

DOS VISIONES DE LA SOBERANÍA EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA ANGLOSAJONA: DEL REY MIDAS AL SOBERANO INTERMITENTE

José Ignacio Solar Cayón

Universidad de Cantabria

I



El concepto de soberanía (o de soberano, como la persona en la que se encarna dicha potestad) ha sido objeto de frecuente atención por parte de los tratadistas políticos desde su introducción en el siglo XVI por Bodin, quien lo definió como el «poder absoluto y perpetuo de una República»¹. Sin embargo, he de advertir que no es la soberanía política, entendida como atributo fundamental del Estado que se traduce en los rasgos de independencia frente a los demás Estados y supremacía sobre un territorio y una población —rasgos de los que nos da cuenta el Derecho Internacional—, la que constituye el objeto de mi interés. Como se apunta en el título, mi atención se centra exclusivamente en el análisis (y crítica) de la noción de soberano como concepto clave del discurso jurídico, situado por el po-

¹ J. BODIN, *Los seis libros de la República*, selección, estudio preliminar y traducción de P. Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1985, p. 47.

sitivismo en la cúspide del ordenamiento jurídico con la función de irradiar validez al conjunto de las normas jurídicas que lo componen. Es evidente que ambos aspectos, político y jurídico, están íntimamente conexos, no siendo sino dos caras posibles de una misma realidad, pero es esta perspectiva de la teoría normativa o jurídica la adoptada en el presente artículo.

En cuanto a la ubicación del estudio en el ámbito de la filosofía jurídica anglosajona, creo que se justifica por la especial relevancia que en ella ha adquirido dicho concepto, el cual ha sido objeto de constante tratamiento doctrinal desde que J. Austin publicase en 1832 su principal obra, *The Province of Jurisprudence determined* (contenida hoy en sus *Lectures on Jurisprudence*). Esta obra supone uno de los hitos fundamentales en el desarrollo de la filosofía jurídica, constituyendo el origen de la corriente que ha dado en llamarse genéricamente jurisprudencia analítica y que desde entonces ha dominado en mayor o menor medida el pensamiento jurídico anglosajón. En ella Austin elabora detalladamente la noción de soberano como el fundamento del orden jurídico, convirtiéndola en la piedra angular de su teoría jurídica positivista. De ahí que tanto los continuadores de la tradición analítica como sus detractores hayan dirigido su atención sobre tal concepto, buscando, en el primer caso, una revisión que garantice su lugar de privilegio en la teoría jurídica y, en el segundo, su destrucción.

Para comenzar, es preciso señalar que la filosofía jurídica de Austin se halla dominada por el ideal de la sistematización jurídica, ideal que hunde sus raíces en el anhelo de alcanzar un conocimiento científico del derecho cuyos resultados puedan predicarse universalmente válidos o correctos, al estilo de lo que sucede con las ciencias positivas. Esta misma aspiración anima también, aunque en diferentes direcciones, los trabajos de la tradicional escuela iusnaturalista y de la recién aparecida escuela histórica de Savigny. Austin, frente a la visión iusnaturalista del derecho como un sistema de normas que pueden ser deducidas lógicamente a partir de unos principios de justicia universales e inmutables, visión que se encontraba en franca retirada, pretende ofrecer una nueva y más sólida base sobre la que edificar el sistema jurídico.

La nueva perspectiva se encuentra ya patente en su definición del derecho, el cual es concebido como el conjunto de mandatos (*commands*) dirigidos por el soberano a sus súbditos². Se revela ya en esta concepción imperativa del derecho su rechazo del derecho natural. El derecho no es una entidad indepen-

² Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, Verlag Detlev Auvermann KG, 1972, vol. I, pp. 88-89 y 220.

diente de los deseos y motivaciones humanas, una norma ya establecida por Dios o la naturaleza que el hombre puede descubrir. Por el contrario, el derecho es fruto, expresión de una voluntad humana determinada. No existe, por tanto, más derecho que el derecho positivo. Toda norma jurídica no es más que una orden del superior político a un inferior respaldada por el poder del primero para infringir un castigo en caso de incumplimiento. Esta concepción imperativa del derecho no es nueva: ya Hobbes, en su intento de escapar de las arenas movedizas del derecho natural, había situado el fundamento del derecho en la voluntad del Leviatán y Bentham, en su obra *Of Laws in General*, desarrolló una teoría imperativa del derecho cuyos conceptos centrales son también los de *sovereign* y *command*³.

Concebida la norma jurídica como un mandato establecido por la voluntad del soberano, esta noción se convierte en el elemento clave que permite la identificación y delimitación del orden jurídico. La caracterización de una orden o norma como jurídica vendrá determinada por su procedencia de aquella voluntad que se configura como soberana. Austin, al igual que su maestro, ofrece una definición del soberano en términos puramente descriptivos o fácticos de hábito de obediencia: soberano es aquella persona o grupo de personas determinadas que es o son habitualmente obedecidas por una comunidad y que no prestan obediencia habitual a ninguna otra⁴. Por tanto, el origen de toda norma se encuentra en la voluntad de una persona o personas determinadas (actuando éstas como un único cuerpo), identificables físicamente, que ejercen de hecho un poder supremo sobre la comunidad política e independiente de cualquier otro poder foráneo. El soberano austiniano se presenta así como la encarnación física o personificación de esa fuente única de la que manan los imperativos jurídicos⁵.

³ De esta obra de Bentham, cuya existencia no ha sido conocida hasta 1945, llega a afirmar H. L. A. HART, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982: «Creo que es claro que, si hubiera sido publicada en el tiempo de su vida, ella, y no la posterior y obviamente derivada obra de John Austin, habría dominado la ciencia del derecho inglesa.» Su concepción imperativa del derecho y las ideas centrales de *sovereign* y *command* son expuestas por Bentham «con mucha mayor sutileza y flexibilidad que Austin e ilumina aspectos del derecho ampliamente descuidados por éste» (p. 108).

⁴ Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, cit., pp. 220-221. La definición del soberano en términos puramente descriptivos por parte de Bentham y Austin supone un alejamiento de la posición de Hobbes, cuya definición del soberano en términos prescriptivos, como aquella persona a la cual la masa de la población debe una obligación de obediencia en virtud del pacto que la instituyó como tal, refleja posiciones iusnaturalistas. Cfr. T. HOBBS, *Leviatán*, traducción y prefacio de M. Sánchez Sarto, F. C.E., México, 1987, p. 141.

