

John Finch

CAPÍTULO 4

Bentham y Austin

INTRODUCCION
A LA TEORIA
DEL DERECHO

PAG. 97-120.

I

Jeremías Bentham tenía una opinión tan pésima de la teoría del derecho natural que la condenó como «esa formidable no entidad llamada ley natural». A la temprana edad de 15 años Bentham asistió a un curso de sir William Blackstone en el invierno de 1763-64, y ya entonces mostró un profundo desacuerdo con mucho de lo que allí oyó. La transición desde el talante peculiar de la teoría del derecho natural en la obra de Blackstone al positivismo riguroso de Bentham representa uno de los desenvolvimientos más importantes de la historia de la teoría jurídica moderna.

BENTHAM, EL POSITIVISTA JURIDICO

Ya ha sido ofrecido un boceto de algunas de las posiciones encontradas del iusnaturalismo y del positivismo. Un enfoque positivista del análisis del derecho, lejos de rechazar toda consideración del modo en que el contenido del derecho existente puede ser mejorado y lejos de rehusarse a considerar los problemas morales relacionados con el derecho, puede ser de mayor utilidad para el mejoramiento del derecho vigente que muchas teorías del derecho natural. La ventaja particular que el positivismo puede aportar aquí es que, en el planteamiento mismo de los problemas relativos a la reforma jurídica y a la valoración, el alcance y



LABOR UNIVERSITARIA
Manuales

John Finch

el objeto de tales cuestiones puede ser claramente delimitado. Un primer ejemplo de tal aportación se encuentra en los escritos jurídicos de Bentham.¹ Bentham insistió en la separación de los problemas de análisis y los problemas de valoración —en la distinción entre «exposición» y «censura» en la ciencia del derecho. Simultáneamente fue responsable directa o indirectamente de una de las mayores contribuciones a la reforma del derecho de su país surgida nunca de la mente de un hombre. «La obra de Bentham muestra claramente que una definición positivista del derecho va unida a la más enfática atención respecto a la diferencia entre lo bueno y lo malo y a una poderosa filosofía del derecho».² En efecto, las implicaciones reaccionarias del tipo de teoría del derecho natural de Blackstone, y el emborronamiento de distinciones fundamentales para un enfoque positivista del análisis del derecho, son blancos fundamentales de la crítica de Bentham.³

LA CONTRIBUCION CONJUNTA

Bentham y Austin son tratados juntos en este capítulo porque pueden ser considerados conjuntamente responsables de la formulación de un análisis del derecho conocido ahora comúnmente como la teoría imperativa. El análisis se ha atraído tal nombre en razón del papel que juegan en él los «mandatos» (o imperativos) emitidos por un «soberano» o cuerpo soberano. Los enunciados característicos de esta teoría del derecho⁴ han suscitado muchas críticas, y entre los

¹ La producción escrita total de Bentham fue enorme. Se ha dicho en relación con la teoría del derecho, que Austin tomó de Bentham y puso en la base de su propia teoría lo que Bentham había expresado casi como *obiter dictum* en el curso de su examen de temas mucho más amplios.

² FRIEDMAN (1948) L.Q.R. 341, en la p. 343.

³ La concentración de la atención por parte de Bentham sobre la naturaleza y el ámbito del derecho positivo, aislado de las afirmaciones hipotéticas sobre criterios metafísicos no jurídico-positivos, y la eliminación de Kelsen de consideraciones no jurídicas, incluidas justicia y moralidad, del análisis del derecho, son comparables con respecto al avance que la obra de cada uno representa sobre el tipo de obras que las precedieron; Ver, más adelante, cap. 6.

⁴ Existen notables diferencias entre la explicación de Bentham y la de Austin. Debe advertirse además que la crítica de Hart a la teoría imperativa se basa en un «modelo típico» que no tiene en cuenta los detalles periféricos. Ver HART, *The Concept of Law*, cap. 2.

que han señalado las deficiencias de este enfoque del derecho se hallan juristas que difieren fundamentalmente entre sí respecto al análisis más adecuado de la naturaleza del derecho.⁵ A pesar de ello estos mismos juristas subrayan la importancia de cierto tipo de elemento imperativo en el derecho. Los varios modos de formular tal elemento imperativo pueden obscurecer su naturaleza más que aclararla. A este respecto la formulación de Austin ha suscitado críticas más agudas que la de Bentham. No debe olvidarse, sin embargo, que estos dos juristas han jugado un importante papel suministrando una introducción a muchas de las obras jurídicas que han venido después. En comparación con algunos de los productos más recientes del enfoque positivista del estudio del derecho, las exposiciones hechas por Bentham y Austin contienen muchas deficiencias —algunas importantes— en relación tanto con la teoría como con la aplicación práctica del derecho, pero el paso que representan sus escritos, desde el pensamiento iusnaturalista precedente a las primeras formas de positivismo jurídico, sigue siendo a pesar de todo de la mayor importancia.

Una gran parte de la contribución de Austin al estudio del derecho se encuentra en *The Province of Jurisprudence Determined*, publicada en 1832, el año que murió Bentham. Al tiempo de su publicación atrajo muy poco la atención. No fue sino hasta 1945 cuando la influencia de las ideas de Bentham sobre el planteamiento del derecho de Austin en términos de «mandatos del soberano» fue apreciada plenamente. La deuda de Austin con Bentham se reveló con el descubrimiento, en los archivos del University College de Londres, de una obra inédita de Bentham, acabada en 1782 que fue planeada originariamente para formar parte de *The Principles of Morals and Legislation*, publicada en 1790.⁶

⁵ Tanto Kelsen como Olivecrona, por ejemplo, cuyas explicaciones de la naturaleza del derecho son diferentes, coinciden sin embargo en la crítica al planteamiento de Austin. Ver *infra*, p. 151 y cap. 6.

⁶ Bentham y Austin estuvieron en contacto durante algún tiempo en Londres.

