

## II

### LA TEORÍA DE AUSTIN: CRÍTICA

SUMARIO: 1. *La ilimitabilidad de la soberanía.* 2. *Sobre la obediencia personal.* 3. *La unidad de la soberanía.* 4. *Sobre la legislación.* 5. *Sobre la independencia.*

En el primer capítulo se ha mostrado que la teoría de Austin del sistema jurídico se basa en los principios de origen y de independencia y, hasta cierto punto, también, en el principio de eficacia. El presente capítulo intenta señalar algunas de las dificultades que esta teoría origina. Como Austin dice muy poco sobre la estructura de un sistema jurídico, su versión del principio de independencia no será examinado sino en un capítulo posterior.

La mayor parte del capítulo se ocupa del rasgo más importante de la teoría de Austin: el papel asignado al soberano. Su teoría de la soberanía ha sido amplia y extensamente criticada. Ningún intento será hecho aquí para agotar todas las objeciones levantadas contra ella. Mi propósito es relacionar algunas de las más importantes objeciones con los problemas de la teoría del sistema jurídico y, de esta forma, tratar de arrojar alguna luz nueva sobre el significado de los problemas. Más atención de lo que es usual se ha otorgado a las dificultades que han surgido mediante una cuidadosa elaboración de la propia teoría de Austin, aunque, por supuesto, el árbitro último de su valor es el grado de aplicabilidad al derecho, tal y como lo conocemos.

En el inciso 1 se explica cómo y porqué la tesis de la ilimitabilidad significa que la teoría de Austin no puede explicar una parte importante del derecho constitucional. En el inciso 2 se analiza la forma en la cual la obediencia personal al soberano es convertida en condición para la existencia de un sistema jurídico conduciendo a una imagen distorsionada de la duración de los sistemas jurídicos. Un otro resultado de su criterio de existencia es analizado en el último apartado (inciso 5), mientras que los dos incisos restantes se ocupan del fracaso del criterio de identidad.

1) *La ilimitabilidad de la soberanía*

En un muy conocido pasaje Austin dice: “poder supremo limitado por el derecho positivo es una franca contradicción en los términos”.<sup>1</sup> Con ello quiere decir tanto que el soberano no puede ser el sujeto de derechos ni deberes como que su poder legislativo no puede ser jurídicamente restringido. La última afirmación es usualmente interpretada como un resultado directo de la tesis de Austin de que el soberano no puede ser sujeto de obligaciones, Austin no usa el concepto que Hohfeld<sup>a</sup> de poder, de esta forma, continúa el argumento, pensó que podíamos limitar un poder únicamente imponiendo un deber de no usarlo. Consecuentemente, confunden la ausencia de poder con la existencia de un deber. Su doctrina de que el soberano no puede ser puesto bajo un deber para él, significa, también, que las facultades legislativas del soberano son limitadas.

De esta manera, encontramos que Hart dice: “el argumento de Austin en contra de la posibilidad de una limitación jurídica al poder del soberano descansa en el supuesto de que estar sujeto a tal limitación es estar sujeto a un deber”.<sup>2</sup> Similarmente Salmond escribe:

Se considera que limitar jurídicamente el ejercicio de la función legislativa del Estado es . . . imposible . . . Este principio no es comúnmente distinguido de la doctrina, muy diferente, de que el Estado no puede ser sujeto de deberes jurídicos; las dos cosas son tratadas conjuntamente y sostenidas por los mismos argumentos. Ciertamente, no hay lugar para tal distinción en un sistema en el cual se define al derecho como el mandato del Estado y considera que toda regla crea y corresponde a un deber jurídico. Según esta concepción de la naturaleza del derecho, ser sujeto de una regla jurídica es lo mismo que ser sujeto de un deber jurídico y la distinción entre la sujeción<sup>b</sup> del estado a sanciones jurídicas y la limitación jurídica de sus facultades legislativas desaparece.<sup>3</sup>

Es verdad que Austin, al discutir la ilimitabilidad del soberano, crea la impresión que considera la reducción de las facultades legislativas mediante la imposición de deberes al legislador. Sin embargo, como hemos

<sup>1</sup> *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 254.

<sup>a</sup> En inglés el término ‘power’ significa no sólo poder sino ‘facultad’ en el sentido normativo, *i. e.* como habilidad para cambiar una situación normativa. En ocasiones usaremos ‘poder’ o ‘facultad’ según convenga al contexto. NT.

<sup>2</sup> *The Concept of Law, cit.*, p. 242.

<sup>b</sup> En el original aparece ‘liability’ no como sinónimo de responsibility, sino en el sentido de ‘estar expuesto a sanciones’. NT.

<sup>3</sup> Salmond, William Guthrie. *The First Principles of Jurisprudence*, Stevens & Haynes, 1983, p. 137.

visto (inciso 3 del capítulo I), al menos algunos legisladores pueden ser limitados de dos formas: reteniendo ciertas facultades legislativas, esto es, ciertos derechos, o imponiéndole deberes regulando el ejercicio de las facultades que poseen. Austin aparentemente pensó que la segunda forma era más importante; <sup>4</sup> sin embargo, esto, y la confusión en la cual algunas veces se introduce, no debe impedir que nos percatemos de que la ilimitabilidad de las facultades legislativas del soberano es probar y únicamente puede ser probada por dos pasos:

(1) La limitación de la facultad legislativa del soberano concebida como la ausencia de ciertos derechos es imposible, porque, para decirlo secamente, él no puede tener ningún derecho.

(2) Es completamente libre en el ejercicio de sus facultades porque no puede ser sujeto de deberes jurídicos.