⁵ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, cit., pp. 244-248, identifica al soberano en los Estados democráticos con el cuerpo electoral que designa a sus representantes parlamentarios. Configurar a la

Presentar toda norma jurídica como un mandato personal del monarca o de los miembros de la asamblea legislativa plantea a la teoría austiniana dificultades para explicar la validez de algunos tipos de normas que aparentemente no han sido legisladas por el soberano. Estas dificultades se acentúan en el ámbito del *Common Law*, donde, sobre todo a mediados del siglo pasado, el peso relativo de la legislación es muy escaso y la gran masa del material jurídico está constituida por normas consuetudinarias y precedentes judiciales. Por ello Austin se ve obligado a recurrir a la noción de legislación tácita: estas normas, cuya fuente material no es el legislador soberano, sólo adquieren carácter jurídico en virtud de la autoridad que éste les otorga de forma tácita al permitir que los tribunales, órganos a él subordinados, las apliquen. Su tolerancia o no interferencia en la aplicación de tales normas, las cuales podría invalidar en cualquier momento si quisiera, ha de interpretarse como una orden tácita de que sean obedecidas⁶. Ello supone que antes de que una costumbre sea adoptada por un tribunal, y tácitamente respaldada por el silencio del soberano, no puede hablarse de norma jurídica (no puede hablarse de un «mandato» procedente de una voluntad determinada) sino simplemente de una norma moral positiva⁷.

Toda norma jurídica, por tanto, es «puesta», directa o indirectamente, por el soberano. No importa cuál sea el origen material de una norma, lo importante es que la misma pueda reconducirse, a través de una especie de circuito jurídico, a la fuente de voluntad soberana. Queda así de manifiesto el papel fundamental que la noción de soberano juega como presupuesto unificador de un material jurídico en sí mismo heterogéneo. De esta manera, la noción de legislación tácita permite la configuración de un sistema formalmente cerrado, susceptible de calificar jurídicamente cualquier conducta que se presente sobre la base de aquello que ha sido ordenado, prohibido o tolerado por el soberano. En último término todo puede ser reconducido a una expresión, aun tácita, de la voluntad del soberano.

De esta manera se posibilita la respuesta a dos de los problemas fundamentales que, en opinión de J. Raz, debe resolver toda teoría del sistema jurí-

masa de la población como el soberano es claramente incompatible con su teoría jurídica imperativa, por lo que parece que Austin, como en otros fragmentos de su obra, confunde la soberanía política, fuente de los poderes del Estado, con la soberanía jurídica, que ha identificado con el emisor de las normas jurídicas.

⁶ Esta idea de una legislación tácita del soberano es recogida por Austin de T. HOBBS, *Leviatán*, cit., quien señala cómo «el silencio es, a veces, un argumento de aquiescencia» (p. 219).

⁷ Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, cit., pp. 101-103.

dico: el problema de la existencia (¿cuáles son los criterios que determinan la existencia de un sistema jurídico?) y el problema de la identidad (¿qué normas contiene un sistema jurídico?), al cual está asociado el de la pertenencia de la norma al sistema (¿a qué sistema jurídico pertenece una determinada norma?). Tales problemas son resueltos en la concepción austiniana conforme a un principio genético: la pertenencia de las normas a un sistema, así como la existencia e identidad de éste, están completamente determinados por el origen de las normas.

Existirá un sistema jurídico allí donde existe un conjunto de órdenes procedentes todas ellas, directa o indirectamente, de una persona o grupo de personas capaces de forzar su cumplimiento y que reciben obediencia habitual de la comunidad, no estando sujetos a ninguna otra voluntad. Es decir, existe un sistema jurídico si el legislador común de sus normas es soberano (criterio de existencia). Y dicho sistema abarcará todas las normas —y sólo ellas— que hayan sido ordenadas, bien sea de forma expresa o tácita, por ese soberano (criterio de identidad). Por tanto, una norma jurídica determinada pertenecerá a aquel sistema que contiene todas las normas decretadas por el mismo legislador soberano que la ha establecido (criterio de pertenencia)⁸.

Esta concepción verticalmente jerárquica de lo jurídico como una orden emitida por una persona soberana a sus inferiores supone colocar a ésta por encima del derecho, con la consiguiente imposibilidad lógica de que su poder legislativo esté sujeto a limitaciones jurídicas. La naturaleza imperativa del derecho defendida por Austin y su concepción del soberano en términos fácticos de hábito de obediencia conllevan la exigencia teórica de un poder ilimitado. Puesto que la soberanía no es concedida por ley, no puede ser limitada por ley. Ésta es la razón por la que Austin se ve impelido a negar el carácter jurídico del derecho internacional o de aquellas normas de derecho constitucional que pretenden limitar el poder legislativo del soberano (por ejemplo aquellas que establecen una serie de derechos individuales inviolables).

Admitir la sujeción del soberano a los deberes jurídicos contenidos en las normas (mandatos) procedentes de otra persona u órgano exterior a la comunidad supondría negar a aquél la misma condición de soberano al presentarse su voluntad como dependiente o subordinada a la de éstos. Sus mandatos no constituirían un ordenamiento jurídico independiente sino que serían parte integrante de un sistema más amplio que tendría como soberano a una/s persona/s

⁸ Cfr. J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 5.

superior/es a él⁹. Las llamadas normas de derecho internacional no son a los ojos de Austin sino normas morales.

La misma suerte corren en el modelo austiniano aquellas normas jurídico-constitucionales restrictivas del poder legislativo del soberano. Si toda norma jurídica es un mandato del soberano, ¿no parece absurda la posibilidad de que éste se dirija a sí mismo una orden autoimponiéndose limitaciones legislativas?¹⁰ En todo caso, aun imaginando tal posibilidad, dicha orden quedaría invalidada por el mandato posterior que infringiera tales límites. Como afirma Raz, la norma del soberano que pretenda la limitación de su poder no es una norma jurídica porque nunca puede presentarse la ocasión de obedecerla: la condición que crea esta ocasión invalida dicha norma¹¹.

Concebido el derecho como expresión de la voluntad del soberano, Austin debe afrontar el problema de las condiciones de posibilidad del conocimiento científico del derecho. Es decir, si todo aquello que place al soberano es ley, ¿cómo es posible hablar de sistema jurídico, con las consiguientes características de plenitud, coherencia, etc., que tal noción lleva aparejada? El positivismo jurídico se enfrenta así a un problema que no se planteaba en la tradición iusnaturalista por cuanto en ella la realización del ideal sistemático y científico se hallaba garantizada *a priori* por la intrínseca esencia racional de los entes jurídicos naturales.

En opinión de Austin la labor del jurista o científico del derecho consiste en la definición y clasificación de los conceptos fundamentales del orden jurídico, así como en el descubrimiento de las relaciones de tipo lógico que existen entre ellos. Muchos de estos conceptos, distinciones y principios son elementos comunes y necesarios a todo sistema jurídico. Así ocurre con nociones como las de ordenamiento jurídico, norma jurídica, derecho, deber, delito, pena, causalidad, responsabilidad, resarcimiento, contrato, etc., y con las relaciones lógicas que se establecen entre ellas. El estudio de estos elementos, de naturaleza puramente formal en cuanto que no nos dicen nada acerca del contenido material del sistema jurídico, constituye el objeto de lo que Austin denomina jurisprudencia general, ciencia cuyos resultados son válidos para todo sistema jurídico¹². La teoría jurídica se convierte así en una teoría de las formas del dis-

⁹ Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, cit., pp. 224-225.

