigencias del orden eterno racionalmente percibido— «... sobre los principios de la moral pública...»—; en el campo concreto, las condiciones próximas que impone la historia, es decir, «la índole, genio, costumbres y circunstancias de la nación...».

El código, por tanto, ha de ser una obra innovadora en la que respaldanza la razón, no sólo en relación al contenido de los preceptos, sino también en la estructura y sistemática de los mismos, si bien con el contrapeso de los datos que nos vienen ya dados por la realidad inmediata que hemos de normar. Por todo lo cual, no necesita recabar en su apoyo argumentos arrancados de la tradición —«... no necesita de citas y remisiones a otros monumentos legales más antiguos...»—, sino que se basta con el sólo prestigio de su racionalidad y de su idoneidad.

Más adelante establece otros requisitos para que un conjunto de normas sea considerado como un auténtico código. El primero se refiere a su claridad y precisión: unas «reglas sencillas, claras, inteligibles» que permitan conocer a todos los ciudadanos «los primeros elementos de la vida social, sus derechos y obligaciones, lo que se deben recíprocamente...»<sup>81</sup>. El segundo, reconoce la necesidad de que el código contemple el máximo de actos, hechos y situaciones jurídicas posible o,

---

motivos, sino obra original y fruto de meditaciones filosóficas sobre los deberes y mutuas relaciones de los miembros de la sociedad civil y sobre los principios de la moral pública, acomodados a la índole, genio, costumbres y circunstancias de la nación, no necesita de citas ni remisiones a otros instrumentos legales más antiguos, ni de mendigar su autoridad de los Príncipes que nos han precedido» (*Juicio*, p. 33).

<sup>81</sup> Vid. sup., nota 76.



como precisa el autor, un código «capaz de proveer a todas las necesidades del Estado y del pueblo»<sup>82</sup> y que contenga «todas las reglas y precauciones generales posibles»<sup>83</sup>.

Tanto el requisito de brevedad y claridad, como el de plenitud, coinciden con el pensamiento del gran antagonista de Marina, Bentham<sup>83 b</sup>, sin embargo, el autor inglés añadía —según la esquematización de su discípulo Dumont— dos notas más: su utilidad y su justificabilidad. Por la primera, el código ha de buscar la mayor felicidad para el mayor número posible de ciudadanos; y por la segunda, cada precepto ha de ir acompañado de una motivación que permita su mejor comprensión<sup>84</sup>.

Estos dos requisitos no se encuentran expresamente recogidos por M. Marina, aunque a sus ojos tampoco era necesaria tal mención. La exigencia de utilidad —entendida a la manera como lo hace el autor, es decir, como sinónimo de adecuación a las circunstancias concretas— se encuentra por doquier en sus obras y, en el tema de la codificación, se recoge en expresiones como «acomodado al carácter y genio nacional» o «análogo a los progresos de la civilización, a las ideas, opiniones y circunstancias políticas y morales producidas por las revoluciones pasadas»<sup>85</sup>. Y en cuanto a la justificación, ésta tampoco era imprescin-

<sup>82</sup> «Formar un código completo de legislación acomodado al carácter y genio nacional, capaz de proveer a todas las necesidades del estado (sic) y del pueblo, análogo a los progresos de la civilización, a las ideas, opiniones y circunstancias políticas y morales producidas por las revoluciones pasadas; conciliando la brevedad con la integridad del cuerpo del derecho; distribuir las materias generales y particulares, los géneros, las especies y aun los individuos bajo el orden y método que conviene: tirar una justa línea de demarcación entre las diferentes clases de leyes, de las cuales muchas se allegan y tocan en una infinidad de puntos, para que no se confundan, antes conservan el puesto y sitio que naturalmente les corresponde: extenderlas con pureza, esto es, sin mezcla de materias extrañas, en un estilo y lenguaje propio de la ley, claro, breve y conciso, y con toda la gravedad, nobleza, fuerza y armonía de que son susceptibles, es obra que exige una feliz reunión de los más exquisitos conocimientos, tanto en la jurisprudencia y ciencia de los derechos, como en la filosofía, lógica, gramática y letras humanas» (*Juicio*, p. 27).

