

JUAN RAMON DE PARAMO ARGÜELLES

**H. L. A. HART
Y LA TEORIA ANALITICA
DEL DERECHO**

Prólogo de
Gregorio Peces Barba



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID 1984

de Bentham. Así, dice Raz, refiriéndose al concepto originario de soberanía de Bentham: «No dió ninguna explicación de la soberanía dividida. No sugirió ninguna manera de decidir cuando cierto poder jurídico es parte de un poder soberano, y si lo es, de cual. Ni explicó cuáles son las relaciones, si hay algunas, entre los viejos 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 suscribir tal teoría» (118). La indivisibilidad e ilimitabilidad serán las dos características fundamentales del inflexible y rígido concepto de soberanía en la obra de Austin.

Para Bentham, el concepto de ley implica la autoridad de un soberano para respaldarla, ya sea por definición o cuando el propio soberano emitió su formulación —o solamente por adopción— cuando no es el propio soberano quien la emite inmediatamente, sino otra persona; el soberano la adopta, bien antes de su emisión —preadopción—, bien después —subrogación. Como dice J. Finch: «... el soberano, aunque es directamente responsable de la creación de algo del Derecho positivo, también asume o adopta órdenes emitidas por otros» (119). La validez de los actos jurídicos adquiere su carácter en función del respaldo de la autoridad del soberano. Refiriéndose a los mandatos emitidos por distintos profesionales en relación a sus subordinados, Bentham dice: «... tanto en unos casos como en otros la empresa de hacerlos cumplir por la fuerza es privativa en último término del soberano» (120). Es el soberano quien monopoliza el uso legítimo de la fuerza y quien condiciona la validez de los actos jurídicos.

3. J. Austin y la Teoría del Derecho como mandato del soberano

3.1. Introducción general

La concepción que Austin tiene del Derecho se puede enmarcar dentro de la tradición positivista inglesa, tradición que, como hemos visto, concibe al Derecho como mandato. Austin sistematiza y ordena —aunque

(118) Cita de J. Finch, op. cit., pág. 103. La cita es tomada de J. Raz, *The Concept of a Legal System*, O. U. P., 1970, pág. 10.

(119) J. Finch, op. cit., pág. 109.

(120) J. Finch, op. cit., pág. 110, J. Bentham *Of Laws in General*, op. cit., cap. II, págs. 22-23.

muchas veces de forma rígida, siguiendo e impulsando la metodología de la jurisprudencia analítica de clarificación y ordenación de las nociones jurídicas fundamentales, así como sus interconexiones lógicas— todo el legado jurídico que Bentham dejó, legado —por otra parte— mucho más rico y flexible (121).

La importancia de la obra de Austin en la formación de la Teoría del Derecho contemporáneo ha sido subrayada por numerosos autores (122). En España, ha sido el profesor González Vicen, en su estudio preliminar a la traducción de «On the Uses of the Study of Jurisprudence», quien ha destacado esta idea, sobre todo en «la idea de que todo Derecho posee una estructura formal idéntica, y que esta estructura se expresa en un repertorio de «principios» o conceptos fundamentales, que se encuentran, por ello mismo, en la base de todo orden jurídico pensable» (123). La noción de «sistema» como la arquitectura o forma inmanente de los diversos ordenamientos jurídicos concretos, tiene un precedente claro en Savigny y sus discípulos, aunque para Austin el fundamento del Derecho es racional y abstracto, y no histórico. El otro factor que determina la plataforma metodológica de la Ciencia Jurídica en Austin es la llamada «teoría de las verdades

(121) Es a partir del descubrimiento de Charles Everett, en 1945, de la obra de Bentham cuando se aprecia realmente la deuda intelectual de Austin con Bentham. Pero no es sólo este precedente el que influye en Austin. Vid. Hart, *Introduction*, pág. 16, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit. Por otro lado, la influencia de Austin ha sido notable en juristas ingleses tales como Amos, Clark, Markbly, Hearne, Holland y Salmond, en americanos como Gray, y en juristas continentales como Kelsen. Sobre este tema, vid. Truyol y Serra, *John Austin et la philosophie du droit*, Archives de Philosophie du Droit, XV, págs. 151-163, especialmente págs. 160 y ss. También, vid. Cattaneo, op. cit., págs. 284 y ss., y también Mario A. Cattaneo, *J. Austin*, Materiali per una storia cultura giuridica, vol. VIII, 1/1978, Il Mulino, págs. 68-85. Sobre las relaciones de Austin con la ciencia jurídica alemana de su tiempo, así como sobre la influencia de los pandectistas en su obra, vid. A. B. Schwarz *John Austin and the German Jurisprudence of his time*, Política, vol. I (1934-35), págs. 178 y 195-6.

Por otro lado, es necesario subrayar la tesis de que la obra de Austin tiene un carácter mucho más conservador que la obra de Bentham. Mientras que la preocupación fundamental de éste fue la reforma legislativa (en sus palabras, la «jurisprudencia crítica»), la de Austin fue la Teoría del Derecho (análisis del Derecho tal y como es). Vid. Cattaneo, op. cit., pág. 226. Truyol, op. cit., pág. 153. La tesis de Hart de la falta de originalidad de la obra de Austin puede confrontarse con la tesis contraria sustentada —a mi juicio, débilmente— por A. Agnelli, en *J. Austin alle origini del positivismo giuridico*, Giappichelli, 1959, quien, por otro lado, tiene el mérito de haber introducido los temas de la Jurisprudencia analítica en el ámbito académico italiano.