¹⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 263-268.

¹¹ Cfr. J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, cit., p. 32.

¹² Cfr. J. AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, versión del inglés y estudio preliminar de Felipe González Vicen, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 24-29 y 36-37.

curso jurídico, cuyo objetivo es la formalización u ordenación del material proporcionado por la experiencia jurídica.

Pero este bagaje conceptual y lógico puede aplicarse también al estudio científico de un sistema jurídico material concreto. En este caso, el jurista procede en primer lugar a desentrañar inductivamente, a partir de los datos suministrados por el material jurídico positivo, los principios rectores del ordenamiento jurídico en cuestión. Una vez precisados éstos y las correspondencias existentes entre ellos, tales principios funcionan como axiomas a partir de los cuales es posible, mediante un riguroso proceso de deducción lógica, construir con la exactitud propia de las matemáticas un sistema normativo pleno y coherente. El jurista que logre percibir claramente las líneas maestras del ordenamiento, así como la armonía o *elegantia* que resulta de desvelar las implicaciones, simetrías, analogías, paralelismos, etc., a que dan lugar, poseerá un dominio absoluto del sistema que le capacitará para la resolución, mediante el empleo de todo un arsenal de instrumentos lógicos, de cualquier problema¹³. Este estudio recibe el nombre de jurisprudencia particular por cuanto la validez de sus resultados sólo es predicable respecto del sistema jurídico concreto.

Éste es el método, que Austin recibe en buena medida de Savigny, mediante el cual el positivismo jurídico intenta reconstruir la noción de sistema jurídico. La diferencia entre ambos autores reside en que mientras para la Escuela Histórica del Derecho el sistema se presenta como el orden inmanente a una realidad histórica ya dada, para la jurisprudencia analítica de Austin el sistema es el producto artificial de la voluntad ordenadora y racional de un legislador soberano.

Esta conexión entre voluntad ordenadora del soberano y sistema jurídico aparece inmediata y evidente en el movimiento codificador que triunfa en el continente y que Austin (y antes que él Bentham) defiende de manera entusiasta en el ámbito anglosajón. Aquí el ideal sistemático adquiere auténtica plasmación física mediante la elaboración directa por parte del legislador de códigos que constituyen, o pretenden constituir, *corpus* sistemáticos, completos y coherentes del derecho (o de las distintas partes del derecho) de un país.

Sin embargo, en el ámbito del *Common Law*, fundamentalmente en los EE.UU., la situación es diametralmente opuesta. El material jurídico se pre-

¹³ En este sentido J. AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, cit., pp. 43-49, considera el derecho romano como el sistema jurídico perfecto y al jurista romano como el modelo de jurista sistemático. Y urge, frente a la preparación exclusivamente práctica del jurista inglés, la necesidad de Facultades de Derecho donde el estudiante adquiera el conocimiento de los principios y nociones de la jurisprudencia general, para su posterior aplicación al sistema particular inglés, lo que facilitará su comprensión como un todo (pp. 51-54 y 71-78).

senta heterogéneo, compuesto por una pluralidad de leyes, costumbres y precedentes judiciales que se superponen, limitan o contradicen recíprocamente. De manera que sólo asumiendo la existencia de una voluntad soberana única y racional como fuente de todo ese material heterogéneo se hacía factible la construcción a partir de él de un todo sistemático. La construcción de la noción de soberano representa así el esfuerzo de Austin por reconducir todo el material jurídico a una única fuente de voluntad clara y definida como presupuesto indispensable para la utilización de aquellos instrumentos lógicos de interpretación y aplicación del derecho que permitan la construcción de un sistema jurídico coherente.

En el panorama jurídico del *Common Law* el concepto de soberano adquiere toda su fuerza como presupuesto metodológico que posibilita la construcción de relaciones lógico-sistemáticas. Dentro de este contexto la obra de Austin muestra, como ninguna otra, la función clave que la noción de soberano desempeña como presupuesto o exigencia lógica, y estética, del sistema jurídico.

Sin embargo, la noción austiniana de soberano, convertida en la piedra angular sobre la que descansan su teoría jurídica imperativa y el carácter sistemático del derecho, ha sido objeto de numerosas críticas provenientes no sólo de aquellos movimientos que reaccionaron contra la concepción sistemática o «científica» del derecho —fundamentalmente el realismo jurídico americano—, sino también de algunos autores que, aceptando dicha concepción, han pretendido reconstruir sobre una base distinta de la del soberano austiniano la noción de sistema jurídico.

Estos últimos no han dudado en achacar a la teoría de Austin su incapacidad para describir adecuadamente la realidad jurídica. Tal incapacidad es debida en gran medida a su concepción del soberano en términos fácticos como la persona física o histórica cuyas órdenes son habitualmente obedecidas por la generalidad de la población. Esta concepción conduce a problemas teóricos irresolubles desde los propios presupuestos austinianos o sólo resolubles mediante precarios artificios conceptuales que distorsionan en alguna medida la realidad que constituye el objeto de análisis.

La misma definición de norma jurídica como un mandato que tiene su origen en la voluntad del soberano plantea dificultades para la identificación del material jurídico.

Si toda norma es un imperativo, ¿cómo explicar la existencia dentro de todo orden jurídico de normas que no imponen de forma coactiva *standards* de comportamiento? Fundamentalmente aquellas que confieren poderes, sean és-

tos de carácter público (p. ej. normas de delegación de poder legislativo) o privado (p. ej. normas que establecen los modos y condiciones para testar). Estas normas no imponen una conducta cuyo incumplimiento está sujeto a una sanción sino que establecen las condiciones que determinan la validez (o la nulidad) de determinados actos jurídicos. La inclusión de estas normas en el modelo austiniiano sólo puede hacerse de una manera forzada. Podrían ensayarse dos soluciones que resultan en todo caso insatisfactorias.

Una de ellas consistiría en ampliar el concepto de sanción de manera que se incluya en él la nulidad de aquellos actos que no se ajusten a las condiciones previstas en la norma que confiere el poder. De esta manera se las reconduciría a la categoría de auténticas normas jurídicas imperativas. Sin embargo, este intento, como ha puesto de manifiesto Hart, supone una distorsión del concepto de sanción que acaba por desvirtuarlo completamente¹⁴. La segunda posibilidad, ensayada por Bentham, consistiría en negar a la norma que confiere poderes el carácter de norma jurídica independiente. No se trataría más que de una parte constitutiva de una genuina norma imperativa, aunque su disposición tipográfica separada de ésta genere la ilusión de que se trata de una norma jurídica independiente. Esta posibilidad implica, sin embargo, desconocer las diferentes e importantes funciones sociales que realizan las normas jurídicas, además de la imposición coactiva de *standards* de conducta¹⁵.