MÉRITOS Y DEMÉRITOS

La afirmación general del positivismo es que la naturaleza del derecho debe estudiarse en relación con lo que se encuentra que existe como producto de la acción del hombre. Se pone el acento en la creación más bien que en la emulación de un derecho superior o más alto. La teoría imperativa, como una de las más tempranas formas de positivismo, da particular importancia al elemento creador humano en el derecho. Tal importancia refleja al mismo tiempo los méritos y deméritos de las más tempranas expresiones del positivismo. El acto creador de derecho es una característica sobresaliente de casi todas las explicaciones de la naturaleza del derecho en general. Pero si el significado jurídico o prescriptivo de los actos y acontecimientos que se dan en la creación y mantenimiento de un sistema jurídico se describe en términos de identidad con los actos físicos mismos, el carácter esencialmente prescriptivo del derecho está expuesto a oscurecerse.⁷ Tanto Austin como Bentham prestaron particular atención a la creación o promulgación de las normas jurídicas. El mismo nombre de positivismo hace referencia al «derecho en tanto que promulgado» o puesto. Concentrarse en las circunstancias que rodean a la promulgación de tales normas es fácilmente comprensible, pero que este proceso se realice en forma de acontecimientos físicos y observables es, como veremos, sólo una parte de toda la verdad.

II

DERECHO Y SOBERANÍA

La base del planteamiento de Bentham consiste en la afirmación de que el derecho nace de las órdenes emitidas por un poder soberano. La relación entre soberano y súbdito

⁷ La relación entre derecho y hecho, entre la validez y la eficacia del derecho, será uno de los temas principales del cap. 6. Se sugiere allí que, al trasladar la atención desde la conjetura a lo específicamente positivo, los primeros positivistas exageraron su atención a los hechos del derecho humano.

es una relación entre superior e inferior, una relación de poder y sujeción. La noción de gobierno de Bentham se expresa en el siguiente párrafo de su tratado político *Fragments on Government*: «Cuando cierto número de personas (a los que podemos denominar *súbditos*) se supone que tienen el hábito de prestar obediencia a una persona, o a una asamblea de personas, de unas características ciertas y conocidas (a los que podemos llamar *gobernante* o *gobernantes*), todas esas personas unidas (*súbditos* y *gobernantes*) se dice que están en estado de sociedad política».⁸

En el primer capítulo de su recién descubierta obra, publicada ahora con el título *Of Laws in General*, Bentham escribe: «Una ley puede ser definida como un ensamblaje de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el soberano de un Estado, relativa a la conducta que ha de observarse en cierto caso, por cierta persona o clase de personas, que en el caso en cuestión están o se suponen que están sujetos a su poder; confiando tal acto de voluntad, para imponerse, en la expectativa de ciertos acontecimientos para producir los cuales se pretende que tal declaración sea, en la ocasión, un medio, y la búsqueda de los cuales se pretende que actúe como motivación sobre aquellos cuya conducta está en cuestión».⁹ En el capítulo segundo arroja más luz sobre su noción de soberanía cuando dice: «Entiendo ahora por soberano toda persona o conjunto de personas a cuya voluntad se supone, no importa por qué, que toda una comunidad política está en disposición de prestar obediencia; y ello con preferencia a la voluntad de cualquier otra persona».¹⁰

Los elementos de certeza en la descripción del cuerpo soberano y de la posición superior del soberano son subrayados aún más por Austin. Un rasgo que recuerda a las definiciones iniciales de derecho y soberanía de Bentham se encuentra en la doble definición de Austin de la noción de soberanía y de lo que él llama una «sociedad política independiente». «Si un determinado ser humano superior, no habituado a la obediencia a un superior semejante, recibe

⁸ Cap. 1, párrafo 10. El subrayado es de Bentham.

⁹ BENTHAM, *Of Laws in General*, ed. Hart; Athlone Press, cap. 1, p. 1.

¹⁰ *Ibid.*, cap. 2, p. 18.

obediencia habitual de la masa de una sociedad dada, ese determinado ser humano superior es soberano en esa sociedad y la sociedad (incluido ese ser humano superior) es una sociedad política independiente». ¹¹ Tal relación se describe posteriormente como una relación de soberanía y sujeción.

Austin insistía en que un verdadero soberano debía suscitar la obediencia de los inferiores políticos y no debía rendir obediencia a ningún superior. Ponía el acento en el requisito de que el soberano o cuerpo soberano en un Estado debía estar *determinado*, y esta característica, unida a la necesaria ausencia de límites del poder soberano, muestra la esencia de la noción central de autoridad jurídica de Austin, y muestra también su principal debilidad como explicación general del poder jurídico. Su restrictiva definición (puesto que una definición pretende ser) requiere que la obediencia habitual sea prestada a una y la misma persona o cuerpo de personas determinada. Una razón fundamental de su insistencia en una forma tan monolítica de superioridad jurídica puede encontrarse en la quinta conferencia de Austin, en la cual dice que «ningún grupo indeterminado puede emitir mandatos expresa o tácitamente o pueden recibir obediencia o sumisión». La noción personal y directa del mandato, central en la exposición de Austin, parece haber influido así sobre una de las características mismas de la autoridad jurídica de la que emana.

Austin insiste en que tanto la indivisibilidad como la ilimitabilidad son características necesarias del poder soberano. Bentham en cambio no insistió en ello nunca. «Puede suceder —dice Bentham— que una persona o conjunto de personas sean soberanos en ciertos casos, mientras otra lo es tan plenamente como aquélla en otros». Al admitir este simple hecho vital en relación con la autoridad jurídica, Bentham demuestra su preocupación por la necesidad de adoptar los conceptos jurídicos a los fines teóricos y prácticos para los que se proyecta que sirvan. En cambio es de una naturaleza tan inflexible la definición de soberanía de Austin, resultante de su explicación circular de nociones que depen-

¹¹ AUSTIN, *Province of Jurisprudence Determined*, ed. Hart (Weidenfeld and Nicolson), sección VI, p. 194.

den tanto de consideraciones jurídicas y políticas, como también sociológicas, que nos plantea un falso dilema. Tal dilema toma la forma de una opción excluyente entre una determinada persona o conjunto de ellas y su fraccionamiento en múltiples «sociedades políticas independientes». La terminología que Austin usa y las ideas que expresa hacen difícil, si no imposible, para nosotros, encontrar una explicación satisfactoria de, por ejemplo, el sistema federal de autoridad jurídica que funciona en los Estados Unidos de América.

