

La obediencia del Derecho a partir de la sanción: la aproximación de John Austin

Roberto Lara Chagoyán*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Breve nota biográfica de John Austin. 3. Sobre el concepto de sanción: la importancia del enfoque funcional. 4. El objeto directo de la sanción: la compulsión a la obediencia. 5. El objeto indirecto de las sanciones: la formación del hábito de obediencia. 6. Motivaciones positivas y negativas: el problema de los premios. 7. A manera de conclusión.

1. Introducción

Una de las preocupaciones más relevantes para quienes se ocupan de la sociología del Derecho, de la criminología o de la política criminal, es la efectividad (o funcionalidad) de las normas jurídicas. Algunos disocian la consecuencia jurídica (pena) de la norma en sí y de aquélla predicen esta efectividad. Lo cierto es que con o sin distinción analítica, la pregunta es la misma: ¿qué deben contener las normas jurídicas para ser obedecidas? La teoría del Derecho también ha hecho suya esa preocupación, sólo que, muchas veces, no se toma en cuenta.

Este trabajo pretende llamar la atención sobre el particular, a partir de las tesis de un clásico de la teoría del Derecho: John Austin. Uno de los pilares de la teoría de este autor inglés es el concepto de sanción, a propósito del cual hace una doble aproximación: una estructural y una *funcional*, que es la que me interesa destacar, porque está íntimamente relacionada con los enfoques que mencioné al principio. Considero que estas ideas pueden contribuir en la discusión actual, pues tocan un elemento fundamental de la obediencia: el aspecto pedagógico que tanto preocupa.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Actualmente, Secretario de Estudio y Cuenta en la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. Breve nota biográfica de John Austin

John Austin (1790-1859) nació en Suffolk cerca de Ipswich, Inglaterra; su familia, dedicada al comercio, gozaba de una buena posición social y económica. Austin sirvió como oficial del ejército británico de 1808 a 1812 en Malta y Sicilia y de regreso a Inglaterra comenzó a estudiar Derecho en 1814. En 1818 empezó a ejercer como abogado y en ese mismo año contrajo matrimonio con Sarah Taylor. Al año siguiente conoció a su maestro Jeremy Bentham y a su discípulo John Stuart Mill. Su primer artículo, “Disposition of Property by Will”, fue publicado en 1824 en en la *Westminster Review* (órgano de expresión de los radicales filosóficos frente a la *Edimburg Review*). Poco después dejó de practicar la abogacía. En 1826 fue Catedrático de Jurisprudencia y Derecho Internacional en la Universidad de Londres.

Entre 1827 y 1828 residió en Bonn, Alemania. A su regreso a Inglaterra, en 1831, se publicó *An Outline of a Course of Lectures on General Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Fruto de las clases impartidas en la Universidad de Londres, sus “lecciones” (*lectures*) fueron publicadas en su célebre obra *The Province of Jurisprudence Determined*¹ en 1832 (cabe señalar que las posteriores ediciones de esta obra se han realizado en los años: 1861, 1869, 1873, 1885, 1954 y 1995). Luego de haber dejado sus clases en la Universidad fue elegido para integrar la *Criminal Law Commission*. En 1834 fue nombrado miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Morales del Instituto Real de Francia. Al año siguiente renunció a ese cargo y se mudó a Boulogne, Francia.

En 1836 fue designado Real Comisionado de Malta, con lo cual renunció a su anterior cargo y vivió en esa isla mediterránea hasta 1838, año en que regresó nuevamente a Inglaterra. En 1841 volvió a instalarse en Alemania y al año siguiente se publicó ahí una amplia reseña firmada por Austin de la obra *The National System of Political Economy*, de

¹ AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Edición de Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, 1995.

Friederich List. Después de vivir por algunos años en París, regresó a Inglaterra en 1848 y se estableció en Weybridge, ciudad en la que murió en el año 1859. De 1861 a 1863 se publicó en dos volúmenes, gracias a Sarah Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*.² Cabe mencionar, que las primeras lecciones de esta publicación constituyen *The Province of Jurisprudence Determined*.

John Austin es considerado como el fundador de la escuela de jurisprudencia analítica. Su obra es una adaptación de propuestas de su maestro Jeremy Bentham y de las tesis del utilitarismo. Dada la trascendencia de sus escritos en la teoría del Derecho, su concepto de sanción viene a ser fundamental. No puede hablarse en serio de las bases de una teoría de la sanción sin estudiar las tesis de este autor inglés.

Lectures on Jurisprudence se compone de tres partes: I) Definiciones; II) El Derecho en relación con sus fuentes y los modos en los que empieza y termina; y, III) El Derecho en referencia a sus fines y las materias que trata. La primera parte tiene tres secciones: 1) *The Province of Jurisprudence Determined* (la determinación del campo de la ciencia jurídica), (Lecciones I-VI³); 2) La jurisprudencia general y particular (Lección XI); y, 3) Análisis de otras nociones (Lecciones XII-XXVII). En esta tercera sección es donde se encuentra la mayor parte de las tesis sobre la sanción; destaca, por ejemplo, la Lección XXII, dedicada exclusivamente a ese tema; las Lecciones XXIII-XXVI tratan diferentes aspectos relacionados con la delimitación del concepto de sanción, tales como los daños, las compulsiones físicas, entre otros; y, finalmente, es de mencionarse la Lección XXVII, que desarrolla los diferentes tipos de sanción. La segunda parte de la obra, correspondiente a las fuentes del Derecho, abarca las Lecciones XXVIII-XXXIX. Aquí aparecen temas tales como la distinción entre el Derecho natural y el Derecho positivo, la equidad o la legislación dirigida a los jueces. La tercera parte, relativa a los fines del Derecho, comprende las Lecciones XL-LVII. Este último apartado se divide, a su vez, en dos partes:

² Para este trabajo utilizaré las siguientes ediciones: AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, compendio de la edición de Robert Campbell, Edición original de John Murray, Londres, 1913, Scholarly Press, Inc., Michigan, 1977, en adelante: "*Lectures on Jurisprudence*"; y AUSTIN, John (1861-1863) *Lectures on Jurisprudence*, 2 vols., 5ª. edición revisada y editada por Robert Campbell, John Murray, London, 1885 (re-editada en Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus, 1972, en adelante "*Lectures on Jurisprudence* (1861-1863)").

³ Es muy importante señalar que las lecciones II y IV constituyen la "ciencia de la legislación" o parte prescriptiva del Derecho de Austin.

el Derecho de las cosas y el Derecho de las personas. Cabe destacar que en el “Derecho de las cosas” se analizan algunos temas relacionados con la sanción como el estudio de los deberes absolutos y relativos y diversos aspectos de las obligaciones. En el “Derecho de las personas” se estudia todo lo relativo a la división del Derecho en público y privado. Así pues, podemos decir que el tema de la sanción queda ubicado en la obra de Austin en la parte I, correspondiente a las “definiciones”. Aquí se puede encontrar el concepto de sanción como elemento necesario del concepto de mandato, concepto éste que guarda relación de interdefinibilidad con el concepto de deber jurídico, lo cual será determinante para la constitución de la teoría del Derecho.