<sup>83</sup> «No basta que el cuerpo general de derecho esté bien coordinado, también es necesario que sea completo y que provea suficientemente a todas las dudas y dificultades que en materia de derecho público y privado puedan ocurrir en la sociedad (...). El Código ha de contener todas las reglas y preocupaciones generales y posibles» (*Juicio*, p. 242).

<sup>83 b</sup> Queremos destacar que la función semiótica de la ley en la obra de Bentham aparece más ampliamente desarrollada y alcanza mayor plenitud que en M. Marina.

<sup>84</sup> Vid. BOBBIO, Norberto: *El Positivismo Giuridico*, C.L.U.T., Torino, 1960, p. 118.

<sup>85</sup> Vid. sup. nota 83.



dible, pues, la concepción intelectualista de la ley defendida por el autor, le lleva a creer que la racionalidad de las normas se impone con tanta evidencia que no requiere mayor argumentación.

También evidencia un sorprendente interés por el «estilo y lenguaje de la ley», que, a su entender, deberá responder a las notas de brevedad, claridad y concisión, gravedad, nobleza, fuerza y armonía<sup>86</sup>.

Finalmente, el último requisito establecido se refiere a la necesidad de que el código cuente con una estructura lógica y sistemática racionalmente construida, así como una ordenación coherente de sus contenidos.

Lo más sorprendente es que Martínez Marina, partiendo de presupuestos no sólo heterogéneos sino incluso extraños a la mentalidad codificadora, llegue a conclusiones semejantes a la misma. En efecto, mientras que para el pensamiento del Iluminismo el código significaba la posibilidad de plasmar un sistema de derecho profundamente coherente y racional en su ordenación, un sistema que fuera un mero trasunto de las luces de la razón y, en cuanto tal, un código que pudiera ser válido para cualquier tiempo y cualquier lugar. Frente a ello, decimos, el inusnaturalismo tradicional suponía exigencias —por principio— ajenas al movimiento codificador, que le impedían asumir sus postulados doctrinales y metodológicos en su más profundo estilo y sentido. Así, la necesidad de una permanente adecuación de los principios a la realidad social, en un continuado proceso de concreción y determinación, le obligaban a una permanente hermenéutica profundamente reñida con los postulados, quietistas en definitiva, que inspiraban al código en la concepción iluminista.

Sin embargo, en M. Marina, cuyas vinculaciones al pensamiento iusnaturalista de corte tradicional hemos repetido en abundantes lugares, los motivos técnicos primero, y luego los históricos y sociológicos, actúan de mediación suficiente con el pensamiento codificador permitiéndole llegar a resultados análogos, aunque la adhesión del autor a favor de la codificación no se opera sin ciertas singularidades, provenientes en gran medida del pensamiento tradicional. Es decir, M. Marina auspicia la creación de un código, si bien su concepción es, en su génesis, relativamente autónoma del proceso codificador; es un código racional, en cuanto a su concepción y sistematiación, a la vez que abierto y flexible. Se trata, en definitiva, de un código cuyo contenido ha de ir siendo progresivamente determinado por la concreción racional y prudencial,

---

<sup>86</sup> *Ibid.*



mediante la cual se irán incorporando los factores histórico-sociológicos y, de esta manera, la razón —como razón histórica del derecho— informará el código, alentando una permanente hermenéutica y una constante concreción técnica y dogmática que será de donde proceda la riqueza en contenido material del código.

### 6.3. *La crítica de la Novísima Recopilación*

Aunque Marina ha establecido con anterioridad su idea de lo que es un código —en sentido propio—, considera la Novísima como si de un verdadero código se tratara, eso sí, marcando los errores en que los autores habían incurrido. Errores que nuestro autor considera de dos clases diferentes —«defectos necesarios y defectos voluntarios»— según que se trate de faltas evitables o inevitables. Unos, fruto de la impericia, descuido, negligencia o precipitación de los copiladores; y otros, consecuencia del «pésimo sistema adoptado para la redacción del código»<sup>87</sup>.

