

TESIS DOCTORAL

**LOS LÍMITES JURÍDICOS AL SOBERANO**

José Luis Pérez Triviño

**Director: Dr. Jorge Malem Seña**

**Universitat Pompeu Fabra**

**1996**

**(4 de 7)**

Dipòsit legal: B.13297-2008  
ISBN:

plantea la siguiente cuestión ¿puede la autoridad preinstitucional suprema emitir un mandato que limite para el futuro su capacidad de imposición de conductas mediante mandatos? Tal como lo expuso Raz, este intento de limitación tendría la siguiente formulación<sup>254</sup> :

i) "Prohibido dictar mandatos sobre P" Cada vez que ordene P se me debe desobedecer;

Posteriormente, esta autoridad ordena lo siguiente:

ii) "Obligatorio P"

Si los sujetos normativos obedecen i), la autoridad deja de ser obedecida, y por lo tanto, abandona el carácter de soberano. En cambio, si obedecen ii), limitar su capacidad de imponer mandatos cae fuera de su capacidad.

De manera análoga a lo que sucede en la paradoja de la soberanía parlamentaria, aquí parece conveniente distinguir entre autoridad autocomprensiva y autoridad continua. En el supuesto de que el individuo pueda emitir el mandato limitante se puede hablar de autoridad autocomprensiva, y en el supuesto de que no pueda, autoridad continua. Esta explicación puede dar cuenta del abandono del poder efectivo supremo que realiza un individuo y de su parcial o total transferencia a otro individuo. Pero, como se verá con más detenimiento en el capítulo siguiente, no logra dar una explicación del surgimiento de un orden jurídico en términos de reglas competencia y de autoridades institucionales, propiedades que son definitorias de un

---

<sup>254</sup> .RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System*; op.cit., pág.32

orden jurídico. Por lo tanto, no se sirve como concepto de una autoridad creadora de un nuevo orden jurídico.

Sin embargo, todavía es posible analizar la capacidad de la autoridad preinstitucional en otros términos, que aunque similares a los de la paradoja, no coinciden exactamente con ella. La cuestión es si tal autoridad puede -conceptual y fácticamente- constituir mediante reglas de competencia una autoridad jurídica.

Por el momento, bastará señalar que si esta explicación es posible, entonces, puede distinguirse entre dos subclases de autoridad preinstitucional suprema: la que puede realizar las acciones que se acaban de describir -autoridad preinstitucional suprema secundaria-, y la que no las puede realizar -autoridad preinstitucional suprema primaria-. Bajo la primera descripción caerían la noción de soberano<sup>0</sup> de Garzón Valdés o la autoridad soberana de von Wright. Sin embargo, el concepto de soberano de Austin no presenta las mismas características dado que no crea ningún orden jurídico ni ningún soberano<sup>1</sup>. En este sentido, caería en la segunda descripción. El análisis más detallado de estos dos conceptos de autoridad se realizará en el próximo capítulo.

Por último, queda por analizar con mayor detenimiento el proceso que lleva de una autoridad preinstitucional a una autoridad suprema en un orden jurídico (soberano<sup>1</sup>). Esta cuestión será analizada más adelante.

### 3. La autoridad jurídica suprema

La noción de autoridad jurídica suprema implica su carácter institucional. Es decir, supone la idea de que ha sido creada por decisiones que constituyen una institución. Según J. Searle, estos hechos institucionales se diferencian de los hechos brutos -objeto de las reglas regulativas- porque su existencia depende de la existencia de ciertas instituciones humanas, que, a su vez, son sistemas de reglas constitutivas<sup>255</sup>. Y una institución puede definirse como

"un conjunto de convenciones o reglas constitutivas que determinan posiciones y relaciones de un modo convencional"<sup>256</sup>.

La importancia de las instituciones en la definición de Derecho no necesita subrayarse. J. Raz señala que la institucionalización es una propiedad definitoria del Derecho, al menos de los sistemas jurídicos nacionales desarrollados. Y entre las instituciones que forman parte del Derecho tienen un papel especial las instituciones creadoras de normas y las instituciones aplicadoras de normas<sup>257</sup>.

Una de las principales funciones de una institución jurídica consiste en guiar el razonamiento acerca de cuáles son las acciones obligatorias o

---

<sup>255</sup>.SEARLE, John: *Actos de habla*; op.cit., pág.58-61.

<sup>256</sup>.MOSTERIN, Jesús: *Racionalidad y acción humana*; Alianza Ed., Madrid, 1988, pág.97.

<sup>257</sup>.RAZ, Joseph. "La naturaleza institucional del Derecho" en *La autoridad del Derecho*; UNAM, México, 1985 [Clarendon Press, Londres, 1979], pág.138. Ver también, MacCORMICK, Neil: "Law as Institutional Fact"; op.cit., pág.57

prohibidas, como también dar un sentido coherente a un aspecto potencialmente caótico de la vida social:

"entrar en un acuerdo... en el que somos guiados por ciertas sendas predeterminadas que despliegan las reglas institucionales para nosotros. Esto nos ayuda a determinar nuestros derechos y responsabilidades y lo que tenemos que hacer sin tener que tomar decisiones separadas y complicadas en cada ocasión. Pero no sólo nos dan estas facilidades, también permiten a otros individuos planear acciones y determinar responsabilidades y derechos"<sup>258</sup>.

En este punto hay una diferencia importante entre el carácter institucional de una autoridad y el carácter preinstitucional una autoridad: aunque ambas autoridades suponen un substrato humano, la autoridad institucional no puede confundirse con dicho substrato. No es posible esa identificación si se tiene en cuenta que un mismo individuo (o conjunto de individuos) puede ser el substrato de dos o más cuerpos institucionales. La principal consecuencia de que las autoridades institucionales no sean idénticas a los substratos humanos es que a las instituciones se les puede adscribir una existencia independiente de la existencia de los seres humanos. Y esta existencia está en estrecha relación con las normas del sistema normativo correspondiente. El cambio de los componentes individuales que transitoriamente ocupan la posición de titulares de la institución no

---

<sup>258</sup> .BANKOWSKI, Zenon: "The Institution of Law"; *Ratio Juris*, 4 (1), 1991, pág.82. Por otro lado, J. Raz señala que este aspecto es central a la idea de Estado de Derecho, ya que las reglas ayudan a coordinar nuestra actividad. RAZ, Joseph: *La autoridad del Derecho*; UNAM, México, . Este aspecto de las autoridades institucionales será fundamental para entender la "fugacidad" e inestabilidad de los soberanos que son autoridades preinstitucionales.

conlleva un cambio de la institución. La institución sólo cambia cuando lo hacen las normas constitutivas relevantes.

Sin embargo, la autoridad preinstitucional cambia cuando lo hace la persona que ejerce dicho poder. Y esto involucra cambios de carácter físico, no institucional.

Esta característica supone que las instituciones deben ser analizadas a través del lenguaje descriptivo, pero haciendo referencia a

"sistemas de roles definidos normativamente que deben ser realizados por seres humanos que satisfacen ciertos requisitos definidos también normativamente"<sup>259</sup>.

Es de destacar la diferente pretensión de obediencia que caracteriza al individuo que es una autoridad efectiva y al individuo que es una autoridad institucional. Mientras que el primero fundamenta su autoridad en una característica especial de su persona, el segundo lo basa en reglas<sup>260</sup>.

Según MacCormick, cualquier tipo de autoridad institucional -y por tanto, también la autoridad jurídica suprema- presupone, como cualquier otra institución, tres tipos de reglas:

---

<sup>259</sup> .STUDNICKI, F.: "On Institutional Decisions"; *Archives für Recht und Sozial Philosophie*, LVII/4, 1971, pág.476

<sup>260</sup> .FRIEDMAN, R.B.: "On the Concept of Authority in Political Philosophy"; op. cit., pág.79. Ver también: FLATHMAN, Richard, E.: *The Practice of Political Authority. Authority and Authoritative*; The University of Chicago Press, Chicago, 1980, págs. 16-20. Ver también ROSS, Alf: "Sobre los conceptos de 'Estado' y 'órganos del Estado' en Derecho Constitucional" en *El concepto de validez y otros ensayos*; Fontamara, México, 1993. Trad. E.A. Vázquez, pág.89

1) las reglas que determinan cuáles son las condiciones esenciales para la identificación de la autoridad, es decir, señalan quién y en qué casos -bajo determinadas condiciones definidas genéricamente- un individuo actúa como institución; establecen las materias sobre las que la autoridad normativa está facultada para legislar o las formalidades o requisitos que debe cumplir para crear normas jurídicas válidas. En este tipo de reglas se podría realizar una ulterior distinción entre:

a) las reglas de acceso y de sucesión de la institución;

b) las normas de competencia; esto es, las gobiernan la distribución de poderes entre las diversas instituciones;

c) las reglas para la sucesión de reglas; es decir, las reglas que gobiernan la reforma, suspensión o reemplazo de las reglas de las tres categorías<sup>261</sup> .

2) Las reglas que determinan cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la existencia de la institución, es decir, qué modificaciones provoca en las situaciones jurídicas de otros individuos.

3) Las reglas que determinan cuándo un caso concreto de una institución deja de existir o se transforma en otra institución<sup>262</sup> .

