

JOHN AUSTIN Y LA TRADICION POSITIVISTA ANGLOSAJONA

Fernando Atria Lemaitre*

La tradición positivista anglosajona es, sin duda, una de las más importantes escuelas de teoría legal del último tiempo. En efecto, desde los apasionados escritos de Jeremy Bentham hasta las elegantes y poderosas ideas de H.L.A. Hart, la tradición a la que ambos pertenecen ha dominado buena parte (ciertamente no toda) de la reflexión sobre el derecho. Hoy mismo es posible comprobar cómo los conceptos y estructuras de esta escuela han llegado a constituir casi el lenguaje común en el cual los filósofos del derecho se entienden, aun cuando sea para criticarla.

Junto con lo anterior, la evolución de la escuela positivista inglesa ofrece, como ha sostenido Antonio Bascuñán, "un excelente ejemplo de la creación científica, del proceso dialéctico del conocimiento; de cómo grandes autores ponen a prueba -sin descalificar- el pensamiento teórico de sus predecesores y de cómo logran introducir nuevos aportes dentro de un marco teórico común".

La obra de Austin es además interesante por otras razones. Parte de su formación jurídica la recibió Austin de Friedrich Carl Von Savigny, constituyendo un importante contacto entre la tradición insular y la continental. Este contacto sólo volvería a producirse con Kelsen, quien, al emigrar a los Estados Unidos, recibió una marcada influencia de las doctrinas de Austin, como resulta claro de la lectura de su *Teoría General del Derecho y del Estado*, publicada por primera vez en 1946.

Es esta discusión la que se inicia con la obra que ahora publicamos. En esta presentación, en consecuencia, quisiera mostrar de modo general las características más importantes de la obra de Austin, para indicar después los defectos que filósofos posteriores han descubierto en ellas, y las correcciones que han debido introducirle para sortearlos.

En la primera de sus *Lectures on Jurisprudence*, Austin sienta las bases de lo que después sería denominado "teoría imperativa del derecho". Según ésta, el derecho es un conjunto de órdenes dictadas por una persona u órgano, que por ser *habitualmente obedecido* es denominado *soberano*. De este modo se mezclan los tres más importantes conceptos de la tradición analítica: soberano, hábito de obediencia, y mandato.

En este contexto, es claro que el primer concepto de hábito de obediencia es clave. Para Austin éste es un elemento muy simple: es el *hecho* de obedecer con cierta

* Ayudante de Introducción al Derecho, Fac. Derecho, U. de Chile; Editor de Revista Derecho y Humanidades.

regularidad en el tiempo. No hay juicio alguno de valor en la naturaleza ni en las causas de la obediencia. Esta es probablemente una de las más importantes características de esta escuela: no hay vinculación entre derecho y moral: no es necesario obedecer por *buenas razones*. Basta obedecer.

En consecuencia, la obediencia es coetánea a la existencia de los mandatos respectivos: no hay *deber previo* de obediencia: sólo existe el *hecho bruto* de ésta. En consecuencia, el Soberano es, en definitiva, quien tiene el *poder* de obtener la obediencia. Y así, el *mandato* (concepto básico) es una orden respaldada con la amenaza de una sanción para el incumplimiento. Cuando el órgano respectivo tiene el poder suficiente para que el súbdito obedezca, y lo hace, entonces (siguiendo a Austin) existe el derecho.

Es por ello que Austin define como lo hace al *soberano*: "Si un determinado superior humano, que no se encuentra en hábito de obediencia hacia otro superior semejante recibe obediencia habitual del grueso de una sociedad dada, tal superior es soberano en esa sociedad y esa sociedad (incluyendo al superior) es una sociedad política independiente".