La concepción del Derecho de Austin⁴ se basa fundamentalmente en la distinción entre “jurisprudencia general” o “analítica” y “ciencia de la legislación”. La primera de ellas trata de describir el Derecho positivo, señalar simplemente lo que el Derecho es; para ello, estudia por separado cada uno de sus elementos dejando a un lado las posibles valoraciones morales. El resultado de ese estudio son una serie de principios, nociones y distinciones que el autor considera comunes a todo el Derecho. También hay que decir que, previamente, Austin elabora un análisis lingüístico que le permite precisar el significado de dichos términos. La segunda parte de la teoría del Derecho de nuestro autor se dedica a la llamada “*ciencia de la legislación*” o el estudio del Derecho que “debe ser”, la cual, como se sabe, es considerada por el autor como parte de la ética.

La jurisprudencia analítica de Austin viene a decir que el Derecho está formado por mandatos, es decir, expresiones de deseo del soberano de que se realice una determinada acción acompañadas de la amenaza de una sanción. Unidos, el deseo y la amenaza de la sanción, dan como resultado la obligatoriedad de las normas; las sanciones son, en consecuencia, una parte esencial del mandato. La idea de soberano es el referente fáctico de la teoría del Derecho que implica un hábito de obediencia de los destinatarios de los mandatos al emisor de los mismos, quien, a su vez, tiene el hábito de no obedecer a nadie.

⁴ Estas notas generales las he recogido de AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., pp. xv, 18, 21, 22, 24, 31-37, 118, 172; *Lectures on Jurisprudence*, op. cit., pp. 159, 191, 194, 198, 217-49; FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. III, Ediciones Pirámide, Madrid, 1970, pp. 35-40; FINCH, John, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Labor, Barcelona, 1977, pp. 98-120; TURÉGANO, Isabel, *Derecho y Moral en John Austin*, Universidad de Castilla-La Mancha, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 229-411.

Además de ser parte de la estructura de los mandatos, la sanción juega el papel de generar, a través de la amenaza de daño que suscita en los ciudadanos, la obediencia del Derecho. Por ello, algunos autores coinciden en que Austin empleó dos tipos de análisis para estudiar la sanción⁵; por un lado, la sanción como elemento constitutivo en la estructura del mandato, es decir, como un elemento analíticamente necesario para el concepto de Derecho; y por otro lado, la sanción como un motivo para la obediencia, es decir, el aspecto funcional de la sanción.⁶

3. Sobre el concepto de sanción: la importancia del enfoque funcional

En la obra de Austin se advierte un doble enfoque en cuanto al análisis del concepto de sanción: uno *estructural*, en el que dicho concepto queda ubicado en el nivel de las normas de mandato y se define como uno de los elementos necesarios de toda norma; y otro *funcional* en el que se considera el aspecto externo, material o motivacional de la sanción: la compulsión a la obediencia y la formación de un hábito de comportamiento conforme. En este trabajo sólo voy a referirme a este último.⁷

Para Austin, el Derecho tiene la finalidad de garantizar eficazmente la certeza y la seguridad de las relaciones sociales toda vez que las normas divinas y las morales no son

⁵ Estos autores son: AGNELLI, Arduino, *John Austin, alle origini del positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1959, pp. 175-185; FINCH, John, *op. cit.*, pp. 107-108; STONE, Julios, *Legal System and Lawyer's Reasonings*, Maitland Publications Pty. Ltd., Sydney, 1964, p. 271-287; TAPPER, Colin, "Austin on Sanctions" en *The Cambridge Law Journal*, 1965, p. 281. En el mismo sentido se manifiesta TURÉGANO, Isabel, *op. cit.*, p. 270.

⁶ Para abundar en la biografía de Austin pueden verse las siguientes obras: AUSTIN, Sarah, *Letter to John Murray 17 October 1860*, manuscrito de la colección de John Murray, en el prefacio de *Lectures on Jurisprudence*; BELLOT, H. Hale, *University College, London: 1826-1926*, University London Press, 1929; HAMBURGER, Lotte and Joseph, *Troubled Lives: John and Sarah Austin*, University of Toronto Press, 1985; ROSS, Janet, *The Fourth Generation: Reminiscences*, Constable, 1912. *Three Generations of English Women: Memoirs and Correspondence of Susannah Taylor, Sarah Austin and Lady Duff Gordon*, Rev. edn. T. Fisher Unwin, 1893; WATERFIELD, Gordon, *Lucie Duff Gordon in England, South Africa, and Egypt*, E. P. Dutton, 1937. Una reciente biografía en castellano y un profundo análisis de la obra de Austin puede verse en: TURÉGANO, Isabel, *op. cit.*, 2001.

⁷ Sobre el enfoque estructural vale decir que las sanciones, junto con el deseo del soberano de que los destinatarios de la norma realicen una determinada conducta, forman parte de una norma de mandato. El concepto de mandato (de norma jurídica completa) es correlativo al de deber: sólo se tiene un deber si existe un mandato, y viceversa. Las sanciones jurídicas son definidas por Austin como el daño anexado al deseo del soberano de que el destinatario realice una determinada conducta (contenido del deber), daño que será probablemente aplicado en caso de que dicha conducta (el deber) sea incumplida. Puede decirse que los términos mandato y deber son correlativos antes de que se ejecute la conducta con la que se quebrante el deber, pero cuando se ha infringido el deber, entonces los términos correlativos pasan a ser mandato y sujeto sancionable. Para Austin, es importante distinguir entre la sanción y la mera compulsión física. La sanción, como hemos dicho, es un daño probable que viene anexado al deseo del soberano; ello implica que el destinatario de las normas tiene la opción, cumpliendo o incumpliendo el deber, de dar lugar o no al daño de la sanción. La compulsión física, en cambio, supone la realización de un daño o la existencia de un estado de imposición que no permite la elección al que la sufre. Los mandatos (en el sentido de normas) son correlativos de los deberes jurídicos; y los mandatos se componen del deseo del soberano y de la sanción. Si lo que hubiera fuera una simple compulsión física, no hablaríamos de mandatos, porque faltaría el deseo del soberano; y, por tanto, tampoco podría haber deberes correlativos a ese mandato. Véase LARA, Roberto, *op. cit.*, pp. 76-91.

suficientes para tal cometido; las sanciones son la clave de dicha garantía. Ante el propósito de guiar la conducta de los ciudadanos hacia “lo correcto” o lo que “debe hacerse” surge el problema de la obediencia. La sanción, como parte fundamental del Derecho, tiene como función forzar directa o indirectamente a la obediencia. Este será el objeto del presente epígrafe. Aquí veremos lo relacionado con los deseos, la voluntad, el temor, las amenazas, las recompensas y los efectos de la sanción; todo ello relacionado con la motivación para la obediencia del Derecho.

El autor distingue entre deberes primarios y secundarios: los primarios recogen los deseos del soberano, mientras que los secundarios o “sancionadores” refuerzan y previenen el cumplimiento de los primarios.⁸ La obediencia del derecho está íntimamente vinculada con los deberes secundarios, ya que, a juicio del autor, la sociedad no presta una obediencia perfecta a los deberes primarios. Si la obediencia fuera absolutamente perfecta, dice, las sanciones permanecerían en estado latente.⁹ Las sanciones son, pues, un motivo para el cumplimiento de las normas mientras llega la “obediencia perfecta”; tienen la función de garantizar la obediencia y, por ende, la convivencia social. La motivación para la obediencia del mandato viene a ser la *conciencia* de que se puede sufrir un daño por realizar (o no realizar) una determinada conducta. Aquí no se trata de un análisis puramente conceptual sino que se introducen elementos psicológicos. Austin trata de demostrar que la **conducta obligatoria** se deriva de la **amenaza de la sanción**, es decir, de su efecto psicológico.