Es fácil observar la razón de la segunda mitad de la prueba. Austin explica: "... si habláramos con propiedad, no podríamos hablar de una disposición jurídica impuesta por un hombre a sí mismo. Aunque un hombre puede adoptar un principio como guía de su propia conducta y puede observarlo como lo observaría quien estuviera obligado a observarlo en virtud de una sanción". <sup>5</sup> Podemos añadir la explicación de Markby: "ningún hombre, salvo por una fuerte figura del lenguaje, puede decirse que emite mandatos a sí mismo". <sup>6</sup> Realmente, si vamos a permitir disposiciones jurídicas establecidas por el soberano a sí mismo, tenemos que rechazar la teoría del mandato en favor de alguna otra explicación de las disposiciones jurídicas con todas las consecuencias que puedan seguirse para la solución del problema de la estructura, la cual se basa en la teoría del mandato.

Permitásenos volver a la primera mitad del argumento. Si el soberano no puede tener derechos, entonces la ausencia de derechos no es una limitación de sus poderes. El soberano es, simplemente, una persona a la cual no se le pueden otorgar facultades confiriéndole derechos; tampoco puede ser privado de sus facultades privándole de derechos. Este método de regulación de facultades no se aplica a él. De esto no se sigue que la facultad de legislar del soberano no sea una facultad jurídica. Por facultad jurídica entendemos la aptitud de cambiar la situación jurídica mediante un acto y el soberano puede cambiar las disposiciones jurídicas mediante la legislación. Sin embargo, esta facultad jurídica no es un derecho, toda vez

<sup>4</sup> Cfr. su argumento en *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 254.

<sup>5</sup> *The Province of Jurisprudence Determined*, cit.,

<sup>6</sup> Markby, W. *Elements of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 93.

que no es conferido por una disposición jurídica. Para saber qué poderes legislativos tienen un subordinado, uno busca las disposiciones jurídicas que le confieren derechos. Para establecer la existencia o cualquier cosa de un poder soberano uno busca hechos sociales, el hábito de obediencia de la población, etcétera; y de esta manera, Austin ha construido sus conceptos de que el poder legislativo soberano no puede ser limitado. Puesto que la desobediencia general a una disposición particular no significa que el soberano no tenga el poder de crearla. Si la desobediencia se extiende y llega a ser desobediencia a las disposiciones jurídicas en general, el soberano pierde no únicamente su facultad de legislar en ciertas materias, sino el poder soberano en su totalidad.

En breve el argumento es así: Hay dos formas para adquirir facultad de legislar: (a) por hechos y (b) por derecho. El primero conduce únicamente al poder ilimitado. El segundo no se aplica al soberano. Como el primero se aplica únicamente al soberano esto significa que los dos son incompatibles. Una persona no puede, al mismo tiempo, haber adquirido sus poderes por ambas formas. ¿Por qué deben ser incompatibles? ¿Por qué no puede el soberano tener derecho? El argumento de Austin tal y como se encuentra es poco convincente:

Un hombre no es capaz de conferirse un derecho a sí mismo, como tampoco lo es para imponerse a sí mismo una disposición jurídica o un deber. Cualquiera titular de un derecho . . . ha adquirido ese derecho, necesariamente, mediante el poder o facultad de un otro; . . . consecuentemente, si un gobierno soberano tuviera derechos contra sus propios súbditos, estos derechos serían las criaturas de disposiciones jurídicas positivas establecidas a sus propios súbditos por una tercera persona o cuerpo de personas.<sup>7</sup>

Austin obviamente pensó que su lógica era tan clara que no necesitaba mayor explicación.

Willoughby sugiere una más prometedor línea de pensamiento en respaldo de la misma tesis: "aún en cuanto a los derechos, la adscripción de ellos al Estado en un sinsentido, puesto que su continuidad, así como su creación, su carácter y su contenido son totalmente objetos de la voluntad del Estado".<sup>8</sup> Hay signos que muestran que Austin pensaba en líneas similares.<sup>9</sup> La fuerza de este argumento es explicada mejor por Markby:

<sup>7</sup> *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 284.

<sup>8</sup> Willoughby, Westel Woodbury. *The Fundamental Concepts of Public Law*, Londres, MacMillan, 1924, p. 26. Véase también: Thomas Hobbes, *The Leviathan*, Oxford Basil Blackwell, 1960, p. 173.

<sup>9</sup> *Cfr. The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, pp. 291 y 254-255.

... entre los pretendidos derechos de un soberano a crear gravámenes o a multar, y el derecho de un ciudadano a recibir el pago de una deuda de parte de un conciudadano, existen, a mi manera de ver, diferencias esenciales. El ciudadano detenta el derecho de recobrar lo que es debido, pero únicamente puede ejercitar y gozar de tal derecho por voluntad y placer de otro, a saber: el soberano que se lo confiere. El poder soberano, que impone un gravamen o una multa, por el otro lado, es también el poder que lo ejecuta. Mas aún, el derecho al pago de una deuda, el cual detenta el ciudadano no depende únicamente de la voluntad de otro para su existencia y ejercicio, sino que está limitado por tal voluntad; nada, salvo el poder exterior del soberano puede cambiar la naturaleza de tal relación jurídica entre deudor y acreedor. Mientras que en el caso de un gravamen o multa, aunque el soberano se ha expresado en términos específicos y, por tanto, limitado por el momento, el deber que habrá de cumplirse hacia él, se sigue de la naturaleza de la soberanía que por la voluntad soberana el deber puede ser cambiado en cualquier momento... Es imposible concebir un derecho de caracter tan fluctuante... toda vez que no podemos concebir un derecho que cambie por la voluntad de su titular.<sup>10</sup>

Para ponerlo en mis propias palabras: una persona no puede tener un derecho sobre el cual ella tiene control tanto exclusivo como completo. El control de uno es exclusivo si nadie más puede afectar jurídicamente la existencia o alcance del derecho. El control de uno es completo si uno puede crear, abolir o cambiar el derecho a voluntad.