Por ello Raz ¹² al mismo tiempo que critica el inflexible concepto de soberanía de Austin, insiste en que debemos sin embargo tener el cuidado de no atribuir a Bentham más de lo que realmente escribió. Raz escribe en relación con el concepto originario de soberanía de Bentham: «No dio ninguna explicación de la soberanía dividida. No sugirió ninguna manera de decidir cuándo cierto poder jurídico es parte de un poder soberano, y si lo es, de cuál. Ni explicó cuáles son las relaciones, si hay algunas, entre los varios poderes que constituyen un poder soberano. Igualmente tampoco explicó satisfactoriamente cómo puede ser limitada jurídicamente la soberanía. Puso atención en ciertos fenómenos jurídicos que no pudo conciliar con la teoría de que en todo sistema jurídico hay un soberano individual e ilimitado, y en consecuencia se rehusó a subscribir tal teoría».

Los defectos repetidamente mencionados de la teoría de Austin parecen nacer de una confusión entre superioridad jurídica y superioridad política. Esta confusión se hace patente en otro tema en el que la amplitud de la noción de Austin es tan notable como estrecha es la consecuencia de la indivisibilidad y la ilimitabilidad. En su conferencia final de *The Province of Jurisprudence Determined* Austin afirma que en una democracia el electorado constituye una parte del cuerpo soberano. Esta inclinación a emitir proposiciones sobre el derecho y sobre la política en la misma frase pudiera ser interpretada como un signo de realismo en su planteamiento, pero tal virtud puede llegar a ser un vicio en el análisis del derecho especialmente cuando su estructura característica y su función sociológica son consideradas simultá-

¹² JOSEPH RAZ, *Concept of a Legal System*, O.U.P. 1970, p. 10.

neamente. Además de ser más bien difícil concebir este aspecto particular de la noción de soberanía de Austin a causa de algunas de las características restrictivas antes mencionadas, está muy claro, incluso en este momento del curso de teoría del derecho, que habrán de hacerse investigaciones de un tipo bastante diferente a las aquí encontradas si se ha de dar una explicación satisfactoria de la noción de autoridad jurídica. También está claro que será necesario algo más que la mera enumeración de las características exteriormente observables de un sistema jurídico. Sobre esta base tendremos que inclinarnos después a describir la naturaleza del enfoque de Austin como una observación, y no como una explicación. Prestaremos particular atención en el siguiente capítulo a la actitud hacia las normas de la autoridad por parte de aquellos sujetos a ellas. Tal consideración es notable por su ausencia en la obra de Austin.

DERECHO Y SANCIONES

Ya se ha dado la definición de «ley» de Bentham. La noción de una sanción unida a la conducta contraria a la ley no es aparentemente sino un añadido a la definición básica. Para Austin la sanción es una parte vital de la idea del derecho. Pone gran énfasis en la estrecha interrelación de tres elementos en el derecho, a saber: «mandato», «deber» y «sanción»: «... mandato, deber y sanción son términos inseparablemente conectados: cada uno implica la misma idea que los otros,¹³ aunque cada uno denota esas ideas en un orden o sucesión peculiar. Con cada una de estas expresiones se da a entender directa o indirectamente un deseo concebido por alguien al que se une un daño que será infligido o aplicado en el caso de que el deseo no sea cumplido. Cada una es un nombre para la misma noción compleja».¹⁴ Austin

¹³ A pesar de esta afirmación uno de los defectos principales de la teoría del derecho de Austin deriva de su examen de la sanción jurídica en relación con la violación o negación del derecho, y no en relación con el derecho mismo. Su explicación suscita por ello fuertes críticas del tipo de las hechas por Kelsen. Ver *infra*, cap. 6. Ver también, sin embargo, RAZ, *op. cit.*, caps. 1 y 2.

¹⁴ *Province of Jurisprudence Determined*, pp. 17-18.

afirma que toda ley o norma es un mandato, o que las leyes y normas jurídicas son «una especie de los mandatos». El derecho como un todo es, por consiguiente, el agregado de esas leyes individuales o mandatos. «Una ley» debe ser considerada como un modelo típico del derecho en general. El elemento de sanción contenido en ese modelo es descrito posteriormente por Austin en estos términos: «El daño que será probablemente aplicado en caso de que un mandato sea desobedecido o (para usar una expresión equivalente) en caso de que un deber sea incumplido, se llama usualmente sanción, o compulsión a obedecer (“enforcement of obedience”). O (invirtiendo la frase) se dice que el mandato o el deber es sancionado o aplicado por la fuerza (“enforced”) por la posibilidad de sufrir el daño».¹⁵

Es claro que sólo un pequeño número de leyes de un sistema jurídico tienen relación directa con la aplicación de sanciones, especialmente si la noción de sanción se define, como Austin lo hace, como la posibilidad o amenaza de cierto daño o perjuicio. El tipo de norma jurídica que se aproxima más al modelo de Austin es la norma de derecho penal que exige que cierta sanción material o física sea ligada a cierta conducta. Pero incluso aquí los otros elementos básicos de la noción de ley de Austin hacen que su enfoque sea inadecuado como explicación correcta de la teoría y la práctica simultáneamente. Hay grandes e importantes campos del derecho en que la definición en términos de mandatos sancionados quiebra completamente¹⁶ desde el punto y hora en que muchas normas jurídicas se proyectan para realizar una función social totalmente diferente. Las normas que dan facilidades para actuar de ciertas maneras a fin de que cierta acción pueda producir consecuencias jurídicas no pueden encontrar su lugar correcto en la teoría de Austin.