---

<sup>261</sup> .FINNIS, John: "Revolutions and Continuity of Law"; SIMPSON p. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence*; Clarendon Press, Oxford, 1973. Pág.48.

<sup>262</sup> .MacCORMICK, Neil: "Law as Institutional Fact"; en MacCORMICK, Neil-WEINBERGER, Otta: *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*; Reidel, Dordrecht, 1986, pág.52-3;

En términos generales, se podría realizar un esquema general de los diversos cambios de los individuos designados como autoridad jurídica y de las normas que definen a una autoridad jurídica.

	cambios válidos	cambios inválidos
individuos	caso 1	caso 3
reglas	caso 2	caso 4

En el caso (1) se produce, por ejemplo, un cambio en el individuo que ejerce de alcalde tras la celebración de unas elecciones municipales. Antes el alcalde era A y ahora lo es B. Se trata de una sucesión válida de individuos que son descritos como autoridad. Pero la autoridad, desde el punto de vista institucional, sigue siendo la misma.

La situación del caso (3) es muy distinta ya que aquí un individuo accede ilegalmente al cargo de alcalde. Se produce un cambio de individuos, pero en este caso, el acceso se ha llevado a cabo violando reglas que gobiernan el acceso a y la sucesión de la institución. Por tanto, se trata de un usurpación.

Sin embargo, este tipo de acontecimientos colapsan en el caso (4), por cuanto se produce una violación y cambio de aquellas reglas. Una usurpación implica una pretensión de mantenerse en el cargo institucional, y no únicamente una violación puntual de una regla. Es

más, Finnis señala que cuando se produce la violación de una regla de sucesión a la institución también se produce una violación y cambio de las reglas de sucesión de reglas.

El caso (2) supone el cambio de las reglas que conforman la institución. El caso (4) implica la violación de una o varias de las reglas que gobiernan la autoridad jurídica. Y esto es así, aún cuando no haya habido un cambio de individuos. Cuando se produce un cambio exitoso de autoridad jurídica suprema del tipo (3) y (4) es posible afirmar que se ha producido la actuación de una autoridad preinstitucional.

Estos cuatro casos muestran que es posible distinguir entre *los cambios en la autoridad institucional* de *los cambios de autoridad*. Interesa señalar aquí únicamente que los casos 3 y 4 dan a entender que donde operaba una autoridad institucional ahora opera exitosamente una autoridad preinstitucional. Es decir, se ha producido una sustitución de autoridad.

En cualquier caso, destacar el papel de los individuos en la definición de autoridad jurídica permite mostrar que tales autoridades también pueden ser objeto -además de límites jurídicos- de límites fácticos. Estos no afectarían a su competencia para dictar reglas, sino a su capacidad de ejercer poder mediante reglas. Cualquier restricción que afectase a su posibilidad o capacidad de emitir mandatos, de divulgarlos o de presionar para su obediencia podría ser calificada como un límite de carácter fáctico.

Como conclusión, es importante señalar que la noción de autoridad jurídica suprema es ineludible en la identificación de un orden jurídico. Es condición necesaria para la existencia e identidad del Derecho. Si se acuerda que la existencia de instituciones es un rasgo definitorio del Derecho, y que éstas dependen de reglas que conceden poderes, resultan acertadas las palabras de Hart cuando señala que

"... la introducción en la sociedad de reglas que habilitan a los legisladores para reformar y crear reglas de deber, y a los jueces para determinar cuándo estas últimas han sido transgredidas, es un avance tan importante para la sociedad como la invención de la rueda. No sólo fue un paso importante, sino que... puede ser considerado como el paso que conduce del mundo prejurídico al mundo jurídico"<sup>263</sup>.

Una vez consideradas las características de cada una de las nociones de autoridad normativa suprema, ¿qué tipo de relaciones surgen entre ellas?, y en particular, ¿es posible explicar el paso de una autoridad preinstitucional suprema a una institución jurídica suprema?

---

<sup>263</sup> .HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op,cit, pág.52-53.

## **VII. LAS RELACIONES ENTRE LA AUTORIDAD PREINSTITUCIONAL SUPREMA Y LA AUTORIDAD JURIDICA SUPREMA**

### **1. Introducción**

Una de las cuestiones centrales que queda por abordar tiene ver con la relación existente entre la autoridad preinstitucional suprema y la autoridad jurídica suprema. Especialmente, tiene un especial relieve la pregunta de si la autoridad preinstitucional suprema puede crear una autoridad jurídica, y en el caso de que así sea, ¿desaparece o persiste en coexistencia con la autoridad jurídica suprema?

Responder a estas preguntas constituye una tarea relevante en la explicación de la idea de autoridad suprema en un Estado, pero también en la explicación del surgimiento de un orden jurídico. Para ello, se sugerirá utilizar dos perspectivas de análisis de dicha relación: la sincrónica y la diacrónica.

### **2. El enfoque diacrónico de la relación entre la autoridad preinstitucional suprema y la autoridad jurídica suprema**

Este tipo de enfoque conduce a examinar la cuestión acerca del origen de la autoridad jurídica suprema así como de las consecuencias que surgen del hecho de que la autoridad preinstitucional se constituya en la fuente de origen de la autoridad jurídica suprema.

La respuesta es compleja, ya que supone dar cuenta no sólo de cómo se constituye una autoridad jurídica, sino también de cómo se produciría la limitación de la autoridad preinstitucional suprema.

Antes se señaló que la autoridad preinstitucional puede limitar su poder efectivo de diversas formas. Esto dependerá de la base donde se apoye dicho poder. Así por ejemplo, si su poder está basado en la posesión de riqueza económica, una manera de autolimitarse es transferir su capital a un tercero; si el poder se basa en la posesión de fuerza militar, puede destruir el armamento, etc. Pero lo interesante a los efectos jurídicos es si las normas soberanas u originarias de un nuevo orden jurídico -y de una autoridad jurídica suprema- limitan el poder de este individuo. La respuesta a este interrogante debe ser negativa dado que las normas jurídicas no restringen fácticamente acciones o estados de cosas, es decir, no tienen por sí mismas efectos causales. Por tanto, con la promulgación de estas normas jurídicas la autoridad efectiva no pierde necesariamente su poder de dar órdenes. Es más, con posterioridad a la promulgación de las normas soberanas, el individuo que era autoridad preinstitucional suprema puede seguir existiendo como tal individuo, e incluso puede conservar la base de su poder.

Una manera de abordar la solución de este problema consiste en sugerir que las normas soberanas referidas a la autoridad jurídica suprema son reglas constitutivas. Estas reglas podrían tener la siguiente formulación: "A partir del momento  $t$ ,  $O$  es la autoridad legislativa suprema del (nuevo) orden jurídico cuando dicte normas

sobre la materia M siguiendo el procedimiento P". Consideradas de esta manera, las reglas soberanas no delegan ni transfieren poder (normativo o efectivo), sino que crean o constituyen una autoridad que es conceptualmente distinta a la autoridad efectiva. Esta nueva autoridad institucional ejerce tal autoridad sólo cuando crea normas de acuerdo con las condiciones estipuladas. No es autoridad institucional cuando no cumple con los requisitos establecidos en la norma constitutiva.

En este sentido, es posible decir que la constitución (las normas soberanas) restringe normativamente la capacidad creadora de normas del individuo que precisamente la creó -la autoridad preinstitucional suprema-. Por supuesto, no lo hace como una regla obligatoria o prohibitiva, sino de la peculiar forma que lo hacen las reglas constitutivas excluyen como autoridades incompetentes a los individuos no habilitados.

Lo que importa destacar de estas reglas constitutivas es que a partir de su promulgación, la norma soberana se constituye en uno de los criterios para identificar a la institución legislativa suprema. Esto, obviamente, no supone que el individuo que era autoridad preinstitucional desaparezca, sino que a los efectos de una reconstrucción de la autoridad jurídica hay que remitirse a las normas soberanas y no a criterios extranormativos.

Una objeción que puede realizarse a esta reconstrucción sería que si el individuo que crea la constitución no pierde su base de poder, puede vulnerar la constitución si así lo desea. Y debido a su superioridad

fáctica, sus mandatos serán efectivos y obedecidos. Por tanto, la constitución no supone límite alguno.

Ahora bien, hay que distinguir dos casos posibles: 1) este individuo dicta mandatos que, aunque obedecidos, serán inválidos según el nuevo orden jurídico ya que carece de competencia para su promulgación. En la medida que la obediencia no se general y habitual no se afectaría la existencia de la autoridad jurídica suprema; 2) si este individuo emite mandatos inválidos que logran obediencia generalizada, durante un tiempo lo suficientemente prolongado entonces, habrá desaparecido el orden jurídico creado por las normas soberanas. Se habrá producido una usurpación exitosa y la creación de un orden jurídico nuevo.

Esto muestra, como ya había señalado Garzón Valdés, que ambas autoridades -jurídica y preinstitucional- son excluyentes temporal y conceptualmente.