(122) V. Mario A. Cattaneo, *J. Austin*, op. cit., págs. 62-85, especialmente, pág. 80, donde se subraya la influencia de la obra de Austin en la Teoría del Derecho inglesa y continental.

(123) F. Glez. Vicen, estudio preliminar de *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951.

jurídicas» que aparece en Alemania a principios de siglo y que viene a defender unos principios formales inmutables —obtenidos inductivamente de las características empíricas de los diversos ordenamientos— cuyo estudio y definición constituyen el objeto de la Ciencia Jurídica (124). Para Austin, «lo único susceptible de conocimiento científico en el Derecho Positivo es su estructura, mientras que su contenido sólo puede ser objeto de un conocimiento particular» (125).

Es decir, el objeto de la Ciencia del Derecho —que en el sentido que estamos utilizando corresponde a la Teoría General del Derecho—, está constituido por una serie de conceptos formales y por las relaciones formales y lógicas entre ellos. Así, dirá Austin:

«... los diversos principios comunes o sistemas más perfectos —o bien las numerosas analogías que se dan entre ellos— contribuyen el objeto de una amplia ciencia, la cual, en contraposición, de un lado, a la jurisprudencia nacional o particular, y, de otro, a la ciencia de la legislación, ha sido llamada jurisprudencia general o comparada, o bien filosofía —o principios generales del Derecho Positivo—» (126).

Más adelante dice: «Entiendo, pues, por Jurisprudencia general la ciencia que expone los principios, nociones y distinciones comunes a los sistemas de Derecho; comprendiendo por sistemas de Derecho aquellos sistemas más amplios y perfectos que, por razón de su perfección y amplitud, mayor doctrina poseen» (127).

La Jurisprudencia analítica de Austin —que viene a ser una filosofía analítica del Derecho—, divide —como antes lo hizo Bentham— al separar una jurisprudencia *ensorial* o *deontological* de una jurisprudencia *expository* lo que el Derecho *es* y lo que el Derecho *debe ser*, entre Derecho posi-

(124) En este sentido se expresa Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 13 th, ed. Oxford, 1924, pág. 5 (ed. or. 1880).

(125) Glez. Vicén, op. cit., pág. 22. A pesar de todos los argumentos que pueden ser utilizados para defender la tesis que considera la obra de Austin como teoría del Derecho, ha habido muchos autores que han criticado su obra sin considerarla como una obra de Teoría General del Derecho, ya que para estos autores Austin no suministra, desde un punto de vista teórico, la definición de una sociedad política independiente o de su poder soberano, sino que simplemente se trata de una equívoca descripción y generalización de un modelo político occidental concreto. Así, Maine *Early History of Institutione*, London, 1875, cap. XII y XIII y Bryce's *Studies in History and Jurisprudence*, London, 1901, vol. II, Ensayos X y XII. Una bibliografía de obras clásicas sobre Austin puede encontrarse en el prólogo que Hart ha escrito como introducción a la obra *The Province...*, op. cit.

(126) Austin, op. cit., pág. 28.

(127) Austin, op. cit., pág. 31.

tivo y ciencia de la legislación (128). La tesis que se deduce de esta división teórica y metodológica, es la tesis —en el ámbito de la teoría del Derecho— de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral. Esta tesis tendrá notable influencia en la obra posterior de Hart, como él mismo lo ha reconocido (129).

Toda la concepción de Austin sobre el Derecho se fundamenta en el análisis y ordenación de algunos conceptos jurídicos claves para la explicación de los sistemas jurídicos, una vez que ha distinguido las características diferenciadoras del Derecho Positivo y de los preceptos confusos de la religión y la moral. Para Austin, existen dos conceptos jurídicos de los que se pueden derivar todos los demás: en primer lugar, *el mandato* («expresión de un deseo por una persona que tiene el propósito, y algún poder, de infligir un daño en el caso de que el deseo no fuera respetado»); en segundo lugar, *el hábito de obediencia* a determinada persona. Sobre estos dos conceptos gira el entramado de los Ordenamientos Jurídicos, así como el resto de las siguientes definiciones:

a) «*Estar bajo un deber u obligación*»: ser responsable de un daño en el caso de desobedecer el mandato de determinada persona.

b) «*Sanción*»: el daño que probablemente será impuesto en el caso de un mandato desobedecido. Una de las claves para comprender la crítica de Hart a Austin, independientemente de su crítica del concepto de soberanía, es la crítica que Hart lleva a cabo, a lo largo de «C. D.», de la concepción austiniana de las sanciones y de las normas jurídicas como órdenes respaldadas por amenazas. Para Austin, la sanción es definida de la siguiente forma: «El daño que será probablemente aplicado en caso de que un

(128) Un interesante y reciente análisis de Austin-jurista como filósofo analítico se encuentra en Alan R. White, *Austin as a Philosophical Analyst*, ARSP, Bd. LXIV/3 (1978) págs. 379-399. También, matizando el tipo de análisis filosófico, vid. G. Maher *Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law*, ARSP, op. cit., págs. 401-416.