El nombre dado por Hart a tales normas es el de normas que «confieren poderes». Pueden conferir poderes públicos o privados —por ejemplo, el poder o autoridad para

¹⁵ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶ La idea austiniiana del derecho como agregado de mandatos sancionados no excluía, según Hart, la noción de «órdenes respaldados por amenazas». Es sobre esta base que Hart critica la explicación de Austin; Ver *The Concept of Law*, capítulo 3, pp. 27-33.

legislar, el poder para hacer un testamento, si se sigue en cada caso un procedimiento determinado o se adopta cierta formalidad especial. Para poner de manifiesto la inadecuación de la teoría de las sanciones jurídicas de Austin, Hart discute el ejemplo de una ilegalidad en relación con las precisiones de la sección 9 de la ley testamentaria de 1837 que exige cierto número de testigos para la formación de un testamento válido. Es muy forzado pensar que tal ilegalidad sea un «incumplimiento del deber» y mucho menos un «delito».¹⁷ Pudiera objetarse que no importa realmente el que la palabra sanción se extienda o no se extienda hasta alcanzar la invalidez jurídica, la nulidad o la anulidad. La respuesta a ello es subrayar que lo importante es examinar lo que Austin dijo, y no discutir como pueden ser amoldados sus puntos de vista.¹⁸

El artificio de forzar la masa de leyes no penales dentro del esquema de los mandatos y las sanciones de Austin extendiendo la idea de sanción hasta incluir la nulidad de un acto inválido civil es rechazado por Hart: «En el caso de una norma del derecho penal podemos identificar y distinguir dos cosas: cierto tipo de conducta que prohíbe la norma, y una sanción que pretende disuadir de esa conducta. Pero, ¿cómo podríamos considerar bajo esta luz actividades socialmente deseables, tales como la que realizan los hombres cuando se intercambian promesas, que no satisfacen las exigencias legales en cuanto a la forma? Esto no es como la conducta de que el derecho penal disuade, algo que las normas jurídicas que establecen formalidades para los contratos están dirigidas a suprimir. Las normas se limitan a negar el reconocimiento jurídico a esos hechos. Todavía más absurdo es considerar como sanción el hecho de que una medida legislativa, si no obtiene la mayoría requerida, no alcance el rango de ley. Asimilar tal hecho a las sanciones del derecho penal sería como pensar que las reglas de tanteo de un juego se dirigen a eliminar todas las jugadas

¹⁷ Para la crítica de Hart a Austin en este punto, ver *The Concept of Law*, capítulo 3.

¹⁸ *The Concept of Law*, cap. 3, pp. 33-35. También se discute allí un método diferente de integrar las sanciones, que consiste en estrechar el término «derecho». Este método, que es el adoptado por Kelsen, es materia del cap. 6, *infra*.

salvo la consecución de los goles. Si esto tuviera éxito sería el fin de todos los juegos; solamente si concebimos las normas que confieren potestades como dirigidas a hacer que la gente se comporte de cierta manera, y como normas que incorporen la “nulidad” como motivación para la obediencia, podemos asimilar tales normas a órdenes respaldadas por amenazas».¹⁹

El punto de vista de Bentham admite tanto los castigos como los premios, a los que llama respectivamente «motivaciones coercitivas» y «motivaciones seductoras». Austin, sin embargo, se rehúsa a admitir que el término «sanción» sea extendido hasta incluir los premios: «Pienso que tal extensión del término está preñada de confusiones y perplejidades».²⁰ La diferencia de opinión entre ambos juristas pueden atribuirse, no a una diferencia de interpretación del término «sanción» mismo, sino más bien a la relativa falta de atención mostrada por Bentham respecto al elemento sanción en su concepto del derecho. Bentham presta mayor atención a las sanciones, por el contrario, cuando discute los métodos de compulsión de las leyes en un pasaje posterior de su obra. Austin intentó abarcar más con sus definiciones iniciales, pero sus proyectos se orientaron hacia vías impracticables.

Las cuestiones acerca de la frontera identificatoria del derecho y las cuestiones acerca de las motivaciones por las que la gente obedece al derecho, son diferenciables y deben mantenerse separadas en el estudio del derecho. Tanto Bentham como Austin se refieren a la primera cuestión más bien que a la segunda. Sin embargo, Austin habla de la «posibilidad» o «probabilidad» de la aplicación de una sanción, y también a veces del «temor» a las sanciones. También Bentham usa expresiones que implican una relación fáctica de causa-efecto entre la emisión de una ley y la garantía de su obediencia, a pesar de que sus definiciones introductorias se construyen en términos de «expectativa» por parte de los sujetos a las leyes y de propósito o «intención» tras de la estipulación imperativa. En un capítulo titulado «La fuerza

¹⁹ HART, *The Concept of Law*, cap. 3, p. 34.

²⁰ *Province of Jurisprudence Determined*, sección I, p. 16.

de una ley» hay una breve discusión de las motivaciones sobre las que se basa la confianza en que el derecho produzca los efectos que persigue: «Debe haber evidentemente motivaciones de una u otra clase para acatar el derecho pues sin una causa no hay un efecto, sin un motivo no hay una acción».²¹ En el momento en que motivaciones y relaciones causales se introducen en el análisis del derecho surge el peligro de obscurecer su carácter esencialmente prescriptivo.²² Tanto Bentham como Austin inducen a esa confusión, pero, a pesar de todo, sus méritos relativos tienen que ser determinados a la luz de la relación descrita por cada uno entre derecho y sanciones. En tal comparación Bentham suscita menos críticas que Austin.

LA SOBERANIA EN ACCION

Ya conocemos las definiciones iniciales de Bentham y Austin de sus nociones de soberanía. Este epígrafe examina esa noción en acción tomando en consideración el uso para el que se plantea la idea. La crítica a las características básicas de esa idea se dejan para la sección III de este capítulo. También aquí el objetivo de la explicación de Bentham de ofrecer un análisis satisfactorio del derecho parece más sólido que el de la teoría de Austin. Por tanto se prestará atención a la elaboración de la noción de soberanía de Bentham de modo que se pongan sobre el tapete al menos algunas de las críticas que las distintas versiones de la teoría imperativa han suscitado.

En el comienzo mismo del primer capítulo de su obra *Of Laws in General* da Bentham su definición de ley.²³ Y continúa así: «Tomando esta definición como modelo no importa cuál sea la expresión de voluntad en cuestión, sino solamente que tenga la autoridad del soberano para respaldarla, ya sea por definición o solamente por adopción». Y a esto añade: «Una volición o mandato puede decirse que per-

²¹ *Of Laws in General*, ed. Hart, 1970, cap. IX, p. 133. Adviértase que este capítulo está situado claramente aparte de los que contienen las definiciones introductorias.

²² Ver *supra*, cap. 2, en general.

