

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 11 / 1993

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1993

### RECUERDO DE JORGE MILLAS



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
1993

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL.  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 11  
1993

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades y Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Diego Portales, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Finis Terrae, Universidad de Las Condes, Universidad Católica del Norte y Universidad de Talca.

ISSN — 0716 — 7881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,  
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
1993

RECUERDO  
DE JORGE MILLAS

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1991 - 1993)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, Juan Enrique Serra H. y Hugo Tagle Martínez.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

En la asamblea general de socios correspondiente a 1993, se eligió al siguiente nuevo Directorio por el período 1993 - 1995: Antonio Bascuñán, Jorge Correa, Jesús Escandón, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana, Nelson Reyes, Juan Enrique Serra, Agustín Squella y Aldo Valle.

PRESENTACION

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 11, correspondiente a 1993.*

*Hemos titulado este nuevo número del Anuario "Recuerdo de Jorge Millas", puesto que en 1992 se cumplieron diez años de la muerte del destacado filósofo chileno, socio fundador en 1981 de nuestra Sociedad e integrante de su primer directorio. Con ese motivo, en el mes de abril de 1992, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en conjunto con la Universidad de Chile, organizaron un acto en memoria de Jorge Millas, que tuvo lugar en el Salón de Honor de esa casa de estudios superiores. Intervinieron en ese acto el Rector de la mencionada universidad, Jaime Lavados, el presidente de nuestra Sociedad, y el filósofo y profesor Humberto Giannini.*

*La primera sección del presente Anuario reproduce precisamente el texto de las tres intervenciones antes aludidas.*

*Sigue luego una sección de Estudios, en la que el lector podrá encontrar diversos trabajos de interés.*

*La sección denominada Documentos reproduce un trabajo del sacerdote y profesor de Filosofía del Derecho, Rafael Gandolfo, quien impartió la asignatura en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Rafael Gandolfo estuvo también vinculado hasta su desaparecimiento al Instituto de Filosofía de esa misma universidad. A continuación se reproduce un comentario del profesor Ismael Bustos a tres obras de Ronald Dworkin. Se incluye también la versión escrita de las palabras pronunciadas por el presi-*

*dente de nuestra Sociedad, Agustín Squella, con motivo de conferirse a Ronald Dworkin, en diciembre de 1993, la calidad de Socio Honorario de la corporación. En esta misma sección se agrega un trabajo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, sobre Violencia y Justicia.*

*Se incluye una Sección titulada In Memoriam, con un trabajo del profesor José F. Palomino M.*

*El volumen concluye con la sección Recensiones, en la que se contiene una importante cantidad de reseñas de libros de evidente interés.*

*Este y los restantes números del Anuario de Filosofía Jurídica y Social pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.*

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
Abril de 1994*

EN RECUERDO DE JORGE MILLAS

RECENSIONES

CARRIO, GENARO R.: *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Cuarta edición corregida y aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, 416 páginas.

Han transcurrido ¡25 años! y el presente libro sigue manteniendo la lozanía intelectual que su autor le plasmó *ab-initio*. En efecto, *Notas sobre Derecho y Lenguaje* se publicó por primera vez en 1965, y a la fecha tiene seis reimpresiones y cuatro ediciones que, con sumo cuidado, el jurista argentino Genaro Rubén Carrió ha ido corrigiendo y aumentando de manera paulatina.

En sentido genérico, los libros al igual que sus autores tienen un marcado destino. Ahora bien, en el campo jurídico son pocos los libros y, por ende, sus autores que resisten al tiempo. Algunos se convierten en 'clásicos', otros agonizan entre los anaqueles de las bibliotecas. ¿En qué postura podemos ubicar el presente libro? Creo que *Notas sobre Derecho y Lenguaje* está en un estadio intermedio, próximo a constituirse en un 'clásico' dentro del campo de la Filosofía del Derecho y de la Ciencia Jurídica contemporáneas. Su contenido y goce intelectual del autor han focalizado la atención de los lectores en Hispanoamérica. De ahí el éxito hasta ahora obtenido.