No tiene sentido atribuir derechos a las personas si ellas tienen control completo y exclusivo sobre ellos. Los derechos sirven para distinguir comportamiento que es jurídicamente permitido o efectivo del comportamiento que no lo es. No tiene sentido establecer tal distinción a menos que sirva como un patrón relativamente constante por medio del cual se evalúe el comportamiento de las personas en cuestión. De ahí que no haya sentido para la distinción si esta persona puede, cuando quiera, cambiar los límites de lo que es legalmente permitido o efectivo y nadie puede interferir.

El argumento de Markby incluye la siguiente deducción: Si el soberano puede cambiar sus derechos a voluntad, no puede tener ningún derecho. El soberano puede cambiar sus derechos a voluntad. Por tanto, él no puede tener ningún derecho. La segunda premisa se sigue de la definición de disposición jurídica. Todo mandato del soberano es una disposición jurídica, por tanto, también todo mandato del soberano que ignore un mandato previo, es una disposición jurídica.

<sup>10</sup> Markby, W. *Elements of Law, cit.*, pp. 93-94.

El principio que está detrás del argumento de Markby es correcto. Un hombre es un derechohabiente potencial (de derechos de cierto tipo) únicamente si sus derechos (de este tipo), sí tiene, son *relativamente inmunes* contra su propia interferencia. De otra manera los derechos no podrían ni limitarlo ni guiarlo determinando cuál de las posibles pautas de acción abiertas a él son permitidas o efectivas. Markby, sin embargo, piensa que para satisfacer la condición de inmunidad relativa, el derechohabiente potencial tiene que ser capaz de tener derechos (del tipo en cuestión) sin que tenga control jurídico completo y exclusivo sobre ellos. Ésta es una condición severa innecesaria. Tiene sentido, y es conforme a los propósitos y presupuestos generales de la institución de derechos, considerar a un hombre como un derechohabiente potencial (de derechos de un cierto tipo), aún si la condición de Markby, no es satisfecha, siempre que una u otra condición sea cumplida. A saber, siempre que, de hecho, no sea frecuentemente probable que cuando una limitación de su derecho es establecida, la persona cambie su derecho de forma a evitar tal limitación. En otras palabras, una inmunidad *de facto* de los derechos de una persona contra ella misma es todo lo que es necesario para lograr la inmunidad relativa necesaria para sus derechos. Tal inmunidad *de facto* puede existir ya sea porque el costo de cambiar el derecho cuando es necesario es prohibitivo (*e. g.* utilizar el tiempo y la maquinaria parlamentaria de alto costo y hacer que otros asuntos sean retrasados) o en razón de cierta presión que impide al derechohabiente hacer uso frecuente de su facultad jurídica (*e. g.* opinión pública).

Estas consideraciones muestran que la tesis de Austin de que el soberano no puede tener derechos puede ser rechazada y explica la naturaleza de los derechos que, consistentemente con el resto de su teoría, podrían, ser adscritos al soberano. Sin embargo, aunque el soberano puede tener derechos en general, él no puede tener derechos para legislar y, por tanto, no puede tener derechos limitados para legislar. Para conferirse él mismo derechos para legislar, el soberano tiene que ordenar a sus súbditos que lo obedezcan en ciertas cuestiones. Supóngase que el soberano va más allá y ordena (1) a sus ciudadanos a desobedecerlo en las materias *p*. Supóngase, además, que posteriormente emite un mandato (2) con respecto a estas cuestiones. El segundo mandato contradice parcialmente y, por tanto, deroga, al primero. Una disposición jurídica (y un mandato) que le dice a *x* hacer *A* en *C* parcialmente contradice una disposición jurídica (o mandato) que le dice a *x* que no haga *A* en *C*, en el sentido en que no existe ninguna ocasión en que se pueda obedecer el primero sin violar el segundo. Si el primero fue legislado después del segundo,

lo deroga en la medida en que es incompatible con él. Puesto que (2) deroga (1), es, en sí mismo, una disposición jurídica. De esta manera, el soberano no puede limitar su propia facultad legislativa. La disposición jurídica que pretende limitarlos no es una disposición jurídica en absoluto, porque nunca habrá una ocasión de obedecerlo. Las condiciones que crean esta ocasión derogan a la disposición jurídica en tanto se aplica a tal ocasión. Si no hay ocasión para establecer las limitaciones de los derechos del soberano no tiene sentido adscribirle derechos de legislar. En otras palabras, el soberano no puede tener derechos para legislar. Habiendo adquirido poder para legislar por hechos, excluye el que tenga derechos para legislar.

También se sigue que (1) es inaceptable y no es una disposición jurídica y, por tanto, es contradictoria, (3) una disposición jurídica por el soberano que ordene a la población obedecerlo en el futuro es, o bien, necesaria (*i. e.* tiene que existir en todo sistema) o bien, es también inaceptable. Si es necesaria, entonces es derecho sin importar si el soberano la legisla. Cualquiera que no desea admitir la posibilidad de disposiciones jurídicas no legisladas tiene que considerarla como inaceptable. Debe enfatizarse que este argumento depende de la tesis de Austin de que las disposiciones jurídicas son mandatos y que el soberano no puede ser subordinado.

