

PRÓLOGO

Conocí a Genaro Carrió en Buenos Aires hacia finales de 1975. Yo había viajado a la Argentina para completar una tesis de doctorado sobre la filosofía del Derecho en ese país que había iniciado algo antes en la Universidad de Oviedo bajo la dirección de Elías Díaz; y en esa universidad la leí un año después, en octubre de 1976. Por el medio, y como es bien sabido, en el país del Plata había ocurrido un cruento golpe de Estado al que le sucedió una ominosa dictadura militar que duró hasta 1983. Esto último es lo que motivó que la publicación de mi trabajo, “La filosofía del Derecho argentina actual”, no tuviera lugar (en la editorial Depalma de Buenos Aires) hasta 1984 promovida, por cierto, por Genaro Carrió y Eugenio Bulygin. Antes, sin embargo, había publicado, en 1977, lo que eran las conclusiones de mi tesis (en el número 49 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* de Madrid –aunque con fecha de 1974-); y en 1979 hice una edición multicopiada del texto completo que distribuí entre algunas decenas de iusfilósofos amigos o interesados en el tema. Pero creo que en el mundo latino muchos se enteraron de la existencia de un pujante movimiento iusfilosófico que tenía su centro en Buenos Aires y su inspiración más descollante en la llamada “filosofía analítica” a través de un artículo que publicó Antonio Martino en la revista *Materiali per una storia della cultura giuridica*, también en el año 1977; en el siguiente número de la revista italiana se aclaraba que “La scuola analítica di Buenos Aires” era una síntesis de la parte central de mi trabajo, dato que no había figurado cuando apareció el artículo, “per vicende di stampe”.

Con lo anterior no quiero dar a entender que mi primer trabajo sobre la filosofía del Derecho en Argentina (luego escribí otro para dar cuenta de los años posteriores hasta, más o menos, el final del siglo XX: “Una nueva visita a la filosofía del Derecho argentina”) estuviera tocado por la mala suerte. Muy por el contrario. Creo que fui inmensamente afortunado al haber decidido ocuparme de ese tema (y conviene aclarar que en

Argentina, tanto entonces como ahora, la iusfilosofía de inspiración analítica es sin duda la dirección predominante y más desarrollada, pero de ninguna manera la única que ha contado y cuenta con cultivadores de relieve), y en el trabajo al que acabo de aludir yo explicaba que mi experiencia al elaborar mi tesis había sido la de un “descubridor” que, en buena medida por azar, se había visto situado en una posición de “privilegio intelectual”: “los filósofos del Derecho argentinos me habían proporcionado herramientas para aproximarse al estudio de los problemas jurídicos que eran más refinadas, más potentes, que las que entonces se manejaban en España”. Por lo demás, creo que todos mis proyectos iusfilosóficos (incluido el último y el que más me interesa: tratar de impulsar un movimiento de iusfilosofía regional, una filosofía del Derecho para el mundo latino) están estrechamente conectados con aquel descubrimiento que hizo, además, que buena parte de los autores a los que considero mis maestros sean precisamente los iusfilósofos argentinos que conocí a mediados de los años setenta.

Y entre todos ellos, Genaro Carrió ocupa –como al lector no le será difícil de imaginar- un lugar muy especial. Cuando lo conocí ya había oído hablar mucho de él, porque Carrió gozaba entonces, y gozó siempre, de un grandísimo y merecido prestigio. En nuestro primer encuentro se mostró –tal y como me habían anticipado- amable, generoso, cordial y cercano; y yo quedé fascinado por su aguda inteligencia, carente del menor vestigio de pedantería, y por su fino sentido del humor que tenía –pensé entonces- resonancias inglesas que se mezclarían seguramente con las porteñas, pero también (luego me apercibí de ello) con la característica sorna asturiana. Creo que la buena sintonía que siempre hubo entre nosotros tuvo algo que ver con nuestra común vinculación con Asturias: al menos algunos de sus antepasados fueron asturianos; y nunca voy a lamentar suficientemente el haber perdido una larga poesía que en una ocasión me dedicó (a él le gustaba escribir poesías y epitafios; no sé si también otro tipo de literatura) que empezaba aludiendo a mis orígenes asturianos. Recuerdo ahora una de sus bromas en aquel primer encuentro. Me preguntó si yo “manejaba” (en el español de la península hablamos de “conducir”) y le contesté que sí, a lo que él replicó algo así como: “Yo estuve tentado de aprender, pero desistí

de hacerlo porque soy muy despistado y me di cuenta de que iba a terminar por atropellar y matar a alguien...y claro, uno nunca sabe a quién”.