Incluso cuando inequívocamente nos encontramos ante un genuino mandato o imperativo procedente de la persona soberana, la teoría de Austin es deficiente por cuanto no ofrece un criterio que permita distinguir aquellos mandatos que son normas jurídicas de aquellos que se desenvuelven en el ámbito puramente familiar o personal, sin relevancia jurídica. Aceptar la evidencia de que el soberano sólo crea derecho cuando actúa satisfaciendo determinadas condiciones de tiempo, lugar y forma implica admitir la existencia de normas jurídicas independientes de la voluntad del soberano a las que éste está sujeto, normas que no tienen cabida en el modelo austiniiano. Parece imposible concebir la posibilidad de una pluralidad de personas actuando conjuntamente como una única voluntad soberana sin presuponer la existencia de ciertas normas procedimentales. Pero incluso si la soberanía está encarnada en una sola persona, la inexistencia de tales normas convertiría a ésta en una especie de Rey Midas condenado a promulgar incesantemente normas jurídicas cada

¹⁴ Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 33-35.

¹⁵ Cfr. la exposición de esta postura de Bentham contenida en H. L. A. HART, *Essays on Bentham*, cit., pp. 118-121, y la crítica llevada a cabo en H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 35-38.

vez que emite un deseo. Tal persona no *actúa* en determinados momentos como soberano, *es* la soberanía hecha carne. La soberanía austiniana no supone el desempeño de un rol o la asunción momentánea de una veste oficial, sino que es un atributo inescindible del cual la persona soberana no puede desprenderse.

No obstante, el principal obstáculo para la delimitación del material jurídico está constituido por la noción de legislación tácita, expediente que, como se ha señalado, Austin utiliza para otorgar *status* jurídico a aquellas normas que surgen de una fuente distinta de la voluntad del legislador supremo, principalmente las costumbres y los precedentes judiciales. Fundamentar la validez de tales normas en la voluntad tácita del soberano, deducida simplemente de su no interferencia en la aplicación que de ellas hacen los tribunales u otros órganos a él subordinados, significa abrir una brecha fatal para su teoría. No resulta fácil imaginar por qué razón deba interpretarse como una aceptación tácita la no interferencia del soberano en aquellos casos en que éste, sea por desidia o por la simple imposibilidad material de controlar la producción normativa de sus órganos subordinados, no tiene conocimiento de la norma que se está aplicando. Interpretar este silencio como aquiescencia supone frustrar la finalidad fundamental que Austin persigue con la introducción del concepto de soberano. Si la mera tolerancia o impotencia del soberano basta para convertir en normas jurídicas normas que tienen un origen distinto de su voluntad, la noción de soberano deja de funcionar como esa única, clara y definida fuente que Austin precisa para edificar el sistema jurídico.

Pero la teoría austiniana, apoyada en el concepto de soberano, no sólo nos presenta una fotografía deficiente de la estática jurídica por las dificultades que tiene para explicar los diversos tipos de normas y su distinto origen, sino que se muestra incapaz también de explicar la dinámica temporal del fenómeno jurídico. Las nociones de obediencia habitual y personal que configuran los caracteres relevantes en la definición del soberano abocan a la crisis o fractura periódica del sistema jurídico.

Si el sistema jurídico se fundamenta en último término en la voluntad de aquella persona a la que se rinde obediencia, la vida de aquel se prolongará allá hasta donde dicha voluntad continúe siendo soberana. Es decir, todo cambio de la persona que ostenta la condición de soberano en una comunidad supone la desaparición del sistema jurídico fundado en su voluntad y el inicio del sistema jurídico integrado por las normas elaboradas, directa o indirectamente, por el nuevo soberano. En este sentido la teoría de Austin no admite distinción entre aquellas situaciones en las que se produce un cambio consti-

tucional o reglado de soberano (sucesión hereditaria del monarca, renovación de los miembros del órgano legislativo) y aquellas otras en las que hablamos propiamente de ruptura, sea pacífica o violenta, de un orden establecido e instauración de uno nuevo.

Incluso si el ordenamiento jurídico vigente bajo el nuevo soberano está integrado por las mismas normas que integraban el ordenamiento jurídico anterior, es imposible hablar en términos austinianos de continuidad del sistema jurídico. La vigencia actual de tales normas no puede fundamentarse ya en la voluntad del soberano que las creó: sería absurdo hablar de obediencia hacia una persona ya desaparecida (sea física o funcionalmente).

Para explicar el fenómeno de la persistencia de las normas jurídicas Austin tiene que recurrir de nuevo a la ficción de la legislación tácita, cuyas deficiencias resultan en este caso aún más patentes. Según esta doctrina la validez de las normas jurídicas creadas por soberanos anteriores se funda en la voluntad tácita del soberano actual al permitir su aplicación por los tribunales¹⁶. Esta solución implica que el tribunal no aplicó la norma creada por un soberano anterior porque fuera derecho sino que precisamente comienza a serlo a partir de ese momento. Se trataría, por tanto, no de la aplicación de una norma existente, sino de la creación *ex novo* de una norma jurídica con idéntico contenido que la norma establecida por el soberano anterior. De esta manera, nos encontramos con la incongruente afirmación de que un tribunal se halla igualmente (des)vinculado por una norma de un soberano anterior que haya sido derogada que por otra que no lo haya sido.

Esta incapacidad de la doctrina austiniana para explicar la continuidad del orden jurídico supone la existencia de interregnos en los que sencillamente no existe derecho alguno. Desde el momento de la desaparición del anterior soberano hasta el de la emisión, directa o indirecta, de la primera orden de su sucesor existirá un período de total vacío jurídico. Aun si las normas del sistema jurídico previo continúan siendo generalmente obedecidas, éstas constituirán normas de moralidad positiva pero no normas jurídicas por cuanto no proceden de la voluntad de una persona actualmente obedecida.

Incluso la exigencia de que exista una obediencia habitual hacia la persona del soberano llevaría a plantear si esta primera orden puede considerarse verdaderamente una norma jurídica. Parece que sólo a partir del momento en

¹⁶ Nuevamente Austin se apoya en T. HOBBS, *Leviatán*, cit., para quien «el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan siendo leyes ahora» (p. 220).

que se haya constituido tal hábito de obediencia podría hablarse propiamente desde los presupuestos austinianos de una determinada persona como soberano y de sus mandatos como normas jurídicas. En definitiva, la concepción jurídica imperativa de Austin presenta dificultades insuperables a la hora de explicar el fenómeno de la persistencia de las normas jurídicas. Nuevamente parece que sólo presuponiendo la existencia de alguna norma sin cabida en los planteamientos austinianos cabe hablar de continuidad del sistema jurídico.