(129) H. L. A. Hart, *Derecho y Moral...*, op. cit., pág. 12. En una nota final de la quinta *Lecture* de Austin, después de criticar a diversos autores que no distinguen y confunden el Derecho Positivo con la Ciencia de la Legislación, y el Derecho Positivo con la Moralidad Positiva (sobre todo, Hooker y Blackstone), Austin dice: «La existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra». Austin, *The Province*, op. cit., *Lecture V*, págs. 179-180. Un resumen de las tesis principales de Austin contenidas en *The Province* se puede leer en Mario A. Cattaneo, *J. Austin*, Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. VIII, 1/1978, II Mulino, págs. 133-45. Próximamente, aparecerá en la Ed. Nacional la traducción al castellano de esta obra fundamental de la Teoría analítica del Derecho, junto con una introducción, trabajo llevado a cabo por el autor de estas líneas. Un reciente trabajo sobre Austin puede verse en W. L. Morison, *John Austin*, Stanford, California, Stanford Univ. Press, 1982, en el que se lleva a cabo una nueva defensa de Austin contra Hart.

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» (130). Como señala J. Finch (131), 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. Austin representa la expresión jurídica del pensamiento liberal, defendiendo una concepción garantista y represora del Derecho, sin tener en cuenta las diferentes funciones sociales que las normas jurídicas pueden proyectar. En este sentido, es importante la revisión a la que es sometido por Hart (132), especialmente al explicar la estructura de las normas que «confieren poderes» y en su crítica a la concepción de las normas entendidas como órdenes respaldadas por amenazas. Del mismo modo, la identificación de Austin entre una sanción y la nulidad de un acto inválido civil es rechazada por Hart: «... entender la idea de sanción hasta incluir la de nulidad es una fuente (y un signo) de confusión... la nulidad no puede... ser asimilada a un castigo establecido por una regla como estímulo para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohíbe. En el caso de una regla del Derecho penal podemos identificar y distinguir dos cosas: un cierto tipo de conducta que la regla prohíbe, y una sanción destinada a desalentar dicha conducta. Pero ¿cómo podríamos ver a esta luz actividades socialmente deseables tales como las que cumplen los hombres cuando se intercambian promesas que no satisfacen las exigencias legales en cuanto a la forma? Esto, a diferencia de la conducta desalentada por el Derecho penal, no es algo que las reglas jurídicas que establecen formalidades para los contratos estén dirigidas a suprimir. Simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico. Más absurdo aún es considerar como sanción el hecho de que una medida legislativa no llega a alcanzar el «status» de ley si no obtiene una mayoría necesaria. Asimilar este hecho a las sanciones del derecho penal, equivaldría a concebir las reglas de tanteo («scoring rules») de un juego como dirigidas a eliminar todas las jugadas salvo la conversión de tantos» (133). La crítica de Hart al rígido esquema conceptual de Austin no se podría hacer extensible a la concepción de Bentham de las sanciones jurídicas, concepción mucho

(130) *The Province...*, op. cit., pág. 15.

(131) J. Finch, op. cit., pág. 105. Una exposición del tema de las sanciones en Austin se puede encontrar en esta obra, págs. 104-108.

(132) Sobre todo en el cap. 3 de *El concepto de Derecho*.

(133) C. D., op. cit., pág. 43.

más rica y flexible que engloba tanto las «motivaciones coercitivas» como las «motivaciones seductoras» (134).

Los conceptos jurídicos en Austin mantienen una interrelación muy estrecha: la relación entre soberanía y sujeción se extiende hasta definir el mandato del soberano en términos de sanción coercitiva. Toda la teoría del Derecho de Austin presupone la aplicabilidad del concepto de soberanía. La validez de una norma depende de que haya sido dictada por la autoridad y de acuerdo con el procedimiento correspondiente, en una «cadena de validez» no infinita que termina en una norma jerárquicamente superior dictada por el soberano acerca de cuya competencia no tiene sentido —para Austin— preguntarse por quién ha sido conferida (135).

c) «*Superior*»: persona o personas que compelen a obedecer a otros sujetos.

d) «*Sociedad política independiente*»: sociedad en la que el núcleo de la población tiene un hábito de obediencia a un superior que, a su vez, no tiene hábito de obediencia a otro.

e) «*Soberano*»: es un superior que no tiene hábito de obediencia a otro superior pero que recibe obediencia del núcleo de una sociedad dada.

f) «*Leyes propiamente dichas*»: mandatos que obligan a una persona o personas a seguir una conducta determinada.

(134) Actualmente, es interesante contraponer dos autores que vienen a representar, en el ámbito de la teoría de las sanciones jurídicas lo que en su tiempo, representaron Austin y Bentham. La teoría austiniana de las sanciones negativas (se puede hablar de sanciones sólo con referencia a las sanciones negativas) ha sido exhumada por uno de los teóricos actuales del liberalismo clásico, F. A. Hayek, englobándola en la tesis general de la función predominantemente negativa del Derecho. Por otro lado, ha sido Bobbio quien ha insistido en la crisis de la imagen tradicional del Derecho como ordenamiento protector-represivo, proponiendo una alternativa del ordenamiento jurídico como un ordenamiento con función promocional, en el que tenga cabida un aumento de los estímulos a la ejecución o a la superejecución de mandatos, es decir, de sanciones positivas o, en un sentido más general, de técnicas de alentamiento. Del primero, por ejemplo, se puede consultar, con referencia a este tema, dos obras traducidas al castellano, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, S. A. 1978. Las editoriales originales son, respectivamente, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1959 y *Law, Legislation and liberty, vol. I: Rules and Order*, The University of Chicago Press y Routledge and Kegan Paul Ltd., Londres, 1973. Vid. también N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milan, ed. Comunità, 1977. (ed. cast., *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. I, *Normas y Orden*, Unión Ed., Madrid, 1978).