El autor distingue dos tipos de efectos que tiene la sanción sobre los sujetos: un **efecto próximo y directo** de tipo motivacional o psicológico que es compelernos a lo correcto o restringirnos del ilícito, y un **efecto remoto o indirecto** de tipo pedagógico que es inspirar un desinteresado amor a la justicia.¹⁰ En lo que sigue, detallaremos estos aspectos.

4. El objeto directo de las sanciones: la compulsión a la obediencia

⁸ *Ibidem*, p. 93.

⁹ AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence* (1861-1863), vol. II, *op. cit.*, p. 763.

¹⁰ AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 220.

El efecto directo de las sanciones es la compulsión a la obediencia y tiene lugar cuando una persona no muestra el sentimiento provechoso o utilitario de la obediencia. Según Austin, este sentimiento puede estar ausente o ser anormal en la persona que se dispone a actuar.¹¹ Cabe destacar, que Austin distingue el deseo propio del mandato de otras expresiones de deseo por el “poder y el propósito de infligir un daño” por parte del emisor de la norma a quien desatienda los deberes.¹² En ese sentido, es necesario apreciar que el autor pone énfasis en el contenido del mandato —ve claramente la idea de amenaza directa como función de la sanción— más que en su forma de expresión por parte de quien lo emite.¹³ La intención de dañar a quien desatienda el mandato es clara y evidente, así como resulta importante hacérselo saber a quien va dirigida la norma. La posibilidad real de “dañar” sólo la puede tener el soberano y debe expresarla en cada mandato para hacerla efectiva en caso de incumplimiento.

La amenaza directa de daño puede estudiarse desde la perspectiva del soberano (digamos legislador o hacedor de las leyes) y desde la perspectiva del sujeto obligado. En cuanto al soberano basta decir que debe existir en su mente un convencimiento pleno y la posibilidad real de infligir un daño (“poder y propósito de infligir un daño”¹⁴). Los deseos del soberano, pues, deben expresarse en términos de voluntad en los mandatos. En cuanto al sujeto obligado, Austin afirma categóricamente que las sanciones siempre operan sobre los deseos y no sobre la voluntad.¹⁵ A propósito de este problema, analizaré, por un lado, la distinción entre deseo y voluntad que el autor realiza y cuál es el sentido de uno y otro concepto en relación con el deber y la sanción; por otro lado, llevaré a cabo una reinterpretación de tales conceptos tomando como base las tesis de Juan Carlos Bayón a propósito de la relación existente entre deseos, intereses y deberes.

Para Austin, el hecho de que ciertas partes del cuerpo humano obedezcan a la *voluntad (will)*, significa que ciertos movimientos de nuestro cuerpo siguen invariable e

¹¹ *Idem.*

¹² Cfr. AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence* (1861-1863), *op. cit.*, p. 96.

¹³ Cfr. AUSTIN, John, *The Providence of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴ AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 220.

¹⁵ *Ibidem*, p. 218.

inmediatamente nuestros *deseos* (*wishes* o *desires*). Así, existe un *deseo antecedente* llamado “volición” y un *movimiento consecuente* llamado “acto”.¹⁶ La voluntad se manifiesta exclusivamente en los actos, es decir, en el consecuente mencionado, mientras que los deseos se ubican en la parte antecedente. Para Austin, el cumplimiento de las normas no está supeditado a la voluntad porque no es un problema de “querer” sino de “preferir” una conducta determinada. Es decir, el cumplimiento de las obligaciones nos lleva a un balance de deseos en los que normalmente tiene más peso el de escapar del daño. Muchas veces la conducta debida no coincide con lo que nosotros queremos, esto es, con nuestra voluntad, sino con nuestro deseo de evitar los posibles males que son consecuencia de nuestros actos. Así las cosas, Austin considera que la amenaza del daño que viene con la sanción no se dirige hacia nuestra voluntad, sino hacia nuestros deseos.¹⁷ Nuestros actos de voluntad dependerán del balance de deseos (que se traduce en preferencias de evitar los males) o, dicho de otro modo, primero deseamos las cosas y luego actuamos en consecuencia. Propongo el siguiente esquema:

“deseos”	“volición”	“acto”
<i>deseo</i> antecedente	balance de deseos (preferir)	movimiento consecuente (querer)

Austin habla de “cada” sanción,¹⁸ lo cual supone la idea de que el individuo se enfrenta al objeto directo de la sanción cuando se actualiza cada supuesto de cumplimiento de sus deberes, esto es, cada vez que se enfrenta a casos concretos. El hábito de obediencia (objeto indirecto) sí tiene un carácter general.

Por otro lado, Austin señala que si se analiza la forma en la que operan las sanciones en los deberes positivos y en los deberes negativos, se puede llegar a concluir que, en el caso de los primeros, podrá ser dicho con cierta propiedad que las sanciones efectivamente operan sobre la voluntad porque, para evitar el daño de la sanción, el sujeto se ve obligado a

¹⁶ *Ibidem*, p. 200.

¹⁷ Según las palabras de Austin: “Cada sanción opera sobre los deseos del obligado porque él es necesariamente contrario al mal con el que es amenazado por el Derecho del mismo modo que es necesariamente contrario hacia cualquier otro mal” (AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 218).

¹⁸ *Idem*.

hacer y, por lo tanto, a “querer” el acto que es objeto del mandato; en ese sentido podría hablarse de voluntad.¹⁹ Dicho en otras palabras, cuando se habla de deberes positivos, la influencia de las sanciones llega hasta el terreno de los “movimientos consecuentes”, es decir, hasta los “actos”. En los deberes negativos, en cambio, no podría decirse con la misma propiedad —según Austin— que las sanciones operan sobre la voluntad, porque el temor al daño de la sanción no llega a manifestarse en ninguna acción, sino que se queda en el nivel de los “deseos antecedentes” en forma de lo que Austin llama “estados de inacción”.²⁰ Para aclarar lo anterior, podemos decir que el sujeto se ve ante dos posibilidades: omitir (obedecer) o no omitir (desobedecer); la sanción, en su objeto directo, sólo opera cuando logra compeler al individuo a la obediencia; entonces, cuando el sujeto decidió omitir por el miedo al daño de la sanción, significa que su **verdadero deseo** (no omitir, esto es, hacer) fue sustituido por otro deseo de no hacer, es decir, por el “estado de inacción”; por lo tanto, el sujeto **no tiene la voluntad de la omisión**.²¹ Los estados de inacción no se pueden “querer” porque no están en la voluntad; es decir, Austin no aceptaría un enunciado como el siguiente “tengo la voluntad de no matar a Pedro”, a lo sumo, podría aceptar este otro: “tengo el deseo de no hacer nada ante la norma que me prohíbe matar a Pedro porque temo las consecuencias que dicha norma trae consigo”.

