

LA TEORÍA DEL DERECHO DE JOHN AUSTIN

SUMARIO: I. *Nota biográfica*. II. *El derecho y sus componentes: the laws*. III. *Obligación. Deber*. IV. *Sanción*. V. *Carácter general de las normas jurídicas (laws)*. VI. *Superioridad (Autoridad)*. VII. *El derecho propiamente hablando*. a) *Su positividad*, b) *su fuente*. VIII. *La soberanía*. IX. *El objeto de la ciencia del derecho*. X. *Las normas jurídicas (laws) que confieren derechos (subjctivos)*. XI. *El derecho consuetudinario y el derecho creado judicialmente*. XII. *La jurisprudencia y su objeto*.

I. *Nota Biográfica*¹

John Austin nació en 1790. Fue el primogénito de un molinero del este de Inglaterra. De temprana edad ingresó al ejército. Después de haber servido seis años en él, de 1806 a 1812, estudió derecho y fue recibido en la Barra en 1818. En 1819 contrajo matrimonio con Sarah Taylor, mujer de gran inteligencia, sensibilidad y belleza. Durante siete años practicó la profesión en *Lincoln's Inn* sin mayor éxito. John Austin deja la abogacía en 1825.

En Londres los Austin fueron vecinos de Jeremías Bentham (1748-1832) y de la familia de John Stuart Mill (1806-1873) —quien posteriormente sería su alumno—. Durante doce años vivió en el centro del movimiento pro reforma. En 1826 fue fundada la *University of London* (después *University College London*). Entre las disciplinas nuevas que se habrían de enseñar se encontraba la *jurisprudence*. John Austin fue nombrado para ocupar dicha cátedra. Tan pronto como fue designado resolvió viajar a Alemania para estudiar lo que hacían los juristas de ese país, por quienes John Austin sentía profunda admiración. Dos años pasó en Alemania. Estuvo en Bonn y en Heidelberg donde estudió las recientemente descubiertas *Instituciones*

¹ Los datos biográficos fueron fundamentalmente obtenidos de Austin, Sarah. *Prefase en The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin 1970 (reimpresión de la 2a. ed. Londres, Dumond 1861, edición póstuma editada por la viuda) otras fuentes consultadas fueron: "Art. XIII John Austin" en *The Law Magazine and Law Review* (or *Quarterly Journal of Jurisprudence*, vol IX, mayo-agosto de 1860. Londres, Butterworths pp. 164-170. Hart, H. L. A. "Austin, John", en *International Encyclopaedia of Social Sciences*, Nueva York, The Macmillan Co. & The Free Press 1968; Hart, H. L. A. *Introduction, en The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Weidenfeld and Nicolson. 1971 (1955), pp. vii-xviii; Agnelly, Arduino, "Austin, John" en *Novissimo digesto italiano*, Torino, Tipografia Sociale Torinese, 1964; Walker, David M. "Austin, John", en *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press. 1980.

de Gayo, las obras de los grandes romanistas y demás juristas representantes de la escuela histórica,² tales como Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), a quien tuvo ocasión de tratar posteriormente en Berlín, Gustav von Hugo (1764-1844), Christian Gotlieb Haubold (1766-1824), Anton F. J. Thibaut (1772-1840).³ Devino amigo de Ernst Morris Arnt, Christian August Brandis, Barthold Georg Niebuhr (1776-1831). August Wilhelm Heffter, Wilhelm von Schlegel, con quienes estuvo en estrecho contacto.

La influencia de la escuela histórica poco se advierte en la obra de John Austin. Se advierte más la presencia tanto del *Pandektismus*,⁴ bastante compatible con la investigación analítica del derecho⁵ que emprende John Austin,

² La escuela histórica o *jurisprudencia histórica*, floreció en Alemania. Fue iniciada por Gustav von Hugo (1764-1844). Encuentra a sus más geniales representantes en Friedrich von Savigny (1779-1861) y George Friedrich von Puchta (1798-1846). De acuerdo con esta escuela, el derecho, como el lenguaje o el arte, se crea de manera espontánea, constante e imperceptible en un determinado pueblo. Esta escuela representa una reacción contra el racionalismo del siglo XVIII y el espíritu de la Revolución Francesa. La jurisprudencia histórica invoca a la historia: (la tradición, la costumbre, el espíritu del pueblo) como el factor fundamental en la creación jurídica, en contraposición a la creación jurídica consciente a través de la legislación. El derecho no es producto de la razón humana abstracta sino resultado del *Volkgeis* (del espíritu del pueblo).

³ La influencia de estos autores sobre John Austin es decisiva. Basta hojear su obra para percatarse de la cantidad de veces que Austin recurre a ellos (véase, por ejemplo, *Lectures, on Jurisprudence: Or the Philosophy of Positive Law* [Burt Franklin, Nueva York 1970 - reimpression de la edición póstuma Weidenfelds and Nicolson 1863] t. II, pp. 212 y 320 y t. III, p. 124). La abundancia de referencias a tales autores es sólo comparable al número de referencias que se encuentran a Jeremías Bentham (1748-1832) y a Sir William Blackstone (1723-1780). La influencia de Gustav von Hugo es tan considerable que el mismo título: *Lectures on Jurisprudence: Or The Philosophy of Positive Law* es una fórmula acuñada por Hugo. John Austin explica en sus *Outline of the Course of Lectures*: "de todas las expresiones concisas que vinieron a mi mente, 'la filosofía del derecho positivo' indica muy significativamente el objeto y alcance de mi curso. He tomado la expresión de un tratado de Hugo, célebre profesor de... la Universidad de Göttingen..." (en *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. LIX). Para un detallado estudio sobre la influencia del pandectismo y la jurisprudencia alemana en John Austin, véase el excelente trabajo de Andreas B. Schwartz, "John Austin and the German Jurisprudence of his time" (en *Política*, vol. I, núm. 1-4, agosto 1934, Londres, The London School of Economics and Political Science, pp. 178-199).

⁴ La expresión *Pandektismus* proviene de *padectae*; otro nombre dado al *Digesto* por el emperador Justiniano: "...*digestorum seu pandectarum*" (*D. Titulus* previo a *Liber primus*) Los *pandectistas* eran un grupo de juristas alemanes, entre ellos Friedrich von Savigny (1779-1861), George Friedrich Puchta (1798-1846), Bernard Windscheid (1817-1892), Karl Adolf van Vangerow (1808-1870), y otros que se dedicaron al estudio de las *padectae*, o *digesto*, buscando encontrar el significado original de las disposiciones romanas y tratando de organizar el material romano en un *sistema coherente* de derecho. El trabajo clásico del *Pandektismus* lo constituye el *System des heutigen römischen Rechts* (Berlín, Veit, 1840-1849), existe versión española de Jacinto Mesía y Manuel Poley: *Sistema del derecho romano actual* (2a. ed. Madrid, Centro editorial de Góngora, 1924). El *Pandektismus* ejerció considerable influencia en el estudio del derecho romano, en la sistematización del derecho y en el análisis conceptual del mismo. Igualmente su influencia fue decisiva en la redacción del Código Civil Alemán.