Estas consideraciones explican las razones de la doctrina de la ilimitabilidad. Las consecuencias de la doctrina eran conocidas por el propio Austin.<sup>11</sup> Significa que ciertas disposiciones constitucionales, a saber, pretendidas disposiciones jurídicas que, ya sea, adscriben derechos y deberes legislativos al soberano o determinan su capacidad para tener derechos y obligaciones legislativas, no son disposiciones jurídicas de acuerdo con la teoría. Uno puede decir que la teoría falla, porque nosotros efectivamente las consideramos como disposiciones jurídicas sobre la misma base en que consideramos las otras disposiciones.

## 2. *Sobre la obediencia personal*

Una forma por la cual Austin se desvía del principio de eficacia<sup>12</sup> es que para él la eficacia de las disposiciones jurídicas es relevante para la existencia de un sistema únicamente en tanto constituye el hábito de obediencia general hacia el legislador supremo. La obediencia relevante

<sup>11</sup> *Cfr. The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, pp. 257-260.

<sup>12</sup> De conformidad con el principio de eficacia la existencia de un sistema jurídico depende únicamente de su eficacia. (*Vid. supra*: inciso 2, del capítulo anterior).

para la existencia de un sistema es la obediencia personal. Las disposiciones jurídicas pueden ser obedecidas aun cuando su autor haya muerto o si un cuerpo de personas deja de existir de alguna otra manera; pero, en tal caso, al obedecer las disposiciones jurídicas uno no obedece a su legislador. Esto es ciertamente conocido por Austin, aún cuando muy probablemente él insistiría en que obedecer una disposición jurídica mientras su autor vive necesariamente implica obedecer al legislador. En general es verdad que una persona (o cuerpo de personas) no puede ser obedecida después de que ha muerto (o cesa de existir de alguna otra forma).<sup>13</sup>

Consecuentemente, cuando un soberano deja de existir, el sistema jurídico legislado, directa o indirectamente, por él, deja de existir. Esto es ciertamente el caso en el momento en que un nuevo soberano toma el lugar dejado vacante, por decirlo así, por el anterior soberano. Desde ese momento un nuevo sistema jurídico es creado, consistente únicamente de disposiciones jurídicas creadas, directa o indirectamente, por el nuevo soberano. Pero, aun si ningún nuevo soberano toma el puesto vacante y aun si la población continúa obedeciendo las viejas disposiciones jurídicas, éstas son ahora normas de moral positiva no normas jurídicas. Puesto que en esta situación ninguna persona o cuerpo de personas es obedecida, la obediencia no es obediencia personal y un sistema jurídico existe únicamente donde se da esta obediencia personal.

De esta forma, la exigencia de obediencia personal indica que la duración de la vida de un legislador supremo de un sistema jurídico determina el periodo de existencia de las disposiciones jurídicas del sistema y, por tanto, también el del sistema mismo. Austin sabía que frecuentemente viejas disposiciones jurídicas continúan existiendo aún después de que un nuevo soberano ha sido establecido, y explica que en tales casos el nuevo soberano tácitamente las legisla de nuevo, de forma que ahora son sus disposiciones jurídicas. Más adelante (inciso 5) será explicado este uso del concepto de mandato tácito. Pero, aún si esta herramienta es aceptada, el problema no es resuelto. Toda vez que los juristas distinguen —y por buenas razones— entre lo que puede ser llamado un cambio de soberanía, para usar las palabras de Austin, que equivale a un nuevo comienzo, cuando dicen que el viejo sistema jurídico ha dejado de existir, y un cambio constitucional de soberanía. Cuando un nuevo sistema es creado frecuentemente contiene muchas disposiciones jurídicas idénticas en contenido a las disposiciones jurídicas del viejo sistema y éstas son habitualmente legisladas en masa, con referencia a las viejas disposiciones

<sup>13</sup> Existen algunas excepciones que no afectan nuestro caso.

jurídicas. Por otro lado, cuando un cambio constitucional ordinario de soberanía tiene lugar, el mismo sistema jurídico continúa existiendo. Las disposiciones jurídicas en vigor bajo el nuevo soberano no son meramente idénticas en contenido a las disposiciones jurídicas legisladas por el anterior soberano, ellas son, realmente, las mismas disposiciones jurídicas.

Las referencias de Austin<sup>14</sup> a la diferencia entre una sucesión constitucional y una sucesión inconstitucional de soberano, no afecta la consecuencia crucial, a saber: que todo cambio de soberanía implica un cambio de sistemas jurídicos. Esta consecuencia es inevitable desde que la obediencia personal se convierte en el componente más importante de el criterio de existencia. La teoría del sistema jurídico que en el capítulo anterior hemos derivado a partir de las doctrinas de Austin, no logra explicar, en este respecto, nuestro concepto de existencia de un sistema jurídico. Al mismo tiempo, no proporciona ninguna razón de peso por la cual nuestro concepto deba ser modificado.

En este momento sería útil introducir una distinción importante, aquella entre un sistema jurídico y un sistema jurídico momentáneo. Un sistema jurídico momentáneo contiene todas las disposiciones jurídicas de un sistema válido en un cierto momento. Éstas no son normalmente todas las disposiciones jurídicas del sistema. Una disposición jurídica inglesa legislada en 1906 y derogada en 1927 y una disposición jurídica inglesa legislada en 1948 pertenecen al mismo sistema jurídico. Sin embargo, no existe ningún sistema jurídico momentáneo al que ambas disposiciones pertenezcan, porque nunca fueron válidas en el mismo momento.