Austin advierte que, en el caso de los deberes positivos, cada volición es seguida por un acto, si nuestras facultades físicas son sanas.²² En este sentido, Austin remarca el hecho de que no podemos ser obligados a desear o no desear porque, para él, el deseo es opuesto a la voluntad: es posible **desear** lo que es conforme a Derecho (sean actos u omisiones), pero, si lo que se desea es evadir la sanción, entonces con ese deseo “no estaríamos en contra de lo que el Derecho prohíbe ni tampoco estaríamos inclinados a lo que el Derecho impone”.²³ En consecuencia, es posible seguir deseando la conducta contraria a la norma (hacer lo que el Derecho prohíbe o evadir lo que el Derecho exige) a pesar de la aversión que nos produce

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.* Según las propias palabras del autor, aunque el sujeto obligado “...tiene la intención de la omisión, no puede decirse que tiene la voluntad de omitir, porque, o bien tiene la voluntad de realizar un acto que es inconsistente con el acto omitido, o bien, permanece en un estado de inacción que igualmente la excluye. En el primer caso, él no tiene la voluntad de la omisión. En el segundo caso, él no tiene ninguna voluntad”.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

el mal de la sanción. En estos casos, el deseo de evadir la sanción puede controlar los deseos opuestos, pero no puede suplantarlos o destruirlos, a no ser que lo haga de una manera indirecta. Así, pues, “...no estamos obligados a desear evitar la sanción. No estamos obligados a tener ningún deseo, sino que estamos obligados o sometidos porque estamos amenazados y porque inevitablemente deseamos evitar el mal”.²⁴ Cuando actuamos conforme a la norma, a pesar de que nuestro deseo era opuesto a su contenido, lo que ha sucedido en nuestra mente es un conflicto de deseos, en el cual, el deseo de evitar el daño de la sanción ha vencido.

Austin sugiere que, en los casos de conflicto de deseos conforme a la norma y deseos contrarios a ella, podría pensarse que lo que hay es un conflicto entre deseos y voluntad. Eso se piensa porque cuando hacemos algo de lo cual estamos en contra (por ejemplo, pagar impuestos²⁵) uno podría imaginar que nuestro deseo (no pagar) está en contra de nuestra voluntad (pagar) una vez que hemos realizado la conducta. Lo que en realidad ha ocurrido, dice Austin, es un conflicto entre dos deseos, uno fuerte: no pagar y uno débil: pagar (con lo cual evitamos la sanción). Dichos deseos los asociamos mentalmente con sus probables consecuencias (sanción y no sanción, respectivamente) y acabamos prefiriendo el deseo más débil. Por ello, cuando deseamos eso que el Derecho prohíbe o cuando estamos en contra de eso que el Derecho manda, optamos —casi siempre— por observar nuestro deber. A esta altura de su argumentación, Austin aprovecha para lanzar una crítica contra Locke. Dice Austin que realmente le asombra que dicho autor hubiera dejado pasar la solución anterior: “es verdaderamente asombroso que esta solución tan obvia haya escapado a la agudeza del señor Locke. No es de poca importancia que la dificultad deba ser claramente concebida y la solución distintamente aprehendida. Creo que la misteriosa jerga acerca de la naturaleza de la voluntad tiene origen completamente en este puro enigma verbal”.²⁶

No podemos ser obligados, pues, a desear evadir la sanción. El deseo de evadir la sanción puede dominar a otros deseos, pero no puede extinguir el deseo que nos incita a

²⁴ *Ibidem*, p. 219.

²⁵ En este párrafo intercalaré este ejemplo de los impuestos que no es de Austin, con su exposición extraída de *Lectures on Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 219.

violiar el deber o, al menos, no puede destruirlo directamente: “El deseo de evadir la sanción no puede eliminar directamente el conflictivo y siniestro deseo de incumplir los mandatos legales, pero sí puede hacerlo gradualmente en forma de asociación”.²⁷ El llamado “proceso de asociación gradual de los deseos” produce el efecto directo de la sanción: compeler a la obediencia. Veamos las propias palabras del autor:

He dicho que no que no se nos puede obligar a *no* desear; que el deseo de evitar la sanción puede *dominar o controlar*, pero no puede extinguir un deseo que nos mueve a un incumplimiento del deber.

Pero esto, aunque es básicamente cierto, debe tomarse con una importante matización. El deseo de evitar la sanción, aunque no puede destruir *directamente* el deseo siniestro en conflicto, puede hacerlo *gradualmente o por vía de asociación*. La representación [*thought*] del acto u omisión que equivaldría a un incumplimiento del deber habitualmente viene acompañado con la representación del mal que el Derecho asigna al ilícito. Si nuestro deseo de evitar el mal que el Derecho asigna al ilícito es más fuerte que nuestro deseo de las consecuencias que podrían seguir al acto u omisión, entonces consideramos a este último deseo como una causa de un probable mal, y gradualmente transferimos a la causa nuestra aversión hacia el efecto. Nuestro deseo más fuerte de evitar la sanción extingue gradualmente al deseo más débil.²⁸

Esta idea de asociación gradual viene a decir, según Austin, que los objetos originalmente agradables pasan a ser desagradables en atención a sus desagradables consecuencias. La tesis de la asociación puede resumirse en los siguientes términos: los deseos de violar la norma pueden ser eliminados de nuestra mente en forma gradual porque realizamos un proceso de asociación entre esos deseos “siniestros” y el daño que se nos viene encima con la violación del deber (la sanción). Poco a poco acabaremos aceptando que las consecuencias de la violación del mandato serán desventajosas para nosotros porque nos producirán sufrimiento. Estaremos ante la opción de elegir la violación del mandato o el cumplimiento del deber. En ambos casos tendremos ventajas y desventajas: si elegimos violar el mandato estaremos en condiciones de realizar los deseos “siniestros” y así satisfacer nuestros deseos, con la desventaja de que sufriremos un daño con la sanción; si por el contrario elegimos cumplir la norma de mandato tendremos que olvidarnos de aquel deseo que suponía la violación del deber, pero evitaremos el daño de la sanción.²⁹ Según

²⁶ *Ibidem*, p. 219.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Trataré de ilustrar esta tesis con un ejemplo. Pensemos en el deseo de regresar a casa después de una reunión en la que hemos disfrutado de los placeres que nos brindan las bebidas alcohólicas. Estamos ante el *deseo I* de ir a casa conduciendo nuestro automóvil. Entonces empezamos a deliberar entre dos posibilidades: ir a casa conduciendo el automóvil (*deseo I*) o pedir a un compañero sobrio

Austin, al asociar este conjunto de ventajas y desventajas, casi siempre acabaremos optando por cumplir con el mandato porque, según él, lo normal es evitar el daño; a nadie le gusta padecer las consecuencias negativas de una sanción, o, al menos, a nadie que no tenga “su mente orientada a la injusticia” y que tienda al amor a la justicia. Sólo eventualmente habrá casos en los que se prefiera el daño, pero para Austin esos son casos excepcionales.³⁰

En un intento de interpretación del problema de los deseos, la voluntad, los deberes y la sanción, podemos señalar que Austin pasó por alto las siguientes cuestiones: la primera es que el autor utiliza la palabra “deseo” sin tomar en cuenta que es un término ambiguo y eso lo lleva a utilizarla indistintamente en un sentido amplio, en el que caben todas las preferencias y razones para actuar; y en un sentido restringido, en el que cabría entender a los deseos como “intereses”. La segunda cuestión es que Austin no parece aceptar que las omisiones también son una forma de acción y, por tanto, confunde lo que es la omisión con el “no hacer” llamado por él “estado de inacción”. Veamos uno y otro problema más detenidamente:

D) Juan Carlos Bayón distingue entre un sentido amplio y varios sentidos restringidos de lo que se puede llamar “deseo”.³¹ La amplitud máxima del término abarca “todas las preferencias o razones para actuar que el agente reconoce como si formasen un continuo de elementos esencialmente homogéneos, distinguibles sólo por su contenido e intensidad”.³² Todas esas preferencias forman diferentes clases de ingredientes de la deliberación práctica del agente que pueden ser ordenados en forma jerárquica. Esas “*metapreferencias*”

que conduzca en nuestro lugar para evitar la probable sanción (*deseo 2*). Supongamos que no estamos tan ebrios como para no poder conducir, pero sabemos que la policía realiza controles de alcoholemia y que estamos en seria posibilidad de ser detenidos y sancionados. En ese caso, según la tesis de la asociación, lo que hacemos es eliminar gradualmente el deseo de conducir porque asociamos mentalmente ese deseo con el daño que implica la probable sanción. Finalmente, acabamos por extinguir el *deseo 1* alejándonos del camino de la sanción optando por no conducir el automóvil. Hasta aquí todavía no hemos realizado ningún acto que produzca un cambio en el mundo; todo ha sido un proceso mental de asociación.