²³ Ver pp. 100-101.

tenece a un soberano por definición cuando fue él mismo quien la emitió y quien la emitió primero, con las palabras u otros signos en que está expresada: puede decirse que le pertenece por adopción cuando la persona de la que emana inmediatamente no es el mismo soberano (es decir, el soberano en ese momento), sino cualquier otra persona: de modo que toda la relación que el soberano, al que pertenece por adopción, tiene con ella es la de que se conozca que mantiene en vigor una volición; que en el caso de que esa otra persona haya expresado o resulte que expresa una volición relativa al acto o clase de actos en cuestión, tal volición debe ser observada y contemplada como suya... El mandato que se *supone*²⁴ que adopta el soberano en cuestión puede haber sido emitido ya o no haberlo sido; en el primer caso puede decirse que es suyo por subrogación; en el segundo por preadopción».²⁵

Bentham era consciente de los resultados artificiales e irreales que se producirían si se dijese que el soberano o cuerpo soberano producen y promulgan específicamente todos los «mandatos» u «órdenes» de que se compone el contenido del derecho positivo de un Estado. Por ello incluye en su exposición la idea de que el soberano, aunque es directamente responsable de la creación de algo del derecho positivo, también asume o adopta órdenes emitidas por otros. En particular la noción de «preadopción» es quizás un método poco refinado de expresar el aspecto anticipatorio o proyectivo de la autoridad jurídica.

La noción de adopción por parte del soberano de órdenes emitidas por sus subordinados políticos lleva a algunos resultados notables. Recordemos que la definición de Bentham se refiere específicamente a «una ley» y en consecuencia al derecho en general a través de la definición de cada parte individual dentro de todo el conjunto. Por eso ha de considerarse su explicación como una explicación de naturaleza «atomista».²⁶ La definición básica se elabora más tarde

²⁴ El subrayado es nuestro. Para un uso similar de «supuesto», ver p. 73.

²⁵ *Of Laws in General*, cap. II, p. 21.

²⁶ Tal concepto del derecho debe compararse con el tipo de concepto de derecho que tiene su punto de partida en la noción general de autoridad jurídica, en contraposición con la manifestación particular de una norma jurídica positiva. De los enfoques más generales el análisis de Kelsen es un buen ejemplo.

así: «En el término “derecho”... debemos incluir una orden judicial, una orden militar u otro tipo cualquiera de orden ejecutiva, o incluso la más trivial y fugaz orden de tipo doméstico, si no es ilegal».²⁷ La noción de adopción de las órdenes ajenas no es ni más ni menos realista que las de subrogación y preadopción. Todas representan un intento de dar cuenta del modo como los actos jurídicos válidos adquieren su carácter. Como el soberano se describe como situado en el lugar más alto de la jerarquía del sistema jurídico, se usa la idea del «respaldo de la autoridad» del soberano.

Bentham continúa: «Los mandatos del maestro, del padre, del marido, del guardián, son todos ellos mandatos del soberano: si no tampoco lo serían ni los del general ni los del juez. No hay cocinero al que se mande preparar una cena, ni nodriza que alimente a un niño, ni ujier que azote a un escolar, ni verdugo que ahorque a un ladrón, ni militar que arroje al enemigo de una posición, si no es a través de sus órdenes. Si alguien encontrara difícil concebir esto, suponga solamente que los varios mandatos en cuestión encuentran resistencia: tanto en unos casos como en otros la empresa de hacerlos cumplir por la fuerza es privativa en último término del soberano».²⁸

La notable variedad de órdenes a que se refiere el concepto de «una ley» de Bentham requieren todavía una explicación. Tal explicación es difícil de dar sin conocer el propósito que el autor tiene en cuenta —si, en concreto, el amplio ámbito del término «ley» no es sino un resultado necesario de los planteamientos iniciales de Bentham.²⁹

Puede parecer que Bentham no acierta a distinguir entre una orden dada sobre la base o con la forma de norma específica de derecho, y una orden que, en términos genera-

²⁷ *Of Laws in General*, cap. I, p. 3.

²⁸ *Of Laws in General*, cap. II, pp. 22-23.

²⁹ Friedmann ve en el concepto del derecho de Bentham una anticipación de la teoría de la «concretización» de Kelsen desde la proposición general de derecho hasta el caso particular. Para esta teoría, ver cap. 6, *infra*. Para la visión de Friedmann ver *Jeremy Bentham and the Law*, 1948. A pesar de algunas diferencias básicas entre sus planteamientos respectivos, sus teorías pueden ser comparadas en lo relativo a la previsión en lo que respecta a «colmar» las lagunas para que todos los supuestos sean abarcados por los mandatos o imperativos generales. Los muy diferentes caminos por los que Bentham y Kelsen llegan a este resultado deben, sin embargo, tenerse en cuenta. Para el concepto de «norma básica», ver *infra*, páginas 158-162.

les, está dentro de la ley, es decir, que no es ilegal. Cualquier cosa que tenga la forma de una orden susceptible de ser «adoptada» por el soberano y que no sea contraria a la ley resulta ser, según el punto de vista de Bentham, derecho. Pudiera ser que ello implicara la omisión de una importante hipótesis alternativa, a saber, que una orden tal puede constituir derecho (o ser una ley) pero no tenga necesariamente que serlo. Sin embargo es preciso hacer notar que para Bentham las leyes y los mandatos incluyen los permisos además de los mandatos u órdenes. Un acto susceptible de crear derecho a través de la relación descrita por Bentham entre súbdito y gobernante, puede así ser encajado en el concepto benthamiano de «ley» dada su construcción considerablemente amplia del imperativo o mandato. Vista así, la teoría de Bentham puede ser considerada como mucho más flexible que la rígida fórmula de Austin con sus definiciones restrictivas y a veces incluso apriorísticas.

También la teoría de Austin prevé la noción de adopción de órdenes emitidas por otros, o «mandatos tácitos».³⁰ Por ejemplo, cuando la costumbre se eleva al rango de norma jurídica por las decisiones de los tribunales, las normas jurídicas resultantes son clasificadas por Austin como mandatos tácitos del legislador soberano. «El Estado, que puede abolirlas, permite a sus ministros aplicarlas por la fuerza: y ello significa por tanto su deseo, con ello se muestra su aceptación voluntaria, “de que funcionen como derecho para los gobernantes”». A pesar de lo ingenioso³¹ del artificio, la noción de «mandato tácito» expresa en su construcción una contradicción en los términos. Un «mandato» es apropiado para representar la emisión expresa de un imperativo, y el término se emplea usualmente para describir la acción de una persona que lo emite. El añadido de la expresión «tácito» priva de su significado ordinario a la misma palabra a la que se refiere.