La frase 'el sistema jurídico inglés al comienzo del reino de Elizabeth II' es ambigua. Puede referirse al sistema momentáneo de ese tiempo en particular o al sistema jurídico al cual este sistema momentáneo pertenece. Frecuentemente tales frases no son usadas para referirse a ninguno de ellos, sino al sistema del periodo, esto es, a las disposiciones jurídicas válidas en uno u otro momento, durante algún espacio de tiempo mayor que un momento y más corto que la duración total de un sistema jurídico.

Un sistema jurídico momentáneo es una subclase de un sistema jurídico: para todo sistema jurídico momentáneo existe un sistema jurídico que contiene todas las disposiciones jurídicas del sistema momentáneo. Dos sistemas momentáneos diferentes que son subclases de un sistema jurídico pueden encimarse o, inclusive, ser idénticos en sus disposiciones jurídicas, o bien, pueden no tener ninguna disposición jurídica en común.

<sup>14</sup> Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 152 y ss.

El argumento propuesto en esta parte muestra que la teoría de Austin del sistema jurídico contiene, cuando mucho, una explicación adecuada de un sistema jurídico momentáneo; su explicación de un sistema jurídico es fundamentalmente defectuosa. De conformidad con su teoría, dos diferentes sistemas jurídicos momentáneos que, de hecho, pertenecen a un sistema puede resultar que pertenecen a diferentes sistemas.

Al explicar el concepto de sistema jurídico momentáneo, un otro defecto de la teoría de Austin puede ser mencionado: toda teoría de un sistema jurídico tiene que satisfacer el siguiente prerequisite: es lógicamente imposible para un sistema jurídico contener algún sistema momentáneo vacío. En otras palabras, no existe ningún momento en el cual un sistema jurídico exista y no tenga ninguna disposición jurídica válida en ese momento. La necesidad de este prerequisite es intuitivamente clara. La teoría de Austin, sin embargo, no lo satisface como lo mencionamos en el inciso 2 del capítulo I.

### 3. *La unidad de la soberanía.*

Cuando Austin dice que "en toda sociedad política independiente el soberano es *un sólo* individuo o *un sólo* cuerpo de individuos",<sup>15</sup> quiere decir que el poder soberano es, a la vez, único y unitario. El siguiente argumento está hecho para mostrar que su teoría no puede garantizar la unidad de la soberanía y que, consecuentemente, su criterio de identidad tiene que ser, por lo menos, modificado.

La soberanía es unitaria si todos los poderes del soberano están en manos de una sola persona o cuerpo de personas. La soberanía está dividida si varias personas o grupos tienen, cada una, por separado, una parte del poder soberano. De ahí que la definición de un cuerpo de personas sea de importancia crucial. Austin explica:

Si un cuerpo de personas es determinado, todas las personas que lo componen son determinadas y determinables, o toda persona que pertenece a él es determinada y puede ser indicada. Pero los cuerpos determinados son de dos tipos. Un cuerpo determinado de uno de estos tipos se distingue por los siguientes rasgos: 1. El cuerpo se compone de personas determinadas específica o individualmente o determinadas por características o descripciones, respectivamente, apropiadas para ellos. 2. . . . Cada miembro individual es un miembro del cuerpo determinado, no en razón de que responda a cualquier descripción genérica, sino en razón de que posee una característica específica o apropiada. Un cuerpo determinado del otro tipo se distingue por los rasgos siguientes:

<sup>15</sup> *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 246.

1. Comprende a todas las personas que pertenecen a una determinada clase o que pertenecen, respectivamente, a dos o más de estas clases. En otras palabras, toda persona que responde a una descripción genérica o a cualquiera de dos o más descripciones genéricas dadas, es, también, un miembro del cuerpo determinado. 2. ... todo miembro individual es un miembro del cuerpo determinado, no en razón de poseer una específica o apropiada característica, sino en razón de que responde a una descripción dada.<sup>16</sup>

Ser determinado, específica o individualmente, significa ser determinado por una descripción definida. Ser determinado por una descripción genérica es ser determinado por una descripción indefinida. De acuerdo con esta interpretación, el primer tipo de cuerpos determinados incluye aquellos que son determinados únicamente por el uso de descripciones definidas. Los cuerpos cuya membresía es determinada únicamente por descripciones indefinidas son del segundo tipo. No hay ninguna duda que, de acuerdo con Austin, un cuerpo determinado puede, también, ser un cuerpo mixto, que comprenda a algunas personas en razón de que comparten una propiedad genérica y algunas otras en razón de que satisfacen una descripción definida. Por tanto, si esta larga transcripción es tomada como una definición de un cuerpo, cualquier número de personas pueden ser considerado como un cuerpo de personas y la estipulación de que la soberanía debe ser unitaria nunca es realmente satisfecha.

Ciertamente, éste no es el concepto ordinario de un cuerpo de personas. Usualmente varias personas son consideradas como constituyendo un cuerpo, únicamente si participan en una serie de acciones coordinadas durante un periodo prolongado o mantienen alguna otra relación especial una con respecto de la otra. La explicación que sigue muestra que Austin no tenía en mente semejante restricción en el uso del término.

La única otra forma de dar sentido a la idea de la unidad de la soberanía es decir que la soberanía es unitaria únicamente si todos los miembros presentes del cuerpo soberano participan generalmente en todo acto legislativo. Ellos no necesitan que todos participen en todos los pasos del proceso legislativo, sin embargo, ellos tienen que tomar parte, generalmente, en uno u otro momento del proceso. Si regularmente alguno de los miembros del cuerpo soberano participa al legislar un tipo de disposiciones jurídicas (digamos, disposiciones jurídicas que se aplican a cierta área) y otros toman parte únicamente en la legislación de otro tipo de disposiciones jurídicas, entonces la soberanía se encuentra dividida.