³⁰ Ha de tenerse en cuenta también, me parece, la cantidad de daño, pues para que se dé la asociación de deseos de la que habla Austin es necesario que el daño suponga una motivación suficiente que deje fuera el “deseo siniestro”. Si, por ejemplo, mi deseo es realizar un negocio que me generará dividendos por cien mil dólares y la multa correspondiente por esa acción mía es de diez mil dólares, entonces no habrá sido suficiente la motivación de la sanción, puesto que seguiré ganando 90 mil aún con la sanción. Lo que quiero decir con esto es que los casos de excepción de los que habla Austin suponen que el balance de razones para actuar depende en gran medida de la cantidad de daño.

³¹ Bayón hace un primer análisis de la palabra “deseo” en los siguientes términos: por un lado, habla de **deseos** como referidos a estados de cosas que no podemos intentar producir (como desear que llueva mañana) en donde no hay nada que podamos hacer para que se realice el objeto de nuestro deseo; y, por otro lado, **deseos** como razones para actuar. En una segunda distinción señala los **deseos como ingredientes de la deliberación previa a la acción** y los deseos que cubren el hiato entre la deliberación y la acción —Bayón los llama “**intenciones**”—. BAYON, Juan Carlos, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 59.

³² *Ibidem*, p. 69.

(preferencias acerca de preferencias) pueden ser ordenadas jerárquicamente de la siguiente manera.³³ a) actitudes prácticas de primer nivel hacia ciertos estados de cosas; b) actitudes prácticas de segundo nivel hacia sus actitudes prácticas de primer nivel; y c) actitudes prácticas de tercer nivel hacia las del segundo... etc. (Bayón señala que se pueden seguir construyendo teóricamente niveles de actitudes sucesivamente superiores, pero que tampoco es necesaria una excesiva proliferación, por lo que conviene quedarse con tres). Así pues, llama *deseos* a las actitudes prácticas de primer nivel; *intereses* a las de segundo nivel y *valores* a las de tercer nivel.³⁴

Si seguimos la anterior clasificación, podemos afirmar que cuando Austin habla de “deseos” se está refiriendo al sentido más amplio que señala Bayón; pero cuando habla del conflicto entre un deseo conforme a la norma y un deseo contrario a la norma, se refiere a un conflicto entre actitudes prácticas de diferente nivel; en otras palabras, se refiere a un conflicto entre lo que Bayón llama deseos e intereses. El llamado proceso de “asociación de los deseos” de Austin en el que triunfan los deseos conforme a la norma (deseos débiles) sobre los deseos de no ser sancionado (deseos fuertes), puede traducirse por el triunfo de los **intereses** (actitudes prácticas de segundo nivel) sobre los **deseos** (actitudes prácticas de primer nivel). En todo momento estamos hablando de razones para actuar. Austin no hace estas distinciones y por eso llama indistintamente “deseos” a ambas situaciones.

Cuando el sujeto obligado se encuentra en la etapa, llamada por Bayón, “de la deliberación previa a la acción” sus deseos o sus intereses siguen la fase de lo que llama Austin “deseos antecedentes”, pero cuando esos deseos o intereses cubren el hiato entre la deliberación y la acción se puede decir, usando la terminología de Bayón, que el sujeto tiene ya “intenciones”. Durante este paso, el sujeto obligado realizará un balance de razones en el que los ingredientes de su deliberación previa para actuar serán los deseos (primer nivel) y los intereses (segundo nivel) o, dicho en palabras de Austin, entre sus deseos fuertes y sus deseos débiles. Sólo *ex post* de la acción sabremos cuál fue su intención. Según mi

³³ *Ibidem*, p. 70.

³⁴ Un ejemplo de esta clasificación podría ser el siguiente: Estoy haciendo planes para la próxima semana; tengo el *deseo* de ir al cine todas las noches porque hay una semana de cine francés, que es mi favorito. Pero, dado que tengo el *interés* de tomar las clases gratuitas de inglés que me ofrece mi centro de trabajo el martes y el miércoles por la noche, me perderé las funciones de cine esos dos días. Sin

interpretación, esta intención es lo que Austin llama voluntad o “movimiento consecuente”, por eso hace la separación entre deseos y voluntad, considerando que las sanciones, en su aspecto funcional, operan sobre los deseos. Cuando distingue entre deberes positivos y negativos, admite que en los primeros las sanciones inciden sobre la voluntad, toda vez que el acto es, para él, necesariamente voluntario.

II) Austin no acepta que las omisiones puedan ser voluntarias porque pertenecen al “deseo antecedente” en el que no hay movimientos corporales. Confundir “omisión” con “no hacer” (estados de inacción) le lleva a pensar que las sanciones no operan sobre la voluntad porque, según sus palabras, “el sujeto no tiene la voluntad de la omisión”. Respecto de la distinción entre omitir y no hacer traigo a colación la siguiente cita de von Wright:

En muchas ocasiones hay innumerables cosas que yo podría hacer pero que no hago simplemente porque no se me ocurre hacerlas [...] Normalmente no diremos que omití hacerlas. Pero si yo tenía una razón para hacerlas o había expectativas de que hiciera alguna de esas cosas, por ejemplo porque era mi deber o la había prometido, entonces podemos decir que omití lo que no hice.³⁵

Podemos ver que Austin considera que las sanciones no operan sobre la voluntad en los deberes negativos pensando que en esos casos no hay expectativas de acción. Pero, como queda de manifiesto, los deberes negativos sí entran en tal categoría y, por lo tanto, quedan bajo el control de la voluntad.

En suma, Austin no distingue entre deseos en sentido amplio y actitudes prácticas de primer nivel (deseos en sentido estricto); tampoco entre éstos últimos y las actitudes prácticas de segundo nivel (intereses). Las sanciones son, desde luego, razones para la acción, pero el hecho de separar, como hace Austin, entre deseos antecedentes y movimientos consecuentes y de señalar que las sanciones operan sólo sobre los deseos y no sobre la voluntad, hace un tanto oscuro todo este problema. Pero si interpretamos cuidadosamente las ideas de Austin, podemos ver que se trata simplemente de un uso distinto del significado de algunas palabras. Lo cierto es que para Austin las sanciones

embargo, estoy dispuesto a sacrificar lo que haga falta, si mi esposa, que está a punto de dar a luz, entra en trabajo de parto en cualquier momento, pues, es mi *deber* estar a su lado en semejantes circunstancias.

³⁵ VON WRIGHT, “On the Logic of Norms and Actions”, en *Practical Reason*, Philosophical Papers, vol. I, Basil Blackwell, Oxford, 1983, p. 109.

cumplen su función u objeto directo de motivar a la obediencia provocando un balance de razones en el individuo; lo llevan a ser consciente de las consecuencias negativas de infringir las normas del Derecho y en ese sentido norman su conducta.