Luego, hasta su muerte, seguí teniendo un contacto que me atrevo a calificar de estrecho con él, aunque sólo lo viera en pocas ocasiones: las veces en que viajé a Argentina, pero también cuando me visitó en varias de las universidades españolas en las que fui profesor: cuando lo era en la de Palma de Mallorca (sería hacia 1982) escribí un breve artículo de periódico que era como un guiño al que él había publicado cuando Alf Ross viajó a Buenos Aires: “La visita de Genaro Carrió”. No he conseguido encontrar una copia del mismo, pero no me es difícil reconstruir lo que allí habré señalado como principales características de la obra de Carrió pues, obviamente, habrán sido las mismas que destacaba en mi tesis de doctorado: la claridad conceptual; la elegancia estilística; la capacidad para tratar cuestiones difíciles con una asombrosa simplicidad; la preocupación por utilizar el método analítico no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para resolver problemas reales de la vida del Derecho; un sentido crítico y autocrítico resultado a su vez de la combinación de dos virtudes que raramente se dan en una misma persona: osadía teórica y modestia intelectual; una concepción abierta del Derecho que le hacía darse cuenta de la necesaria conexión de la teoría del Derecho tanto con la práctica jurídica (él fue un exitosísimo abogado y luego el primer presidente de la Corte Suprema, una vez restaurada la democracia) como con las ciencias sociales; una preocupación por los problemas éticos del Derecho y, en particular, por los derechos humanos que, en el momento en el que le conocí, ni siquiera podía encontrarse en las obras de Nino.

La publicación de estas *Notas (al margen) sobre Derecho y lenguaje* me parece un acto de justicia y de inteligencia. De justicia, en lo que tiene de reconocimiento de una obra de valor excepcional: además de su labor de traductor (nada menos que de dos de las más importantes contribuciones a la filosofía del Derecho del siglo XX: *El concepto de Derecho de Hart* y *Sobre el Derecho y la justicia* de Ross; pero son también de enorme significado las versiones al castellano de algunos textos de Fuller, Cohen, Hohfeld, Levi o de los mencionados Ross y Hart), a Carrió se le debe una serie de trabajos de corta extensión pero que son verdaderamente obras

maestras del análisis conceptual en la teoría del Derecho. Y también un acto de inteligencia, porque es mucho lo que uno puede aprender de sus escritos y que sigue teniendo hoy plena vigencia. Es más, Carrió fue en cierto modo precursor de unas cuantas ideas iusfilosóficas que luego han hecho una gran fortuna, y yo diría que lo que probablemente una a las nueve contribuciones que incluye esta obra sea que en todas (o en casi todas) ellas se ve algo así como un intento por explotar ese filón.

He leído con atención esos nueve textos, pero no voy a presentárselos al lector en este prólogo, entre otras cosas porque eso resulta innecesario, dado que ya está hecho en las páginas de *Presentación*. En todo caso, de todos esos trabajos creo haber aprendido algo de interés y, desde luego, son contribuciones muy relevantes, si bien –todo hay que decirlo- tengo mis dudas en cuanto a la sintonía de la obra de Carrió con posiciones iusfilosóficas (o de otro tipo) a las que algunos de esos autores la vinculan y que, en mi opinión, poco o nada tienen que ver con los propósitos teóricos que persiguió el iusfilósofo argentino. Pero, en fin, eso es lo de menos. Lo de más, lo que de verdad importa, es que se trate de trabajos de calidad e inspirados – y ya se sabe que el espíritu sopla donde quiere- en textos ya clásicos de la filosofía del Derecho del mundo latino. Pues Genaro Carrió es, sin ninguna duda, uno de nuestros clásicos.

Sí quiero, de todas formas, hacer dos breves comentarios más bien marginales (lo que me permite ponerme en línea con el título elegido para el libro), pero que quizás puedan ser de algún interés para el lector.