Así pues, los principales defectos de la construcción austiniana proceden de su definición del soberano en términos fácticos. Si bien la pretensión de fundar o anclar el sistema jurídico en una realidad fáctica y social supone un notable paso adelante en el desarrollo de la ciencia jurídica, liberándola de las servidumbres del derecho natural, el fenómeno jurídico se resiste a ser observado y entendido desde el simple esquema jerárquico y dualista que distingue entre uno o unos pocos que mandan y la generalidad que obedece. De ahí que los defensores del carácter sistemático del derecho hayan intentado reconstruir la noción de sistema jurídico fundándolo no ya en un soberano fáctico o social sino en una soberanía de tipo normativo, en un deber ser jurídico. Ésta es la razón por la que el soberano de carne y hueso de Austin ha sido remplazado por una pura abstracción como la norma hipotética fundamental de Kelsen o la norma de reconocimiento de Hart.

II

En la filosofía jurídica anglosajona la figura del soberano austiniano ha sido severamente cuestionada por algunos integrantes del denominado «realismo jurídico americano». Y ello no sólo porque dicha figura encajaba dificultosamente en el sistema estadounidense de un gobierno con poderes legislativos limitados constitucionalmente, sino fundamentalmente porque la crucial función sistemática que desempeñaba dicha noción la convertía en blanco preferente de las afiladas diatribas realistas.

La teoría jurídica de Austin ejerció una enorme influencia en los EE.UU., siendo aceptada por la mayor parte de los tratadistas de las últimas décadas del siglo XIX y primeras del siglo XX. La noción austiniana de soberano, convertida en el presupuesto unificador del heterogéneo panorama jurídico norteamericano, se hallaba en la base del formalismo jurídico imperante en EE.UU. en ese momento. Esta concepción formalista venía a sostener que el *Common Law* era un *corpus* jurídico sistemático y cerrado capaz, a través del análisis con-

ceptual y el desenvolvimiento lógico de sus principios básicos, de suministrar una respuesta a cualquier problema que se plantease en la práctica. Ello implicaba una concepción puramente mecánica de la actividad judicial por cuanto la función del juez ante un caso concreto se reduce a «descubrir», mediante la realización de operaciones de tipo lógico (fundamentalmente la deducción silogística), la respuesta que el sistema jurídico, de manera más o menos explícita o implícita, contiene para dicho caso. Visto desde la perspectiva del *bad man* holmesiano, interesado exclusivamente en la predicción de las consecuencias jurídicas de su conducta, aceptar dicha concepción suponía afirmar que cualquier «operador» jurídico ejercitado en los métodos de la aritmética jurídica podía predecir con exactitud la futura decisión judicial «correcta»¹⁷.

Contra esta visión del derecho como un sistema normativo lógicamente cerrado y la concepción mecánica de la función judicial que deriva de ella reacciona el realismo jurídico de una manera virulenta. Por ello, el concepto de soberano que se halla en la base de esta construcción se convierte en uno de los primeros objetivos del ataque antiformalista. Así, en los albores del movimiento, uno de sus más destacados representantes, Max Radin, perfila, tomando a Austin como contrapunto, la visión realista del fenómeno jurídico de la soberanía¹⁸. Como no podía ser de otra manera, su tratamiento del asunto revela las importantes diferencias de perspectiva y método existentes entre la corriente analítica y la realista.

Radin —fiel al método pragmatista, que se aparta de las categorías abstractas, las razones *a priori* y los principios para volver su vista hacia los hechos, la acción y las consecuencias¹⁹— no puede sino rechazar el concepto austiniiano de soberano por constituir éste un presupuesto cuya función es la de posibilitar la realización de un orden sistemático apriorísticamente aceptado por el jurista en el objeto de estudio. El soberano austiniiano constituye así una bue-

¹⁷ Sobre el desarrollo y la influencia de la escuela analítica en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del siglo XX en EE.UU., cfr. R. POUND, «Fifty Years of Jurisprudence», *Harvard Law Review*, vol. L, n.º 4 (febrero, 1937), pp. 557-582.

¹⁸ M. RADIN, «The Intermittent Sovereign», *Yale Law Journal*, vol. 39, 1930, pp. 514-531. Ya unas décadas antes John Dewey, una de las principales fuentes del movimiento realista, había sometido a crítica el concepto austiniiano de soberano, si bien desde una perspectiva fundamentalmente política, en J. DEWEY, «Austin's Theory of Sovereignty», *Political Science Quarterly*, vol. IX, 1894, pp. 31-52. La posición de Radin muestra, en opinión de S. CASTIGNONE, «Il re é nudo. La critica dei realisti americani alla nozione di sovranità», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, año XVII, n.º 2 (diciembre 1987), pp. 385-401, sorprendentes analogías con la crítica que de dicho concepto hace H. Hägerström.

¹⁹ Cfr. W. JAMES, *Pragmatismo*, trad. y prólogo de L. Rodríguez Aranda, Orbis, 1985, pp. 49 y 51.

na muestra del *wishful thinking* propio del jurista sistemático —de su confusión entre el *ser* y el *deber ser* del derecho, entre la realidad jurídica y sus deseos subjetivos—, cuya investigación se halla lastrada de este modo por una hipoteca ideológica²⁰. Para el realismo, el carácter sistemático de la experiencia jurídica podrá predicarse, en su caso, tras —y como resultado de— una investigación empírica neutralmente valorativa, pero no, como hace la jurisprudencia analítica, como un axioma del que parte la investigación jurídica (y cuyo presupuesto fundamental es la existencia de un único soberano).

Como se ha visto, en Austin el soberano funciona como un presupuesto que permite distinguir entre los diversos tipos de mandatos desde el punto de vista de quien los formula, delimitando cuáles tienen carácter jurídico y cuáles no. Serán normas jurídicas aquellos que procedan del soberano, es decir, de aquella persona o personas cuyos mandatos son obedecidos habitualmente por la comunidad y con capacidad para forzar su cumplimiento.