⁵ El examen del significado y del uso de los términos y conceptos jurídicos. John Austin

así como la jurisprudencia romana.⁶ De sus estudios del derecho romano y de las obras de los pandectistas —señala H.L.A. Hart— extrajo importantes ideas relativas al análisis, clasificación y sistematización de las nociones jurídicas.⁷

Inició sus lecciones en 1828. Marcando un hito en la ciencia jurídica inglesa. Sin embargo, desilusionado, en 1833 renunció a su cátedra. *Jurisprudence* no era parte del *curriculum* ordinario de estudios y no existía provisión de fondos para la cátedra a la que Austin había sido designado. Una nota en la *Law Magazine and Review*⁸ comenta el suceso de la siguiente manera:

No obstante el brillante comienzo de su carrera como profesor, fue pronto evidente que este país no podría mantener la cantidad de estudiantes de *Jurisprudence* que serían suficientes para conservar una cátedra. Como no existía otra provisión... que las colegiaturas de los estudiantes... ningún hombre podría continuar en su cargo salvo que tuviera fortuna personal o combinara una ocupación lucrativa con su profesorado. Austin, quien no tenía fortuna y consideraba el estudio y exposición de su ciencia más que suficiente para ocupar toda su vida, se vio obligado a renunciar a su cátedra...

Este mismo año fue designado por el Lord Chancellor miembro de la *Royal Commission on the Criminal Law and Procedure*.⁹ Realizó su labor con gran dedicación. Como *Commissioner* inició un proyecto de código

es, en gran medida, el fundador de la *Analytical jurisprudence*, enfoque que desde tiempos de Austin, hasta ahora, ha sido predominante en la ciencia jurídica inglesa.

⁶ La obra de Austin se encuentra llena de referencias directas al derecho romano y a los juristas romanos (véase, *viz.* el cuadro sinóptico de las *obligaciones* según Gayo, *Lectures, cit.*, t. III.) o el que describe la división del derecho según los juristas romanos (*ibid.*, pp. 144-145). En su *lecture* inaugural John Austin, al referirse a ciertas tablas que explican el curso de sus *lectures* dice: "...consisten en un conjunto de tablas en las cuales se señala el arreglo intentado por los juristas en sus instituciones o tratados elementales..." (citado por Austin, Sarah, *The Province of Jurisprudence, Preface, cit.*, p. XXXV). Los trabajos de John Austin no sólo están colmados de referencias al derecho romano o a las obras de los jurisconsultos romanos, sino que muchos de sus propios desarrollos parten de eruditos comentarios del derecho romano. "...intenté explicar aquella... distinción... presupuesta por los autores romanos..." (*Lectures, cit.*, t. II, p. 45) "...del *ius gentium*, del viejo derecho romano..." (*Lectures, cit.*, t. II, p. 240); "...procederé a abordar el *ius gentium* de origen romano o el de los juristas romanos que precedieron..." (*Lectures on Jurisprudence, cit.*, t. II, p. 241). "Habiendo delineado la historia del *edicto praetorio*..." (*Lectures, cit.*, t. II, p. 308, Austin se refiere a sus *lectures* XXXIV y XXXV; *cfr. op. cit.*, t. II, pp. 282, 307). En la *lecture* XXXVI examina "la estructura y arreglo" del *Digesto* de Justiniano (*Cfr. op. cit.*, t. II, pp. 308-320). Las referencias de Austin al derecho romano o a la obra de los juristas romanos podrían multiplicarse, basten estos ejemplos para señalar la fuerte influencia que el derecho romano y su jurisprudencia ejerció en John Austin.

⁷ "Austin, John." en *International Encyclopaedia of Social Sciences, cit.*

⁸ "Art. XIII, John Austin" en *Law Magazine and Review, cit.*, p. 166. A esta nota hace alusión Sarah Austin. *cfr.*, *Preface, The Province of Jurisprudence, cit.*, p. XIV.

⁹ La *Royal Commission* es una típica institución inglesa. La integra un grupo de per-

penal. En 1834 dictó una serie de lecciones en el *Inner Temple* sobre principios de *Jurisprudence*. Las mismas razones que lo hicieron renunciar a la cátedra en *London University* estaban presentes cuando se alejó de los *Inns of Court*.¹⁰

John Austin dejó Inglaterra. Después de residir por año y medio en Bolonia se instaló en Malta, enviado en comisión por el gobierno británico para estudiar reformas legislativas y constitucionales. Después de realizar una extraordinaria y noble labor regresó a Inglaterra en 1838, donde permaneció hasta 1844. Algunos veranos los pasó, por razones de salud, en Carlsbad y algunos inviernos en Dresden y en Berlín (en Dresden escribió para la *Edinburgh Review* su réplica al proteccionismo de List; en Berlín encontró a *sus grandes maestros*, especialmente a Herr von Savigny).

En 1844 se trasladó a París. Poco tiempo después fue hecho miembro correspondiente del *Institute*, reconocimiento que nunca recibiría en su país. Cuando finalmente se había establecido en París lo sorprendió la Revolución de 1848. John Austin había observado con interés la evolución del movimiento. El curso de los acontecimientos en Francia apagaría en él la simpatía por los movimientos radicales e innovadores. Estas opiniones habrían de reflejarse en su ensayo *A Plea for the Constitution* escrito a mediados de 1857. Regresó a Inglaterra en 1848 determinado a vivir retirado en un pequeño *cottage* en Weybridge en Surrey, no lejos de Londres. Ahí habría de vivir doce años, hasta su muerte en 1859.

sonas designadas por *prerrogativa real* para investigar y estudiar ciertos asuntos y recomendar las reformas que se estimen necesarias. Un claro resultado de la labor de las *Royal Commissions* lo constituye la legislación social inglesa del siglo pasado. Por 1849 más de cien *Royal Commissions* fueron establecidas y prácticamente toda la legislación social importante establecida entre 1832 y 1867 fue resultado de la labor de tales comisiones. Al finalizar el siglo XIX las *Royal Commissions* se convirtieron en pieza normal de la maquinaria gubernamental. Los reportes de las *Royal Commissions*, se publican en forma de libros (los *Blue Books*) y son invariablemente de gran valor en cuanto a la información y análisis de todos los asuntos relevantes previos a una reforma legislativa, incluso cuando ésta no se lleva a cabo o después de realizarse. (cfr. Walker, David M. *Oxford Companion to Law*, cit., p. 1090).