El primero me lo ha sugerido la lectura del *Prefacio* de mi amigo y maestro Eugenio Bulygin. Nuestras respectivas concepciones de filosofía del Derecho no son entre sí coincidentes y en algunos aspectos podrían considerarse más bien antagónicas, pero Eugenio Bulygin es ese tipo de maestro –algo más bien inusual en la academia- capaz de convivir con discípulos díscolos; aunque, eso sí, la convivencia con él, en el plano teórico, suele ir acompañada (afortunadamente) de polémicas que pueden revestir en ocasiones un tono aparentemente áspero, pero que, en el fondo, siempre son amistosas. Pues bien, Bulygin cree ver en varios de los trabajos de este libro (en especial en el de Esteban Pereira) el empleo de una división (que, en su opinión, provendría en buena medida de mi libro *La filosofía del*

Derecho argentina actual) “demasiado gruesa” entre los filósofos analíticos de inspiración lógico formal y los que se basan en el lenguaje ordinario. Él considera que no hay “una diferencia tan tajante” y que se incurre en “apresuramiento injustificado” cuando se intenta incluir en la primera categoría su famoso libro, en coautoría con Carlos Alchourrón, sobre sistemas normativos.

A mí me parece que Eugenio Bulygin lleva toda la razón al advertirnos de los peligros que tiene establecer clasificaciones excesivamente tajantes; como Carrió nos ha enseñado (y esto es algo –ni mucho menos lo único– que los dos gigantes de la iusfilosofía argentina comparten), las clasificaciones son siempre convencionales y tienen algo de arbitrario, de manera que sería un error no darse cuenta de que la anterior clasificación posee inevitablemente una zona de penumbra. Pero, por un lado, yo también había hecho esa advertencia en mi libro, y señalaba como ejemplos de ello –de supuestos de la penumbra– el caso de Vernengo, a quien colocaba entre los analistas de los lenguajes naturales aunque hubiera hecho un amplio uso, en muchos de sus trabajos, de técnicas formales, y el del propio Bulygin, “incluido en el grupo de los formalistas”, pero autor también “de importantes trabajos de análisis del lenguaje natural” (p. 29). Y, por otro lado, me parece que la clasificación en cuestión (que, por lo demás, es bastante usual efectuar) es considerablemente útil para distinguir (como hace Pereira en su artículo) una concepción iusanalítica inspirada en el lenguaje ordinario, como la de Carrió, de la que puede encontrarse, paradigmáticamente, en una obra como *Normative Systems*. En particular, Pereira confronta estas dos concepciones desde dos perspectivas: el problema del lenguaje ideal frente al lenguaje natural, y la tensión entre lo que este autor llama monismo y diversidad. Las conclusiones a las que llega son las siguientes.

En relación con la primera contraposición, Pereira piensa que mientras autores como Alchourrón y Bulygin optan “por la necesidad de formular un lenguaje perfecto, que sea artificialmente construido a la luz de los cánones de exactitud y certeza que caracteriza el lenguaje de los cuantificadores y variables en la lógica”, Carrió habría privilegiado el lenguaje natural, aunque fuera plenamente consciente de que “el análisis

del lenguaje cotidiano no es apto para resolver indistintamente toda clase de problemas y sus limitaciones aparecen, por ejemplo, al estudiar el uso de la palabra ‘acción’” (esto último lo puso de manifiesto Carrió en su prólogo a un libro de Nino, *Sobre el concurso en el Derecho penal*, de 1972). Y, por lo que se refiere a la segunda tensión, mientras que Alchourrón y Bulygin habrían adherido al monismo, en el sentido de que “el fenómeno jurídico es reducido a un esquema teórico único y común, desplazando las divergencias por la homogeneidad y coherencia de los sistemas formales”, la opción de Carrió habría sido a favor de “admitir y valorar la diversidad, complejidad y riqueza con que ostensiblemente se nos presenta el lenguaje jurídico y el derecho en general”. O, dicho de otra manera, Carrió reconoce que el Derecho está integrado por una gran variedad de normas (luego volveré sobre esto), mientras que en *Normative Systems* hay un único tipo de norma jurídica (dejo de lado las definiciones), lo que tiene como consecuencia que en el esquema de Alchourrón y Bulygin no haya ningún espacio para los principios, y las normas que confieren poder sean vistas en términos de normas permisivas.