Radin considera que este planteamiento austiniiano es equivocado. La discriminación entre normas jurídicas y otros tipos de normas o mandatos no puede hacerse en virtud del grado de obediencia que éstos reciben: la orden de un empresario a su trabajador o de un maestro a su alumno cuenta probablemente con mayores posibilidades de ser obedecida que determinadas leyes y eso no las convierte en jurídicas ni en soberano a quien las emite. Lo mismo ocurre si un grupo de bandidos logra imponer de hecho su dominio en una determinada comunidad, emitiendo órdenes (por ejemplo, exigiendo un impuesto a sus habitantes) que desafían con éxito las de la policía, los tribunales y demás autoridades. No se podrá decir que estos bandidos son soberanos ni sus mandatos jurídicos. Tal vez si con el tiempo logran desposeer al gobierno constituido e imponer una organización estable en el territorio dominado pueda hablarse entonces de sus órdenes como normas jurídicas. Pero entonces, ¿cómo ha llegado a convertirse en soberana la fuente de esas normas?, ¿qué diferencia existe entre las órdenes de la situación inicial, que no son normas ju-

²⁰ K. N. LLEWELLYN, «Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound», *Harvard Law Review*, vol. XLIV, n.º 8 (junio, 1931) establece el «divorcio temporal del *Is* y el *Ought*» como uno de los puntos metodológicos fundamentales del programa realista, lo cual implica que la investigación de la realidad jurídica «debe permanecer en la mayor medida posible incontaminada por los deseos del observador o por lo que él desea o piensa que (éticamente) debe ser». Este divorcio no es permanente porque, una vez conocidos los hechos, se hace necesaria una valoración acerca de los objetivos que el derecho debe satisfacer —y acerca de si efectivamente los está satisfaciendo— (p. 1236). Las críticas más agudas al *wishful thinking* del jurista sistemático pueden encontrarse en J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester, 1970, para quien constituye la forma característica del pensamiento infantil (pp. 75 y ss.).

rídicas, y estas últimas? Esta pregunta no tiene respuesta desde los planteamientos austinianos.

Este callejón sin salida al que aboca la tesis austiniana es el resultado, según Radin, de una defectuosa comprensión de la relación soberanía-normas jurídicas. En su opinión es preciso invertir los términos de la relación: el soberano no puede ser un punto de partida sino un punto de llegada. Es decir, «los mandatos que son jurídicos no son aquellos que vienen del soberano, sino que una de las razones para llamar al emisor de los mandatos soberano es que sus mandatos son jurídicos»²¹. El soberano no es, por tanto, el presupuesto de lo jurídico sino que se presenta como una inferencia *a posteriori*, que nos conduce al origen de una norma cuya validez jurídica ha sido previamente verificada. Consecuentemente, «existe un test de juridicidad que es independiente del soberano, y después podemos, si queremos, aplicar esta palabra a la fuente de los mandatos que han satisfecho dicho test»²². Este criterio de juridicidad de una norma es fundamentalmente para los realistas el hecho de su aplicación efectiva por los tribunales.

Si el concepto de soberano no puede funcionar como el criterio discriminador de las normas jurídicas respecto de otros tipos de normas o mandatos, ¿cuál es su significado? En opinión de Radin, éste no viene dado por su representación de una realidad en el mundo exterior, sino por la función práctica que desempeña en el desenvolvimiento del discurso jurídico²³. En este sentido observa que «soberano» es un concepto del que se echa mano en contextos de conflicto, en los que se hace necesario comparar o medir la fuerza respectiva de las distintas normas, procedentes de fuentes heterogéneas, que han superado el test de juridicidad. Es en estas situaciones de conflicto cuando adquiere toda su fuerza la noción jurídica de soberanía, cuyo significado alude a la existencia de una gradación jerárquica de las normas jurídicas, gradación que se manifiesta en las decisiones de los tribunales u otros órganos encargados de aplicar el derecho. En este sentido, la soberanía se presenta para el realista como el resultado de una inferencia a partir del hecho de que ciertas normas jurídicas prevalecen sobre las demás en caso de conflicto. La noción

²¹ M. RADIN, «The Intermittent Sovereign», cit., p. 519.

²² *Ibidem*, p. 519.

²³ Se manifiesta aquí otro de los rasgos metodológicos que los realistas toman del pragmatismo: su teoría del significado. Éste es concebido, no ya como una relación estática de correspondencia entre nuestras ideas y la realidad, sino como una relación dinámica entre ambas, donde los conceptos se convierten en instrumentos cuya función es el manejo activo de la experiencia. Cfr. W. JAMES, *Pragmatismo*, cit., pp. 58 y 131-132.

de soberano no es sino la hipóstasis, el intento de personificar, esta relación de jerarquía normativa²⁴.

Si la noción de soberano no es más que un nombre o símbolo para indicar el hecho de la prevalencia de determinadas normas, es innecesaria su entificación o encarnación permanente en personas determinadas. De hecho, resulta patente que si el soberano fuera un personaje físico, histórico, no podría cumplir la función sistemática que Austin le atribuye. Una somera investigación empírica muestra claramente que la compleja realidad del *Common Law* no puede ser descrita adecuadamente a partir de una única fuente de derecho. De ahí precisamente la crítica que desde las propias filas analíticas se le ha dirigido y su sustitución por una soberanía de carácter normativo.

Es verdad que siempre será posible proceder a identificar las personas que intervinieron para crear la norma que resulta soberana, pero la soberanía no constituye un atributo personal. El soberano existe cuando actúa, al emitir una norma jurídica que resulta superior a las demás, y en los intervalos entre una actuación y otra simplemente no existe o, en todo caso, existe solamente como un poder latente, en reserva. Cuando actúe nuevamente, la soberanía puede ser ejercitada por personas diferentes a la vez anterior, o incluso a lo largo de una misma actuación (piénsese por ejemplo en trámites legislativos largos y complejos, que requieran la participación de diversos órganos) pueden producirse cambios de las personas «soberanas». Frente al soberano austiniano, determinado y omnipresente, cuya voluntad personal se encuentra permanentemente detrás de cada incidencia jurídica, Radin identifica un soberano físicamente indeterminado e intermitente, discontinuo, que puede actuar una vez a la semana, al mes, al año o aun más raramente²⁵.

Incluso, esta perspectiva realista permite, superando las dificultades que se le planteaban a Austin, identificar el *locus* de la soberanía en aquellos Estados en los que, como en EE.UU., el legislativo está sujeto a limitaciones constitucionales²⁶. Desde el punto de vista del soberano intermitente de Radin, éste estaría constituido por aquellas personas que tienen la capacidad de promulgar aquellas normas que, en caso de conflicto, se imponen a todas las demás, es decir, las normas constitucionales. En este sentido, sería posible identificar el so-

²⁴ Cfr. M. RADIN, «The Intermittent Sovereign», cit., p. 522.

²⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 522-523

²⁶ Mientras que en Inglaterra el Parlamento, actuando regularmente como legislador supremo, podía encarnar, no sin dificultades, la idea austiniana de soberano, resultaba imposible identificar en EE.UU. una persona o grupo de personas recibiendo obediencia habitual por parte de la comunidad y no sujetos a ningún tipo de límite.

berano con la larga serie de personas intervinientes en los complejos procesos de enmienda constitucional, procesos que requieren una serie de mayorías favorables tanto en el seno del legislativo federal como de determinado número de legislativos estatales²⁷. Sólo en estos poco frecuentes casos actuaría el soberano.