*Genaro R. Carrió, representante de  
"La Escuela Analítica de Buenos Aires"*.

La rica tradición jus-filosófica argentina hoy en día se encuentra comandada por distinguidos representantes cuyas obras han trascendido las fronteras de su país sobre la base de la Filosofía Ana-

lítica<sup>(1)</sup>, que tiene su embrión en 1950 dentro del Instituto de Lógica y Metodología de la Ciencia, de la Universidad Nacional de Buenos Aires: Ambrosio Lucas Gioja, Roberto José Vernengo, Ernesto Garzón Valdés, Eduardo Rabossi, Carlos Eduardo Alchourrón, Eugenio Bulygin (nació en Rusia), Antonio Anselmo Martino<sup>(2)</sup>, Luis Alberto Warat, Ricardo A. Guibourg, Eduardo Ángel Russo y, por supuesto, Genaro R. Carrió.

El influjo de la "Escuela Analítica de Buenos Aires" se deja notar en los diversos países de América Latina, en donde se han abandonado las clásicas concepciones iusnaturalistas e historicistas. Y son las obras y la actividad científica de Genaro R. Carrió, como también las traducciones importantísimas que ha realizado, las que han destilado como nuevos enfoques del Derecho.

*Acopio Bio-Bibliográfico de Genaro R. Carrió*<sup>(3)</sup>.

Genaro R. Carrió nació en la provincia de Entre Ríos (Argentina), el 16 de febrero de 1922. Bordeando los 70 años, sigue abocado a sus tareas de investigación y producción bibliográficas. Ha

1. La Filosofía Analítica —enseña Miró Quesada Cantuarias— tiene un contenido tan vasto como cualquier corriente filosófica y sus cultores pertenecen a las más diversas tendencias. El aspecto común —agrega— que presenta la obra de los llamados "filósofos analíticos" es la insistencia en la necesidad de utilizar un lenguaje de significación clara y precisa, de exponer sus razonamientos con rigor lógico y de tomar en cuenta los resultados de la investigación científica.

2. Vid. su ensayo "La scuola analitica di Buenos Aires", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, raccolti da Giovanni Tarello, VII, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 171-331.

3. Deseo expresar mi patente agradecimiento al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Dr. Eduardo Pigretti por autorizarme consultar la bibliografía existente en la Biblioteca, como también le soy deudor de gratitud a su Director, Dr. Jorge Gorostizaga. Mucho le debo al profesor Germán Bidart Campos, tan generoso y afable como siempre, por la carta de presentación que hizo de mi persona ante las autoridades de la Facultad, en el mes de abril de 1991. La mayoría de datos sobre Carrió que aquí se incluyen, fueron tomados de dicha Biblioteca, muy rica en contenido bibliográfico.

enseñado en la Universidad Nacional de Buenos Aires, ostentando el grado de 'Profesor Honorario'. Durante los años 1954 a 1956 estudió y enseñó en la Southern Methodist University de Dallas (Estados Unidos).

Su formación académica tiene una deuda intelectual con sus dos maestros: Carlos Cossio (1903-1987) y Ambrosio L. Gioja (1912-1971). En los años 1964 y 1965 estudió en Oxford, al lado de H.L.A. Hart; de ahí que él mismo ha reconocido en su formación la influencia de la *American Jurisprudence* y la filosofía del lenguaje ordinario de filiación oxoniense. Con anterioridad, al igual que otros jóvenes estudiantes de Derecho en la Universidad de La Plata, se sintió atraído por la Teoría Ecológica del Derecho, que capitaneó Carlos Cossio. Fue justamente su primer artículo *Algunas reflexiones sobre Teoría General del Derecho*<sup>(4)</sup> "de franca orientación ecológica".