Pues bien, yo estoy básicamente de acuerdo con el anterior planteamiento de Pereira, si bien es cierto que en el mismo hay que introducir la precisión de que tanto Bulygin como Alchourrón no dejaron de recurrir al lenguaje ordinario, aunque para ellos eso constituyera más bien una primera etapa del análisis conceptual. Y estoy también de acuerdo en algo que Pereira añade a lo anterior: que para dar cuenta de la tradición analítica de la filosofía del Derecho se debe añadir una nueva perspectiva a las dos anteriores (que yo había utilizado en mi libro): la del realismo jurídico. Pero aquí me parece que Pereira (y aprovecho para ratificar el juicio que a Eugenio Bulygin le merece su contribución a este libro: excelente) no ha tenido en cuenta un dato que es de gran importancia, en mi opinión, para entender la obra de Carrió y que, por lo que recuerdo, sólo está presente, de entre los artículos que componen esta obra, en el de Roque Carrió: la influencia que en Carrió tuvo la *American Jurisprudence*, el realismo jurídico americano. En su análisis, Pereira toma en consideración únicamente el realismo jurídico de Alf Ross y llega a la conclusión –acertada– de que Carrió tomó un camino distinto al del formalismo kelseniano y al del realismo rossiano; o sea, el de Herbert Hart.

No cabe duda, insisto, de que así fue, pero yo añadiría que si Carrió fue capaz de ver con mayor claridad que Hart en algunos temas (el propio Pereira señala uno: la distinción entre el concepto y la naturaleza del Derecho) yo creo que eso se debió, sobre todo, al peso que en su obra tuvo la tradición (pragmatista) estadounidense. No conviene olvidar que Carrió pasó dos cursos, a mitad de los años cincuenta, en una universidad de los Estados Unidos antes de sus estancias en Oxford con Hart; que tradujo obras emblemáticas de la cultura jurídica estadounidense (de Fuller, de Cohen, de Levi y de Hohfeld); que conoció bien la obra de Roscoe Pound; y que es el autor de un libro de análisis jurisprudencial, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en el que se combina de manera verdaderamente magistral la teoría de los actos de habla de Austin con lo que cabría llamar el pragmatismo jurídico bien entendido (el pragmatismo filosófico es lo que subyace al realismo jurídico americano).

Lo que me lleva a efectuar el segundo comentario que antes anunciaba es la relectura de la contribución de Carrió para el primer número de la revista *Doxa* (del año 1984). Su contestación a la pregunta de cuál había sido su trayectoria como investigador de filosofía del Derecho la termina con estas palabras: “Si tuviera que elegir una aportación por la que me gustaría ser juzgado escogería ‘Principios jurídicos y positivismo jurídico’”.

Pues bien, en el libro que prologo apenas hay referencias a ese trabajo de Carrió (ahora incorporado en *Notas sobre Derecho y lenguaje*). Las excepciones (creo no equivocarme) son, de nuevo, la contribución de Carrión, y el artículo de Pablo Rapetti sobre los desacuerdos en el Derecho. Ambas son muy breves, pero acertadas. Carrión subraya, como particularidad del análisis de Carrió, la utilización de modelos no jurídicos para comprender mejor ciertos aspectos del Derecho; exactamente, del juego del fútbol que, por cierto, es una felicísima metáfora empleada por Carrió y que no es tomada en cuenta en el interesante trabajo de Aníbal D’Auria (“Genaro Carrió y las metáforas”). Y Rapetti (su trabajo es otro de los que bien cabe calificar de excelentes) señala que la defensa que Carrió hace en ese trabajo del positivismo jurídico hartiano “representa una de las primeras articulaciones –si no la primera- de lo que años más tarde se

conocería como la versión *incluyente* del positivismo jurídico”. Tiene mucha razón, pero en su contribución Rapetti no dice nada más sobre este ejemplo que mostraría en su opinión “el notable *adelanto* con el que Carrió se sumergió en temáticas que, tiempo después, ocuparían el centro de la agenda iusfilosófica”. Pues lo que a él -a Rapetti- le interesa es más bien otro ejemplo que también tiene que ver con “la embestida antipositivista de Dworkin”, a saber, la tesis de este último de que el positivismo jurídico no es capaz de dar cuenta de los desacuerdos jurídicos.