(135) Este modelo de validez ha sido subrayado por Ernesto Garzón Valdés en *Algunos modelos de validez normativa*, Revista Latinoamericana de Filosofía, vol. III, núm. 1 (marzo 1977), págs. 41-68, en especial, págs. 48-49.

g) «*Derecho positivo*»: Derecho dictado por el soberano y dirigido a los miembros de una sociedad política independiente (136).

Los conceptos de la teoría jurídica de Austin se interrelacionan y complementan lógicamente entre sí, subyaciendo bajo todos ellos, como fundamento último del sistema, la voluntad del soberano.

3.2. *Concepto de soberanía*

La noción de soberanía puede servirnos de guía comparativa con el concepto de soberanía utilizado por Austin. Dice Austin:

«Si un superior determinado, sin hábito de obediencia a otro superior, recibe *obediencia habitual* de la mayoría de una sociedad, entonces, ese superior determinado es *soberano* en esa sociedad, y esa sociedad (incluyendo al superior) es una *sociedad política independiente*» (137).

Bentham había introducido ya un giro metodológico al explicar el concepto de soberanía sin referirse a principios morales, teniendo en cuenta tan sólo criterios fácticos y descriptivos. Los conceptos de «hábito» y «obediencia personal» (obediencia a una persona o grupo específico) son los conceptos clave para el análisis de la «soberanía», (138). Estos dos factores

(136) Las reglas de la conducta humana se dividen, según Austin, en tres tipos: Derecho positivo, moralidad positiva y leyes divinas. Una clasificación más amplia de Austin divide a las leyes en 4 categorías: leyes divinas, positivas (objeto de la ciencia del Derecho), morales positivas y leyes en sentido figurado o metafórico (*The Province...*, págs. 118 y ss.). Un comentario sobre esta clasificación se puede encontrar en Truyol y Serra *J. Austin et la philosophie du droit*, A. Ph. Droit, págs. 154 y ss, 1970 y M. A. Cattaneo, op. cit., págs. 228 y ss. Lo importante de esta clasificación es subrayar la separación entre Derecho y Moral que establece Austin: las célebres palabras de Austin: «La existencia del Derecho es una cosa; otra cuestión es su mérito o demérito», diferencian claramente la validez jurídica de las normas y su obligatoriedad en sentido moral. Un desarrollo más amplio de la clasificación de las leyes en Austin se puede encontrar en el excelente artículo de M. A. Cattaneo, *John Austin*, op. cit., págs. 13-95.

(137) J. Austin, *The Province...*, pág. 194, J. Raz, *The Concept...*, pág. 6. Sobre este concepto de soberanía, vid. J. W. Gerner, *Political Science and Government*, New York, 1928, págs. 179 y ss. W. A. Dunning *A History of Political Theories. From Rousseau to Spencer*, New York, 1926, pág. 226. H. Sidgwick, *The Elements of Politics*, 4 th. ed. Londres, 1919, págs. 651 y ss. El Derecho para Austin tiene la condición de tal por la sanción que le presta el soberano en su condición de superior político. Sobre este concepto, W. J. Brown, *The Austinian Theory of Law*, Londres, 1926, págs. 331 y ss.; C. A. W. Manning, *Austin Today; or the 'Province of Jurisprudence' reexamined*, en *Modern Theories of Law*, London, 1933, págs. 186 y ss.

(138) Para Austin, la obediencia relevante para la existencia de un Ordenamiento Jurídico, es la obediencia personal a una persona o grupo de personas concreto. Este criterio está realmente muy poco elaborado; el tema de la «duración» de los Ordenamientos Jurídicos no puede ser entendido teniendo en cuenta el punto de vista de la obediencia personal. En este senti-

señalados por Bentham son reformados por Austin, si bien éste se separa de aquél en dos importantes puntos:

a) Mientras que Bentham trata de delimitar e identificar la sociedad política, Austin trata de identificar una *sociedad política independiente*, que junto a la condición positiva (el núcleo de la población obedece habitualmente al soberano) establece una condición negativa (ausencia de obediencia por parte del soberano) (139).

b) Por otro lado, el concepto de «soberano» en Austin tiene cuatro características principales:

1. *No subordinado*: el poder del soberano no puede estar conferido ni ser revocado por el Derecho.
2. *Ilimitable*: el soberano puede legislar sobre cualquier asunto sin estar sometido a ningún deber jurídico. Para Austin, «el supremo poder limitado por el Derecho Positivo es una clara contradicción» (140).

do, es interesante la crítica de J. Raz, op. cit., págs. 33-35, así como su diferenciación entre «legal system» y «momentary legal system». Bentham estudia el tema de la «duración» de los sistemas jurídicos con mayor flexibilidad y lucidez; las nociones de «adopción», «preadopción» y «subrogación» por parte del soberano de las órdenes emitidas por otros, suministran una explicación más adecuada —aunque no suficiente— de la naturaleza continua de un sistema jurídico en la medida en que el soberano hereda los mandatos de sus predecesores y proyecta los suyos hacia sus sucesores. Austin no ha explicado suficientemente la continuidad jurídica de los Ordenamientos, ya que habla simplemente de una persona o grupo de personas a los que se obedece habitualmente y de un título genérico a la sucesión. Una crítica de esta explicación puede verse en H. L. A. Hart, *C. D.*, págs. 64 y ss.