La relación de tipo diacrónico que se produce entre ambos tipos de autoridades puede mostrarse en el siguiente gráfico (figura 1), donde APS simboliza la autoridad preinstitucional suprema, AJS la autoridad jurídica suprema,  $t_0$ ,  $t_1$ , etc, los diferentes momentos temporales

APS            AJS<sub>1</sub>    AJS<sub>2</sub>    AJS<sub>3</sub>    AJS<sub>4</sub>

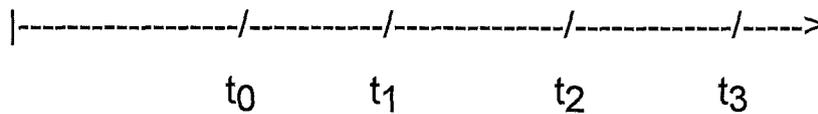


Figura 1

La autoridad preinstitucional suprema crea en  $t_0$  una autoridad institucional suprema a la que dota de competencia para dictar normas. Desde esta perspectiva, el orden jurídico sólo puede ser reconstruido de manera que en su origen siempre se encuentre una autoridad preinstitucional suprema creadora de normas soberanas. En este sentido, "la teoría de la fuente de origen" resulta plausible para la explicación del surgimiento de un orden jurídico. Todo orden jurídico comienza con una norma soberana creada por una autoridad preinstitucional suprema del tipo examinado.

### 3. La autoridad jurídica suprema desde el punto de vista sincrónico

La segunda perspectiva de análisis de las relaciones entre la autoridad preinstitucional y la autoridad jurídica suprema es de tipo sincrónico. Este parece ser el enfoque que realiza Hart sobre la identificación de la autoridad jurídica suprema en un orden jurídico. Su preocupación es dar cuenta de la noción de autoridad suprema en un orden jurídico. Desde este segundo enfoque, la identificación de la autoridad jurídica

suprema se realiza en un mismo momento temporal ( $t_0$ ,  $t_1$ ,  $t_2$ , etc.). En este sentido, tal proceso puede representarse con la figura 2:

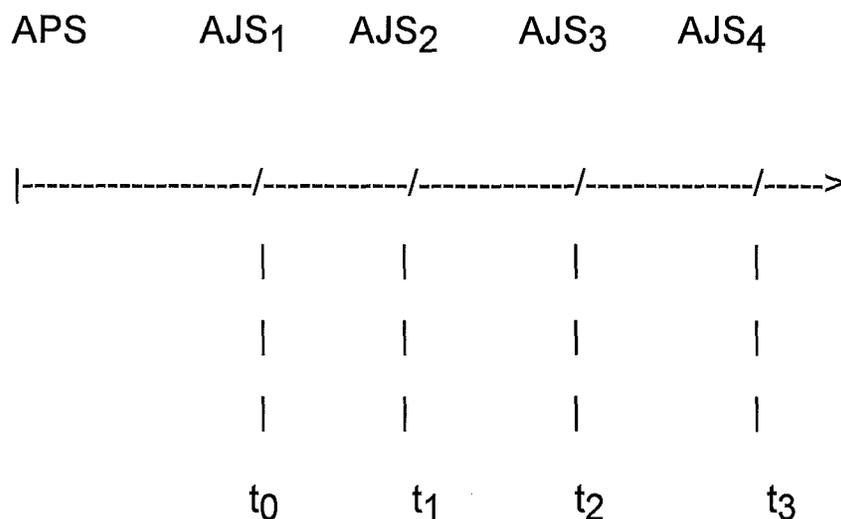


Figura 2

Cada línea vertical representa un momento temporal específico que corresponde a un sistema jurídico y, en ella, la única autoridad que se observa es la autoridad jurídica suprema que es la última autoridad identificable mediante reglas pertenecientes al sistema jurídico. En un sistema jurídico los criterios de identificación de la autoridad jurídica suprema son de carácter normativo-institucional. No es necesario remitir a otro tipo de criterios extranormativos, y tampoco es preciso apelar a la autoridad preinstitucional que creó a la primera autoridad jurídica suprema. Si la preocupación es explicar o identificar la autoridad legislativa suprema en un sistema jurídico, no es en absoluto necesario incluir en dicho examen una autoridad preinstitucional. Este es un enfoque en el que las normas que establecen la autoridad legislativa suprema pueden ser tomadas como la base del sistema

originario de un orden jurídico jurídico, o bien, como parte de una regla de reconocimiento<sup>264</sup>. En este tipo de análisis, los trabajos de Alchourrón y Bulygin son, quizá, la máxima aportación realizada por la teoría del Derecho.

Este tipo de enfoque parece coherente con la idea de que un sistema jurídico implica la existencia de dos tipos de normas: las soberanas (o en otra terminología, independientes) y las no soberanas (o dependientes). Las autoridades que crearon las normas soberanas son conceptualmente distintas de las autoridades creadoras de normas dependientes legisladas.

Ahora bien, la distinción entre normas soberanas u originarias, por un lado, y normas dependientes por otro, sólo es defendible desde el punto de vista diacrónico. Pero no lo es necesariamente desde el punto de vista sincrónico. La razón está en que en un momento temporal determinado las normas soberanas pueden haber sido reformadas válidamente, y en consecuencia, han sido creadas nuevas normas que serán supremas, pero no originarias, en el sentido que se ha venido utilizando aquí. Serían normas dependientes.

---

<sup>264</sup> .A estos efectos, poco importa en este punto si la regla de reconocimiento es una regla conceptual o una regla de conducta. Sobre esta discusión ver el número 9 de DOXA (1991) donde E. Bulygin, J. Ruiz Manero y R. Caracciolo exponen sus ideas al respecto: : BULYGIN, Eugenio: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos". RUIZ MANERO, J.: "Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales". CARACCILO, Ricardo: "Sistema jurídico y regla de reconocimiento".

#### **4. La noción de supremacía predicable de la autoridad preinstitucional suprema y de la autoridad jurídica suprema**

Una cuestión importante en la caracterización de estos dos tipos de autoridades es la propiedad de la supremacía. El significado de la propiedad de supremacía no es común a ambos conceptos de autoridad. En los primeros capítulos, donde se examinó la noción de soberano absoluto, la supremacía se caracterizó de la siguiente manera:

- a) el poder de creación de normas no es conferido por una disposición jurídica;
- b) ese poder tampoco puede ser revocado jurídicamente;
- c) el fundamento de la supremacía radica en la superioridad de la autoridad preinstitucional frente a los destinatarios de sus normas

Frente a la simplicidad de la noción de supremacía predicable de la autoridad preinstitucional, la caracterización de dicha propiedad en la autoridad jurídica es mucho más discutida. En todo caso, la diferencia central entre ambas nociones de supremacía radica en que mientras la noción de supremacía de la autoridad preinstitucional no depende de reglas; la noción de supremacía del poder legislativo de la autoridad jurídica ha sido conferido por una norma jurídica.

Una vez analizado el marco normativo de la supremacía de la autoridad jurídica suprema es pertinente examinar dos concepciones distintas acerca de ella. La primera corresponde a Hart y la segunda a Ross.

## A) La noción de supremacía según Hart

Según Hart, la supremacía de la autoridad jurídica suprema se caracteriza de la siguiente manera:

"Rex puede ser la más alta autoridad legislativa conocida por el Derecho de su comunidad, en el sentido de que cualquier otra legislación puede ser derogada por la suya, aún cuando la suya propia esté limitada por una constitución"<sup>265</sup>.

Este tipo de noción de supremacía puede ser caracterizada por su capacidad derogatoria, ya que la autoridad jurídica suprema:

- a) crea normas que no pueden ser derogadas por otras autoridades legales y;
- b) puede derogar cualquier otra norma jurídica del sistema.

Sin embargo, la segunda de las propiedades predicadas de la supremacía de autoridad institucional suprema -la competencia para derogar cualquier otra norma jurídica del sistema- plantea algunos problemas. En los ordenamientos jurídicos modernos la división de poder entre diferentes órganos juega un papel importante. Una de las implicaciones de este fenómeno es que puede haber una concesión u otorgamiento de poder normativo intransferible e inmunizado. Esto supone que la autoridad que concedió el poder carece de la competencia para retirar el poder, o, modificar la regulación llevada a cabo. Es decir, con la división de poder, la autoridad institucional

---

<sup>265</sup> .HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op cit. pág.88

suprema delegante deja de tener la facultad de legislar en ciertas materias, respecto de las cuales, la nueva autoridad es suprema. Así por ejemplo, las sentencias de los jueces y tribunales no pueden ser derogadas por la legislatura. También es propio de ordenamientos federales o similares un reparto de competencia entre los poderes centrales y los periféricos en los que ninguno de ambos puede derogar las normas de los otros. Si esto es así, parece que la idea de la facultad derogatoria no es un criterio definitorio de la supremacía jurídica.

## **B) La noción de supremacía según Ross**

La segunda forma de caracterizar la propiedad de supremacía de una autoridad jurídica es la ofrecida por Alf Ross:

"La tarea esencial de toda constitución es establecer una autoridad legislativa. Si la identificamos con  $A_2$ , la constitución incluye las normas  $C_2$  que determinan la competencia del legislador. Si la constitución contiene reglas para su propia reforma, estas reglas ( $C_3$ ) determinan otro proceso de creación del derecho y constituyen otra autoridad superior, generalmente llamada la autoridad o poder constituyente... Si la constitución no admite ninguna otra autoridad superior competente para reformar las reglas de reforma, entonces  $A_3$  es la autoridad suprema del sistema, y  $C_3$  su norma básica"<sup>266</sup>.