Entre sus principales trabajos de mérito destacan: *Recurso de Amparo y técnica judicial* (1959)<sup>(5)</sup>, *Algunos aspectos del Recurso de Amparo* (1959), *Nota sobre el caso de los números vivos* (1961), *Un supuesto principio absoluto en jaque* (1964), *Recurso Extraordinario por sentencia arbitraria* (1967), *La garantía de la defensa en juicio durante la instrucción del sumario* (1968), *La Corte Suprema y las garantías constitucionales del imputado* (1977), *Nuevas fronteras del Recurso Extraordinario* (1981), y *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso* (1989)<sup>(6)</sup>.

Paralelamente, Genaro R. Carrió ha traducido las obras de autores desconocidos en habla española. ¡Cuánto no se habrá beneficiado la cultura jurídica latinoamericana, y por cierto sus lectores, gracias a las prolijas traducciones del inglés que realizó Carrió a los

4. Publicado en *La Ley*, t. 45, Buenos Aires, 1947, pp. 839-846.

5. Vid. la reseña bibliográfica de Mario Justo López, en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959, III, pp. 147-150.

6. La bibliografía de Genaro R. Carrió, aun cuando incompleta, se puede consultar en *Libro Homenaje a Genaro R. Carrió*, con el título de *El Lenguaje del Derecho*, Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1983, pp. 489-491. La recopilación estuvo a cargo de Marcela Olozaga.



libros de Alf Ross, L. L. Fuller, Herbert L. A. Hart, F. Cohen, Edward H. Levi, Helen Silving, Wesley N. Hohfeld, J. L. Austin, Y. Bar-Hillel, I. Scheffler, R. M. Hare y Norberto Bobbio!

*Composición de la obra.*

*Notas sobre Derecho y Lenguaje* contiene temas versantes, en general, acerca de "ciertas características del lenguaje ordinario, por un lado y, por otro, la interpretación judicial del Derecho". Como también "...las frecuentes disputas o pseudo-disputas que dividen a los juristas como tributarias de una falta de percepción clara de cuestiones relacionadas con la semántica de los lenguajes naturales" (7).

A través de nueve epígrafes, las líneas cardinales y las parcelas del libro se estructuran de la siguiente manera:

I. *Lenguaje. Interpretación y desacuerdos en el terreno del Derecho* (pp. 17-128).

Es aquí donde Carrió descuella los ingredientes de la Filosofía Analítica al campo del Derecho, mediante el lenguaje al que cataloga como la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres. El título del presente libro justifica por sí solo su contenido (8).

Tal epígrafe lo integran tres partes: a) La primera "Sobre los lenguajes naturales" ofrece dos preguntas: ¿Qué hizo fulano al decir "X"?, y ¿Qué quiere decir "X"? Las palabras, conforme lo demuestra Carrió, constituyen herramientas de suma importancia para que el jurista pueda trabajar. A simple vista, parece ocioso reflexionar a través del lenguaje; empero, su uso descriptivo, y operativo, sirven para una mejor interpretación. Pero hay dificultades (enfermedades incurables) que se presentan ya sea a través de la ambigüedad, la vaguedad, y la *textura abierta del lenguaje* (vaguedad potencial); b) La segunda parte, que versa "Sobre la interpretación en el Derecho",

7. Cfr. entrevista a Genaro R. Carrió, con el título de "Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho", *Doxa*, N° 1, Alicante, 1984, p. 50.

8. Casi en la misma fecha, sin que por ello se acepten puntos de vista coincidentes, se publicó el libro de Juan-Ramón Capella, *El Derecho como Lenguaje*, Ediciones Ariel S.A., Barcelona, 1968.

analiza el lenguaje jurídico y el lenguaje natural, y Carrió demuestra magistralmente que "las normas jurídicas, en cuanto autorizan, prohíben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellos"; c) La tercera parte "Sobre los desacuerdos entre los juristas", se refiere a las controversias o desacuerdos entre ellos con relación a los problemas del lenguaje. El término "jurista", advierte Carrió, es utilizado acá en sentido amplio, por cultores de la dogmática jurídica, teóricos del Derecho Político y filósofos del Derecho. Los distintos tipos de desacuerdo se presentan en pseudo-disputas originadas en equívocos verbales, en pseudo-desacuerdos de hecho en torno a proposiciones analíticas, en disputas sobre clasificaciones, en controversias sobre la "naturaleza jurídica" de una institución, y en controversias generadas por un desacuerdo valorativo encubierto, todas ellas conectadas unas a otras.