Para Austin el soberano se caracteriza por cuatro atributos:

1. En primer lugar, es *no subordinado*. No debe obediencia a nadie (si la debiera, ése sería el soberano. Y así Austin nos invita a seguir el rastro de la obediencia hasta que no podamos encontrar un superior). En consecuencia, es un despropósito decir que el soberano tiene *derecho* a legislar, o que el suyo es un poder *jurídico*: su poder no tiene como fuente una norma, sino un hecho: el hecho de la obediencia.
2. En segundo lugar, el soberano ejerce un poder *ilimitado*. La potestad legislativa del soberano es jurídicamente ilimitada, por cuanto no es (lógicamente) posible encontrar una disposición jurídica que regule o limite su poder: si dicha disposición existiera, sería necesario encontrar a quien la dictó, y sería éste (y no el otro) el verdadero soberano en tal sociedad.
3. En tercer lugar, la potestad que detenta el soberano es *única*: sólo una persona o grupo la detenta. No es posible concebir (con Austin) la existencia de dos soberanos. El soberano, en consecuencia, otorga *unidad* al sistema jurídico, por cuanto permite discriminar qué forma parte de él y qué material no.
4. Por último, la soberanía es *unitaria*: toda la soberanía reside en un sólo hombre o grupo. Esto excluye la existencia de dos sistemas jurídicos rigiendo en una sociedad dada.

A partir de estas simples premisas, todas las cuales se pueden rastrear en el

artículo que ahora publicamos, se estructura lo que se ha dado en llamar la *jurisprudencia analítica*. Una vez definidos, con Austin, los conceptos de *mandato, soberano, y hábito de obediencia*, lo demás se sigue de suyo. Ya es posible construir una teoría del sistema jurídico.

La teoría de Austin, construida sobre las bases de las simples premisas que se han expuesto, estaba llamada a ejercer una influencia enorme dentro de la tradición jurídica inglesa. En efecto, la suya fue la doctrina dominante hasta la segunda mitad de este siglo, cuando Hart comenzó a publicar sus obras sobre este tema. Ello no quiere decir que no se hayan percibido desde el principio importantes vacíos en su teoría, algunos de los cuales afectan precisamente a la rígida caracterización de la soberanía.

Aunque tradicionalmente se pasa por alto, ni siquiera Bentham estuvo dispuesto a asumir la descripción del soberano ya presentada.

En efecto, aunque éste no fue capaz de encontrar solución a los problemas que se le planteaban a la teoría así descrita, se percibió de que no era posible, en muchos casos, encontrar a un soberano en términos de Austin. De las cuatro características enunciadas, Bentham rehusó suscribir la tesis de la *ilimitabilidad* de la soberanía. Así, en su *Fragmento Sobre el Gobierno* (1776), sostuvo que "(...) no puede atribuirse ningún límite a la autoridad del cuerpo soberano, salvo que esté limitado por convención expresa".

Sin embargo, aceptar la limitación del soberano no es compatible con los postulados esenciales de la teoría imperativa. Bentham, en consecuencia, no pudo solucionar el problema observado: se limitó a plantearlo.

La misma forma enigmática utilizó en otro párrafo en lo que se refiere al tema de la unitariedad de la soberanía. Esta referencia, sin embargo, es formulada por el utilitarista de un modo particularmente accesorio: es sólo una nota a un texto de su *An introduction to the principles of moral and legislation*: "debería haberme asustado por haber dicho *necesariamente* (i.e., que necesariamente hay un soberano en cada país). En las provincias unidas de Helvecia, o, incluso, en el cuerpo germano, ¿dónde está esa única asamblea en la cual reside un poder absoluto sobre el todo? ¿Dónde estaba en la república romana? Ciertamente, no me lanzaré a buscar una respuesta a todas estas cuestiones".

El contraste de Bentham con Austin es interesante por varias razones: desde luego, Austin fue fiel discípulo de Bentham. Sin embargo, la razón más interesante es la siguiente: durante más de un siglo, Austin fue considerado el padre de la tradición jurídica anglosajona. Se entendía que era él quien había formulado la teoría imperativa del derecho de modo completo, sobre la base de las enseñanzas generales de Bentham. Las obras más importantes de éste no eran de teoría del derecho, sino de

moral o de política legislativa.