Es de señalar en el párrafo citado que la autoridad jurídica suprema es aquella que tiene la competencia para reformar las normas supremas

---

<sup>266</sup> .ROSS, Alf: "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional" en *El concepto de validez y otros ensayos*; Fontamara, México, 1991 [1967]. Trad. E. Bulygin y E. Garzón Valdés. Pág.52

del orden jurídico, y especialmente, las disposiciones de reforma constitucional. Por ello, la norma suprema del orden jurídico es la que establece la competencia del poder constituyente derivado. Tal autoridad puede adquirir diversas formas según los ordenamientos jurídicos: a) pueden ser órganos especiales de reforma constitucional como lo son las Asambleas Constituyentes; b) pueden ser los propios órganos legislativos con diferentes procedimientos (por ej.- exigencia de mayorías agravadas), etc. De todas maneras, la forma que adquiera esta autoridad es secundaria a los efectos que aquí interesan.

Si se acepta que la noción de supremacía característica de la autoridad jurídica está vinculada con las disposiciones de reforma constitucional es posible realizar algunas consideraciones adicionales.

En primer lugar, las propiedades definitorias de la autoridad jurídica suprema son diametralmente distintas a las de la autoridad preinstitucional suprema. Tal y como ha sido mostrado, la noción de autoridad jurídica no involucra necesariamente las propiedades de supremacía (en sentido fuerte) y de ilimitabilidad jurídica. Por tanto, no tiene mucho sentido hablar de este tipo de autoridad como soberano -al menos, tal como lo hacían los autores clásicos examinados-, ya que carece de dos de las propiedades definitorias de dicho término. Mantener el uso de dicha palabra para referirse a un significado de autoridad tan distinto puede ocasionar confusión.

En segundo lugar, el criterio de definición de la autoridad jurídica suprema -la competencia para reformar la suprema norma de reforma- puede estar ausente en algunas constituciones, como es el caso de las

constituciones flexibles. Esto supone que aquí el criterio de atribución de supremacía a un órgano legislativo debe ser modificado. Sobre esta cuestión se volverá más adelante

En tercer lugar, es preciso dejar claro que la asimilación de las normas soberanas a las disposiciones de reforma constitucional no parece ser consistente con la definición de normas soberanas adoptada de von Wright. En efecto, la autoridad preinstitucional suprema puede haber dictado no sólo las normas de reforma constitucional sino también otras normas que, siguiendo el esquema de von Wright, también son soberanas. Es perfectamente plausible que las reglas de reforma constitucional no sean las únicas normas soberanas, sino sólo una parte de ellas. Por esta razón, deberían distinguirse dos tipos de normas soberanas:

- 1) las que establecen la autoridad jurídica suprema -las normas de reforma constitucional-;
- 2) el resto de normas creadas por la autoridad efectiva suprema y que forman parte de la constitución originaria.

Por otro lado, esta distinción muestra que para identificar, desde el punto de vista diacrónico, a una autoridad jurídica suprema es necesario apelar a las normas soberanas, pero no es suficiente, dado que las normas soberanas pueden crear simultáneamente diversas autoridades jurídicas. La identificación requiere incluir otro criterio adicional: la extensión o relevancia de sus competencias respecto de las normas de producción jurídica; o incluso, la facilidad o dificultad que

tiene para ejercer la competencia atribuida. Esto es especialmente importante en el caso del poder constituyente derivado, pues en muchas ocasiones los límites materiales o los requisitos procedimentales son tan agravados que hacen casi imposible su ejercicio. Estas consideraciones suponen añadir importantes problemas a la identificación de la autoridad suprema.

Pero la cuestión de la identificación de las normas soberanas -y en consecuencia de la autoridad jurídica suprema- puede resultar todavía más difícil. En efecto, desde un punto de vista dinámico, la posible sustitución o sucesión de normas de reforma constitucional puede ser vista de manera muy diferente si se acepta o no la tesis de Alf Ross acerca de su irreformabilidad.

Esto es relevante porque si Garzón Valdés asume la teoría de Ross acerca de la irreformabilidad de las normas de reforma constitucional, entonces debe concluir que el soberano<sup>1</sup> -el poder constituyente derivado- es conceptualmente dependiente del soberano<sup>0</sup>, dado que toda reforma de la norma de reforma constitucional es un acto ilegal y convierte al soberano<sup>1</sup> en soberano<sup>0</sup><sup>267</sup>. Toda norma de reforma constitucional vigente es soberana (y suprema), con independencia del modo a través del cual ha sido creado.

En cambio, si no se está de acuerdo con la opinión del iusfilósofo danés sobre la reformabilidad de las normas de reforma, solo la norma

---

<sup>267</sup> .Ver también sobre esta misma concepción: MORESO MATEOS, J.J.: "Disposiciones de reforma constitucional" *Doxa*, 10, 1991, pág. 208

de reforma constitucional originaria es soberana, mientras que las restantes -es decir, las surgidas sucesivamente de la reforma legal de aquella primera norma- no serían propiamente normas soberanas. Serían supremas, pero no soberanas.

En este caso, no sería cierta la suposición de que la autoridad preinstitucional suprema es previa conceptualmente de cada autoridad jurídica suprema: sólo lo sería respecto de la primera autoridad jurídica histórica, pero no respecto de las restantes autoridades surgidas de la reforma válida de la disposición de reforma constitucional.

En otras palabras, en la línea horizontal examinada en páginas anteriores, la autoridad preinstitucional sería previa únicamente respecto de la AJS<sub>1</sub>, pero no del resto de AJS que surgen de la reforma válida de la norma de reforma constitucional. Así, por ejemplo, la AJS<sub>3</sub> tendría como autoridad previa -conceptual y temporalmente- a la AJS<sub>2</sub>. Habría AJS que habrían sido creadas mediante disposiciones emanadas de otras AJS, y no de alguna APS. En este sentido, desde un punto de vista sincrónico las normas soberanas -y por extensión, la APS- pueden ser irrelevantes para el análisis jurídico cuyo objeto es la identificación de la AJS de un sistema jurídico.

## **5. La paradoja de la soberanía parlamentaria y la autoridad jurídica suprema**

La aplicación de la paradoja de la soberanía a la noción de autoridad jurídica suprema requiere que previamente se tome en consideración

que el ámbito de dominio de esta autoridad no es ilimitado jurídicamente, sino que su ámbito de competencias se restringe a lo establecido por las reglas constitucionales. Una vez determinado el ámbito de competencia atribuido, puede plantearse de nuevo la paradoja de la soberanía, ¿puede la autoridad jurídica suprema dictar una norma inderogable? Desde otro punto de vista, la paradoja afecta a la competencia para modificar la propia norma de competencia de la autoridad jurídica suprema. Las dos respuestas posibles a esta cuestión permiten distinguir dos nociones de autoridad institucional suprema:

- 1) la autoridad jurídica suprema que no puede crear la disposición en cuestión;
- 2) la autoridad jurídica suprema que puede crearla.

En el primer supuesto, se podría entender como una autoridad continua, mientras que en el segundo como una autoridad autocomprensiva. Sin embargo, se pueden realizar ulteriores clasificaciones de estas nociones de autoridad jurídica suprema. Respecto de la autoridad jurídica suprema continua:

- 1) autoridad jurídica suprema que tiene poder ilimitado para dictar normas de conducta. Es decir, sólo tiene poder de primer nivel: poder para dictar normas de conducta o primarias. A este soberano se le podría denominar "autoridad jurídica suprema continua débil";

2) autoridad jurídica suprema que tiene poder ilimitado para dictar normas primarias, pero también normas secundarias (normas de competencia) que no afecten ese primer poder: "autoridad jurídica suprema continua fuerte".

Respecto de la autoridad jurídica suprema autocomprensiva se podrían realizar las siguientes clasificaciones:

3) autoridad jurídica suprema que sólo tiene competencia para modificar su propia norma de competencia: "autoridad jurídica suprema autocomprensiva débil".

4) autoridad jurídica suprema que tiene poder para dictar normas primarias y también, poder para reformar ilimitadamente su norma de competencia: "autoridad jurídica suprema autocomprensiva fuerte". Respecto de esta autoridad aquí todavía es posible realizar una distinción ulterior:

d') el poder de primer nivel -dictar normas primarias- es ilimitado

d'') el poder de dictar normas primarias es limitado: existen ciertas acciones o estados de cosas que no puede regular normativamente.

Entonces, hay que distinguir:

1) respecto de un soberano del tipo d'), la realización de la autocomprensión siempre supone una disminución de su poder de primer nivel.

2) respecto de un soberano d"), la reforma de la norma de competencia puede realizarse en dos direcciones:

a) aumentar el poder de primer nivel;

b) disminuir el poder de primer nivel.

Esta última posibilidad parece no admitir problemas. En cambio, la primera presenta más dificultades, aunque a mi juicio, creo que esta facultad no es contradictoria ni lógica ni jurídicamente.

Estos cuatro modelos de autoridad jurídica suprema no tienen el mismo poder explicativo de la idea de autoridad normativa suprema en el Derecho. El modelo 1) y 3) son poco relevantes dar cuenta del fenómeno de competencia de una autoridad jurídica suprema en los órdenes jurídicos actuales.