³⁰ Ver *Province of Jurisprudence Determined*, sección 1, pp. 30-33.

³¹ Alguien diría ingenuo.

Esta sección está dedicada a algunas de las principales críticas que han suscitado las distintas versiones de la teoría imperativa. Recordemos que pueden encontrarse cuatro elementos esenciales en la tesis de Austin: la soberanía, definida en términos de «hábito de obediencia» por parte de los inferiores políticos; los mandatos; la obligación que se crea por los mandatos soberanos, y la sanción jurídica consistente en una pena por la no sumisión a la obligación jurídica. Con la discutible excepción de las sanciones, estos elementos son también esenciales, en una u otra forma, en la teoría de Bentham. Ahora serán consideradas las objeciones a esas ideas y a su utilización particular.

LA SOBERANÍA Y EL «HÁBITO DE OBEDIENCIA»

Tanto Bentham como Austin usan la expresión «hábito de obediencia» para caracterizar la soberanía. La autoridad de la soberanía es inferida de la observación de la obediencia habitual prestada por la mayoría de una sociedad dada. La expresión de Bentham «disposición a prestar obediencia» parece en este contexto significar lo mismo que «hábito». Ambas nociones se caracterizan en sí mismas por el modo en que son usadas para describir los resultados de observaciones prácticas.

La idea de «hábito de obediencia» ha sido duramente criticada por su incapacidad para suministrar una explicación adecuada de la autoridad jurídica y de las relaciones basadas en la autoridad de que un sistema jurídico se compone.³² En particular, «hábito» es una palabra apropiada para la expresión de conclusiones fácticas basadas en la ob-

³² Ver especialmente *The Concept of Law*, cap. 4, pp. 50 a 60, en el que Hart señala la diferencia fundamental entre hábitos y normas. Debe advertirse que tales críticas a las teorías de Bentham y Austin suponen mucho más que una mera opción entre palabras. La expresión «hábito de obediencia» describe una idea, y es esta idea la que se ha dicho que es inútil para dar cuenta de las nociones conexas de obligación, autoridad y «fuerza vinculante» del derecho tal y como son usadas para describir las características de un sistema jurídico.

servación de hechos físicos. Sin embargo, no es satisfactoria en absoluto cuando lo que se pretende es explicar la razón por la cual puede decirse que se producen las regularidades que se observan en el ámbito que se están examinando, y no meramente describir lo que son tales regularidades. Un examen que no lo explique sólo es capaz de ofrecer observaciones, pero no explicaciones.³³ El derecho implica mucho más que puras coincidencias fácticas, y la autoridad jurídica no se describe correctamente en términos simples de conjunto de regularidades observables.

La crítica de Hart a la teoría imperativa debe ser considerada en el fondo a la luz de su propio concepto de normas jurídicas y del sistema formado por dichas normas.³⁴ Baste decir aquí que Hart da una explicación —que Austin en particular no da— no sólo de lo que de hecho acaece, sino de la razón por la que acaece. La idea de «hábito de obediencia» supone una debilidad en los planteamientos tanto de Bentham como de Austin. Su referencia a un soberano particular en un momento histórico concreto desemboca en su falta de adecuación como explicación de la naturaleza continuada de la autoridad jurídica durante la pacífica estabilidad interna de un orden social representada por una sucesión de regímenes gobernantes consecutivos.

Las facultades o poderes, y las incapacidades de un cuerpo soberano tal y como se dan durante el mandato de ese cuerpo han de ser consideradas necesariamente en un análisis del significado de soberanía en cualquier tiempo y circunstancias. Lo mismo puede decirse de las normas sucesorias que han dotado originariamente al soberano o cuerpo soberano de autoridad jurídica. Austin no acierta a dar una explicación adecuada de ninguna de esas características básicas; en su quinta lección habla simplemente de una persona o cuerpo de personas a las que se obedece habitualmente y de un «título genérico» a la sucesión. Tal abstracción está

³³ Es decir, explicaciones que hagan referencia a la naturaleza y estructura del derecho, a diferencia de explicaciones de por qué la gente obedece al derecho, que ninguna teoría del derecho puede aspirar a contestar.

³⁴ Las insuficiencias de la teoría imperativa que pone de relieve el concepto de derecho como sistema de norma son discutidas por HART en *The Concept of Law*, capítulo 4; Ver también la introducción de HART a *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. XI-XII.

muy alejada de los planteamientos acerca de la autoridad jurídica más recientes. ¿Sucede algo mejor con la teoría de Betham?

Puede decirse desde el principio que los aspectos funcionales del «soberano» de Bentham protegen un poco más su explicación de las críticas típicas a la teoría de Austin. En particular las nociones de adopción, preadopción y subrogación de las órdenes emitidas por otros parecen más aptas para dar cuenta de la naturaleza continuada de un sistema jurídico en la medida en que el superior político hereda los mandatos u órdenes de sus predecesores y proyecta los suyos hacia sus sucesores. El momento en el que esta fórmula resulta inadecuada es cuando es necesario explicar no sólo lo que puede constatarse que sucede en un sistema jurídico sino también las razones por las que eso sucede de esa manera.

En relación con la continuidad de la autoridad jurídica y del poder creador de derecho en el futuro, dice Hart que «es característico de un sistema jurídico, incluso en una monarquía absoluta, asegurar la continuidad ininterrumpida del poder legislativo mediante normas que tienden un puente de transición entre un legislador y otro; esas normas regulan la sucesión de antemano, enunciando o especificando en términos generales las características y el modelo que definen al legislador... Al explicar la continuidad del poder normador a través de una sucesión variable de legisladores individuales es corriente usar las expresiones "norma sucesoria", "título", "derecho a la sucesión" y "derecho a emitir leyes". Es obvio, sin embargo, que con tales expresiones introducimos un nuevo conjunto de elementos de los que no se puede dar cuenta en términos de hábito de obediencia a las órdenes en general».³⁵ Aunque las nociones de adopción, preadopción y subrogación de órdenes emitidas por otros son en medida muy limitada descriptivas de ciertos aspectos de los acontecimientos fácticos y las circunstancias que rodean el proceso legislativo, no son en todos los casos necesarios ni en absoluto suficientes para dar cuenta de la naturaleza de la autoridad jurídica.