¹⁰ Los *Inns of Courts* son colegios o sociedades que han existido en Londres desde, al menos el siglo XIII, en los cuales se incorporaban los *aprendices* de abogacía, prácticamente como residentes, sometidos a una disciplina y educación común. Después de ser recibidos en la Barra, seguían colegiados como miembros de alguno de los *Inns of Courts* (e.g. *Licon's Inn*, *Inner Temple*, *Middle Temple* y *Gray's Inn*), sometidos a una disciplina profesional. Estos colegios probablemente evolucionaron a partir de la práctica de los aspirantes de abogacía de tratar de vivir con o cerca de los juristas distinguidos y aprender de ellos. Tienen similitud con los *colleges* de Oxford y Cambridge y, al igual que ellos, descienden de las hermandades medievales. Frecuentemente se les denominaba "las universidades de derecho". Desde su establecimiento el objetivo primordial de los *Inns* fue el de proporcionar formación jurídica *práctica*. En 1852 los *Inns*, de forma conjunta, establecieron el *Council of Legal Education* que proporciona instrucción para estudiantes y dirige los exámenes de la Barra. (Cfr. Walker, David M. *The Oxford Companion to Law*, cit., p. 621).

Austin era un utilitarista convencido y amigo íntimo de Jeremías Bentham, aunque no participaba del radicalismo político de éste. Gran parte de su obra es la lúcida exposición, elucidación y elaboración de las ideas de Bentham, en una forma más comprensible y grata para los juristas ingleses que los propios escritos de Bentham. Hobbes y Hume influyeron también, aunque en menor grado en la teoría de Austin del derecho y la sociedad.¹¹

John Austin fue hombre de extraordinario talento, brillante, de gran erudición. Cultivaba, además de la jurisprudencia, la ciencia política, la filosofía, la economía política. Por lo demás, poseía fina elocuencia y gran claridad. Todas estas cualidades, sin embargo, no fueron suficientes para permitirle, ya no una vida de reconocimientos y satisfacciones, ni siquiera una vida confortable. John Austin vivió pobre y murió pobre; acosado siempre por la ansiedad provocada por la falta de medios de subsistencia. No sólo padeció privaciones; fue hombre de precaria salud. Su temperamento era reservado; hecho más bien para el estudio que para la vida pública. Era poco conocido y poco apreciado. Sin embargo, en todo lo que hizo y enseñó hubo bondad y magnanimidad. No sintió amargura o pesar por su pobreza y obscuridad, ni envidiaba el éxito de otros hombres. Se entregó ardorosamente a la búsqueda del conocimiento y la verdad con simple generosidad; "...creo que mis sugerencias —escribe John Austin a Sir William Erle— serán de considerable utilidad a aquellos que, *bajo más felices auspicios*, puedan proseguir la investigación".¹²

Contrariamente a lo que fue su vida, sus obras: *The Province of Jurisprudence Determined* y *Lectures on Jurisprudence: Or The Philosophy of Positive Law* han ejercido profunda y perdurable influencia sobre la jurisprudencia, particularmente en Inglaterra.

A este respecto comenta H. L. A. Hart que pocos años después de su muerte era obvio que su obra había logrado establecer el estudio de la jurisprudencia en Inglaterra. Es claro, también, que la influencia de Austin en el desarrollo de la jurisprudencia ha sido mayor que la de cualquier otro autor.¹³ De John Austin desciende una lista de juristas *analíticos*: entre los que se pueden citar: Sheldom Amos (1835-1886), E. C. Clark, Markby, William Edward Hearn (1826-1888), Sir Thomas Erskime Holland (1835-1926), Sir John William Salmond (1862-1924). La obra de Austin —observa Hart— aún tiene inflamados críticos y obstinados seguidores; pero nunca desde su muerte, ha sido ignorada.¹⁴

¹¹ Cfr. Hart, H. L. A. "Austin, John", *cit.*

¹² Citada por Austin, Sarah, *Preface*, en *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. xxv-xxvi.

¹³ *Introduction* en *The Province of Jurisprudence* (Weidenfeld), *cit.*, p. xvi.

¹⁴ Cfr. Hart, H. L. A. *Introduction* en *The Province of Jurisprudence* (Weidenfeld) *cit.*, p. xvii.

II. *El derecho y sus componentes: the laws.*¹⁵

De forma por demás compatible con la idea de que el rasgo más característico del derecho lo constituye la reducción de las opciones del comportamiento (convirtiendo cierta conducta en *obligatoria*) mediante la amenaza de un castigo, John Austin concibe al derecho como un conjunto de mandatos. John Austin en la primera de sus *lectures* dice:

Toda norma jurídica (*law*) es un mandato o, mejor, las normas son, propiamente hablando, especies de mandatos. . .¹⁶

Explica Austin que como el término mandato (*command*) comprende el de norma jurídica (*law*), el primero es el más simple y amplio de los dos y, agrega John Austin, "es la clave (*key*) de la ciencia de la jurisprudencia. . ." ¹⁷ Consecuentemente debe ser analizado con precisión.

Emprendiendo la explicación del mandato, John Austin dice:

si usted expresa o manifiesta el deseo de que yo haga o me abstenga de algún acto, y si me inflige un daño en caso de que no satisfaga su deseo, entonces la expresión o manifestación de su voluntad es un mandato. El mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por la forma en que el deseo se manifiesta sino por el poder y el propósito de la parte que manda de infligir un daño o pena, en caso de que el mandato no sea atendido. . . Un mandato se distingue de otras significaciones de deseo por esta peculiaridad: que la parte a quien el mandato se encuentra dirigida está expuesta a un mal por parte de la otra, en caso que no se conforme al deseo.¹⁸

III. *Obligación, deber*

A partir de la definición de "a law" John Austin deriva el concepto de obligación:

Al estar expuesto a un daño de parte de usted si no me conformo con

¹⁵ La expresión inglesa 'a law' es usada para designar la unidad fundamental que compone el derecho. Dentro de nuestra tradición jurídica estamos habituados a denominar tales unidades: 'normas'.