En cambio, los modelos 2) y 4) son mucho más interesantes: el primero reproduce una noción de autoridad jurídica suprema continua, mientras que el segundo reproduce la idea de autoridad jurídica suprema autocomprensiva; éste último define una noción de autoridad jurídica suprema con una competencia más amplia que la del autoridad jurídica suprema continua, ya que reúne una competencia adicional al poder de dictar normas primarias. En efecto, además de tener competencia para dictar limitada o ilimitadamente normas primarias, también posee poder para autolimitarse y abandonar el poder de primer nivel. El examen de estos modelos se realizará en el capítulo siguiente.

## VIII. CONCLUSIONES

Uno de los objetivos de este capítulo ha sido la crítica de la noción clásica de soberano. Con ese fin, se ha examinado la analogía existente entre esta noción y la de agente omnipotente. Esta comparación ha resultado útil por dos razones:

- en primer lugar, porque ha permitido examinar con mayor precisión las propiedades de la noción de soberano, como también los argumentos que se han esgrimido para justificar la existencia de una autoridad normativa con esas características;
- en segundo lugar, porque las críticas conceptuales dirigidas a la idea de agente omnipotente -la paradoja de la piedra- han podido ser extrapoladas a la noción de soberano -la paradoja de la soberanía parlamentaria-. De esta manera, se ha mostrado que ambas nociones presupuestas por la teoría del soberano absoluto son internamente inconsistentes.

Pero como a menudo ocurre en la investigación científica y filosófica, de un error se pueden obtener resultados fructíferos. Las paradojas de la omnipotencia y de la soberanía parlamentaria han conducido a los filósofos y juristas a sugerir nuevas nociones de agente omnipotente y de soberano. De esta manera, Hart ha distinguido entre dos nociones de soberano, "soberano continuo" y "soberano autocomprensivo", que son un correlato de la distinción de Mackie en relación al concepto de omnipotencia. Al respecto, hay que recordar que ninguna de estas nociones de soberano reúne conjuntamente todas las propiedades

predicadas de la noción de soberano absoluto. Por lo tanto, se ha sugerido aquí utilizar una terminología distinta como así también precisar mejor sus propiedades para determinar cuál de ellas reconstruye mejor la idea de autoridad suprema en un orden jurídico.

Por otro lado, la noción de soberano es ambigua en otro sentido. En ocasiones, se ha señalado que la noción de soberano designa una autoridad efectiva y, en otras, designa una autoridad perteneciente a un orden jurídico. Garzón Valdés ha tratado de clarificar estos diversos significados del término "soberano", y ha propuesto la siguiente terminología: a) "soberano1" para referirse para la autoridad legislativa suprema de un orden jurídico; b) "soberano0" para la autoridad efectiva que crea un orden jurídico.

El análisis de la noción de soberano0 ha permitido deslindar dos propiedades: a) su carácter de autoridad efectiva por la capacidad de imponer exitosamente sus normas; b) su carácter de autoridad no regulado por otras normas. Debido a la importancia de esta propiedad, se ha sugerido aquí hablar de autoridad preinstitucional suprema.

En relación con la noción de autoridad preinstitucional suprema no puede predicarse la paradoja de la soberanía parlamentaria porque ésta presupone un trasfondo normativo. No obstante, es posible afirmar la posibilidad que tiene esta autoridad de crear una autoridad de carácter jurídico a través de reglas constitutivas. En este sentido, en el concepto de autoridad preinstitucional suprema se puede realizar una clasificación ulterior entre:

- la autoridad preinstitucional suprema que no crea ningún orden jurídico (APS primaria);
- la autoridad preinstitucional suprema que crea un orden jurídico (APS secundaria).

En cuanto a la autoridad jurídica suprema se pueden destacar dos rasgos: a) le es perfectamente predicable la paradoja de la soberanía parlamentaria -y por ello, se puede distinguir entre autoridad jurídica suprema continua y autoridad jurídica suprema autocomprensiva-; b) la identidad de esta autoridad depende de las reglas que la constituyen. En este sentido, se ha tratado de distinguir entre los cambios válidos y los inválidos de dichas reglas, y, cómo pueden afectar a su identidad.

Respecto de la relación entre la autoridad preinstitucional suprema y la autoridad jurídica suprema se pueden realizar las siguientes consideraciones:

1. La relación entre la autoridad preinstitucional suprema y la autoridad jurídica suprema puede realizarse desde un doble enfoque: a) horizontal o diacrónico y, b) vertical o sincrónico.
2. Desde el enfoque sincrónico, la relación entre APS y autoridad jurídica suprema se revela poco importante, dado que en la jerarquía de autoridades jurídicas existentes en un orden jurídico la autoridad jurídica se identifica por criterios institucionales. Los criterios de identificación son plenamente normativos o internos al propio sistema.

3. Desde el enfoque diacrónico, los problemas son mayores: ¿cómo explicar el paso de una APS a una autoridad jurídica suprema? Si la respuesta a este interrogante es que no existe ningún tipo de explicación consistente, entonces parece que el enfoque austriano de la autoridad suprema en un orden jurídico es correcto.

La respuesta afirmativa a dicha cuestión supone aceptar que la capacidad para crear reglas de la APS no está reglado. Pero esta caracterización no implica negar que esta autoridad pueda - fáctica y conceptualmente- dictar una regla constitutiva por la cual establezca una nueva autoridad de carácter institucional. Si esto es así, esta autoridad preinstitucional suprema sería la autoridad originaria de un nuevo sistema normativo.

4. Así pues, es posible distinguir dos modelos de APS. El primero podría ser corresponderse con la noción austriana de soberano (APS primario), ya que al ser incapaz de transferir su poder normativamente, lo mantiene de manera continua. En cambio, el segundo modelo señala aquella APS que puede crear una norma mediante la cual se constituya una autoridad jurídica suprema (APS secundario). Este tipo de norma se puede caracterizar como una regla constitutiva o creadora de una autoridad que antes no existía (autoridad institucional). De esta manera permite solventar dos objeciones características dirigidas a la posibilidad de que el soberano pudiera autolimitarse: a) la idea de que el soberano sólo puede promulgar mandatos, que por definición, no

puede dirigirse a sí mismo; b) la idea de que el soberano no puede transferir un poder que no tiene (poder normativo).

Por último, es preciso señalar que la supremacía de la autoridad jurídica suprema puede caracterizarse de dos maneras distintas: a) como la inderogabilidad de sus normas (Hart); b) como la competencia para reformar las disposiciones de reforma constitucional (Ross). Esta última caracterización parece ser la más plausible. Ahora bien, la tesis de Ross afecta de manera relevante a la idea de la autoridad jurídica suprema. Esto tiene especial relevancia si se considera que las nociones de normas soberanas de von Wright y normas suprema de Ross no son necesariamente coextensivas desde un punto de vista diacrónico ni sincrónico. Este aspecto será tratado con mayor detalle en el capítulo siguiente.

## Capítulo IV

### CUATRO MODELOS DE AUTORIDAD SUPREMA

#### I. INTRODUCCION

Uno de los principales objetivos de este trabajo ha sido mostrar el significado clásico de la noción de soberano. Esta noción ha pretendido dar cuenta de la idea de autoridad suprema en un Estado. Sin embargo, como se ha tratado de señalar en los capítulos anteriores, dicha noción es internamente inconsistente. Esta conclusión ha constituido el punto de partida de un nuevo análisis de la idea de autoridad suprema en un Estado. Los dos criterios que han guiado esta investigación han sido, por un lado, la distinción entre autoridad continua y autocomprensiva, y por otro, la distinción entre autoridad preinstitucional suprema y autoridad jurídica suprema.

Estas distinciones conceptuales constituyen un instrumento útil para mostrar las diferentes nociones fundamentales de autoridad suprema que se han usado históricamente en la teoría jurídica. Se ha intentado mostrar que es posible predicar las propiedades de continuidad y autocomprensividad de la noción de autoridad jurídica suprema, de lo que ha surgido dos modelos: autoridad institucional suprema autocomprensiva y autoridad institucional suprema continua.

Por otro lado, aunque no es posible conceptualmente realizar la misma operación respecto de la noción de autoridad preinstitucional efectiva, sí es posible distinguir entre aquella que promulga una regla que regula

su capacidad de creación normativa y aquella que no lo hace. Si esto es así, entonces se puede distinguir entre la autoridad preinstitucional suprema primaria y la autoridad preinstitucional suprema secundaria.

Estas clasificaciones son también provechosas en relación a la pregunta acerca de cuál de estos modelos de autoridad suprema es la que da cuenta de una manera más comprehensiva de la idea de autoridad suprema en un Estado. Esta es la pregunta que tratará de ser contestada en este capítulo.

Si se sigue un orden de exposición de estos modelos de autoridad suprema que comienza por el más simple, se puede señalar que el primero de ellos -autoridad preinstitucional suprema primaria- designa a un individuo o grupo de individuos que: 1) establece relaciones de dominio de una manera generalizada; 2) su capacidad normativa no es regulada por normas jurídicas; 3) tiene un poder para regular conductas, pero del que se excluye la posibilidad de crear una norma constitutiva de una autoridad de carácter institucional. La teoría austriana del soberano puede ser interpretada como un caso de este modelo de autoridad suprema.

El segundo modelo de autoridad suprema se distingue del anterior en el punto tercero, ya que coincide en los dos primeros. Su rasgo distintivo es que posee la capacidad para dictar una norma constitutiva que tiene como resultado la creación de una autoridad jurídica suprema. Este modelo puede servir para dar cuenta de la noción de soberano schmittiano y, de una manera más general, de la teoría del poder constituyente originario.