Incluso Radin se pregunta si realmente tales personas ejercen una soberanía plena. Más allá de su sujeción a requisitos procedimentales, surgen dudas en cuanto al alcance material de su poder: ¿puede una enmienda cambiar completamente el carácter de la cosa enmendada —por ejemplo, sustituir la forma republicana de gobierno por una monarquía hereditaria—? Si esto está fuera del alcance de una enmienda constitucional entonces habrá que concluir que un soberano al estilo austriano, es decir, «un soberano real, cien por cien, un soberano de veinticuatro quilates, uno que pueda dar cualquier mandato más allá de lo imposible, sólo puede llegar a existir por medio de la revolución»²⁸. La revolución se configura así, paradójicamente, como el acto de soberanía por excelencia, el revolucionario como el único soberano puro.

Este soberano químicamente puro, fruto de una acción revolucionaria, se agota en la creación de otros soberanos menores, con poder para emitir normas jurídicas dentro de ciertos límites. Surgen así toda una constelación de pro-soberanos: un soberano menor que el puro con poder para enmendar la constitución, otros soberanos menores para el gobierno federal y de cada Estado, los tribunales, y así sucesivamente en una progresiva gradación de la soberanía, de manera que el *sheriff* local e incluso el propio ciudadano que discrecionalmente ejerce de determinada forma un poder jurídico es auténticamente un verdadero soberano, si bien en una (di)olución química muy diluida.

Esta escala o gradación —lejos del esquema dualista austriano que distingue entre uno o unos pocos que mandan y el resto que obedece— refleja una

²⁷ La Constitución americana prevé tres mecanismos posibles de enmienda constitucional. El primero exige la votación favorable de los 2/3 de los miembros del Congreso federal y la ratificación por 3/4 de los legislativos estatales. Otra posible vía es la constitución de una convención a petición de cierto número de Estados y la ratificación de lo decidido en la Convención por los 3/4 de los legislativos estatales. Por último, la Constitución prevé que la cláusula constitucional que establece el sufragio igual de todos los Estados en el Senado no podrá modificarse sin el consentimiento del Estado afectado. Por tanto, las personas que ejercen la función de soberano serán distintas dependiendo de la vía utilizada para promulgar la nueva norma constitucional.

²⁸ M. RADIN, «The Intermittent Sovereign», cit., p. 525. De esta forma el autor llega a la conclusión de que en toda la historia de EE.UU. este soberano pleno, no sujeto a ningún tipo de limitación, sólo ha actuado en tres ocasiones: en la declaración de independencia, rompiendo con la metrópoli y creando una forma provisional de gobierno; en su adopción de los artículos de la Confederación, que establecía una forma de gobierno ya permanente; y en la aprobación de la Constitución, en que se sustituyó la forma anterior por otra nueva.

distribución social de la soberanía, que impregna de juridicidad tanto la actuación de quienes realizan una reforma constitucional como la de los particulares que perfeccionan un contrato de compraventa por ser tan soberanos unos como otros. En este sentido, como afirma Giovanni Tarello, «el soberano es por ello también el nombre de un equilibrio social alcanzado»²⁹. Esta soberanía realista, dispersa por los intersticios sociales, no se ejercita así desde la fuerza exclusiva, y excluyente, de una fuente única, como la soberanía austiniana, sino desde la equilibrada interrelación de poderes yuxtapuestos³⁰.

Desde esta perspectiva, la consecuencia inmediata es la desintegración del propio concepto de soberano: éste no es susceptible ya de ser localizado permanentemente en una determinada sede sino que, según el caso planteado, variará el órgano facultado para decir la última palabra jurídica. Este paso será recorrido por otro destacado realista, Felix S. Cohen, quien afirma al respecto: «Considerado en su aspecto más amplio, el poder jurídico final descansa siempre en el grupo capaz de enmendar las normas más fundamentales del Estado. Pero si centramos nuestra atención en temas de gobierno menos fundamentales, encontramos el poder final de concluir disputas distribuido entre todas las agencias de aplicación del derecho. El juez de paz local, en un caso inapelable, habla con la misma finalidad jurídica que el legislativo o el tribunal de apelación más alto»³¹. Es decir, para un problema de hecho determinado puede configurarse como soberana una norma jurídica que, en principio, en caso de conflicto con otras no prevalecería sobre ellas. La sede soberana se situará así, dependiendo del caso en cuestión, en uno u otro lugar —más arriba o abajo— dentro de la escala de soberanía.

La determinación del soberano no puede hacerse, por tanto, *a priori* y de manera general, sino solamente tras —como resultado de— una investigación empírica dirigida a determinar la norma efectivamente aplicada por los tribunales, últimos en conocer de cualquier conflicto jurídico, en el caso concreto. La soberanía se disuelve así en la juridicidad. La noción de soberano aparece como una manera abreviada de decir que determinadas normas son jurídicas porque han sido efectivamente aplicadas por los tribunales u otros

²⁹ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1962, p. 95.

³⁰ En este sentido, aun desde fuera del círculo realista, afirma R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989, que «el control político es pluralista y cambiante; es cuestión de flexibilidad y moderación, de compromiso, cooperación y alianza, de modo que con frecuencia es imposible decir que alguna persona o grupo tenga ese control absoluto, necesario para ser reconocido como soberano, en el sentido de Austin» (p. 67).

³¹ F. S. COHEN, *Ethical Systems and Legal Ideals*, Greenwood Press, Westport, 1976, p. 248.

órganos encargados de la aplicación del derecho. O, desde el punto de vista predictivo adoptado por los realistas, como la previsión de que determinadas normas, por haber sido aplicadas en el pasado a casos semejantes, serán consideradas prevalentes para regular la situación actualmente discutida. En este sentido, como afirma Tarello, la noción realista de soberanía cumple una función práctica: sirve como una hipótesis de trabajo que es sometida constantemente a verificación empírica³².

Esta concepción de Radin de una escala de soberanía es en cierta medida compatible con una visión rigurosamente formal como la kelseniana, y el propio autor advierte que, contra lo que pueda parecer, el soberano del que ambos hablan es el mismo³³. Existe un evidente paralelismo entre el descarnado esqueleto normativo kelseniano, esa pirámide de distribución del poder normativo en la que a partir de la norma fundamental se irradia progresivamente validez a las normas de estratos inferiores, y la gradación de la soberanía de Radin, en la que, partiendo del soberano cien por cien, se asiste a una progresiva disolución de la misma hasta llegar al funcionario local o el propio particular. La diferencia estriba en que, si bien Kelsen trata el asunto en términos puramente normativos, despersonificados, Radin y los realistas estarán interesados sobre todo en el elemento humano que se halla detrás de tales normas, fundamentalmente en los mecanismos volitivos que determinan la actuación de los jueces, quienes acaban por convertirse para los realistas en los principales soberanos al tener la última palabra jurídica³⁴.

No obstante, como afirma Tarello, si bien es cierto que existe este paralelismo entre ambas construcciones, el significado y el sentido de las relaciones que en el seno de ellas se establecen son completamente opuestos. Así, mien-

³² Cfr. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 94.