Carrió cierra este epígrafe agregando, con buen tino para su comprensión, su trabajo "Los jueces crean Derecho" (9) que, dicho sea de paso, ha dividido a los juristas en "dos bandos irreconciliables: los que afirman enfáticamente que es verdadero, y los que, con igual énfasis, sostienen que es falso". ¿Es una cuestión de hecho? o ¿Es una cuestión puramente verbal?

Las notas bibliográficas y comentarios al final de cada una de las tres partes enriquecen aún más su estudio y clara concepción. De ahí que sostenga, en singular, que el presente ensayo es la estructura medular y el epicentro del libro *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, y por lógica, del pensamiento horizontal de su autor.

II. *Algunas palabras sobre las palabras de la ley* (pp. 133-168).

Está compuesto por dos partes bien definidas. La primera es una síntesis de los puntos de vista principales que Carrió sostuvo y defendió en la primera edición de 1965 de *Notas sobre Derecho*

9. Publicado originariamente en la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1961, IV, pp. 225-233.

y *Lenguaje* <sup>(10)</sup> sobre algunos aspectos de la "interpretación de la ley"; y la síntesis de la crítica "implacable" que le hizo al penalista Sebastián Soler (1899-1980). Ello dio motivo para que se presentara una polémica entre ambos. En la segunda parte, Carrió confronta las críticas con las tesis criticadas. Es una especie de balance bien equilibrado, enhebrando Carrió los argumentos, puestos sobre el tapete, de manera imparcial.

En lo tocante a la polémica, Carrió critica en sus *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (1965) el rubro de la "interpretación" desarrollado y defendido por Soler en sus obras *Fe en el Derecho* (1956) y en *La interpretación de la ley* (1962). Soler, a su vez, rebatió la postura de Carrió en *Las palabras de la ley* (1969). Esto motivó a Carrió escribir una réplica en un libro rotulado *Algunas palabras sobre las palabras de la ley* (1971) y que es, precisamente, el segundo estudio que forma parte del libro que reseñamos <sup>(11)</sup>.

### III. Sobre el concepto del deber jurídico (pp. 171-193).

Se trata de un análisis que Carrió hizo al ensayo de Herbert L. A. Hart rotulado *The concept of Obligation*, con ocasión del Seminario Internacional llevado a cabo en septiembre de 1965 en Bellagio, Italia. Para lo cual, Carrió hace ver que Hart distinguió en su trabajo tres tipos de contexto o discurso en los que puede aparecer la noción de obligación (en italiano *obbligazione*), o deber jurídico (en italiano *obbligato*): a) El lenguaje de los textos for-

10. Hay edición aparte, publicada por la Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

11. Sobre la polémica, Vid. Manuel Atienza, *La Filosofía del Derecho argentina actual*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 182-187. Antecede un Prólogo de Francisco Miró Quesada C. También: Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 65-69. "La contribución de Carrió a este tema es especialmente valiosa, pues viene a llenar un vacío muy sensible en la doctrina jurídica, tal vez no sólo argentina. No es que los problemas analizados por Carrió no hayan sido nunca encarados por los juristas; pero no cabe duda de que no se los había tratado con tanta claridad, ni se había advertido el origen de muchas de las dificultades que Carrió señala en las propiedades semánticas del lenguaje" (p. 66).

malmente revestidos de autoridad; b) La exposición dogmática del Derecho por la obra de juristas académicos y por la obra de los jueces al fundar sus decisiones; y c) Los escritos de los filósofos o de los teóricos del Derecho que no se ocupan de un ordenamiento específico, sino de las características generales de aquél. Concluye Carrió sosteniendo que la obra de Hart, y especialmente su *The concept of Law*, constituye un paso trascendental en la Teoría General del Derecho. Nosotros diremos, a la vez, que el mérito de Carrió radica en haber traducido al castellano *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (1962) y *The concept of Law* (1963).