5. El objeto indirecto de las sanciones: la formación del hábito de obediencia

El efecto indirecto de la sanción tiene un carácter pedagógico en el sentido de que va formando un hábito de obediencia a lo largo de la vida de los sujetos. La sanción tiene la función de extinguir gradualmente los llamados por Austin “deseos siniestros” Este análisis trae consigo algunos problemas que resultan relevantes: a) el primero de ellos es el relacionado nuevamente con la voluntad, que, según Austin, ha sido mal entendida también en relación con los hábitos de obediencia; b) otro punto interesante es el de la disminución de la severidad de los castigos cuando el hábito de obediencia se va normalizando, porque eso indica que la sanción va cumpliendo su efecto pedagógico; c) el tercero tiene que ver con las tesis utilitaristas aplicadas al cumplimiento continuado de las obligaciones jurídicas pues, según Austin, no es el mero temor a la sanción lo que nos hace cumplir los deberes sino que son las razones utilitaristas las que operan.

a) Según el autor, el efecto sobre el estado de deseos es frecuentemente atribuido a la voluntad. Esto se debe —dice Austin— a las concepciones equivocadas con respecto a la naturaleza de la voluntad. Para sustentar esta idea, Austin hace una crítica a Hobbes en el sentido siguiente:

...Hobbes en su *“Ensayo sobre la Libertad y la Necesidad”* dijo que “el miedo habitual del castigo hace al hombre justo, que esto formula y moldea su voluntad para la justicia” [...].³⁶

La verdad —dice Austin— es que estamos ante dos situaciones: o bien debemos aceptar la idea de que la sanción tiende a apagar los deseos que nos impulsan a una infracción del deber, o bien, debemos aceptar que somos contrarios a la idea de lo justo. El argumento de que los hombres son justos por el miedo a la sanción no puede ser tan simple como lo señalaba Hobbes. Lo que sucede realmente es que el individuo psicológicamente

relaciona los males provenientes del Derecho con su comportamiento y obtiene como resultado una conducta acorde con la justicia. El proceso de asociación —dice— engendra paulatinamente un miedo habitual a la sanción y cuando el temor a los males que derivan del Derecho haya extinguido los deseos que llevan al incumplimiento de los deberes, entonces el hombre es justo. En este caso puede decirse que el hombre no está obligado o compelido por temor a la sanción, sino que cumple su deber de forma espontánea.³⁷ El obligado se inclina a lo correcto y odia lo incorrecto debido a que el miedo a la sanción ha formado gradualmente un hábito de obediencia en él. Este sujeto ama a la justicia con un amor desinteresado y odia a la injusticia con un odio desinteresado.³⁸ El hombre es justo en la medida en que cumple con sus deberes a través de esas desinteresadas afecciones. Para apoyar lo anterior, Austin cita la conocida definición romana de justicia: “*Justitia est perpetua voluntas sum cuique tribuendi*”.³⁹ En suma, el temor que produce la amenaza de los daños provenientes del Derecho ciertamente motiva la conducta del destinatario de las normas, pero es precisamente su inclinación a lo que es correcto lo que le hace apartarse del camino de la sanción. El cambio de sus iniciales deseos de incumplimiento de los deberes por los deseos derivados del temor a la sanción hacen que el sujeto cumpla con sus obligaciones jurídicas. Así, cuando en la *psique* de un ser humano operan este tipo de cambios de deseo, puede decirse, según Austin, que estamos ante un “hombre justo”.

b) Austin señala que, cuando los deseos del hombre son habitualmente acordes con sus deberes, podemos decir que el hombre tiene una disposición a la justicia y esta disposición, por ejemplo, es una base para disminuir la intensidad del castigo o de la censura. A cada delito jurídico debe asociársele un castigo jurídico, y a cada ofensa contra la moral debe asociársele una reprobación,⁴⁰ pero, para determinar la severidad de tales asociaciones, el autor sostiene que, en el caso del Derecho, ha de observarse el grado de coincidencia entre los deseos de los ciudadanos y lo ordenado por éste: si tal coincidencia es grande, entonces no habrá necesidad de imponer castigos muy severos; es decir, si el

³⁶ AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence, op. cit.*, p. 220.

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 220-221.

sujeto obligado tiene una buena y general disposición hacia lo correcto y justo, ello sentará las bases para disminuir las sanciones. Para el autor, esa disposición general hacia la justicia es un uso habitual en el mundo; las aberraciones ocasionales de un hombre que es habitualmente justo deben ser tratadas con menor severidad que las ofensas de deshonestidad y de crueldad⁴¹. Como ya se señaló, en el caso de que los deseos del hombre sean habitualmente adversos con respecto a su deber, podemos propiamente decir que el estado de su mente tiene una disposición a la injusticia. Austin señala que, debido a las concepciones equivocadas que han prevalecido acerca de la naturaleza de la voluntad, frecuentemente identificamos la predominancia de deseos perniciosos con una depravada o malvada voluntad. Algunas veces, efectivamente tenemos (debido a una depravada o malvada voluntad) una deliberada intención de hacer un acto criminal, pero, aunque ello es perfectamente manifiesto, esa maldad no puede ser predicada de la voluntad.

c) Austin no acepta que el cumplimiento del deber se deba al temor de la sanción exclusivamente, porque eso significaría que el hombre es injusto: “El hombre que cumple su deber por temor a la sanción es un hombre injusto aunque su conducta sea justa. Si él fuera libre del miedo que lo compelia o restringía, su conducta sería acorde con los siniestros deseos y aversiones, los cuales lo inducían o impulsaban a violar su deber”.⁴² El temor a la sanción ciertamente juega un papel en el cumplimiento de los deberes, pero no es la esencia de dicho cumplimiento. Lo que ha ocurrido, dice el autor, es que se ha confundido el temor a la sanción con un “desinterés de odia a la injusticia”.⁴³ La utilidad de la justicia es percibida por todos o por la mayoría de los hombres. Gracias a esa utilidad general se ama a la justicia y se odia a la injusticia. El temor habitual a las sanciones genera sólo en parte ese sentimiento de odio o amor, respectivamente, pero no es el factor determinante de dicho sentimiento. Austin lo expresó así:

El amor a la justicia o el odio a la injusticia son particularmente generados (sin duda) por una percepción de la utilidad de la justicia, y por ese amor de utilidad general que es sentido por todos o la mayoría de los hombres con mayor o menor fuerza. Pero ello es también generado, en parte, por el miedo habitual a las sanciones.⁴⁴

⁴¹ *Ibidem*, p. 221.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

Las obligaciones, pues, se cumplen por razones de utilidad. El hombre actúa en consonancia con lo mandado por la norma no sólo por el miedo a la sanción, sino también por la preferencia al bienestar o al placer. No es lo mismo actuar por miedo a sufrir que actuar por la preferencia de lo bueno. Para aclarar un poco más lo anterior, he construido el siguiente razonamiento: cumplir una norma de mandato conforme a las tesis de Austin es como elegir entre dos caminos: uno bueno y otro malo. Pensemos que el criterio para valorar esos caminos es sencillamente que uno es más corto que el otro. Si preferimos el bueno no es por miedo al malo, sino porque el bueno resulta más ventajoso. Ahora pensemos que, además, hay una norma que nos impide ir por el camino malo y nos impone una sanción en caso de incumplimiento. El sujeto obligado cumple el mandato en primer lugar porque prefiere las ventajas a las desventajas; una desventaja adicional es la sanción, pero no es la única. El individuo tiende normalmente a preferir las ventajas a las desventajas, no actúa exclusivamente por el miedo a la sanción. Aquél que es sancionado ha preferido *todas* las desventajas del incumplimiento del deber; su proceso de asociación se ha decantado por lo desagradable y este sujeto no se comporta “de acuerdo a los usos habituales del mundo”.⁴⁵ Según Austin, “donde los deseos del hombre son habitualmente adversos con su deber, podemos propiamente decir que el estado de su mente tiene una disposición a la injusticia”.⁴⁶ Si pensásemos que el obligado cumple sus deberes por miedo a la sanción exclusivamente, ese sujeto no estaría adherido a la idea de justicia que coincide —de acuerdo con nuestro autor— con las ventajas del cumplimiento de la norma de mandato.⁴⁷ Esa persona sería injusta porque de su conducta se desprendería que, posiblemente, bastaría con eliminar la sanción para que no cumpliera la norma de mandato,