¹⁶ *The Province of Jurisprudence determined, cit.*, p. 5 (cuando citemos esta obra y no hagamos referencia al editor, estamos usando la edición de Burt Franklin, Nueva York) reimpresión de la 2a. edición (póstuma) de 1861 (*cf. supra* nota 1, la primera edición apareció en 1832). La enorme influencia que ejerce Jeremías Bentham sobre Austin con respecto a este punto de partida se aprecia en el siguiente pasaje de Bentham: "Toda norma jurídica (*law*) es un mandato o la revocación de un mandato" (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, cit.*, cap. xvii, sec xxix), indicación marginal a la nota final (Hafner p. 330).

¹⁷ *Cf. The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 5.

¹⁸ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, pp. 5-6.

un deseo que usted expresa, me encuentro vinculado (*bound*) u *obligado* por su mandato o me encuentro bajo un deber de obedecerlo.¹⁹

John Austin para probar su argumento recurre al uso del lenguaje (característica propia de la *analytical jurisprudence*). Con respecto al uso del término obligación o deber dice:

Si no obstante el daño en perspectiva, no me conformo con el deseo que usted manifiesta, *se me dice (me es dicho)* que desobedezco su mandato o que violo el deber que impone. Mandato y deber son, por tanto, términos correlativos: el significado denotado por cada uno se encuentra implicado o supuesto por el otro. O, cambiando la expresión, donde sea que un deber exista, un mandato ha sido expresado, y donde sea que un mandato es expresado un deber es impuesto.²⁰

Podemos inmediatamente observar que para John Austin la función esencial del mandato es el establecimiento de deberes. *Estos no aparecen sino cuando un mandato es expresado.*

IV. Sanción

Continuando con la explicación del mandato John Austin encuentra que el mal que probablemente habrá de aplicarse en caso de que un mandato sea desobedecido o bien, señala Austin, para usar una expresión equivalente, en caso de que un deber sea violado, es, frecuentemente, llamado *sanción* o *ejecución forzosa*²¹ o, dice Austin, variando la frase, el mandato o el deber, se dice, se encuentra *sancionado* o exigido por la fuerza ante la probabilidad de que el mal se produzca. Explica John Austin que el daño en que se incurre en caso de desobediencia es frecuentemente llamado 'castigo': Sin embargo, señala que, estrictamente hablando, son solamente una *clase* de sanciones. Consecuentemente, el término es muy limitado para expresar el significado de sanción de forma adecuada.²²

John Austin aclara que la magnitud del eventual daño es irrelevante para determinar la existencia de un mandato. Donde existe una sanción, así sea ésta leve o insuficiente, existe un deber y un mandato.²³

Por otro lado, señala que la recompensa no puede ser considerada como sanción (tal como hacen John Locket y Jeremías Bentham). Ciertamente, dice Austin, las recompensas son motivos para conformarse al deseo de

¹⁹ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 6.

²⁰ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 6. Las cursivas son mías.

²¹ 'Enforcement of obedience' es la expresión del texto, la cual equivale a 'exigencia o requerimiento de obediencia o cumplimiento'.

²² *Cfr. The Province of Jurisprudence, cit.*, p. 7.

²³ *Cfr. The Province of Jurisprudence, cit.*, pp. 7-8.

otros, pero expresamente señala: "hablar de mandatos y deberes sancionados... por recompensas o hablar de recompensas que obligan o constriñen a obedecer es, con certeza, alejarse grandemente del significado establecido de los términos".²⁴

Nuevamente John Austin recurre al uso del lenguaje para probar el alcance de sus argumentos. Sobre la recompensa Austin explica:

Si *usted* expresó un deseo de que *yo* debo prestarle un servicio y si *usted* ofrece una recompensa como motivo o aliciente para prestarlo, *usted* ni remotamente diría que manda la prestación del servicio ni que *yo* estoy obligado a prestarlo. En el lenguaje ordinario *usted* me prometería una recompensa a condición de que *yo* le preste un servicio.²⁵

Esto es, sólo porque existe la probabilidad de que un daño sea infligido, me encuentro *vinculado* u obligado a conformarme. Sólo mediante el condicionamiento de un daño son sancionados los deberes. John Austin prosiguiendo el análisis del término *mandato* señala las nociones comprendidas por dicho término. Las nociones comprendidas en el término *mandato* son las siguientes:

1. El deseo, concebido por un ser racional, de que otro ser racional haga u omita.
2. Un daño (*to proceed*), aplicado por el primero y sufrido por el último, en caso de que esto no se conforme al deseo.
3. La expresión (o insinuación) del deseo mediante palabras o signos.²⁶

De todo lo que ha dicho se infiere que *mandato*, *deber* y *sanción* son términos inseparablemente relacionados: cada uno, afirma Austin, es el nombre de la misma noción.²⁷

V. *El carácter general de las normas jurídicas (laws)*

Comienza Austin a señalar los rasgos que distinguen a las normas jurídicas de otros mandatos. Teniendo en consideración fundamentalmente el uso *apropiado* de la expresión 'regla' ('rule'), Austin explica en qué consiste el carácter general de una norma jurídica (*law*) propiamente hablando. Un mandato es una norma o regla jurídica sólo si ordena una *clase de actos*.

John Austin distingue así las normas jurídicas de los mandatos que son ocasionales o particulares. Dice Austin:

²⁴ *The Province of Jurisprudence, cit.*, p. 8.

²⁵ *The Province of Jurisprudence, cit.*, p. 8.

²⁶ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 9.

²⁷ *Cfr. The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 9.

A través de todo mandato la parte a la que le es dirigido se encuentra obligada a hacer o a omitir. . . Ahora bien, cuando obliga *generalmente* actos u omisiones de una clase, el mandato es una norma jurídica (*Law or rule*). Pero cuando obliga a una acción u omisión específica. . . el mandato es ocasional o particular.²⁸

Para Austin es central esta idea de generalidad, es lo que hace al mandato establecer una regla. John Austin da el siguiente ejemplo:

Si usted ordena a su sirviente ir a un cierto mandado o no dejar la casa cierta noche. . . el mandato es ocasional o particular. . . Pero si usted le ordena *simplemente*, levantarse a tal hora, o levantarse *siempre* a tal hora hasta *nuevas órdenes*, puede decirse con propiedad que usted establece una regla para guiar el comportamiento de su sirviente, puesto que ningún acto específico es señalado por el mandato, sino que el mandato le obliga generalmente actos u omisiones de una determinada *clase*.²⁹