(139) El concepto de «sociedad» de Austin es criticado por Raz, op. cit., págs. 17 y 18. Para Raz, el intento de Austin de definir al legislador supremo por referencia directa al fenómeno social del hábito de obediencia, fracasa. La idea de «hábito de obediencia» ha sido criticada por su incapacidad de dar una explicación del Ordenamiento Jurídico. Hart (cap. IV, págs. 50-60) establece una distinción importante entre hábitos y normas, diferenciación analítica que conlleva dos tipos de metodologías: el hábito implica observación de hechos físicos, regularidades observables, mientras que el cumplimiento de las normas no se puede reducir a meras coincidencias fácticas (no es que se trate de explicar, como alguien pudiera pensar, el por qué la gente obedece al Derecho —asunto ajeno a la teoría del Derecho— sino de explicar la propia naturaleza y estructura del Derecho en función del análisis de las normas y del Ordenamiento Jurídico).

(140) *The Province*, op. cit., pág. 254. Una crítica del carácter «ilimitable» de la soberanía en Austin, puede verse en J. Raz, op. cit., págs. 27-33. Para Austin sólo se puede limitar un poder imponiendo un deber jurídico que prohíba el uso del poder en cuestión. «Por consiguiente, —dirá Raz—, él confundió la falta de poder con la existencia de un deber», op. cit., pág. 28. Es decir, la concepción de que el soberano no puede ser sometido a ningún deber jurídico, significa para Austin que los poderes legislativos del soberano son ilimitables. La identificación entre limitación jurídica y existencia de un deber jurídico es puesta también de manifiesto por

3. *Unico*: en cada Ordenamiento Jurídico no puede haber más de un soberano.
4. *Unitario*: aunque el ejercicio del poder soberano puede ser dividido, la soberanía no se disgrega, ya que está concentrada en una persona o cuerpo de personas (141).

En Bentham habíamos visto que el concepto de soberanía era no-subordinado y único, aunque en su obra cabía la teoría de la limitación jurídica del soberano —por convención expresa—, al igual que la discusión de su carácter unitario.

3.3. *Concepto de Derecho y Teoría del Ordenamiento Jurídico*

Desde el punto de vista de la Teoría del Derecho la existencia de un Ordenamiento Jurídico presupone la existencia de ciertos criterios que determinan la verdad o falsedad de enunciados sobre la vigencia o inexistencia de ciertos Ordenamientos Jurídicos. Para Austin, los criterios de existencia de un Ordenamiento Jurídico se derivan de su concepción jurídico-descriptiva de la soberanía; un Ordenamiento Jurídico existe si, y solo si:

Hart al referirse a Austin: «El argumento de Austin contra la posibilidad de una limitación jurídica del poder del soberano se apoya en la suposición de que estar sometido a tal limitación es estar sometido a un deber». C. D., pág. 307. Esta característica también es subrayada por Salmond, *The First Principles of Jurisprudence*, London, 1957, pág. 137. Para Raz, la teoría de la soberanía ilimitable no puede explicar el carácter jurídico de ciertas leyes constitucionales (por ejemplo, las normas que adscriben derechos y deberes al soberano o determinan su capacidad para tener derechos y deberes legislativos). En este sentido, vid. E. Garzón Valdés, *Acerca de las limitaciones legales del soberano legal*, Sistema 43/44, Madrid, 1981, págs. 43-56.

(141) Para Hart, aparte de la condición negativa de no obediencia por parte del soberano, la teoría de la soberanía de Austin se separa de la concepción de Bentham en dos características que pueden ser enunciadas de la forma siguiente:

a) el poder soberano productor de normas jurídicas mediante mandatos es incapaz de limitación jurídica.

b) en todas las sociedades políticas el soberano es un individuo o grupo de individuos.

Las dos tesis tienen para Hart tres consecuencias que, a su vez, excluyen las tres tesis siguientes:

1. La limitación jurídica del poder soberano.
2. La división del poder soberano.
3. La pluralidad de soberanos con plenos poderes independientes dentro de una misma sociedad política.

El propio Hart reconoce que es fácil demostrar la fragilidad conceptual de la soberanía en Austin, al poner como ejemplo la constitución de los Estados Unidos. *Bentham on Sovereignty*, op. cit., pág. 329.

- 1) Su supremo legislador es habitualmente obedecido (criterio de la eficacia).
- 2) Su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie.
- 3) Su legislador supremo es jerárquicamente superior respecto de los casos regulados jurídicamente y sometidos a sanción.
- 4) Todas las leyes han sido producidas por una persona o grupo de personas (soberano), al menos, en última instancia (142).