Los mayores ataques dirigidos a los esfuerzos recopiladores se centran sobre la ausencia de un verdadero sistema, de una auténtica estructura lógica en la que se inserten todos y cada uno de los preceptos<sup>88</sup>.

Los son —a juicio de Marina— las razones que han causado la ausencia de un plan sistemático en la Novísima: el bajo nivel de la ciencia jurídica española y la aversión de la doctrina hacia las novedades. Así, el autor se queja de la falta de estudios científicos que hubieran preparado los materiales, de manera tal, que hubiera sido fácil la creación de un código coherente y sistematizado que, sin olvidar los más grandes monumentos del genio jurídico nacional —como v. gr., las Partidas—, tampoco hubiera caído en «el amor ciego de las antiguas leyes, y odio injustamente concebido contra las novedades»<sup>89</sup>. En base a estos errores, nuestro autor —habitualmente ponderado— no duda en lanzar una condena total: «sería más fácil y asequible formar de nuevo un cuerpo

<sup>87</sup> «Para calificar los vicios y defectos de nuestro código los he reducido a dos géneros: defectos necesarios y defectos voluntarios; los primeros inevitables, los segundos se pudieron precaver y evitar. Estos han nacido y traen su origen de la impericia, descuido y negligencia de los copiladores, o de la precipitación con que trabajaron sus copilaciones. Aquellos son un resultado y consecuencia precisa del pésimo sistema adoptado para la redacción del código» (*Juicio*, p. 28).

<sup>88</sup> «Buscar un plan, orden, método en esta aglomeración de leyes, en el inmenso cúmulo de providencias antiguas y modernas, tan varias e inconexas, sería lo mismo que buscar un sistema de arquitectura en las chozas de un villorrio» (*Juicio*, p. 30).

<sup>89</sup> *Juicio*, pp. 30 y ss.



legislativo, que corregir los vicios o imperfecciones de los que todavía están en uso y gozan de autoridad»<sup>90</sup>.

Para conseguir la elaboración de un buen código es necesario el previo logro de un cierto estadio cultural, pues es muy directa la relación entre codificación y desarrollo cultural de la sociedad; así, el progreso de la filosofía o gramática —v. gr.— hace más fácil la superación de las «imperfecciones de las compilaciones legales»<sup>91</sup>. España, en suma, sólo podrá conseguir un buen código cuando «se progrese en el buen gusto y en el arte de razonar, cuando no se opongan obstáculos a la luz que brilla y resplandece en otros países, cuando se rectifique la opinión pública y se generalice la instrucción y la sabiduría». Entonces, y sólo entonces, será cuando «se conocerá la necesidad y se tratará seriamente de formar un código legislativo digno de la nación española»<sup>92</sup>.

JOSÉ RAMÓN TORRES RUIZ

<sup>90</sup> *Juicio*, p. 12.

<sup>91</sup> Vid. sup., nota 82.

<sup>92</sup> «Cuando se lleguen a disipar estos nublados, cuando se perfeccione entre nosotros la educación literaria, cuando se progrese en el buen gusto y en el arte de razonar, cuando no se opongan obstáculos a la luz que brilla y resplandece en otros países, cuando se rectifique la opinión pública y se generalice la ilustración y la sabiduría; entonces se conocerá la necesidad y se tratará seriamente de formar un código legislativo digno de la nación española, por el estilo, orden y método de los que se han publicado en Francia, Prusia y Austria, y la Recopilación en el estado que hoy tiene, sufrirá la suerte, vendrán a pesar en lo que otros muchos libros de su mismo metal y jaez que sólo aprovechan para envolver especias» (*Juicio*, pp. 13 y 14).





NOTAS  
SOBRE  
JURISPRUDENCIA