### IV. Principios jurídicos y positivismo jurídico <sup>(12)</sup> (pp. 199-234).

Estima Carrió que entre las reglas de diverso tipo hay dos que son importantes. Para ello se inspira en un juego de fútbol, y dice: 1) Reglas específicas que prohíben y sancionan una conducta precisa, específicamente determinada, como por ejemplo, la regla del *hand* (en caso del Derecho, el homicidio, el robo); y 2) Reglas *estándares* que prohíben y sancionan una variedad físicamente heterogénea de comportamientos que no están definidos en forma específica y precisa, sino por referencia a una pauta amplia como, por ejemplo, el tiro libre indirecto (en caso del Derecho, prohibir causar daño a otro con culpa o negligencia). Añade Carrió, una tercera regla que se conoce familiarmente con el nombre de "ley de la ventaja", la misma que a su vez ofrece numerosas aplicaciones y características.

Ahora bien, frente a estas reglas, Carrió coloca los "principios jurídicos" que se reflejan en pautas jurídicas, tales como la que sirve para poner coto al ejercicio abusivo de los derechos; la que circunscribe la potestad jurisdiccional de declarar la inconstitucionalidad de las leyes a aquellos casos en que tal declaración sea inevita-

12. Publicado inicialmente en forma independiente por la Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970. Hay traducción inglesa: *Legal Principles and Legal Positivism*, Buenos Aires, 1971. Más reciente ha sido reproducido en AA.VV. *El análisis filosófico en América Latina*, F.C.E., México, D.F., 1985, pp. 55-74.

ble; la que prescribe que las normas que declaran la nulidad de actos jurídicos deben interpretarse restrictivamente y, entre muchas más, la que establece que la interpretación de las leyes debe practicarse de modo que éstas concuerden con los principios, derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional en cuanto sea posible sin violación de su letra y de su espíritu.

Obsérvese la forma elegante que Carrió se desenvuelve para, a través de ejemplos cotidianos, aclarar las diversas categorías jurídicas que están inmersas en el mundo jurídico. Quien aborde su estudio, desde cualquier disciplina, ya sea Derecho Civil, Penal o Constitucional, encontrará al frente suyo toda una gama de conceptos y/o principios jurídicos, en realidad, ya descifrados, siempre debido al influjo de las ideas cardinales de la Filosofía Analítica, ora, aquí aplicadas por Carrió.

Carrió, ahondando el significado de la fórmula verbal "principio jurídico", enseña que se emplea además para aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico, que no podrían faltar en una descripción suficientemente informativa de él, para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema, para referirse a la *ratio legis* o *mens legis* de una norma dada o de un conjunto dado de normas, esto es, a su propósito, objetivo, meta, *policy*, etc.; para designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo; para identificar ciertos requisitos formales o externos que —se dice— todo orden jurídico debe satisfacer; para hacer referencias a guías dirigidas al legislador que sólo tienen un carácter meramente exhortatorio; para aludir a ciertos juicios de valor que recogen experiencias básicas de justicia y moral positivas y que se dicen sustentados en la "conciencia jurídica popular"; para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica; en fin, la palabra "principios" se utiliza en contextos jurídicos, desarrollados en dos corrientes del pensamiento jurídico: el influjo de la Escuela Histórica del Derecho, y el influjo de la Jurisprudencia de Conceptos<sup>13</sup>). Todos ellos se vinculan, de manera inevitable, a siete focos de significación (pp. 209-210).

13. Vid. Savigny, Eichorn, Gierke, Stammler, *La Escuela Histórica del Derecho*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908. El vocablo "Jurisprudencia de Conceptos" fue acuñado por Philipp Heck (1858-1943).

Y, como resultado de esto, se presenta una primera aproximación entre los "principios jurídicos" y el "positivismo jurídico". Se pregunta Carrió: ¿En qué medida esos usos (principios) son compatibles con la actitud frente al Derecho que vagamente se llama "positivismo jurídico"?