La existencia de una sociedad política queda reducida a un esquema excesivamente simple. La complejidad de la estructura jurídica de un Ordenamiento de tipo occidental no es analizada con agudeza. Las relaciones jurídicas y los criterios determinantes de la existencia de un sistema jurídico se reducen a unos esquemas simples que derivan de definiciones rigidamente delimitadas (143).

Mientras que los criterios de existencia determinan la verdad o falsedad de los enunciados sobre la existencia/inexistencia de un Ordenamiento Jurídico, los criterios de identidad determinan la pertenencia o no de las leyes a un Ordenamiento Jurídico, es decir, mediante ellos se puede responder a la siguiente pregunta: ¿qué leyes componen un sistema jurídico (144).

En la obra jurídica de Austin, los criterios de identidad y pertenencia se derivan del llamado «principio del origen», es decir, tanto la pertenencia de las leyes a un Ordenamiento Jurídico como la identidad del propio Ordenamiento, están completamente determinadas por el origen de las normas

(142) Como señala Raz, los criterios de existencia del Ordenamiento Jurídico en Austin, no se basan únicamente en el principio de la eficacia, sino que subrayan también la superioridad e independencia del supremo legislador. Para una crítica del concepto de independencia del soberano, v. Raz, op. cit., págs. 41-42-43. Muchos críticos han señalado la confusión de Austin entre el concepto político y el concepto jurídico de soberanía. Así, por ejemplo, A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, págs. 72-74, Londres, 10th., 1964; Brown, *The Austinian Theory of Law*, pág. 276, Londres, 1920 W. W. Buckland, *Some Reflections on Jurisprudence*, C. U. P., 1949; J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, pág. 79, Beacon Press, Boston, 2 nd. ed., 1963; Salmond, *The First Principles of Jurisprudence*, pág. 131, Stevens, Maynes, Londres, 1893.

(143) La crítica fundamental de Hart a Austin se basará en intentar construir una teoría del Derecho que tenga en cuenta una mayor complejidad del sistema jurídico, entendido como un sistema de reglas dentro de reglas, que implica una aceptación general de una regla de reconocimiento, simple o compleja, que define la manera en que las reglas ordinarias del sistema son identificadas. Las nociones de «soberano» y «hábito de obediencia» son substituidas por Hart por nociones más complejas. Hart, pág. 12, *Introduction, The Province...*, op. cit.

(144) En este sentido, J. Raz, op. cit., págs. 19-22. También se puede hablar de las normas recibidas como autorizaciones del soberano para recibir como ley una norma producida por otro órgano distinto.

(conjunto de hechos que producen su existencia). Este criterio identificador está compuesto por tres características:

a) El origen de toda norma jurídica presupone un acto de legislación (según Austin, un comportamiento deliberado que expresa el deseo de que otras personas se comportarán de cierto modo).

b) Todas las normas jurídicas tienen una última fuente (legislador supremo o soberano).

c) La existencia continua de la última fuente es una condición necesaria para la existencia de todas las normas del Ordenamiento Jurídico.

Claro está que no toda la legislación está directamente emitida por el soberano. Cabe también la legislación delegada, basada en las leyes que confieren poderes legislativos y explicables en función de las normas de «obediencia» dirigidas al delegado: el soberano, al delegar, impone deberes de obediencia a los súbditos con respecto al delegado.

Para Austin, como hemos visto antes, el poder del soberano es único y unitario. Su criterio de identidad, al estar basado en el origen de la producción normativa, presupone la unidad de la soberanía (145).

Los criterios de identidad defendidos por Austin presuponen al Ordenamiento Jurídico como un sistema cerrado, donde el juez cumple simplemente una actividad mecánica, ajena a cualquier tipo de función creativa (146). La ficción de Blackstone (los jueces «encuentran» y no crean el Derecho) retoma nuevas fuerzas en la concepción analítico-formalista aus-

(145) Para Raz, la concepción de Austin no garantiza la unidad de la soberanía, tesis que implica el abandono de su criterio de identidad. Asimismo, Raz critica la concepción austiniense de los mandatos tácitos, es decir, la teoría que sostiene que el origen de toda norma jurídica presupone un acto de legislación, sustituyendo esta concepción del Derecho por una más amplia en la que el soberano no es el productor directo o indirecto de la legislación, sino el agente externo que hace cumplir los mandatos; así, el Derecho sería un Ordenamiento normativo, institucionalizado y coercitivo. Esta concepción ha sido sostenida por numerosos autores; cito, entre los clásicos ingleses a Holland (*The Elements of Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 10th edn., 1906), cuando dice que el Derecho es «una regla general de acción externa obligada a cumplir por una autoridad política soberana», pág. 401, op. cit. Entre los filósofos del Derecho españoles cito a Elías Díaz en su definición del Derecho como «sistema normativo dotado de una coacción formalizada e institucionalizada» (*Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, 1977, pág. 15).