De esta forma tenemos que una norma o regla jurídica (*law or rule*) es un mandato sólo si ordena una *clase de actos*. A este respecto cabe observar que, diferentemente a lo que muchos autores opinan, una norma jurídica es *general* no porque se dirija a una clase de personas (e.g. los habitantes del país, los ciudadanos), sino porque ordena una clase de comportamiento. John Austin señala que un mandato ocasional (e.g. como un luto nacional), aunque pueda ser dirigido a la población en general, difícilmente es una *regla* en la aceptación usual del término.³⁰

Por lo anterior, John Austin reformula su definición de 'a law' de la siguiente manera:

Una norma jurídica es un mandato que obliga a una o varias personas. Pero, a diferencia o en oposición a los mandatos ocasionales o particulares, una norma jurídica es un mandato que obliga. . . *generalmente*: actos u omisiones de cierta *clase*.³¹

VI. Superioridad (Autoridad)

John Austin procede a dar otro paso en la determinación de su objeto (*the Laws*). Ciertamente muchas personas, que se encuentran (o creen que así es) en situación de exigir obediencia de otros están en posibilidad de emitir mandatos generales (que ordenan una clase de comportamiento) a una o varias personas. Es claro que el derecho no es una rapsodia de man-

²⁸ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, pp. 11-19.

²⁹ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 11.

³⁰ *Cfr. The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 13.

³¹ *The Province of Jurisprudence Determined, p. 15.* Las cursivas son mías.

datos provenientes de cualquier persona. Para distinguir las normas o reglas jurídicas de otros mandatos generales John Austin analiza la relación de dominio que el mandato implica tratando de encontrar un criterio diferenciador.

Es fácil observar, explica Austin, que el mandato presupone una relación de dominio. En efecto, obligar a otros a comportarse de conformidad con el deseo de uno, equivale a *tener un dominio sobre ellos*. Esta idea de dominio implica la idea de *supraordinación*.³²

A este respecto, John Austin explica:

Las disposiciones jurídicas y demás mandatos, se dice que provienen de los superiores y que vinculan u obligan a los inferiores. Superioridad es frecuentemente sinónimo de precedencia o excelencia. Hablamos de superiores en rango... , en bienestar... , en virtud. Pero tomando en el sentido que aquí la entiendo, el término *superioridad* significa *poder*: el poder de afectar otros con un mal o un daño y de forzarlos, mediante el miedo a este daño, a conformar su conducta a los deseos de uno.³³

De esta forma el *poder* significaría la posibilidad de forzar a que otros hagan algo en virtud del miedo al castigo que se aplicaría si rehusaran. Así, dice Austin que Dios sería superior al hombre, puesto que su poder de afectarnos con dolor y de forzarnos a cumplir con su voluntad es insoluble e irresistible. En un sentido más limitado, el soberano (*i.e.* el *princeps*) sería el superior del ciudadano.³⁴

En breve —señala Austin— quienquiera que pueda obligar a otro a conformarse a sus deseos, es superior a él... La parte que se encuentra expuesta al mal inminente, es... el inferior... Aparece entonces, así, que el término *superioridad* (al igual que los términos *deber* y *sanción*) se encuentra implicado por el término mandato. Puesto que superioridad es el poder de exigir (por fuerza) el sometimiento a un deseo, y la expresión... de un deseo, conjuntamente con el poder y el propósito de ejecutarlo, son los elementos constitutivos del mandato.³⁵

Decir que las disposiciones jurídicas (*laws*) emanan de los superiores o que los *inferiores* se encuentran obligados a obedecerlos es, en ambos casos, señala John Austin, una mera tautología.³⁶

³² Cfr. Tamayo y Salmorán, R. "The State as a Problem of Jurisprudence", en Claessen, H. J. M. y Skainik, *The Study of the State*, Mouton Publishers, La Haya, 1981., pp. 400 y ss.

³³ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 15.

³⁴ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 15-16.

³⁵ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 16.

³⁶ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 16-17.

VII. *El derecho propiamente hablando*

A partir de las nociones de superioridad e inferioridad John Austin encontrará elementos que le van a permitir distinguir entre el establecimiento de ciertos mandatos generales y las normas jurídicas, atendiendo a su *origen*. Antes de ello subraya que los mandatos son *hechos sociales* de cierto tipo.

a) *Su positividad*

John Austin encuentra como rasgo característico de las normas jurídicas que éstas son establecidas por una instancia especial. Consecuentemente, las normas jurídicas son, así, normas positivas. El derecho propiamente hablando es *positivo*: "...establecido por superiores políticos a inferiores políticos".³⁷ Sin embargo, existen otras reglas o normas que son también positivas (*e.g.* las reglas de la moral positiva). De ahí que John Austin se preocupe por distinguir con precisión el derecho positivo de otras reglas positivas (*puestas* por los hombres). Las normas son especies de mandatos, pero, en tanto tales, explica John Austin: "toda norma... emana de una *determinada fuente* o emana de *determinado autor*".³⁸

b) *Su fuente*

John Austin encuentra que el criterio decisivo que permite distinguir las normas jurídicas propiamente así llamadas, de las demás normas (propia o impropia así llamadas) es, precisamente la fuente de las normas jurídicas. John Austin expresamente señala:

... toda norma jurídica positiva o toda norma estrictamente así llamada es un mandato directo o indirecto del... *soberano*, emitiéndola en su carácter de superior político: es decir un mandato directo o indirecto de un soberano dirigido a una persona o a unas personas en estado de sujeción con respecto a su autor.³⁹

En tanto mandato la norma jurídica tiene una *fente*; y se diferencia de otras reglas positivas (o de otros mandatos) en razón de que su *fente* es el soberano de la comunidad política. Ninguna disposición, ningún mandato,

³⁷ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 1.

³⁸ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 120. Jeremías Bentham en *Of Laws in General* —obra que no conoció John Austin— explica que "... una norma puede ser considerada... con respecto a su *fente*: esto es, con respecto a la persona o personas de cuya voluntad es expresión" (*of Laws in General, cit.*, p. 1).

³⁹ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 121. Las cursivas son mías.

ninguna regla, es norma jurídica positiva si no es emitida (o consentida) por un soberano en su carácter de soberano.