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Isabel Turégano señala que, según el concepto de justicia de Austin, la norma determina el contenido de la justicia; cuando se dice que el Derecho es injusto, sólo puede significar que está en contradicción con otra norma que se emplea como criterio de valoración (fundamentalmente la ley divina). El Derecho es la medida o criterio de la justicia legal; sólo se puede hablar de la justicia o injusticia del Derecho si se compara con las leyes divinas, conocidas a través del principio de utilidad, y las normas de la moral positiva. En el primer caso, la justicia es prácticamente igual a la utilidad general; la diferencia entre ellas es, en palabras de Austin, que “cuando se conforma inmediatamente a la *ley de Dios* una acción dada es *justa*; mientras que cuando se conforma inmediatamente al *principio* que es el índice de la ley de Dios, esa acción es *generalmente útil*. Y, de ahí, que cuando denominamos una acción justa o injusta a menudo queremos decir que es generalmente útil o pernicioso” (AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence ...* (1861-1863), vol. I, *op. cit.*, pp. 268-269). La noción de norma es la base para definir tanto los derechos como la justicia, de tal modo que, al margen de dicha noción, no podrían existir los derechos ni se podría hablar racionalmente de la justicia. *Cfr.* TURÉGANO, Isabel, *op. cit.*, pp. 470-471.

con lo cual estaría prefiriendo las desventajas acordes con la injusticia frente a las ventajas propias del mandato. La sanción, pues, es un refuerzo de las razones para cumplir el deber, pero no es la razón para cumplirlo.

6. Motivaciones positivas y negativas: el problema de los premios

Una de las cuestiones sobresalientes de la teoría de Austin es la exclusión de las recompensas del ámbito de las sanciones. Dice Austin que extender el término sanción hasta el grado de abarcar las recompensas o los premios, al estilo de Bentham o Locke, sólo nos llevaría a mayores confusiones y perplejidades⁴⁸. Esta es una de las razones que Austin expone para referirse al tema de los premios en relación con las sanciones; pero, además, plantea otras. Hablar de mandatos y deberes sancionados por premios, o hablar de “premios obligatorios” para la obediencia, implica, dice, un camino distinto en la asignación de significados de mandato, sanción y deber⁴⁹. Como es evidente, para Austin no resulta compatible la idea de “premio” con la de “mandato”. Todos los mandatos, como ya dijimos, llevan implícita una amenaza de sanción. Una recompensa o premio podrá motivar a alguien para actuar, pero no podemos decir que lo “obligue” en el sentido austiniano de las obligaciones, pues éstas están asociadas con un posible daño, lo cual nada tiene que ver con los premios o recompensas. Recordemos que estar obligado, para Austin, equivale a estar bajo el riesgo de sufrir el daño de una sanción. En la idea de mandato de Austin no cabe, pues, hablar de premios o recompensas, ya que, según él, actuar bajo el incentivo de un premio no equivale a estar obligado. Veamos el siguiente texto de *The Province of Jurisprudence Determined*:

Si *tú* has expresado un deseo de que *yo* debo prestar un servicio y si tu has propuesto un premio como motivo o incentivo para ello, entonces *tu* apenas habrías mencionado, a manera de mandato, el servicio; no debiendo *yo*, en lenguaje ordinario, estar *obligado* a prestar tal servicio. En lenguaje ordinario, *tú* me habrías *prometido* un premio como condición de mi prestación del servicio; [lo cual prevalecerá] mientras *yo* pueda estar *incitado* o *persuadido* a prestar el servicio con la esperanza de obtener el premio (pp. 23-24).

⁴⁸ Cfr. AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., p. 23. En el mismo sentido, Cfr. FINCH, John, op. cit., p. 107.

⁴⁹ AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., p. 23.

En todo caso, señala Austin, se puede hablar de un imperativo dirigido hacia la persona que ofrece el premio, es decir, que la obligación corresponderá al funcionario que tiene que hacer efectiva la recompensa:

Por otra parte, si una norma ofrece un premio como incentivo para realizar algún acto, [entonces] confiere un eventual *derecho*, pero no impone una *obligación* sobre el objeto de dicho acto: la parte *imperativa* de la norma está destinada o dirigida a quien ha de *conceder* el premio.⁵⁰

Tapper manifiesta que, con respecto a la norma dirigida a quien va a conceder el premio (digamos al funcionario), existen muchas contradicciones en la obra de Austin. Una de ellas es que, por una parte, Austin admite que una norma puede dirigir su parte imperativa a quien le corresponde otorgar el premio, pero, por otra parte, sería improbable que el funcionario fuese castigado en el caso de no otorgar la ventaja.⁵¹ El problema estriba en que Austin no señala nada respecto al “deber de recompensar”.

Austin admite la idea de que se puedan cumplir los deseos de otro, no sólo por el miedo a sufrir un daño, sino también por la esperanza de disfrutar un bien, pero en este segundo supuesto no estamos hablando en realidad de deberes ni obligaciones; en cambio, en el primer caso, sí que existe un auténtico deber: “...yo me inclino a cumplir con el deseo de otro por el miedo de la desventaja o del daño. Yo estoy también determinado o inclinado a cumplir con el deseo de otro por la esperanza de las ventajas o del bien. Pero es sólo por el riesgo de incurrir en el *daño*, que yo estoy *limitado* u *obligado* a la obediencia”.⁵²

Por otro lado, Austin enfatiza la distinción de los *bienes* y de los *males* asociando exclusivamente los *males* a la idea de mandato. Por decirlo de alguna manera, para él los mandatos están hechos de un material que lleva la semilla del daño y no la del premio; éste último no está incluido en el deseo del soberano necesario para constituir el mandato, ni forma parte de la idea de “poder”: “es sólo por un daño condicional que los deberes son *sancionados* o *forzados*. Esto es el poder y el propósito de infligir un eventual *daño* y *no* el poder y el propósito de impartir un eventual *bien* dando el nombre de *mandato* a la

⁵⁰ *Ibidem*, p. 24.

⁵¹ Cfr. TAPPER, Colin, *op. cit.*, pp. 279-280.