(146) Muchos autores de lengua inglesa han reflejado esta concepción de Austin: R. Pound, *Law and Morals*, Univ. North California Press, 1926, págs. 41-42; Stone, *The Province and Function of Law*, Sidney, 1950, págs. VII, 3, 49, 141; Friedmann, *Legal Theory*, III ed. London, 1953, págs. 154-209-294; Vinogradoff, *Common Sense in Law*, O. U. P., 1949, págs. 24 y ss; Allen, op. cit., pág. 3.

tiniana. Sin embargo, esta doctrina, ampliamente defendida en el ámbito del positivismo jurídico y siempre referida a Austin en el marco de la Teoría del Derecho analítica inglesa, ha sido rechazada, entre otros, por Hart y Agnelli, no ya en su contenido sustantivo y doctrinal, sino en su marco referencial, al sostener que la concepción mecánica de la actividad judicial no es defendida por Austin. Es interesante a este respecto, como ha señalado Cattaneo (147), la diferenciación conceptual entre fuente formal y fuente sustancial del poder judicial: formalmente, los jueces derivan su poder del soberano, mientras que, sustancialmente, desde el punto de vista del contenido de su función, se puede afirmar que los jueces crean derecho, concepción admitida por Austin sobre todo en el tratamiento de la naturaleza jurídica de la costumbre y que rebate las clásicas visiones de la Teoría del Derecho analítica (148).

El carácter jurídico de las normas está determinado, pues, por la fuente de origen de la producción normativa, es decir, por el soberano. Sobre la objeción de la costumbre como fuente del Derecho, Truyol, en referencia a Austin, dice: «Austin prevé, por cierto, la objeción fundada sobre la importancia de la costumbre en el Derecho. Responde en términos perfectamente hobbesianos. La costumbre no es más que la moralidad positiva. Se positiviza por la aplicación de los tribunales que actúan como órganos del Estado. Es el Estado quien, expresa o tácitamente, hace de la costumbre una fuente del Derecho» (149).

3.4. Teoría del Ordenamiento Jurídico. Estructura

El problema de la estructura del Ordenamiento Jurídico, problema central de la teoría del Ordenamiento Jurídico, no fue tratado con suficiente amplitud por Austin. La concepción del Derecho como mandato presupo-

(147) Cattaneo, op. cit., págs. 260 y 261.

(148) *The Province...*, op. cit., págs. 31-33. El Derecho tiene siempre como fuente, en última instancia, al poder político. La condición de Derecho Positivo se debe a la sanción que le presta aquel soberano en su calidad de superior político», *The Province...*, págs. 96-155-235, cit., por Glez. Vicen en *El Positivismo...*, op. cit., pág. 53. Vid. Gregorio Peces-Barba, *Libertad. Poder, Socialismo*, ed. Civitas, Madrid, 1978, especialmente págs. 219-239.

(149) A. Truyol, *J. Austin et la philosophie du droit*, op. cit., pág. 157. Austin reconoce la importancia que tiene la costumbre jurídica y el Common Law. Sin embargo, y teniendo como precedente a Hobbes, considera que son los tribunales los órganos del Estado que elevan la costumbre de moralidad positiva a fuente del Derecho. La preeminencia del Derecho judicial en Inglaterra debe ser tenida en cuenta como fuente primordial del Derecho. El Derecho inglés es, todavía, fundamentalmente, un Derecho jurisprudencial y no —como a veces se ha dicho— un Derecho consuetudinario. Vid. Austin, *The Province...*, op. cit., pág. 32.

ne una visión atomística del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en el que cada norma se constituye como un mandato con unidad independiente, cuya existencia, significado o aplicación no está afectada lógicamente por otras normas.

Austin concibió las relaciones internas entre las normas jurídicas como relaciones punitivas; para que exista una norma jurídica completa debe contener una parte imperativa y una parte punitiva. Como dice Raz, «una norma jurídica que contiene solamente una parte imperativa no es una norma jurídica independiente, a menos de que exista una correspondencia con una norma jurídica punitiva» (150). Otro tipo de relaciones destacables en la obra de Austin serían las relaciones genéticas entre dos normas, es decir, una relación entre una norma A y otra B, siendo B uno de los hechos que contribuyen a la creación de la norma A (relación entre una norma subordinada y la «obedience law» que autoriza su legislación) (151).

3.5. *El Derecho como mandato y la teoría imperativa del Derecho*

En contraste con Bentham, Austin opina que tan sólo los mandatos generales pueden ser normas jurídicas; la noción de «regla» es considerada como un tipo de mandato, y para que exista tal mandato es necesaria la existencia de un daño o sanción en caso de desobediencia. La forma imperativa de la expresión de la voluntad no constituye, por sí sola, la naturaleza del mandato. Vemos, de nuevo, como los conceptos de soberano, mandato y sanción se interrelacionan de forma muy estrecha: el mandato es emitido por el soberano, quien ha provisto la sanción en caso de desobediencia.

Para Austin, el concepto de mandato está integrado por seis elementos (152):

1. A desea que otro sujeto B se comporte de cierta manera.
2. A expresa ese deseo.
3. A pretende causar daño a B si el deseo no es cumplido.
4. A tiene poder para llevar a cabo la acción —3—.

(150) J. Raz, op. cit., pág. 24.

(151) Las relaciones genéticas pueden plantear problemas en torno a las sanciones y deberes correlativos a tales normas. Raz, op. cit., pág. 25.

(152) J. Raz, op. cit., pág. 11. En opinión de J. Finch, la determinación de los mandatos y del soberano por parte de Austin responde al 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. J. Finch, op. cit., pág. 118. Vid. Austin, *The Province...*, op. cit., pág. 14.