<sup>16</sup> *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 145.

De conformidad con esta definición, Austin efectivamente rechaza la tesis de la unidad. Cuando dice que en Bavaria el cuerpo soberano es tanto el gobierno local como el tribunal imperial de apelación<sup>17</sup> formando un solo cuerpo, tiene que darse cuenta que ellos siempre actúan separadamente y nunca actúan en forma conjunta ni siquiera al legislar una disposición jurídica. Similarmente, cuando dicen que el soberano en un Estado federal consiste en "los varios gobiernos unidos formado un cuerpo compuesto",<sup>18</sup> sabe que, como regla, ellos no cooperan en la legislación de las mismas disposiciones. Si éste es el caso, Austin puede saber que varios legisladores supremos son parte de un soberano únicamente si él ha previamente establecido, sobre la base de algunos otros fundamentos que sus disposiciones jurídicas son parte de un solo sistema jurídico.

La unidad de la soberanía es abandonada al encontrarse que el legislador supremo de una disposición jurídica no es suficiente para establecer a qué sistema jurídico ésta pertenece. Es verdad que todas las disposiciones jurídicas de un legislador supremo pertenecen al mismo sistema jurídico, pero ellas pueden no constituir todo el sistema. Puede haber algunas otras disposiciones jurídicas de un legislador supremo diferente que pertenezcan al mismo sistema; los dos legisladores supremos, conjuntamente, no son sino un solo soberano. Pero ¿cómo puede sostenerse? Austin presumiblemente replicaría que si, y sólo si, un legislador supremo es jurídicamente ilimitado, entonces él es el soberano, de otra manera sería sólo una parte de un soberano. Pero entonces ¿cómo va uno a saber si las reglas que pretenden limitar a un legislador supremo son reglas jurídicas o meramente parte de la moral positiva? El único criterio dado por Austin es que depende de si él es un soberano. De esta forma, el argumento es circular.<sup>19</sup> No se puede escapar uno de la conclusión de que Austin no estableció la unidad de la soberanía y, consecuentemente, su criterio de identidad basado en el principio de origen no puede ser aceptado. El principio de origen presupone la unidad del origen último.

#### 4. Sobre la legislación

La decisión austiniiana del principio de origen sufre de defectos aún más fundamentales que los señalados en el inciso anterior. La explicación de Austin del mismo concepto de legislación es de validez más bien dudosa.

<sup>17</sup> Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 240-241.

<sup>18</sup> *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 249.

<sup>19</sup> Este argumento es independiente del que fue adelantado en el inciso 1 del capítulo anterior. Aunque ambos prueban lo mismo, a saber: la dependencia del criterio de identidad de Austin de la unidad de la soberanía.

Por una cosa: es usualmente el caso, aún en Estados en que la soberanía se encuentra en manos de una sola persona, que las disposiciones jurídicas sean creadas únicamente cuando el soberano sigue un cierto procedimiento aceptado de legislación. Pero, de acuerdo con Austin toda expresión del deseo del soberano, que sea un mandato, es una disposición jurídica. De esta manera, no concede el hecho de que el soberano pueda mandar en formas que difieran del procedimiento aceptado, en cuyo caso su mandato no sería una disposición jurídica. Cuando el soberano es un cuerpo de personas, seguir el procedimiento aceptado sería una característica definitoria del cuerpo soberano. Cuando esto ocurre, los miembros de un cuerpo soberano constituyen un cuerpo soberano y actúan como el soberano únicamente cuando siguen el procedimiento aceptado. Esta solución, sin embargo, no puede ser aplicada a una persona individual que sea el soberano, toda vez que Austin no distingue entre una persona individual que actúa como un soberano y sus actos como ciudadano privado. Realmente no existe una forma satisfactoria de establecer una distinción en el marco de su teoría.

El derecho es caracterizado por una definición rígida y relativamente clara de lo que constituyen materiales jurídicos dotados de autoridad,<sup>20</sup> al igual que es caracterizado por una cierta vaguedad sobre el significado y alcance de los materiales jurídicos dotados de autoridad. La explicación de Austin sobre la legislación introduce grandes incertidumbres en la identificación del propio material jurídico.

La explicación que da Austin de la legislación es aún más gravemente indeterminada por su manejo de la noción de mandato tácito. No porque el concepto sea objetable, en sí mismo, sino porque Austin no es claro sobre el propósito exacto para el que debe servir y, en cualquier caso, usa el concepto erróneamente.<sup>21</sup>

Austin se refiere a él para explicar cómo el soberano, actuando a través de sus agentes, los tribunales, adopta costumbres y disposiciones jurídicas legisladas por soberanos anteriores. La dificultad consiste en explicar la existencia de disposiciones jurídicas las cuales, aparentemente, no fueron creadas por el soberano. La solución consiste en mostrar, que, aunque él no las creó directamente, lo hizo indirectamente, e, igualmente, explicar cómo tiene lugar esta legislación indirecta. Ésta se produce cuando una persona emite una orden y el soberano, que podría abrogarla, no lo hace. Aquí el concepto de mandato tácito hace el papel de explicación del fenó-

<sup>20</sup> Esta expresión incluye textos legislativos. Esto es más ampliamente explicado en el inciso 1 del capítulo IV.