³⁵ *The Concept of Law*, cap. 4, p. 53.

DEFINICION DE LA SOBERANIA

La idea misma de soberanía puede ser definida de forma tal que resulte una fórmula vacía. La manera más fácil de conseguirlo es la de formular una definición *a priori* de la soberanía y excluir después del ámbito del término todo lo que no caiga dentro de los límites prescritos. Las dificultades para llegar a una definición del derecho fueron indicadas antes. Las mismas dificultades se encuentran a la hora de analizar conceptos particulares dentro del mismo concepto de derecho. La soberanía es uno de esos conceptos. Para Dicey, la «soberanía del Parlamento» significaba una ausencia de trabas al poder legislativo. La proposición contraria de que si el Parlamento estaba sujeto a cualquier límite legal no sería «soberano» se deducía naturalmente de la premisa anterior. La principal equivocación de tal noción estriba en la presunción de que el «Parlamento» es descrito suficientemente por llamarlo con ese nombre. El término puede ser usado, y desde luego normalmente es usado, para hacer referencia a las manifestaciones y trabajos visibles de una institución referidos a reuniones y procedimientos y a su composición personal en un momento determinado. Sin embargo, en un sentido más estricto y depurado «Parlamento» expresa un concepto jurídico complejo que connota *inter alia* una masa total de poderes, obligaciones, libertades, facultades, incapacidades y así sucesivamente. Aún más, la pureza absoluta del concepto requiere la descripción de tales características en un momento determinado, pues ellas mismas están sujetas a enmienda y reorganización. La etiqueta «Parlamento» es asociada en último término a una descripción de ese tipo: Desde este punto de vista la idea misma de «Parlamento» debe ser descrita de modo tal que se integre cualquier incapacidad o limitación intrínseca que posea para cualquier fin o materia particular.

Todavía pudiera argüirse que las descripciones, o mejor, definiciones, de la soberanía dadas por Bentham y Austin reflejan al menos uno de los aspectos de la situación constitucional positiva de Inglaterra en el momento en que fueron escritos. Pero a pesar de lo atractivo que pueda a primera vista parecer impregnar una teoría acerca de la natu-

raleza del derecho con un componente «realista» centrando la atención sobre los rasgos observables del proceder jurídico de un sistema concreto, tal planteamiento está condenado a fracasar como análisis general de la naturaleza del derecho positivo. La noción de soberano o de cuerpo soberano, en particular, es insuficiente en ciertos aspectos fundamentales como base de una explicación de la autoridad jurídica. A los efectos del estudio del derecho la existencia específica de una institución no debe ser identificada con su propia significación jurídica funcional. Y debe tenerse más cuidado aún en evitar tal identificación en el caso de instituciones jurídicas que poseen limitaciones funcionales y geográficas como es el caso, por ejemplo, del relativamente jerarquizado sistema de autoridad jurídica que prevalece en Inglaterra.

SOBERANIA, MANDATO Y SANCION

La estrecha interrelación de estas tres nociones resulta clara de las definiciones básicas de Austin. Cada una resulta poder definirse en términos de las otras. El ámbito potencial de cada una se determina por la presunción de que las otras pueden ser descritas con fórmulas precisas. Ya se ha visto³⁶ que la idea de «mandato» influye en los rasgos característicos del cuerpo soberano del que se supone que emana. La relación entre soberanía y sujeción se extiende hasta definir al mandato del soberano en términos de sanción coercitiva. Las limitaciones que tal planteamiento produce son mayores que la aparente claridad o dilucidación que pueda ofrecer. Un intento tal de clarificar en la definición puede resultar de hecho obscurecedor.³⁷

A pesar de la afirmación de Austin en relación con las ideas de mandato, deber y sanción de que «cada una de ellas es un nombre para la misma noción compleja»,³⁸ su doctrina, como señala Raz, excluye la posibilidad de toda relación in-

terna entre leyes, lo cual constituye un elemento necesario de un sistema jurídico. Con «relación interna entre leyes» Raz se refiere a «la relación entre leyes una o más de las cuales está referida o presupone la existencia de las otras». «La teoría del sistema jurídico de Austin es virtualmente un derivado de su definición de "ley". Tanto la teoría como la definición giran en torno y presuponen la aplicabilidad de un concepto —el concepto de soberanía».³⁹

MANDATO, IMPERATIVO Y OBLIGACION

Austin describe lo que quiere decir con «mandato» de esta forma: «Si tú expresas o formulas un deseo de que yo haga u omita algún acto, y vas a infligirme un daño en caso de que no cumpla tu deseo, la expresión o formulación de tu deseo es un mandato. Un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por el estilo en que el deseo se manifiesta sino por el poder y el propósito por parte del que lo emite de infligir un daño o castigo en caso de que el deseo no sea atendido».⁴⁰ Así, para Austin una «expresión de deseo» o una manifestación de voluntad se caracteriza por llevar aparejado un «daño» en el supuesto de que no se cumpla. Si el daño no se anuncia ni se desea para el caso de desobediencia, tal expresión de voluntad no constituye un mandato, aunque haya sido formulada en términos imperativos. Austin hace notar que el derecho (o la ley) tiene algo que ver con lo que se prescribe que pase, con lo que tiene que pasar, siendo tal prescripción la manifestación de la expresión o acto de voluntad en cuestión. Pero para hacer de él un acto jurídico es preciso añadirle algo. Por esta razón la persona o cuerpo de personas de las que se supone que emana el mandato es llamada soberano, e investida con las

³⁶ Raz, *op. cit.*, p. 6.

³⁶ Ver, pp. 101-102.

³⁷ Ya se han dado algunas de las críticas al uso por Austin de la noción de sanción. Ver p. 104. Ulteriores críticas se encontrarán en la introducción al punto de vista de Kelsen sobre la naturaleza del derecho, Ver cap. 6, pp. 151-154.

⁴⁰ *Province of Jurisprudence Determined*, pp. 13-14. La formulación puede compararse y ser contrastada con el enfoque de Olivecrona, que al mismo tiempo crítica la noción de mandato como generadora del derecho y subraya las formas particulares que pueden observarse durante la creación y promulgación del derecho, a fin de que pueda tener las consecuencias psicológicas requeridas. Ver *Law as Fact* (1.ª ed., 1939), La fuerza vinculante del derecho. (Hay trad. Española, *El Derecho como Hecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires.)