VIII. *La soberanía*

Como hemos podido observar el concepto de norma jurídica, así como el concepto de sociedad política independiente, están condicionados por el concepto de soberano. John Austin dice:

Toda norma (jurídica) positiva o toda, norma (jurídica) simple y estrictamente así llamada, es establecida por una persona *soberana* o un cuerpo *soberano* de personas, dirigido a un miembro o miembros de la *sociedad política independiente* dentro de la cual tal persona o cuerpo de personas es soberana o suprema.⁴⁰

Los conceptos de 'soberanía' y 'sociedad política independiente' son explicados por John Austin como sigue:

La superioridad que caracterizó como soberanía y la sociedad política independiente que soberanía implica, se distingue de otra superioridad y de otra sociedad por los siguientes rasgos o características: 1) el *grueso* de la sociedad dada se encuentra en un *hábito* de obediencia o sumisión a determinado superior común: sea este superior común una (cierta) persona o un determinado cuerpo o agregado de personas. . . , 2) que tal individuo o . . . o cuerpo de individuos *no* se encuentra en hábito de obediencia a un determinado superior.⁴¹

John Austin se preocupa por esclarecer estas nociones toda vez que en la noción de *superior común* se encuentra un dato que le permite determinar la *fente* de las normas jurídicas. Si un determinado superior —explica Austin— no está en hábito de obediencia a un (otro) superior, recibe obediencia habitual de parte del *grueso* de una sociedad dada, ese superior es *soberano* (*princeps*) en tal sociedad y la sociedad (el superior incluido) es una sociedad política e independiente. Una sociedad dada, por tanto, no es una sociedad política, a menos que la generalidad de sus miembros se encuentre en *hábito* de obediencia a un determinado *superior común*.⁴²

⁴⁰ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 169. Las cursivas son mías. Sobre este particular se puede apreciar la decisiva influencia de Bentham en el siguiente pasaje de *A Fragment on Government*:

Cuando un número de personas (a quienes podemos llamar súbditos) se supone que están en hábito de prestar obediencia a una persona o a un conjunto de personas (a los que podemos llamar [respectivamente] gobernante o gobernantes) tales personas conjuntamente (súbditos y gobernantes) se dice se encuentran en estado de comunidad política. (*A Fragment on Government, cit.*, p. 33).

⁴¹ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 170.

⁴² *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, pp. 170-173.

De lo anterior se sigue que una sociedad es una sociedad política —deja de ser un simple conglomerado— si sus miembros se encuentran en hábito de obediencia a un *superior común*. Ahora bien, una sociedad política es *independiente* si este superior común es soberano —si no obedece habitualmente a ningún (otro) superior.

En la explicación pueden distinguirse las condiciones de la soberanía o de la sociedad política independiente; las cuales pasamos a enumerar:

- 1) Obediencia habitual por la *generalidad* o el *grueso* de los miembros de la sociedad.
- 2) Tal obediencia debe ser prestada a una y misma persona (o cuerpo de personas).
- 3) Que el superior común determinado no se encuentre en obediencia habitual a cierto superior común.

IX. *El objeto de la ciencia del derecho*

Las normas jurídicas positivas, esto es las normas jurídicas (*laws*) propiamente hablando, las cuales pueden caracterizarse como un mandato general del soberano dirigido a los súbitos en una determinada sociedad, constituyen el objeto propio de la ciencia del derecho. Expresamente John Austin dice: "El objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo: derecho simple y estrictamente así llamado o derecho establecido por superiores políticos a inferiores políticos".⁴³

Como hemos visto, John Austin distingue entre normas jurídicas (*laws*), propiamente así llamadas, y aquellas que son impropias o impropriamente así llamadas. A este propósito John Austin explica:

Para determinar el campo de la *jurisprudencia* (ciencia del derecho) procederé de la manera siguiente: señalaré las características esenciales de una norma o regla jurídica (*a law*), tomada en el más amplio sentido que pueda, propiamente, dársele a tal término.⁴⁴

Una vez que Austin ha proporcionado las características que distinguen una norma jurídica propiamente así llamada, procede a diferenciarla de aquéllas a las que ésta se relacionan sólo por analogía (e.g. las reglas de la moral positiva), así como de aquéllas, impropriamente así llamadas, con las cuales se relaciona únicamente de forma metafórica o figurativa.⁴⁵

Las normas que identificamos como *moral positiva* no tienen ningún carácter imperativo. Son, indica Austin, bastante análogas a las normas jurídicas. Los deberes que imponen guardan fuerte analogía con los deberes jurídicos,

⁴³ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 1.

⁴⁴ *The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 4.

⁴⁵ *Cfr. The Province of Jurisprudence Determined, cit.*, p. 4.

deberes propiamente dichos. Las sanciones de que dispone tienen, igualmente gran analogía con las sanciones en el sentido propio del término. Sin embargo, las disposiciones de la moral positiva "no son significaciones de deseo de determinados superiores".⁴⁶ Consecuentemente, no son mandatos propiamente hablando. Existen además normas que son meramente figurativas. Éstas se encuentran relacionadas con las normas jurídicas propiamente hablando por una remota analogía.⁴⁷

Otras son las normas declarativas, las derogatorias o abrogatorias y las normas jurídicas imperfectas (en el sentido de *leges imperfectae*).⁴⁸ Dice John Austin que estas últimas, estrictamente, pertenecen al tipo de normas que son figurativas. Sin embargo, éstas se encuentran íntimamente relacionadas con las disposiciones jurídicas positivas, por lo que son objeto propio de la jurisprudencia.⁴⁹

X. *Las normas jurídicas (laws) que confieren derechos (subjettivos)*

John Austin señala que existen disposiciones jurídicas (*laws*) propiamente hablando, que pudieran parecer no imperativas. "Existen *laws* que, podría decirse, *meramente* crean *derechos subjettivos*: y, viendo que todo mandato impone un *deber*, las *laws* de este tipo [parecería] no son imperativas".⁵⁰

Según John Austin no existen normas jurídicas que meramente creen *derechos subjettivos*. Ciertamente, dice Austin, existen normas jurídicas que meramente crean deberes; deberes no correlativos a correlativos derechos y, por tanto, pueden ser caracterizados como deberes *absolutos*.⁵¹ Sin embargo, este no es el caso en sentido inverso. Sobre este particular Austin declara:

...toda norma jurídica (*law*) que efectivamente confiera un derecho impone, expresa o tácitamente un deber *relativo* o un deber correlativo al derecho. Si especifica el recurso que habrá de otorgarse, en caso que el derecho sea violado, impone el deber relativo de forma expresa. Si el recurso que habrá de otorgarse no está especificado, él se refiere tácita-

⁴⁶ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 17.

⁴⁷ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 18.

⁴⁸ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 18-20.