El tercer modelo de autoridad suprema se refiere a una autoridad institucional y efectiva que no puede (jurídicamente) desprenderse de las competencias atribuidas por las normas que establecen su existencia como institución jurídica. Este modelo de autoridad suprema está relacionado con la noción de autoridad suprema de Alf Ross. Esta noción se vincula, a su vez, con su teoría sobre la irreformabilidad de las disposiciones de reforma constitucional lo que lleva a sostener la necesidad de una autoridad jurídica suprema continua.

Y, en cuarto lugar, la autoridad jurídica suprema autocomprensiva designa un órgano legislativo regulado por la constitución y al que se le atribuye el poder supremo de reformar las disposiciones constitucionales, y, especialmente, la norma que regula su propia competencia. La autorreforma produce un cambio legal de reglas que constituyen una nueva autoridad jurídica. En mi opinión, este es el modelo de autoridad que mejor reconstruye las características de la idea de autoridad jurídica suprema en un ordenamiento jurídico desarrollado.

El estudio de estos dos últimos modelos de autoridad jurídica suprema se completará con una serie de consideraciones acerca de la compatibilidad de dichas autoridades con órganos de control de sus normas. El tercer modelo de autoridad suprema parece implicar la inexistencia de un órgano que controle sus normas, o bien de uno que sólo las controle formalmente. En cambio, el cuarto modelo de autoridad suprema parece involucrar varios niveles de normas que pueden requerir un órgano que controle la adecuación de la acción de

la autoridad no sólo desde un punto de vista formal, sino también material, a las normas de máxima jerarquía.

## **I. PRIMER MODELO DE AUTORIDAD SUPREMA: AUTORIDAD JURIDICA SUPREMA PRIMARIA**

### **1. Introducción**

El primer modelo de autoridad suprema resulta de la combinación de tres características: 1) es una autoridad efectiva suprema; 2) es una autoridad preinstitucional; 3) es una autoridad primaria. Según la primera propiedad, el individuo que es autoridad tiene de hecho un poder normativo que es habitualmente efectivo. Según la segunda propiedad, tal poder no depende de reglas jurídicas. Y en virtud de la tercera propiedad, no puede, por definición, dictar una regla por la cual pueda crear una autoridad institucional.

Una vez caracterizado este modelo de autoridad suprema habría que determinar si existe una noción de autoridad suprema que quede comprendida en esa descripción. En mi opinión, tal noción puede encontrarse en la teoría del soberano de John Austin<sup>268</sup>. Así pues, el propósito de las siguientes páginas será analizar la isomorfía entre la noción de soberano austiniiano y el modelo de individuo que ejerce poder preinstitucional y efectivo. Posteriormente, se señalarán las

---

<sup>268</sup> Este modelo de autoridad suprema ha sido reivindicado y defendido recientemente por algunos teóricos del Derecho. Ver por ejemplo, SOPER, Philip: *Una teoría del Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 [1984]. Trad. R.Caracciolo y Silvia Vera. Pág.44-55, y LADENSON, R.: "A Hobbesian Conception of Law"; en RAZ, Joseph: *Authority*; Basil Blackwell, Oxford, 1990.

críticas que se han formulado a este modelo y que conducirán a afirmar que este modelo de autoridad no permite dar cuenta de la idea de autoridad suprema en un Estado.

## 2. El modelo austiniano de autoridad suprema

La concepción austiniana del soberano ha sido ya analizada en el capítulo I. Pero antes de presentar la adscripción de la teoría de Austin a este modelo hay que señalar que ha habido dos versiones de la concepción austiniana de autoridad suprema. Según una de ellas, la autoridad suprema austiniana sería una autoridad normativa institucional. En efecto, según R. Cotterell,

"Austin habla del soberano como una persona (por ejemplo, un monarca absoluto) o un cuerpo de personas (por ejemplo los legisladores o el electorado en una democracia, o los miembros de una élite establecida). Sin embargo, es esencial notar que él entiende siempre por autoridad suprema el *office* o *institution* que implica la autoridad suprema"<sup>269</sup>.

La base sobre la que se fundamentaría la interpretación de R. Cotterell es la apelación austiniana a las nociones de "título" y de "pretensión a suceder", aunque Austin nunca perfilara con exactitud estos elementos adicionales<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> .COTTERRELL, Roger: *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*; op.cit., pág. 67.

<sup>270</sup> .Hart también reconoce que Austin apela a estas nociones cuando habla de las personas que asumen la soberanía por vía de sucesión. Ver HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op.cit., nota 68 (cap.V)

La influencia de esta interpretación del pensamiento austiniano ha sido notable en la teoría jurídica inglesa. En cierto sentido, el núcleo principal de los constitucionalistas ingleses del siglo XIX y XX la ha acogido. En consecuencia, identificaban como autoridad suprema y continua británica al Parlamento. La descripción y crítica de este modelo se expondrá en un apartado distinto, por lo que ahora se abordará el modelo de autoridad suprema correspondiente a la segunda versión del pensamiento de Austin.

Según esta segunda interpretación, el soberano austiniano es un individuo que es una autoridad normativa suprema, pero no definible en términos de reglas jurídicas, sino por sus características extranormativas: es autoridad normativa si sus órdenes son generalmente obedecidas. Como es sabido, Hart critica esta noción de autoridad suprema ya que no explica la idea de autoridad jurídica inserta en un orden jurídico complejo<sup>271</sup>. Pero antes de analizar las críticas hartianas a Austin es conveniente recordar brevemente las similitudes entre el soberano austiniano, según ésta segunda interpretación y la noción de autoridad preinstitucional suprema y efectiva.

El fundamento de existencia del soberano no puede basarse en una norma jurídica, sino que su existencia toma como único punto de referencia la realidad social. El soberano fundamenta su poder en el

---

<sup>271</sup> .Otros autores consideran que la teoría austiniana de la autoridad suprema es defectuosa porque implica una contradicción lógica. Esta es la opinión de W.L. Morison, para quien el intento de identificar empíricamente a un autoridad suprema sin referirse a una regla autoritativa implica una contradicción lógica o circularidad. Ver MORISON, W.L.: *John Austin*; Stanford University Press, Stanford, 1982, págs.82-3, 106-7.

hábito de obediencia, en su capacidad para lograr el cumplimiento de sus propósitos, aun en contra de los deseos de los otros individuos del grupo. El soberano emite mandatos respecto de los cuales recibe obediencia habitual y, simultáneamente, no presta obediencia a ningún otro emisor de mandatos. Todo lo que se exige a la comunidad para que tenga una autoridad suprema son los actos personales de obediencia de la población. El Derecho puede ser definido en referencia al soberano, pero éste último no puede ser definido en referencia a las normas del orden jurídico. En este sentido, no hay distinción posible entre la autoridad efectiva y la autoridad jurídica. La única autoridad suprema es la autoridad efectiva que crea el orden jurídico y lo desarrolla a través de nuevas normas. Y donde no existe una autoridad de estas características, no hay Derecho.

El soberano austiniano no es sólo una autoridad efectiva, sino también preinstitucional, lo que significa que esta autoridad no está sujeta a normas jurídicas. En otras palabras, su capacidad normativa no es objeto de regulación por ningún orden jurídico.

El carácter primario del soberano supone que no puede crear una autoridad institucional; es decir, se trata de un individuo con autoridad efectiva suprema que, conceptualmente, no puede dictar una norma de carácter procedimental que reglamente su propia competencia. Por otra parte, una de las características de los mandatos es la imposibilidad de que el emisor y el destinatario sea el mismo sujeto. El concepto de mandato contiene como una de sus propiedades definitorias el carácter irreflexivo. Las supuestas normas jurídicas que el soberano se dirige o

impone a sí mismo no son más que meros principios o máximas que adopta como guías de su propia conducta. El soberano no se puede vincular a sí mismo. Y tampoco puede obligar a su sucesor, ya que si éste último es ahora el soberano, entonces, por definición de soberano, recibe obediencia habitual: no queda obligado por las normas procedimentales del soberano anterior.

## **2. La crítica de Hart al concepto austiniano de soberano**

La crítica hartiana a la teoría austiniana de soberano señala que éste no logra explicar algunos aspectos centrales del fenómeno normativo: la idea de autoridad, la idea de normatividad y el carácter reglado de la creación jurídica. Para fundar sus críticas, Hart modifica parcialmente las ideas de Austin acerca del autoridad suprema para presentarlas como un extremo de la teoría que trata de objetar.