En relación con este segundo desafío de Dworkin, Rapetti considera que Carrió habría ofrecido una posible respuesta al mismo “incluso antes de que [Dworkin] se lo planteara”. Y esa respuesta vendría dada por el uso que hace Carrió de la distinción entre desacuerdos de creencias y desacuerdos de actitudes que, como se sabe, procede del instrumental metaético de Stevenson. Sin embargo, en el penetrante y meticuloso análisis que efectúa Rapetti hay un punto que, en mi opinión, no está todo lo claro que debiera. Se trata de que él considera que el emotivismo de Stevenson “ha encontrado un alto grado de continuidad en lo que contemporáneamente se denomina *expresivismo*”, lo que muy bien puede ser cierto. Pero lo que yo no creo (tampoco Rapetti) es que Carrió haya sido un emotivista en materia de ética, de la misma manera que tampoco parece haberlo sido Hart. En este aspecto, las diferencias entre, por un lado, Bulygin, Kelsen o Ross y, por otro lado, Carrió o Hart creo que son considerables. Es cierto que Carrió utilizó la distinción entre desacuerdos de creencias y desacuerdos de actitudes para explicar algunas famosas controversias jurídicas (por ejemplo, a propósito de si los jueces crean Derecho). Pero para ello no hace ninguna falta ser emotivista; uno puede ser objetivista e incluso absolutista moral y, sin embargo, considerar útil la distinción de Stevenson. Y, por lo demás, hay un argumento que quizás pudiera calificarse de prueba indiciaria (al fin y al cabo, se trata de conjeturar un hecho) y que, yo creo, juega en favor de lo que acabo de sostener. Se trata de que Carrió, que sin duda fue un positivista jurídico (aunque el suyo fuera un positivismo particularmente abierto), polemizó, como sabemos, tanto con Dworkin como con Nino (con la tesis de Nino dirigida a reconciliar el iusnaturalismo y el positivismo jurídico) para defender el positivismo jurídico. Y sin embargo, en relación con la

fundamentación de los derechos humanos, se mantuvo, por así decirlo, neutral (o, si se quiere, perplejo) entre la posición de Nino, que obviamente no tenía nada de emotivista, y la de Rabossi, que fundamentaba filosóficamente los derechos humanos en los textos, en las convenciones, que los consagran y tutelan (y quizás no sea ocioso añadir aquí que la opción de Rabossi es la que explícitamente asumió Rorty). La postura al respecto de Carrió se condensa en estas líneas tomadas de *Los derechos humanos y su protección* (Abeledo-Perrot, 1990, p. 23): “No sabría como expedirme en este debate. Como no soy filósofo y sí abogado me seduce la propuesta de Rabossi. Aunque no sea más que porque me exime de adentrarme en terrenos peligrosamente metafísicos. Pero me doy cuenta de que la solución Rabossi deja muchas preguntas abiertas. Una de ellas: ¿pero antes de que comenzara el reciente fenómeno de la consagración y protección internacionales de los derechos humanos, no era posible dar de éstos una justificación sólida y seria?”. Y si las cosas son así, entonces la conexión sugerida entre Carrió y el expresivismo contemporáneo parece traída un poco por los pelos.

En fin, por si algún lector de este prólogo lo desconoce, lo que Carrió defendió en *Principios jurídicos y positivismo jurídico* fue, sin entrar naturalmente en los detalles, una concepción del Derecho (el positivismo hartiano) según la cual el Derecho de una comunidad no consiste simplemente en un sistema de reglas, de pautas específicas de conducta: Dworkin se habría equivocado en su caracterización de las tesis de Hart; nuestros Derechos contienen también estándares amplios de conducta como los que prohíben causar daño a otro por culpa o negligencia (su equivalente en el fútbol podría ser la norma que prohíbe el juego peligroso); y los dos tipos de principios que distingue Dworkin (principios en sentido estricto y directrices), en la medida en que la regla de reconocimiento del sistema lo autorice (o sea, si son principios de Derecho positivo): así, el famoso principio del caso *Riggs v. Palmer* (caso que Carrió bautizó, con gracia inigualable, como “del nieto apurado”), de que nadie puede obtener un beneficio como resultado de un acto ilícito suyo, tendría su equivalente en el fútbol (y en otros muchos juegos) en la ley de la ventaja.

Y llego al final. Hace ya bastantes años propuse a un estudiante de doctorado de la Universidad de Alicante que hiciera su tesis sobre Carrió. Estuvo un tiempo trabajando y ya tenía un esquema bien perfilado cuando circunstancias en las que no hace falta entrar aquí le impidieron culminar su proyecto. No sé si tendré ya oportunidad de sugerir ese trabajo a algún nuevo candidato a doctor. Pero supongo que en Alicante o fuera de Alicante habrá alguien que en los próximos años se dará cuenta de que ese es un tema –un gran tema- de tesis en busca de un autor. Y cuando ese desconocido estudiante decida desarrollarlo, no me cabe ninguna duda de que este libro será una de sus fuentes esenciales.