⁴⁹ Estas son las únicas normas (si bien Austin señala que son sólo normas en sentido figurativo) que entran en relación directa con otra norma alterando o determinado su alcance o su validez. Más adelante veremos que, en principio, las normas jurídicas tal y como las describe Austin son unidades cerradas que no entran en relación con otras normas. No existen, pues, como en el caso de Bentham normas secundarias o subsidiarias ni siquiera normas primitivas. Las normas jurídicas en Austin son de una sola especie y cada una de ellas contiene su parte sancionadora.

⁵⁰ *The Province of Jurisprudence*, cit., p. 21. Lo que se encuentra entre corchetes es mío.

⁵¹ Cfr. *The Province of Jurisprudence*, cit., p. 21.

mente al derecho preexistente y reviste el derecho que pretende crear con un recurso proporcionado por ese derecho. Toda norma jurídica (*law*) que efectivamente confiere un derecho es, por tanto, imperativa.⁵²

XI. *El derecho consuetudinario y el derecho creado judicialmente*

Señala John Austin que muchos admiradores de las normas consuetudinarias piensan que éstas obligan jurídicamente porque los ciudadanos o súbditos las han observado o mantenido. De acuerdo con esta opinión, las normas consuetudinarias no son resultado de superiores políticos, aunque éstos puedan abolirlas a voluntad. Sin embargo en tanto que son aplicadas por los tribunales son derecho positivo (*positive laws*). Pero, y esto es lo importante, según esta tesis, para tales autores estas normas jurídicas son normas positivas por la adopción espontánea del gobernado y no porque hayan sido establecidas por *superiores políticos*. Consecuentemente, las normas consuetudinarias, consideradas como derecho positivo, no serían mandatos, esto es, no serían imperativas.⁵³

Otros autores, refiere John Austin, sostienen que todo derecho establecido por el juez es completamente creación de los jueces que inmediatamente lo establecen. Según esta opinión, la idea de imputar tal derecho al legislador es una de las tontas (*foolish*) y malévolas (*knavish*) ficciones por medio de las cuales los juristas han obscurecido las más claras verdades.⁵⁴ No obstante John Austin sostiene que el derecho consuetudinario es imperativo, en la significación propia del término y que todo el "derecho creado por el juez" es creación del soberano. Así planteado el problema, John Austin procede a explicar el proceso de creación de estas modalidades de normas jurídicas:

En su origen una costumbre es una regla de conducta en cumplimiento de una norma jurídica (*law*) establecida por un superior político. La costumbre es transformada en derecho positivo cuando es adoptada como tal por los tribunales y cuando las decisiones judiciales basadas en ella (*fashioned upon it*) son ejecutadas por el poder del Estado. Pero antes de ser adoptada por los tribunales y revestida de sanción jurídica es meramente una regla de moral positiva: una regla generalmente observada por los ciudadanos o súbditos, cuya única fuerza que, se puede decir, posee, deriva de la reprobación que cae sobre aquellos que la transgreden. Ahora bien, cuando los jueces convierten una costumbre en una norma jurídica (*legal rule*) (o crean una norma jurídica no sugerida por la costumbre) la norma jurídica que establecen es establecida por el cuerpo legislativo soberano. Un juez subordinado, súbdito, es sólo un ministro. La porción de poder soberano que tiene a su disposición es meramente

⁵² Cfr. *The Province of Jurisprudence, cit.*, p. 21.

⁵³ *The Province of Jurisprudence, cit.*, p. 22.

⁵⁴ *The Province of Jurisprudence, cit.*, p. 24. Lo que se encuentra entre corchetes es mio.

delegada. Las reglas que crea derivan su fuerza jurídica de la autoridad otorgada por el Estado: una autoridad que el Estado puede conferir expresamente, pero que comúnmente otorga por vía de aquiescencia. Puesto que, si el Estado puede revocar las reglas que él hace y, sin embargo, le permite aplicarlas (ejecutarlas) mediante el poder de la comunidad política, su voluntad soberana: (que tales reglas sean tenidas por derecho) claramente se hace patente por su conducta, aunque no por su declaración expresa.⁵⁵

Por todo lo anterior, John Austin subraya que un mandato, como cualquier manifestación de voluntad, puede ser expreso o *tácito*: literalmente dice:

...cuando las costumbres son transformadas en normas jurídicas por decisión de los jueces los cuales son súbditos, las normas jurídicas que emergen de las costumbres son mandatos tácitos del cuerpo legislativo (*legislature*) soberano. El Estado, el cual puede abolirlo, permite a sus ministros ejecutarlas: y, por tanto, expresa su asentimiento, su aquiescencia voluntaria: (que sirvan como derecho al gobernado).⁵⁶

En resumen, para John Austin el derecho positivo caracterizado como *consuetudinario* (así como todo derecho creado judicialmente) es establecido por el Estado, directa o indirectamente y, por tanto, es *imperativo*.

XII. *La jurisprudencia y su objeto*

En esta parte haremos algunos comentarios sobre la teoría de Austin. En *The Province of Jurisprudence Determined* John Austin se propone —como el nombre lo indica— determinar el campo y el objeto de la jurisprudencia (*i.e.* de la ciencia del derecho).⁵⁷ *The Province of Jurisprudence* es, indudablemente, la obra más conocida de John Austin. Sin embargo, observa el profesor H.L.A. Hart el propio Austin concibió tal trabajo como una mera introducción a sus *lectures*.⁵⁸ Una clara idea del campo de la jurisprudencia y de su objeto presupone una clara concepción de la función y el carácter de la jurisprudencia. En un *excursus* denominado *On the Uses of the Study of Jurisprudence*,⁵⁹ con el cual John Austin iniciaba sus *lectures* en la Universidad de Londres, John Austin explicaba que el objeto de la ciencia del derecho consistía en la elucidación de las nociones jurídicas fundamentales

⁵⁵ *The Province of Jurisprudence, cit.*, pp. 23-24.

⁵⁶ *The Province of Jurisprudence, cit.*, p. 24.

⁵⁷ Cfr. *Outline of the Course of Lectures*, en *The Province of Jurisprudence, cit.*, p. LIX.

⁵⁸ Cfr. Hart, H. L. A. *Introduction*, en *The Province of Jurisprudence* (Weidenfeld and Nicolson), *cit.*, p. xv.