³⁸ Ver, p. 104.

características descritas en este capítulo. Para dar cuenta del elemento de coerción en el derecho la sanción es conectada de forma muy simple con el incumplimiento del mandato. Cuando vayamos a considerar la explicación del derecho dada por Kelsen, se verá que los mismos elementos básicos —acto de voluntad y sanción— pueden ser tratados de modo muy diferente de forma que puedan ser evitadas las insuficiencias de la teoría de Austin. Es interesante hacer notar que dos de los primeros críticos de la teoría del «mandato» de Austin sustentan posiciones distintas. Kelsen y Olivecrona basan sus teorías sobre la naturaleza del derecho en cierto tipo de elemento imperativo, pero difieren mucho en sus concepciones básicas del derecho y en relación con la manera en que los elementos básicos del derecho han de ser dispuestos y explicados a fin de dar adecuada cuenta de su naturaleza.

La insuficiencia que lleva consigo la naturaleza superpersonalizada e inflexible del soberano de Austin es similar en sus implicaciones al papel también insatisfactorio que se hace jugar a la noción de mandato en la teoría imperativa del derecho. La noción de soberanía determinada y la emisión de mandatos desde tal fuente son ambas aspectos de la misma búsqueda vana: el deseo de encontrar la fuente del derecho en términos de descripción fáctica, de explicar los elementos de un sistema jurídico en términos de causa-efecto referidos a instituciones específicas del derecho positivo.

El producto del mandato del soberano o superior político es el deber jurídico. Pero para Austin este deber no es de una clase realmente estipulativa, intencional o prescriptiva. La fuerza vinculante de su noción de deber consiste en que se va a producir (o hay probabilidad fáctica de que se produzca) una violencia real; no consiste en una obligación jurídica. Para Austin el sujeto de un sistema jurídico es «obligado» por el mandato del soberano.⁴¹ Tal explicación no es en esencia diferente de aquella en que un asaltante de bancos amenaza a un cajero con un arma, diciéndole o sugiriéndole que el arma será usada si el cajero no da cumplimiento a su petición. Las órdenes coercitivas de este tipo, multipli-

⁴¹ Para una explicación lúcida de la distinción entre «ser obligado» y «tener una obligación», ver HART, *The Concept of Law*, pp. 80-88; Ver también, *infra*, capítulo 5, p. 129.

cadas y ampliadas hasta una masa enorme de órdenes respaldadas por amenazas se supone que representan todo el derecho de un Estado. Es cierto que una orden coercitiva connota un elemento imperativo en el derecho junto a una apreciación de la naturaleza coercitiva de las normas jurídicas a diferencia de otros tipos de normas. Es preciso reconocer a Austin el haberlo subrayado. Sin embargo, aquí puede verse un claro ejemplo de exageración en el paso desde las especulaciones metafísicas y apriorísticas del derecho natural al planteamiento a ras de tierra del positivismo basado estrictamente en afirmaciones y observaciones fácticas. La condición de «ser obligado» consiste en el hecho de cierta violencia que consigue el efecto deseado. Puede ser expresado como hecho observable el que A ha sido forzado o compelido por B a hacer u omitir algo; podemos emitir el enunciado del resultado fáctico, de causa-efecto, de que A ha sido *obligado* por B a seguir tal conducta. Por el contrario, el enunciado de que A tiene una obligación jurídica respecto de B no se presta en sí mismo a este tipo de descripción fáctica. Un enunciado de obligación jurídica se hace sobre la base de una propuesta aceptada relativa a lo que *debe* ser hecho en ese caso, lo que *debe* suceder. Es un enunciado basado en la naturaleza prescriptiva del derecho. Una persona puede ser obligada a hacer algo sin estar obligado a hacerlo; desde luego estas dos situaciones coincidirán solamente en la aplicación específica de una sanción jurídica, e incluso en tal caso la noción de «ser obligado» para dar cuenta de la obligación jurídica misma resulta forzada, y a veces incluso totalmente disparatada. La aplicación de una sanción jurídica está condicionada en sí misma por la norma jurídica que la prevé. Y al contrario, una persona puede estar obligada a hacer algo sin ser nunca de hecho obligada a hacerlo. Por lo tanto se necesita algo más sutil para dar cuenta de la obligación jurídica —algo distinto de la consideración causal de la violación del deber jurídico y la aplicación probable de la sanción jurídica.

Olivecrona⁴² toma como blanco de su crítica una teoría

⁴² *Law as Fact*, *op. cit.*, cap. 1, pp. 30 a 49. Ver también HART, *The Concept of Law*, cap. 2, «Leyes, mandatos y órdenes».

que mantiene que el derecho consiste en mandatos del Estado, y que representa al derecho como la voluntad del Estado. Subraya que un «mandato» es algo más que una mera declaración de voluntad. «Un mandato es un acto a través del cual una persona busca influir la voluntad de otra». De la teoría imperativa del derecho dice que es «defendible como explicación del derecho si puede demostrar que las normas jurídicas son los mandatos de cierta persona o personas pertenecientes a la organización estatal... El Estado es una organización. Pero de una organización no puede decirse que como tal emita mandatos».

UNA VISION ATOMISTA DEL DERECHO

Una observación final que debe ser hecha en relación con toda forma de teoría imperativa del derecho se refiere a su naturaleza atomista. Tanto Bentham como Austin se ocupan de «la ley» y de la definición y características de las leyes particulares. Como tal, sus puntos de vista exigen explicar el derecho en términos de agregado de un montón de casos particulares cada uno de los cuales se supone que posee los rasgos que ellos definen. Este aspecto de sus teorías debe ser tenido en cuenta cuando se confronten con análisis que conciben el «derecho» inicialmente en términos generales y que proceden a explicar los casos particulares sólo tras haber examinado completamente el concepto general.⁴³

Es de algún modo paradójico que estos primeros intentos de llegar a una explicación satisfactoria del derecho a través de un enfoque positivista hayan acabado por considerarse inadecuados como teorías generales y universales de los derechos positivos sobre los que se han concentrado.

⁴³ Ver más en RAZ, *op. cit.*, cap. 2. También cap. 3.