5. A ha expresado la intención de hacer —3—.
6. El mandato expresa el contenido de su deseo —1— y de su intención —3—.

Estas seis condiciones reúnen las notas características de la estructura formal de los mandatos y la voluntad según el modelo jurídico de Austin. Este modelo jurídico parte de la concepción del Derecho como mandato: una norma jurídica es el mandato de un superior a un inferior, siempre que el superior sea el soberano y el inferior el súbdito. El elemento de la superioridad del soberano sobre el súbdito se traduce en la posibilidad que tiene el soberano de crear algún tipo de probabilidad para que la sanción especificada en la norma pueda ser ejecutada. Para Austin, la superioridad es «el poder de influir sobre la conducta de otros mediante un daño o castigo, y de obligarles, mediante el miedo a ese daño, a moldear su conducta según los deseos (del soberano)» (153).

La concepción de Austin es que toda ley o norma es un mandato, o que las leyes y normas jurídicas son una especie o subtipo de los mandatos. El Ordenamiento Jurídico es entendido como el conjunto de todas las leyes individuales o mandatos (154).

La pretensión de describir la naturaleza del Derecho desde el punto de vista descriptivo y fáctico, lleva a Austin a no diferenciar —desde un punto de vista formal— las «órdenes respaldadas por amenazas» y los «mandatos jurídicos», aunque sí podrían diferenciarse por su origen, ya que la cualidad específica que hace de un «mandato» Derecho es su procedencia de un soberano político (poder supremo obedecido habitualmente en una sociedad política). La fuerza vinculante de la noción de deber jurídico consiste en la probabilidad fáctica de sanción en caso de incumplimiento (155).

La concepción austiniana del Derecho como mandato es una concepción nominalista, racionalista y positivista. El Derecho no es un orden obje-

(153) *Province...*, pág. 24.

(154) Esta visión atomista del Derecho es subrayada por J. Finch, op. cit., pág. 120.

(155) Una crítica de esta noción es llevada a cabo por Hart (C. D. págs. 102 y ss.), donde establece una distinción entre «ser obligado» (cuyo empleo típico sería el de la orden emitida por un asaltante) y «tener una obligación» (en este caso Hart habla de obligación jurídica). La distinción plantea numerosos problemas metodológicos que serán discutidos más adelante. Asimismo, Hart ha objetado (*Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century*, 105 Univ. of Penn. Law Review, 1957, págs. 965-967) que el análisis de Austin del concepto de obligación falla debido a su intento de definir palabras simples en lugar de investigar las condiciones-standard en las que un enunciado —expresado por una frase que contiene la palabra— es verdadero y las clases de contextos y los propósitos por los que fueron formulados tales enunciados. Una característica de la crítica de Hart puede verse en A. R. White, op. cit., pág. 384.

tivo derivable de la naturaleza humana, sino un conjunto de mandatos, ordenados racionalmente, y sometido a circunstancias y factores de hecho (156), como un orden de comportamiento referido a una voluntad organizadora según un criterio empírico y utilitarista que varía de situación a situación (157).

El modelo crítico de la teoría del Derecho de Hart se construye sobre un paradigma imperativo. Las críticas de Hart a la obra de Austin son numerosas, si bien parte de su obra. «El Concepto de Derecho» está construida sobre una estructura singular: se presenta un modelo imperativo de la teoría del Derecho y se procede a su crítica; al mismo tiempo, se van reconstruyendo nuevos conceptos jurídicos capaces de superar las concepciones anteriores y capaces de explicar más plausiblemente la realidad jurídica. Por ello, la crítica hartiana al modelo imperativo —modelo tomado principalmente de Austin, aunque no es exactamente el mismo— se expondrá en el capítulo V dedicado a la teoría del Derecho en Hart; la crítica a determinados conceptos se comprenderá mejor al presentarla junto a su nueva reconstrucción conceptual. Así, al exponer el concepto de Derecho en Hart como la unión de reglas primarias y secundarias se hará una referencia a la teoría del Derecho como mandato. Al hablar del concepto de «validez», «eficacia» y «aceptación» se procederá a un análisis crítico de la teoría de la soberanía y de la condición de «obediencia habitual». Al exponer el concepto social de obligación será necesario analizar la crítica de Hart a los análisis predictivos del concepto de obligación. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el modelo simple del Derecho como órdenes coercitivas construido en el ap. II del cap. II del «Concepto de Derecho», modelo sometido a crítica, difiere de la doctrina de Austin en algunos aspectos, explicados por el propio Hart, consciente de esta diferenciación (158).

(156) Aunque Austin conoció y estudió la obra de Savigny, su fundamentación de la positividad del Derecho no es histórica, sino racional y abstracta. En este sentido, vid. González Vicen, op. cit., págs. 9 y 10.

(157) La expresión del Derecho como mandato se puede encontrar en Hobbes —como antes hemos visto—, y en W. Paley *The Principles of Moral and Political Philosophy* (1785), Boston, 1801. También en Locke se puede encontrar este tipo de formulación (*An Essay concerning Human Understanding, Works*, London, 1714, vol. I, págs. 42 y ss. y 371), así como en Bentham. Como dice Truyol, «En conclusión, como en Hobbes y Bentham, la esencia de la ley propiamente dicha es para Austin su carácter imperativo. El Derecho es ley, y, por tanto, mandato». Truyol, op. cit., pág. 156.

(158) V. *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 298 y 299.