⁵² AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, p. 24.

expresión de ese deseo”.⁵³ Austin nos advierte del peligro en que se incurre al manejar el concepto de sanción extendiendo su extensión hasta los premios:

Si nosotros ponemos un *premio* dentro del sentido del término *sanción* debemos entablar una dura lucha contra la corriente del discurso ordinario y seremos, a menudo, arrastrados inconscientemente, no obstante nuestros esfuerzos para lo contrario, por el significado acostumbrado y más estrecho.⁵⁴

Algunos autores señalan que Austin dejó fuera de su teoría del Derecho el tema de las sanciones positivas por razones históricas. Tal es el caso de J. Stone⁵⁵ o Bobbio⁵⁶, quienes señalan que el papel negativo que el Estado tenía en el tiempo de Austin lo condicionaron a excluir las recompensas. En opinión de Cotterrell la exclusión de los premios de la teoría de Austin levanta serias dudas acerca de la dirección que quiere dar a las sanciones.⁵⁷ Si la idea de Austin es realmente mantener una definición realista del gobierno moderno a través del Derecho, hay buenas razones para reconocer una serie de disposiciones que incluyan medidas positivas al tiempo que sanciones negativas. Sin embargo, aunque Austin no reconozca la variedad de formas que puede tomar el poder, el énfasis de las sanciones coercitivas sigue ocupando un primer plano de atención en la relación que guardan el Derecho y el poder.⁵⁸ En mi opinión, la sanción positiva evoca la idea de permisión, la cual es incompatible con las nociones austinianas de mandato, de soberano y de deber.

7. A manera de conclusión: ¿las normas penales en el sistema jurídico mexicano cumplen con el objeto indirecto?

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.* Traducción libre del siguiente texto: “If we put *reward* into the import of the term *sanction*, we must engage in a toilsome struggle with the current of ordinary speech; and shall often slide unconsciously, notwithstanding our efforts to the contrary, into the narrower and customary meaning”.

⁵⁵ *Cfr.* STONE, J., *op. cit.*, p. 78.

⁵⁶ *Cfr.* BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho” en *Contribución a la teoría del Derecho*, edición de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 371-385.

⁵⁷ *Cfr.* COTTERRELL, Roger, *The Politics of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 62. Cotterrell señaló que Bentham y otros autores no vieron la razón de por qué las sanciones jurídicas no pueden incluir los premios al mismo tiempo que las sanciones negativas. Austin consideró — dice Cotterrell— que ofrecer un premio puede inducir a la obediencia, pero nunca será un mandato en el uso ordinario de la palabra, porque un mandato se refiere a una conducta no opcional. La idea de norma como especie de mandato, trae necesariamente consigo las sanciones negativas, pero no así las positivas.

⁵⁸ Cotterrell añade un comentario según el cual se ha, incluso, sugerido que los cinco años que duró el servicio militar de Austin pudieron marcar su opinión del Derecho como mandatos sancionados negativamente. *Cfr.* COTTERRELL, Roger, *The Politics of Jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 62-63.

La pregunta con la que se integra el epígrafe no puede tener una respuesta sencilla. En primer lugar, porque las normas penales mexicanas forman parte de un todo, compuesto por tribunales, instituciones penitenciarias, un sistema de procuración de justicia en donde no existe un juez de instrucción, una falta de carrera del ministerio fiscal, una multiplicidad de códigos penales, una creciente tasa de criminalidad y un largo etcétera. En tales circunstancias, y haciendo un esfuerzo analítico, podemos reorientar la pregunta hacia la política criminal e intentando esclarecer si las sanciones que prescriben las normas jurídicas penales realmente alcanzan el “objeto indirecto” del que hablaba John Austin.

1. El carácter pedagógico de las sanciones penales se traduce en lo que los penalistas llaman “prevención especial”. De acuerdo con Austin, quienes obedecen las normas (los hombres justos) no lo hacen por el mero miedo a la sanción, sino que se trata de un proceso de habituación que inicia con una suerte de miedo inicial y termina con un miedo habitual. En otras palabras, se trata de una mezcla de la prevención especial y de la prevención general, pues el hábito no puede formarse a partir sólo de experiencias propias.

2. Muchos criminólogos han hablado de que el aumento de las penas no necesariamente implica la disminución de la criminalidad. Esto se ha convertido en un tópico en el Derecho penal contemporáneo. Pues bien, Austin ya apuntaba hacia esta idea al señalar que, cuando los deseos del hombre son habitualmente acordes con sus deberes, entonces quiere decir que tiene una disposición a la justicia, lo cual puede llegar a justificar la disminución de la intensidad del castigo. La fórmula empleada es muy sencilla: si existe una gran coincidencia entre la buena disposición hacia lo correcto y lo justo y lo ordenado por el Derecho, entonces no habrá necesidad de penas más graves. Lo que, a mi juicio, ocurre en el caso mexicano es que quienes apoyan el endurecimiento de las penas entran en una especie de espiral en la que justifica la gravedad de los castigos en la medida en que aumenta la criminalidad; es decir, es como si se tomara en cuenta sólo la segunda vertiente de la propuesta austiniana y se desarrollara irracionalmente. Y digo que es irracional, por que incurre a un regreso al infinito, ya que en algunos rubros (por múltiples razones) sencillamente la criminalidad no disminuirá.

3. El autor entiende que el cumplimiento del deber no sólo se debe al temor de la sanción, porque eso implicaría que el hombre es injusto. Para él, se trata de una condición necesaria pero no suficiente de la cuestión. Los deberes —dice— se cumplen por razones de utilidad, esto es, por la preferencia al bienestar o al placer que al sufrimiento. Como puede verse, el cálculo de la utilidad acabo pasando, sin embargo, por la sanción, ya que el criterio de utilidad tiene como motivo esencial esta última.

Esta idea ha sido —y sigue siendo— cuestionada, porque parte de una vertiente de la falacia naturalista: del hecho de que los seres humanos prefieran el placer al dolor, no se puede deducir lógicamente que deben preferirlo. Muestra de ello es la realidad mexicana: me atrevo a decir que en México la delincuencia organizada, precisamente por razones de utilidad, prefiere la desobediencia del Derecho —la comisión del delito— a la obediencia, pues al final de cuentas, el cálculo utilitario les es más benéfico si deciden infligir las normas que no hacerlo. No parece muy difícil aceptar que no es cierto que los seres humanos tendamos naturalmente a la justicia y la rectitud y que por ello preferíamos escapar de la sanción; creo que existen suficientes datos empíricos a partir de los cuales podemos afirmar que se trata de una mera contingencia. En consecuencia, me parece muy aventurado dar tanto crédito a las sanciones —en este caso las penas— como pretende el autor. Considero que la obediencia de las normas en materia penal para por el capítulo de las penas, simplemente porque no se ha logrado idear un sistema mejor. El ideal utilitarista puede cumplirse sin dar ese crédito a la sanción.

4. En suma, el efecto pedagógico de la sanción propuesto por Austin, no se antoja posible en el orden jurídico penal de nuestro país, porque las normas sancionadoras por sí solas no podrían modelar todo un universo de problemas que giran en torno al fenómeno de la criminalidad. Por otro lado, los presupuestos de los que parte, inscritos bajo el ideal utilitarista, no pueden ser tomados en cuenta teniendo como centro de gravedad la sanción penal. Esta puede ser más bien considerada como “un mal necesario”, como una “solución institucional” que dejan relativamente tranquila a la conciencia social, pero que no representa en absoluto la solución más racional a los problemas de delincuencia creciente e

inseguridad, derivados, como se sabe, de múltiples factores que tienen como denominador común la desigualdad social.

Por el contrario, parece que si nos tomamos en serio la propuesta utilitarista del autor inglés, podemos encontrar razones que justifican (o pueden llegar a justificar) fenómenos tan complejos como narcotráfico o, en general, la delincuencia organizada. En estos esquemas la sanción penal funciona como un elemento de apoyo, pues representa un velo institucional detrás del cual se esconde la verdadera realidad de ese mundo alterno en donde, por cierto, también existen sanciones.