Sin embargo, en 1945 un profesor norteamericano, Charles Everett, descubrió, en Columbia, unos manuscritos inéditos de Bentham que contenían lo que él publicó bajo el nombre de *The Limits of Jurisprudence Defined*. Esta era la más importante obra de teoría legal de Bentham, perdida durante más de 160 años. La edición de Everett, sin embargo, adolecía de importantes vacíos, por lo que hubo que esperar recién hasta 1970, año en que apareció la pulcra versión de H.L.A. Hart, con el título original, *Of Laws in General*.

De este modo, Bentham anticipó muchas de las críticas que se han formulado en contra de la teoría imperativa. Es por ello que puede sostenerse, como lo hace Hart, que:

Creo que es claro que, si (*Of Laws in General*) hubiera sido publicado en vida de Bentham, su obra, más que la posterior y obviamente derivativa de Austin, habría dominado la teoría del derecho (jurisprudence) inglesa, y que la jurisprudencia analítica, no sólo en Inglaterra, habría progresado más rápidamente y por rutas más fértiles de lo que lo ha hecho desde los días de Bentham

Sin embargo, eso no debe hacernos cometer el error de "atribuirle a Bentham más de lo que él efectivamente escribió (...). El no explicó satisfactoriamente cómo puede ser limitada la soberanía. Tampoco explicó cuáles eran las relaciones, si las habían, entre los diversos poderes que constituyen un cuerpo soberano. Como Bentham no sostuvo ninguna otra idea relevante a estas cuestiones, es Austin, y no Bentham, el primer jurista analítico en proporcionarnos (...) una respuesta a estos dos problemas y proporcionarnos, con ello, una teoría del sistema jurídico".

Como está dicho, las ideas de Austin dominaron, casi sin contrapesos, el pensamiento jurídico filosófico hasta este siglo, cuando fueron sometidas al análisis crítico de Hart. Aunque no es posible detenerse con detalle en tales cuestiones, quisiera enunciar tan solo dos de estas objeciones: en primer lugar, Hart sostuvo que no era posible encontrar en un sistema jurídico como los que conocemos un *soberano* en los términos de Austin. En segundo lugar, sostuvo que el análisis del concepto de *mandato* que hacía la teoría tradicional impedía explicar el concepto de derecho.

Es interesante detenerse en estos dos puntos:

1. El soberano.

Una de las características claves del soberano es su *ilimitabilidad*. Conforme a la teoría imperativa, el soberano *debe* (lógicamente) ser ilimitado. Si no es ilimitado, no es soberano. Ello es así porque como el soberano se define por el hábito de obediencia, si éste obedece a algún otro, no es tal. Por otro lado, como el sistema jurí-

dico contiene única y exclusivamente *mandatos* (órdenes respaldadas por amenazas), si el soberano es limitado sólo lo puede ser por un *mandato*. Y si él debe obedecer a un mandato, entonces es soberano el que lo dictó. Y los mismo argumentos se aplican a éste. Como dice Genaro Carrió, "en rigor de verdad, para Austin el soberano no tiene facultad *jurídica* alguna respecto de sus súbditos, y ello por la misma razón de que no tiene deber *jurídico* alguno. A saber porque tanto para tener deberes jurídicos como para tener facultades jurídicas hay que estar regidos por el derecho positivo y el soberano de Austin, *por definición*, no lo está.

Sin embargo, sostiene Hart, no hay en los sistemas jurídicos que conocemos, *soberanos jurídicamente ilimitados*. No puedo, por la naturaleza de este trabajo, detenerme en este tema. Por lo demás, es difícil explicarlo de mejor modo que el propio Hart.

2. El Concepto de mandato.

La noción de mandato que manejan tanto Austin como Bentham, es decir, la idea de una orden respaldada por una amenaza, dirigida a una persona por quien tiene el poder de hacer cumplir la amenaza, no se distingue, dice Hart, de la orden que el bandido dirige al cajero de un banco cuando le espeta: *¡la bolsa o la vida!*.

Con esta descripción Austin desatiende un hecho fundamental: la existencia, en todos los sistemas jurídicos, de *normas que confieren facultades* (que él denomina *normas secundarias*). Lo que diferencia la orden del bandido de una ley es precisamente que ésta ha sido dictada en ejercicio de facultades jurídicamente reconocidas, atributo del que carece la instrucción del asaltante.