<sup>21</sup> Véase sobre el particular: *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 30-32; Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, cit., pp. 45-47 y 63.

meno de la legislación indirecta. Este concepto de mandato tácito ha sido correctamente criticado, ha sido considerado inaceptable y ficticio y en el inciso 3 del capítulo anterior se mostró que era innecesario. Una persona no puede mandar tácitamente salvo que conozca el mandato y pueda esperarse que lo aboliría. El primer elemento frecuentemente está ausente, en el caso del soberano, y, en cuanto a cuerpos de personas, es algunas veces inaplicable. Más aún, Austin tiene una explicación alternativa de la legislación indirecta en su doctrina sobre disposiciones jurídicas que confieren facultades legislativas subordinadas.

Sin embargo, las costumbres, así como las disposiciones jurídicas de soberanos anteriores plantean un mayor problema, toda vez que su legislador directo manifiesto no puede ser considerado como agente del soberano. La costumbre no es hecha, en absoluto, mediante la legislación, no siendo un mandato en el sentido de Austin o en ningún sentido reconocido; igualmente, los soberanos anteriores no pueden ser subordinados del soberano actual. Puede intentarse modificar la explicación de Austin sobre la creación de estas disposiciones jurídicas de forma a superar las objeciones que acabamos de mencionar de la manera siguiente: las costumbres no son disposiciones jurídicas sino hasta que sean sancionadas por los tribunales y las disposiciones jurídicas de soberanos anteriores son legisladas por segunda ocasión por los tribunales del actual soberano, convirtiéndose en sus disposiciones jurídicas. Los tribunales, sin embargo, no *legislan* las costumbres en la forma ordinaria, *i. e.* expresando su deseo de que ciertas personas deban comportarse de conformidad con la costumbre, etcétera; de ahí que se diga que son *legisladas* tácitamente, esto es (1) aplicándolas cuando (2) se está en libertad de no aplicarlas. Aquí el concepto de mandato tácito tiene un segundo papel más plausible que realizar.

El primer papel era la explicación de la legislación indirecta —cómo atribuir al soberano actos realizados por los tribunales—. El segundo papel consiste en explicar un cierto modo irregular de legislación indirecta —cómo *legislan* los tribunales ciertas categorías de disposiciones jurídicas—. Dentro del primer papel el mandato tácito consiste en no abolir una disposición jurídica estando en libertad de hacerlo. El segundo papel consiste en aplicar una disposición jurídica estando en libertad de no hacerlo.

Puede pensarse que si los tribunales no están obligados a aplicar una disposición jurídica, entonces nadie más está obligado a obedecerla y sólo porque carece de sanciones —no estando respaldada, como sería, por órdenes dirigidas a los tribunales para castigar a los infractores (ni tampoco, presumiblemente, por una política punitiva). Sin embargo, esto no

es solamente el caso. La libertad de los tribunales de no aplicar una disposición jurídica significa únicamente que ellos pueden derogarla haciéndola inaplicable, no que ellos sean sus legisladores. Tampoco significa que carezca de sanción. Puede estar respaldada por sanciones al igual que cualquier otra disposición jurídica aunque sus sanciones puedan ser hechas inoperantes por los tribunales.

Este argumento es meramente negativo. Pretende mostrar que el argumento de Austin no nos obliga a considerar a los tribunales como los legisladores de las disposiciones jurídicas en cuestión. No puede usarse, por tanto, para probar que los tribunales nunca legislan, que ellos siempre aplican disposiciones jurídicas previamente existentes, las cuales, los tribunales, algunas veces, están en libertad de derogar. Más argumentos son necesarios para establecer, para cada categoría de disposiciones jurídicas, si son legisladas por los tribunales o meramente aplicadas por ellos. La suerte de los dos tipos de disposiciones jurídicas consideradas por Austin debe ser resuelta por el siguiente criterio: si los tribunales aplican una pretendida disposición jurídica (1) hecha con la intención de crear una disposición jurídica o que es generalmente considerada como disposición jurídica, y (2) la razón de su aplicación es que satisface la condición (1), entonces, los tribunales están aplicando una disposición jurídica existente y no una disposición legislada por ellos.<sup>22</sup>

De conformidad con este criterio, las disposiciones jurídicas de legisladores anteriores no son legisladas por los tribunales del soberano actual y el caso de la costumbre es mucho más complicado que lo que Austin imaginó. Pero, si esto es verdad, y como los anteriores soberanos no pueden ser considerados agentes del soberano actual, la definición de Austin de disposición jurídica no puede ser mantenida. Estas consideraciones pueden tentar a uno a substituir la definición de Austin con una definición de disposición jurídica entendida como un mandato aplicado por el soberano. El criterio de identidad sería: un sistema consistente en todas las disposiciones jurídicas aplicadas por un soberano. Algo semejante a esta maniobra es hecha por Holland cuando dice que una disposición jurídica es “una regla general de acción externa aplicada por un soberano”.<sup>23</sup>

##### 5) *Sobre la independencia*

La mayoría de los críticos de Austin están de acuerdo en que su estipulación de que el soberano debe ser independiente es inadecuada para explicar

<sup>22</sup> Sobre este tema véase *infra*: capítulo VIII.

<sup>23</sup> Holland, Thomas Erskine. *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1906, p. 40.

la independencia del sistema jurídico. Algunos, asumiendo la transitividad<sup>24</sup> de la obediencia habitual, expresan sus objeciones diciendo que el legislador supremo no es necesariamente aquel que es obedecido en última instancia por el grueso de la población. Descartando el presupuesto dudoso de que la obediencia habitual es, en general, transitiva, uno está aún obligado a aceptar, substancialmente, la misma conclusión: un hombre (o un grupo) puede ser aún el legislador supremo de un sistema aunque obedezca habitualmente a otra persona o grupo que regularmente dictan las disposiciones jurídicas que el legislador supremo legisla; pero cuyos dictados no son disposiciones jurídicas, aun cuando sean mandatos.