⁵⁹ Publicado hasta 1863 como un *apéndice* a la *lectures on Jurisprudence*. Existe versión española: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Vicén, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951.

a través del análisis del lenguaje del derecho y a través de la clasificación de sus términos para descubrir sus interconexiones lógicas.⁶⁰

La jurisprudencia no debe ser confundida con la exposición crítica de un orden jurídico particular. Tampoco debe suponerse que la jurisprudencia es una respuesta —obtenida por un método diferente— a problemas sobre la historia o las causas de las instituciones jurídicas. Observa Hart, comentando esto último que “la investigación analítica y la investigación histórica proporcionan respuestas a diferentes cuestiones, no diferentes respuestas a las mismas cuestiones”.⁶¹

Afirma John Austin que “el objeto de la jurisprudencia es el derecho positivo, el derecho simple y estrictamente así llamado”.⁶² De ahí resulta claro que el derecho y la jurisprudencia son dos cosas absolutamente diferentes. El derecho positivo (o simplemente el derecho) se constituye por hechos del mundo. La jurisprudencia es una explicación del derecho hecha por los juristas. La jurisprudencia *habla* del derecho (lo describe, lo analiza), no lo establece. La jurisprudencia es una reflexión sobre el derecho; es la ciencia general del derecho positivo.⁶³

John Austin, como nos hemos podido percatar, define el derecho en términos de hechos sociales; actos humanos: órdenes, hábitos de obediencia, castigos. Puesto que el derecho se manifiesta por hechos sociales es necesario determinar aquellos hechos sociales que nos permitan identificarlo. Esta es tarea de la ciencia del derecho (*i.e.* de la *jurisprudencia*). Sobre el particular señala Austin:

La jurisprudencia... se ocupa directamente de los principios y distinciones comunes a varios sistemas de... derecho positivo; las cuales cada uno de esos... sistemas inevitablemente implica, sea que merezca elogio o reprobación, o se conforme o no a un supuesto patrón o medida.⁶⁴

De lo anterior resulta claro que en la determinación del derecho, tenemos que limitarnos a describir los hechos relevantes, evitando consideraciones de cualquier otra índole que no se circunscriban a describir el derecho. “La jurisprudencia —subraya enfáticamente John Austin— se ocupa del derecho tal y como necesariamente es, más que del derecho tal y como *debe ser*”.⁶⁵ Esto es, se ocupa del derecho que *es*, sea bueno o malo y no del derecho que pudiera ser o quisieramos que fuera.

⁶⁰ Cfr. Hart, H. L. A. *Introduction*, en *The Province of Jurisprudence Determined* (Weidenfeld and Nicolson), p. xv.

⁶¹ *Introduction* en *The Province of Jurisprudence Determined*, (Weidenfeld and Nicolson), p. xv.

⁶² *The Province of Jurisprudence Determined*, *cit.*, p. 1.

⁶³ *Outline of the Course of Lectures*, *cit.*, *lix*.

⁶⁴ *Outline of the Course of Lectures*, *cit.*, *lix*, nota.

⁶⁵ *Outline of the Course of Lectures*, *cit.*, *lix*, nota.

La teoría de John Austin, tan simple como pudiera parecer, nos permite un claro entendimiento sobre algunos problemas que plantea el derecho: su creación, su identidad, su existencia, su unidad. Así, por ejemplo, la teoría de John Austin explica claramente de qué cosas se compone el derecho de una comunidad. Las *laws* (normas jurídicas, propiamente hablando) son el objeto propio de la ciencia del derecho (*i.e. jurisprudence*); son ellas las entidades que constituyen el derecho. Dicho de otra manera: el derecho de una comunidad política es un conjunto de normas jurídicas (*laws*); el derecho es un *orden* o *sistema* de normas jurídicas.

¿Cómo se identifican las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico? La respuesta de Austin a este problema se encuentra implícita en su definición de 'a law'.⁶⁶

El derecho de una comunidad, el orden jurídico que constituye, contiene todas las normas y sólo las normas establecidas por el soberano de esa comunidad. En esa misma definición de John Austin encontramos su criterio de membresía: una norma pertenece al orden jurídico establecido por la instancia soberana que la creó.

Saber cuándo y dónde existe un orden jurídico es fundamental a cualquier teoría que describa el derecho. La teoría de J. Austin consecuentemente proporciona un criterio de existencia del derecho,⁶⁷ un orden jurídico existe si la instancia creadora de sus normas es habitualmente obedecida. Tal instancia es obedecida si las normas jurídicas (*laws*) que establece son obedecidas. Esto es, un orden jurídico existe si es eficaz. La eficacia es el elemento relevante del criterio de existencia del derecho. Ahí donde las normas jurídicas (*laws*) emitidas por una instancia soberana son habitualmente obedecidas, ahí hay derecho.

La teoría del derecho de John Austin, como hemos visto, es prácticamente resultado de su definición de 'a law'. Pero, tanto su teoría como su definición giran, a su vez, alrededor de otro concepto: el de 'soberanía'. Desde la Alta Edad Media y el Renacimiento los filósofos políticos y los juristas se preocuparon por esclarecer este concepto. John Austin —siguiendo de cerca a Jeremías Bentham— fundamenta su teoría del derecho en el concepto de soberanía.⁶⁸

Ciertamente en manos de estos el soberano no es aquel quien, por derecho divino o por "naturaleza", pueda decirnos qué debemos hacer. El soberano es identificado por el mero hecho de que es él quien es habitualmente obedecido y sus mandatos son aquellos que la gente llama '*laws*'.⁶⁹ El rasgo más característico del concepto de soberanía de John Austin es que se basa

⁶⁶ Cfr. Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press 1980, p. 5.

⁶⁷ Cfr. Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System, cit.*, p. 5.

⁶⁸ Cfr. *supra*, loc. cit.

⁶⁹ Cfr. Harris, J. W. *Legal Philosophies*, Londres, Butterworths, 1980, p. 25.

exclusivamente en el *hecho social*, del hábito de obediencia.⁷⁰ La soberanía en John Austin no se deriva ni se explica por elementos ajenos a los hechos sociales. El concepto correlativo de soberanía es el de *sociedad política independiente*. Sólo una comunidad política independiente tiene un *superior común* que sea soberano.

El Concepto de soberano se revela así necesario para explicar la existencia de cualquier derecho. Para cada sistema jurídico existe uno y sólo un soberano. El soberano es, por definición, la *fente* del orden jurídico de una determinada comunidad política independiente, el creador exclusivo del derecho de la comunidad.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN*

⁷⁰ Cfr. Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, pp. 6-7.

* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor de *Introducción al Estudio del derecho* y de *Teoría general del Estado* en la Facultad de Derecho de la misma Universidad; profesor de *Metodología del derecho* en la División de Estudios Superiores de la mencionada Facultad de Derecho; etc. Licenciado en Derecho (1967, Universidad Nacional Autónoma de México); doctor en derecho (1970, *Faculté de Droit et Sciences Economiques, Université de Paris*).