La estrategia hartiana consiste en comparar la situación del soberano y la situación del asaltante que amenaza coactivamente a un individuo para que le entregue una suma de dinero. Al igual que las órdenes de este asaltante, las normas jurídicas del soberano son mandatos u órdenes sustentadas por amenazas. Esta analogía entre la situación del asaltante y la del soberano de un sistema jurídico refleja en gran medida algunos aspectos del fenómeno jurídico, pero sigue siendo una imagen insuficiente, ya que no refleja los principales aspectos del Derecho. La diferencia central entre la situación del asaltante y la del soberano estriba, en primer lugar, en el carácter de los mandatos, y, en segundo lugar, en la idea de supremacía incorporada en la noción de

autoridad suprema. Ahora bien, ¿qué propiedades debería tener el asaltante para que la asimilación con el soberano fuese completa? Se han señalado las siguientes:

a) que el asaltante dicte, no órdenes particulares, sino órdenes que se apliquen a clases de personas y que prescriban clases de actos;

b) que la identificación de una orden no dependa únicamente de su eficacia, sino que pueda ser identificada como norma en virtud de quién es el emisor del mandato;

c) que los destinatarios creyeran en la existencia continuada de las órdenes, con independencia de que el asaltante hubiese desaparecido. En otras palabras, las órdenes del asaltante deberían tener en común con las normas jurídicas la propiedad de permanencia temporal;

d) que existiese un hábito general de obediencia a sus órdenes. Frente a la mera ascendencia o superioridad temporal del asaltante, el Derecho del soberano aparece normalmente como un fenómeno permanente y establecido;

e) que el conjunto de órdenes del asaltante tuviese las características de independencia y de supremacía frente a otro conjunto de órdenes y en relación a las restantes personas u órganos que pudiesen existir en el mismo territorio.

Si el asaltante cumpliera estas propiedades, entonces podría ser considerado como el soberano de un sistema jurídico<sup>272</sup>. Este modelo subraya que siempre que hay un Derecho, existe una autoridad suprema con las características examinadas. Precisamente, la existencia de un soberano es lo que permite decir que el sistema jurídico es independiente de otros sistemas jurídicos.

Pero aún cuando el modelo del asaltante reuniera las características antes examinadas, todavía sería insuficiente para dar cuenta de algunos aspectos centrales del Derecho. Esto es lo que pone de manifiesto Hart cuando critica los tres puntos siguientes:

- 1) la idea de hábito de obediencia
- 2) el carácter primario del soberano
- 3) la persistencia de las normas jurídicas

### **A) La idea de obediencia habitual y el problema de la sucesión de soberanos**

El carácter efectivo y preinstitucional de esta autoridad suprema supone que la identificación de un orden se basa en su imposición efectiva y habitual, es decir, en la obediencia habitual de los destinatarios. Por tanto, su identificación sólo puede realizarse pasado

---

<sup>272</sup>. HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op.cit. Pág. 32. Ver BAYLES, Michael: *Hart's Legal Philosophy*; Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1992. Pág.23

un tiempo tras su formulación, pues es necesario el transcurso temporal para comprobar que se ha producido la obediencia habitual.

Este rasgo presenta problemas para explicar la sucesión de autoridades jurídica supremas, o, en otras palabras, para explicar la continuidad del Derecho entre la desaparición de una autoridad suprema y la instauración de su sucesor. Para mostrar este extremo, Hart ofrece el ejemplo de una sociedad en la que un soberano, Rex I, ha conseguido que sus órdenes sean habitualmente obedecidas por sus súbditos. Tras la muerte de Rex I, su hijo (Rex II) deviene en soberano. Ahora bien, ¿cómo se sabe que Rex II es el soberano si todavía no existe hábito de obediencia a sus órdenes? Sólo se está en disposición de atribuirle soberanía tras un período en el que se constate la obediencia habitual<sup>273</sup>. Pero mientras no se llegue a esa etapa habrá un interregno durante el cual no habrá autoridad suprema ni se creará derecho alguno.

Según Hart, la explicación de Austin es defectuosa como estrategia explicativa de un fenómeno característico de los sistemas jurídicos como es el de la continuidad ininterrumpida del poder de creación de derecho. En efecto, la sucesión de autoridades normativas se suele efectuar a través de normas que establecen con antelación la sucesión de la nueva autoridad normativa. Estas reglas,

"sirven de puente en la transición de un legislador a otro: ellas regulan la sucesión *por adelantado*, designando o especificando en términos

---

<sup>273</sup> .HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op.cit., pág. 8

generales los requisitos o condiciones para ser legislador y el modo de determinar quién lo es<sup>274</sup>.

El mecanismo utilizado para la transferencia de poder normativo entre autoridades en sistemas jurídicos complejos supone la remisión a una *regla de sucesión*. Esta regla otorga un título, es decir, un derecho o facultad de creación normativa a la nueva autoridad, sin tener que esperar a comprobar si sus primeras normas reciben obediencia habitual.

En este sentido, esta idea de autoridad suprema austiniana fracasa si su pretensión es reconstruir el funcionamiento del Derecho a través del tiempo. Un sistema jurídico mínimamente complejo necesita no sólo de la idea de mandatos y de obediencia habitual y personal a la autoridad efectiva suprema, sino también de una regla de sucesión (regla de competencia) que es independiente y previa conceptualmente a la autoridad jurídica suprema sucesora. En caso contrario, un Derecho debería ser descrito diacrónicamente con las siguientes características:

- a) habría períodos en los que se produciría una ausencia de normas jurídicas;
- b) se producirían creaciones *ex novo* de ordenamientos jurídicos cada vez que se produjera un cambio de autoridad suprema<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> .HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op.cit. Pág. 67

<sup>275</sup> .Ver RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System*; op.cit., pág. 33-35. Raz señala aquí que la teoría de Austin es adecuada únicamente para explicar un sistema jurídico momentáneo, pero no un sistema jurídico no momentáneo ("orden jurídico" en la terminología de Alchourrón y Bulygin).

En este punto, Hart concluye señalando otra crítica al soberano austiniano, ya que no puede explicar el carácter de normas de las órdenes que dicte su sucesor. Los hábitos de obediencia no son normativos y por lo tanto, no pueden establecer que la nueva autoridad suprema tiene derecho a promulgar normas. Por otro lado, la obediencia habitual al soberano tampoco permite predecir la obediencia la autoridad suprema sucesora. En definitiva, la noción austiniana de soberano no es explicativa de la continuidad de los sistemas jurídicos<sup>276</sup>.

## **B) El problema de la persistencia de las normas jurídicas**

Otra carencia de la noción de soberano definida por el hábito de obediencia está relacionada con la persistencia de las normas jurídicas válidas. Según el modelo austiniano, la obediencia habitual establece

---

<sup>276</sup> Las críticas de Hart a la teoría del Derecho austiniana han sido contestadas por Philip Soper, que respecto del problema de la continuidad de los sistemas jurídicos realiza una defensa del modelo austiniano. La tesis de Soper es que el modelo coercitivo de Austin basado en la obediencia habitual a la autoridad suprema no es tan simple como sugiere Hart: la idea de hábitos no implica una obediencia no reflexionada, sino una obediencia racional que se basa en el deseo de evitar sanciones. De esta manera, el ataque de Hart afecta la terminología de Austin ("hábitos"), pero no al modelo básico, ya que las órdenes respaldadas por sanciones pueden explicar la continuidad de un sistema jurídico. Cuando Rex I muere y es sucedido por Rex II, no hay que esperar para ver si se va a desarrollar un hábito de obediencia a Rex II, al menos no más que de lo que se tiene que esperar uno para ver si los rehenes custodiados a punta de pistola obedecerán al próximo terrorista que recoja el revólver del líder de la pandilla, después de que éste ha sido eliminado. SOPER, Philip: *Una teoría del Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 [Harvard University Press, 1984]. Trad. R. Caracciolo y S. Vera. Pág.45, nota 4.

La defensa de Soper plantea algunos problemas. En primer lugar, su ejemplo no es análogo a la situación que pensaba Hart, pues el poder de la pandilla lo ejercían conjuntamente todos sus miembros, mientras que en el caso de la sucesión de autoridades jurídicas supremas, el individuo que accede al cargo no ejercía anteriormente la autoridad suprema. En segundo lugar, lo que se discute no es la sucesión efectiva sino los problemas técnicos involucrados en una sucesión no reglada. Así por ejemplo, ¿quién sucederá al delincuente que portaba el revólver, en el caso de que pervivan dos de sus acompañantes?

una relación personal entre el soberano y los diferentes súbditos<sup>277</sup>. Las normas de aquél existen y permanecen en la medida que conserva su poder efectivo. Por ello, la identificación de las normas jurídicas es dependiente y posterior temporalmente a la existencia del soberano.

El problema que Hart percibió en este modelo es su incapacidad para explicar la persistencia de las normas jurídicas más allá de la desaparición física del soberano<sup>278</sup>. En general puede decirse que las normas jurídicas creadas por un soberano en un orden jurídico anterior en el tiempo permanecen válidas en el orden jurídico posterior del nuevo soberano. Ahora bien, dado que las normas jurídicas de un soberano son válidas en la medida en que éste logra y mantiene la obediencia habitual, una vez desaparecido aquél las normas jurídicas dejan de ser válidas<sup>279</sup>.

La respuesta de Austin a esta objeción sería su conocida tesis de los mandatos tácitos, cuya idea principal es que la validez de las normas

---

<sup>277</sup> .RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System*; op.cit., pág. 33-35.

<sup>278</sup> Este problema reaparece en la teoría del derecho contemporáneo bajo el nombre de "recepción de normas". Ver al respecto: KELSEN, Hans: *Teoría general del Derecho y del Estado*; op.cit., pág.138; BULYGIN, Eugenio: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos"; DOXA, 9, 1991, pág.266-8; MORESO, J.J.-NAVARRO, Pablo: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*; op.cit. No obstante hay que señalar que no es, stricto sensu, el mismo problema porque la recepción se refiere a la persistencia de normas entre sistemas jurídicos distintos, mientras que para Austin el cambio de autoridad suprema comporta el cambio total de orden jurídico.