Como desatiende esta característica de los sistemas jurídicos, Austin debe alegar (con Bentham y también, con Kelsen) que es necesaria la existencia de una sanción (amenaza) para que una disposición cualquiera sea una norma jurídica y no forme parte de lo que denomina *moralidad positiva*.

También por desatender este hecho incurren en el problema de la definición de *soberano* ya vista: pretenden que los problemas claves de la existencia de un orden jurídico, el hábito de obediencia, el soberano, y la noción de mandato, pueden ser descritos como hechos brutos, esto es, sin referencia alguna a reglas. El considerable aporte de Hart consistió precisamente en llamar la atención sobre el hecho de que no es posible describir un sistema jurídico sin tener presente la existencia de este tipo de normas: normas que definen competencias y confieren facultades. Es por ello que Hart llamó a este problema, el de la determinación de la relación que debía haber entre disposiciones que imponen deberes y disposiciones que confieren potestades, "la clave de la jurisprudencia". Como la teoría imperativa olvida estas relaciones, es insuficiente. Para poder incorporarlas, Hart introduce en primer lugar, (cumpliendo en cierto sentido la función que Bentham y Austin le asignaban al soberano, como

criterio de existencia del sistema) la noción de *regla de reconocimiento*, y en segundo término (para hacerse cargo del problema de las disposiciones jurídicas, cumpliendo una función equivalente a la noción de mandato, como criterio de identidad) las de *reglas de cambio* y de *adjudicación*.

La anterior es una brevísima reseña de la importancia del artículo que ahora publicamos traducido al español, de la trascendencia que él tuvo, de algunos de los debates que originó, y de parte del camino que ha tomado la jurisprudencia analítica desde entonces. Hasta donde tenemos noticia, este trabajo no se ha traducido a nuestro idioma, constituyendo este hecho una barrera a su merecida difusión. *Derecho y Humanidades* se siente orgullosa de poder presentar esta pulcra traducción realizada por Rodrigo Correa y Navarrete, y revisada por Jorge Streeter.

Con el mismo afán de difundir estas ideas (y las que sobre ellas se han construido) entre nosotros, se presenta a continuación una breve referencia bibliográfica sobre la obra de Austin y su posterior evolución y crítica. De Austin, además del artículo que aquí se publica, puede consultarse su única obra hasta hoy en castellano, *Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia*, (trad. de F. González V.) Madrid, 1970; De Bentham, algunas de las ideas relevantes para este tema fueron traducidas por Ramón Salas en su versión del libro *Tratado de Legislación Civil y Penal*, Madrid, Imprenta de Fermín Villalpando, 1832 (8 tomos), aunque sus obras centrales en teoría del derecho siguen siendo las ya citadas.

Véanse también: Hart, H.L.A.: *The Concept of Law* (Abeledo Perrot, 1963), *Essays on Bentham* (Oxford University Press, 1982) y *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, 1983); Raz, Joseph: *El Concepto de Sistema Jurídico* (UNAM, México, 1986), *La Autoridad del Derecho* (UNAM, México, 1982), y *Razón Práctica y Normas* (1975) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

La doctrina de Hart, sucesora de la tradición Bentham-Austin, ha debido soportar una poderosa crítica, dirigida por Ronald Dworkin. Sobre esto, véase Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984, y *El Imperio de la Justicia*, Ed. GEDISA, Barcelona, 1988. Hart ha respondido a algunas críticas. Véase, en su *Essays in Jurisprudence*, *cit*, los artículos "Between Utility and Rights" (1973), pp. 198-223, y "American Jurisprudence through English Eyes" (1977), pp. 123-144)

Entre nosotros, consúltese Ruiz Tagle, Pablo: *Revisión Crítica del Derecho*, Ed. UNAB, 1992, para una descripción con cierto detalle de la evolución positivista que comprende a Austin, Bentham, Kelsen, Hart, Dworkin y Raz.