Casi todos los críticos sostienen este punto al distinguir entre dos conceptos de soberanía. Bryce,<sup>c</sup> por ejemplo, escribió: "la autoridad soberana es... la persona (o cuerpo) a cuyos dictados el derecho atribuye fuerza jurídica, la persona en la cual reside jurídicamente el poder último, tanto de establecer normas generales como de emitir normas aisladas o mandatos cuya autoridad es la del derecho mismo".<sup>25</sup> En otro lugar dice Bryce: "...el soberano efectivo... es la persona (o cuerpo de personas) que puede hacer prevalecer su voluntad, ya sea dentro del derecho o contra el derecho. Él es (o ellos son) el gobernante *de facto*, la persona a la cual, efectivamente, se le presta obediencia".<sup>26</sup>

A. V. Dicey sigue a James Bryce cuando escribe:

Debe, sin embargo, observarse cuidadosamente que el término 'soberanía', en tanto es empleado exactamente en el sentido en el cual Austin a veces lo emplea, es un concepto meramente jurídico y significa, simplemente, el poder jurídico... Pero la palabra soberanía es algunas veces empleada en sentido político más que en uno estrictamente jurídico. Tal cuerpo es "políticamente" soberano o supremo en un Estado cuya voluntad es, en última instancia, obedecida por los ciudadanos del Estado... En alguna parte de su libro Austin aparentemente confunde un sentido con el otro.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Esto es, si *A* obedece habitualmente a *B* y *B* obedece habitualmente a *C*, entonces *A* obedece habitualmente a *C*.

<sup>c</sup> Bryce usa '*directions*' en el sentido de '*instrucciones*'. Hemos evitado el término de '*directivas*' porque éste va más allá de '*directions*' y evoca, más bien, la doctrina de los '*directivos*' de Alf Ross.

<sup>25</sup> Bryce, James Viscount. *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, t. II, pp. 51.

<sup>26</sup> *Studies in History and Jurisprudence*, cit., t. II, pp. 59-60.

<sup>27</sup> Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan & Co., 1964, pp. 72-74. En cuanto otros teóricos que han adoptado posturas similares véase: Brown J. *The Austinian Theory of Law*, Londres, John Murray, 1920, p. 276; Buckland, William Warwick. *Some Reflexions on Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 82. El gobernante efec-

Austin estaba consciente de que el soberano no es políticamente omnipotente, pero la distinción que él establece entre poder jurídico y poder meramente político es insatisfactoria:

En toda monarquía, el monarca concede deferencia habitual a las opiniones y sentimientos sostenidas y sentidos por sus súbditos. Pero, en casi toda monarquía, se manifiesta deferencia especial a las opiniones y sentimientos, o bien se consulta especialmente los intereses y prejuicios de una porción especialmente influyente, aunque limitada, de la comunidad... Por ello se ha concluido que no hay ninguna monarquía, propiamente hablando: que todo gobierno supremo es un gobierno de un número... Esto, aunque plausible, es un error, si él habitualmente obedece los mandatos de una determinada porción de la comunidad, la monarquía residiría en el mal llamado monarca, conjuntamente con aquel cuerpo determinado de sus mal llamados súbditos, o bien, la soberanía residiría exclusivamente en tal cuerpo determinado... Sin embargo, la deferencia habitual a opiniones de la comunidad o deferencia habitual y especial a opiniones de una porción de la comunidad, es consistente con la independencia que es un dato esencial de la soberanía.<sup>28</sup>

El presupuesto de que la influencia ejercida por medio de mandatos tiene que ser una influencia jurídica es completamente sin fundamento. Un poderoso sindicato, un arzobispo influyente, un gran complejo financiero o industrial, o bien, otro soberano, cada uno de ellos puede imponer su voluntad a un soberano, ordenándole habitualmente cómo comportarse, respaldando sus mandatos en amenazas de alguna consecuencia dañina que seguiría a la desobediencia; no obstante, no por eso ellos se convertirían en el legislador supremo.

Los críticos de Austin están, por tanto justificados al insistir en que la independencia, en el sentido de ausencia de obediencia habitual, no es una característica necesaria del legislador supremo. Sin embargo, probablemente no se percatan de todas las implicaciones de la distinción entre soberanía política y jurídica. Esto significaría descartar una de las más importantes contribuciones hechas a la teoría del derecho por Bentham y por Austin. Puesto que no es resultado de una confusión, como piensa A. V. Dicey, sino un paso crucial en la explicación de la naturaleza del derecho, el que Austin intentara definir al legislador supremo por referencia directa a los hechos sociales del hábito de obediencia. El intento

tivo de John C. Gray es una variante del tema del soberano político (*vid*: Gray, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*, Boston, Beacon Press, 1962, p. 79); Salmond, William Guthrie. *The First Principles of Jurisprudence*, *cit.*, pp. 131 y ss.

<sup>28</sup> *The Province of Jurisprudence Determined*, *cit.*, pp. 218-220 n.

de Austin falló y su fracazo hizo naufragar la solución que dio a los problemas de la identidad y de la existencia de un sistema jurídico. Sin embargo, los problemas aún requieren ser contestados y ninguno de los críticos de Austin que hemos mencionado (con la posible excepción de Salmond) hacen siquiera un intento serio para resolverlos. No fue sino con Kelsen que un nuevo intento comprensivo por resolver los problemas de la teoría de los sistemas jurídicos fue realizado.