<sup>279</sup> Alchourrón y Bulygin también hacen uso de este argumento al analizar críticamente la teoría de las normas de von Wright, pues éste las asimila, al igual que Austin, a órdenes particulares. Señalan que al exigirse como condición necesaria para la existencia de las normas su recepción por el sujeto normativo, esta propiedad limita el concepto de norma a las órdenes o permisos directos (normas-comunicación). El problema es que en contextos jurídicos rara vez se habla de normas en el sentido de permisos o órdenes directas. ALCHOURRON C.-BULYGIN, E.: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*; op.cit., pág. 30.

jurídicas proviene de la voluntad del soberano de hacerlas obligatorias<sup>280</sup>. Por ello, las normas jurídicas de Rex I mantienen su validez o autoridad si Rex II las hace obligatorias para sus súbditos de una manera tácita. Efectivamente, si se inquiere en la actualidad por la persistencia de una norma jurídica dictada en el siglo XIX, se debería contestar que, aunque su fundamento de existencia ha desaparecido (el soberano de origen), su cualidad actual como norma jurídica válida se debe a su reconocimiento como tal por el soberano de hoy. Y lo que es más importante, tal reconocimiento no está otorgado por una orden explícita, sino de una expresión tácita de la voluntad del soberano actual de no interferir en la aplicación por parte de los tribunales.

La crítica de Hart a esta explicación de Austin se basa en la deficiencia de la teoría de los mandatos tácitos. Según esta teoría, el carácter de derecho válido que ostentan estas normas encuentra su fundamento en su aplicación por los tribunales. Mientras no sean usadas judicialmente no son derecho. Esta concepción es poco plausible debido a la dificultad de sostener que una norma dictada por autoridades normativas del pasado no es derecho de la misma manera que lo son las normas jurídicas dictadas por el soberano actual. Como señala Hart:

“Ambas son derecho aún antes de que los casos en que se aplican se presentan ante los tribunales, y cuando ello ocurre éstos aplican por igual las leyes victorianas y las más recientes porque ya son derecho... el *status* de derecho de unas y otras leyes se debe a que ellas fueron sancionadas

---

<sup>280</sup>. Ver también HOBBS: "El legislador no es aquél bajo cuya autoridad la ley fue hecha por vez primera, sino aquél por cuya autoridad continúa hoy siendo ley"; *Leviatán*; op.cit., cap.XXVI

por personas cuyas sanciones tienen ahora autoridad, de acuerdo con reglas aceptadas en el presente, con independencia del hecho de que esas personas estén vivas o muertas".<sup>281</sup>

En conclusión, las objeciones de Hart al modelo austiniano de autoridad suprema ponen de manifiesto dificultades importantes. El soberano austiniano no puede explicar la sucesión legal entre autoridades supremas, y tampoco ofrece un desarrollo plausible de la persistencia de las normas jurídicas de las autoridades jurídicas supremas anteriores. Esto supone, en primer lugar, que cada cambio de persona o grupo que ocupa el cargo de autoridad suprema debe ser interpretado como un cambio de orden jurídico. En segundo lugar, con la desaparición del soberano también desaparecen las normas creadas durante el tiempo que actuó como tal. Entre la desaparición de Rex I y el acceso a la soberanía de Rex II no habría normas jurídicas. Y como dice Raz,

"es imposible lógicamente que un sistema jurídico contenga sistemas momentáneos vacíos. En otras palabras, no hay momento en el cual un sistema jurídico exista y no tenga normas jurídicas válidas en ese momento".<sup>282</sup>

Estas críticas son correctas si se tiene en cuenta que el objetivo de Hart es describir la sucesión de autoridades jurídicas supremas. Desde este punto de vista, la noción austiniana de soberano no puede servir a tal efecto, en cuanto no se trata de una institución jurídica, sino de un

---

<sup>281</sup> .HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op.cit. pág., 81

<sup>282</sup> .RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System*; op.cit., pág. 35

individuo. Por esa razón, algunos autores han señalado que Hart ha criticado a Austin de una manera que éste no puede defenderse, ya que su concepto de autoridad suprema es otro. El propio Hart señala en *El concepto de Derecho* que quizá el soberano austiniano sea más adecuado para describir otro aspecto del fenómeno jurídico: la creación de un nuevo orden jurídico. Desde esta nueva perspectiva, el soberano austiniano es conceptualmente necesario en la reconstrucción de un orden jurídico<sup>283</sup>, ya que describe adecuadamente la situación de poder previa al surgimiento de las normas independientes de dicho orden jurídico. Pero aún aceptando esto, tampoco esta caracterización del soberano austiniano es correcta, puesto que olvida el carácter primario de esta autoridad. Y, como se sabe, esta propiedad supone que conceptualmente el soberano no puede crear un nuevo orden jurídico ya que éste presupone reglas de competencia que definan autoridades legislativas<sup>284</sup>, pero el soberano carece de la competencia para dictar normas constitutivas de autoridades institucionales<sup>285</sup>. Esta última

---

<sup>283</sup> .Ver GARZON VALDES, E.: "Acerca de los límites jurídicos al autoridad suprema legal"; op.cit.

<sup>284</sup> ."Para poder hablar de un orden jurídico hay que partir de una primera constitución, esto es, de un conjunto de normas que se decide adoptar como base del orden... Pero para que haya una serie temporal tal, la constitución tiene que contener al menos una norma de competencia que faculte a una autoridad a promulgar nuevas normas y, eventualmente, a derogar normas existentes". BULYGIN, Eugenio: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos"; DOXA, 9, 1991, pág.263

<sup>285</sup> .Al menos un orden jurídico complejo en el que se incluyan normas primarias y secundarias. Bobbio toma como punto de apoyo las normas secundarias para clasificar los sistemas jurídicos en sistemas simples, semicomplejos y complejos. Son simples los sistemas integrados por normas primarias y por la norma que identifica el sistema. Son semicomplejos los que incluyen normas primarias, el criterio de pertenencia y alguna de las dos otras normas secundarias (de sanción o de producción jurídica). Y por último, los sistemas complejos son los integrados por los cuatro grupos de normas: primarias, de pertenencia, de sanción y de producción jurídica. Ver BOBBIO, Norberto: *Contribuciones a la teoría del Derecho*; Ed. Fernando Torres, Valencia, pág.324

afirmación necesita una explicación más detallada, para lo cual vale apoyarse en las tesis de Max Radin.

### 3. El soberano austiniano y el rey Midas

Max Radin se propone demostrar que no es necesaria (fácticamente) la idea austiniana de que en cada sociedad política es necesario que exista un soberano. Para ello, señala que históricamente han existido sociedades donde la distinción entre autoridad suprema e individuos que le obedecen no se ha producido: han existido tribus en las que no se puede encontrar una única persona que dicte mandatos y otros que obedezcan<sup>286</sup>. Es claro que la respuesta de Austin a esta objeción sería que según su definición, dichas sociedades no son verdaderas sociedades políticas, sino sociedades naturales. Si no existe una autoridad suprema, entonces no hay una sociedad política. Pero el principal objetivo de Radin tiene por objeto mostrar que la idea de soberano austiniano es incapaz de reproducir la idea de autoridad vigente en una sociedad con un ordenamiento jurídico complejo. En otras palabras, una vez aceptada la definición de Derecho, la noción de autoridad soberana austiniana es inaceptable por razones técnicas.

En este punto, Radin compara al autoridad suprema austiniana con un *déspota oriental*, entendido como una autoridad independiente creadora de toda norma jurídica. Lo que cuenta es su nuda voluntad, que convierte en norma jurídica a todas sus manifestaciones. El

---

<sup>286</sup>.RADIN, Max: "The Intermittent Sovereignty"; *Yale Law Journal*, 1930, pág.516

déspota oriental puede crear y derogar leyes según arbitrio. EL soberano austiniano no diferiría demasiado del déspota oriental porque su existencia y funcionamiento como autoridad normativa no está regulado por normas que establezcan un procedimiento de creación normativa o un ámbito material sobre el que puede legislar.

Radin destaca la semejanza entre el soberano austiniano y el rey Midas<sup>287</sup>. Como es sabido, el rey Midas transformaba en oro todo aquello que tocaba. Análogamente, el soberano austiniano, transforma en ley su voluntad expresada lingüísticamente. Transforma en ley todas las órdenes que pronuncia.

Pero, esta concepción de una autoridad normativa es contraintuitiva. El soberano es un individuo o grupo de individuos que, en cuanto tal, sólo en algunos casos quiere dictar un mandato que sea una norma jurídica, pero no en todos los casos. La idea principal que trata de destacar Radin es la dificultad *fáctica* de que el soberano austiniano actúe como tal veinticuatro horas al día. Desde un punto de vista técnico, el soberano en cuanto individuo que quiere que se le obedezca de manera generalizada sólo en algunos casos, pero no en todos los casos posibles, tiene que ejercer la soberanía (la pretensión de dictar normas de alcance general) a intervalos. Es decir, debe tener la posibilidad de actuar también como un simple individuo de carácter privado. El modelo de autoridad suprema delineado por Austin sólo

---

<sup>287</sup> .RADIN, Max: "The Intermittent Sovereignty"; op.cit., pág.521