³³ Afirma M. RADIN, «The Intermittent Sovereign», cit.: «Si se responde que el soberano descrito aquí no es el soberano de Kelsen, Jellinek, Willoughby, Carré de Malberg, Laband y otros cientos que se han ocupado de él, me temo que debo disentir. Me parece completamente el mismo personaje pero desprovisto en cierto modo de sus atavíos, tal como Thackeray intentó imaginar a Luis XIV, no en la monstruosa peluca, tacones altos y ondulante armiño del retrato de Rigaud, sino justamente cuando él estaba a punto de retirarse a dormir» (p. 531).

³⁴ Desde este punto de vista, paradójicamente, el realismo se halla más cerca de Austin que los continuadores de la tradición analítica. Los realistas también buscaron anclar el fenómeno jurídico en hechos o realidades externas tangibles y por ello los jueces acabaron por ocupar el lugar del soberano de carne y hueso de Hobbes, Bentham y Austin (no debe olvidarse que Gray, uno de los principales pioneros de la dirección realista, es un continuador directo de Austin). Por el contrario, como se ha señalado, la tradición analítica buscó el fundamento, no en una realidad objetiva sino en una premisa metodológica. Cfr. al respecto L. L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, Chicago, 1940, pp. 45-46 y N. DUXBURY, *The Origins of Modern American Jurisprudence: From Legal Formalism to Legal Realism*, University of Manchester, Faculty of Law, working paper n.º 7, 1991, pp. 18-19.

tras que para Kelsen, si es posible hablar de normas válidas ello es debido a la existencia previa de una norma fundamental (que actúa como soberano), para Radin, si es posible hablar de soberano, es sólo una vez que se ha verificado empíricamente la veracidad de un juicio sobre la prevalencia entre normas³⁵.

Desde la perspectiva realista, la sistematicidad —considerada fundamentalmente desde la perspectiva de la predicción de las futuras decisiones judiciales— no aparece como un rasgo necesario del derecho, sino, en el mejor de los casos, como una característica posible a ser verificada empíricamente en cada ordenamiento (y sometida a constante revisión). De hecho la mayor parte de los esfuerzos realistas —y ésta es una de sus principales aportaciones— se encaminó a demostrar que el derecho no puede ser caracterizado, como pretendía la jurisprudencia conceptual analítica, como un sistema puramente normativo.

La ambigüedad del lenguaje jurídico, la existencia de una multiplicidad de normas incompatibles entre sí (sobre todo en el campo del *Common Law*, cuya ingente masa de decisiones judiciales posibilita siempre hallar precedentes contradictorios), el oscuro proceso de extracción de la *ratio decidendi* que inspira la solución de los casos semejantes anteriores, la necesidad de adaptar las viejas normas a nuevas situaciones no previstas, etc., son factores que los *rule-skeptics* intentarán sacar a la luz, poniendo de manifiesto que detrás de la aplicación de toda norma jurídica existen una serie de juicios de valor extranormativos³⁶. La elección de una u otra de las normas que se presentan como aplicables, la reducción o ampliación del significado de un concepto o del ámbito de aplicación de una norma, la determinación de la *ratio decidendi* de un grupo de sentencias, son todas ellas operaciones cuya realización y justificación sólo es posible en términos de las *policies* u objetivos sociales a satisfacer, y no en términos de pura lógica normativa. Por tanto, las normas jurídicas no reflejan el proceso real de toma de decisiones judiciales ni, consiguientemente, pueden servir como criterios exclusivos para su predicción.

Ello supone afirmar que los jueces no aplican automáticamente normas jurídicas sino que, al introducir —aun inconscientemente— en la raíz de sus decisiones juicios de valor de carácter moral o político, crean el derecho de cada caso concreto, convirtiéndose así en los auténticos soberanos. Sin embargo, *rule-skeptics* como K. Llewellyn o F. S. Cohen admiten el carácter sistemático

³⁵ Cfr. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 88-89.

³⁶ La división de los realistas entre *rule-skeptics* y *fact-skeptics*, formulada por J. FRANK en el prefacio a la sexta edición (1948) de *Law and the Modern Mind* basándose en los distintos campos de trabajo y objetivos perseguidos, se ha convertido ya en clásica, independientemente de las numerosas diferencias personales existentes entre todos ellos, ya pertenezcan a uno u otro de los dos grupos.

del fenómeno jurídico, refiriendo el mismo no a términos normativos sino behaviorísticos. Según estos autores, la realización de un estudio empírico —más allá del análisis jurídico de las decisiones judiciales— de factores relativamente homogéneos como la extracción social y económica de los jueces, su *background* cultural, la formación profesional que han recibido, sus convicciones morales, hábitos psicológicos, etc., revelaría la existencia, por debajo de las «normas de papel» que aparecen mencionadas en el texto de las decisiones judiciales, de ciertas uniformidades o tendencias en el comportamiento judicial, siendo posible la formulación de unas «normas reales» que pueden servir como instrumento fiable de predicción.

Más radical es la postura de los *fact-skeptics*, como J. Frank, quienes rechazan categóricamente cualquier posibilidad de predicción de las decisiones judiciales debido a la elusividad de los hechos que, según la concepción tradicional, integran la premisa menor del silogismo judicial³⁷. Aun cuando las normas aparezcan perfectamente delimitadas y redactadas en términos inequívocos, la determinación de los hechos del caso es el resultado de las imprevisibles reacciones subjetivas e idiosincrásicas del juez o los jurados ante los testimonios y actitudes de las partes, los abogados, los testigos (sobre quienes proyectan, aun de manera inconsciente, sus particulares filias y fobias, prejuicios, intuiciones, estados de ánimo, etc.). Por ello, cualquier intento de predicción está condenado de antemano al fracaso por la imposibilidad de prever los hechos que serán fijados en el proceso.

Reducidas las normas jurídicas a meros artificios conceptuales incapaces de servir como criterios de predicción, la noción realista de soberano como hipótesis de la previsión de que ciertas normas, por ejemplo las normas constitucionales, prevalecerán sobre las demás en caso de conflicto se convierte en una noción irrelevante. La misma queda reducida a la superflua previsión de que la decisión judicial estará en todo caso revestida de una serie de fórmulas verbales (normas de papel) compatibles con las cláusulas constitucionales, pero no nos dice nada acerca del contenido o el sentido concreto de la decisión.



³⁷ Cfr. la crítica que Frank hace de los *rule-skeptics*, personificados en la figura de Felix S. Cohen, en J. FRANK, «Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism», *New York University Law Review*, vol. 26, n.º 4 (oct. 1951), pp. 545-633. Existe traducción castellana de Carlos M. Bidegain bajo el título *Derecho e incertidumbre*, Fontamara, México, 1993.