Ante todo, conviene saber las dos características negativas que ofrece la expresión "positivismo jurídico". En primer lugar, se usa para excluir aquella actitud según la cual la descripción y, en general, el manejo del Derecho exigen tomar en cuenta pautas que necesariamente integran todo orden jurídico, porque son intrínsecamente justas o porque derivan del significado mismo de la expresión "orden jurídico". En segundo lugar, excluye no sólo las diversas formas de jusnaturalismo, sino también toda referencia a entidades metafísicas tales como fuerzas generadoras subyacentes, o esencias ocultas y demás mobiliario de estancias supraempíricas. Hay una conjugación de términos que Carrió sigue explicando. Sin embargo, la ojeada que hemos hechado, creemos que por ahora ubicará al atento lector.

Ahora bien, el positivismo jurídico, reflejado en esta ocasión en la obra de Hart, no se ha escapado de las críticas. Así, tenemos que Dworkin en su estudio "modelo de reglas" (*The model of rules*), sostiene y explica de la siguiente manera que Hart emplea un modelo insatisfactorio para entender el Derecho: a) El Derecho de una comunidad es un conjunto de reglas; b) Decir que una regla es válida significa que satisface los criterios establecidos en una regla suprema, o "regla de reconocimiento" aceptada por la comunidad; c) Nada que no sea una regla, así caracterizada y así identificable, puede integrar el orden jurídico; d) Cuando los jueces deben enfrentar un caso no cubierto claramente por una regla, el Derecho no les proporciona indicación alguna.

Frente a ello, Dworkin ofrece un modelo "antipositivista", con las siguientes características: a) El Derecho de una comunidad es un agregado de reglas y principios; b) Ese agregado de reglas y principios en que consiste el Derecho excluye la discreción judicial. Los jueces están siempre guiados por principios; c) No sólo las reglas confieren derechos o imponen obligaciones. Esa función es cumplida también por la operación combinada de un conjunto de principios.

El "modelo de reglas" y el "modelo antipositivista" a su turno, sostiene Carrió, puede ser rechazado por un positivista de la línea de Hart, a tenor de los siguientes argumentos y consideraciones: 1) Reglas; 2) Reglas y excepciones; 3) Reglas y principios; 4) *Textura abierta* de la regla de reconocimiento; 5) Regla de reconocimiento y principios; 6) Los criterios de la regla de reconocimiento y los principios del Derecho positivo; 7) Principios jurídicos que no son parte del Derecho; 8) Fuentes permisivas y principios de Derecho positivo; 9) Discreción judicial; y 10) El modelo de reglas específicas, *estándares* y principios, y la definición de Derecho.

A guisa de conclusión, Carrió formula tres observaciones: 1) Su preocupación de saber si las pautas o criterios llamados "principios jurídicos" son parte del Derecho tal como se ve a éste desde el punto de vista del positivismo jurídico; 2) Se puede objetar que el enfoque de Hart no constituye una variante del positivismo jurídico, sino una cosa distinta; y 3) Sea cual fuere la fuerza de esa objeción, lo cierto es que la crítica antipositivista que se examinó dirige su artillería a un llamado "modelo de reglas" que difiere sustancialmente de la teoría que pretende abatir.

#### V. *Sobre los límites del lenguaje normativo* (14) (pp. 237-279).

En esta ocasión Carrió echa mano al tema del lenguaje normativo y de sus límites, no sin antes hacer tres admoniciones: 1) Por "lenguaje normativo", entiende Carrió, el lenguaje que usamos para realizar actos tales como, entre muchos, prohibir, autorizar, ejercer críticas de ciertos tipos; 2) Por "límites del lenguaje normativo", entiende Carrió, un grupo no homogéneo de cosas; 3) Carrió advierte que, en el presente estudio, no se ocupará de los límites del lenguaje normativo jurídico, sino de los límites del lenguaje normativo a secas.

Luego de desarrollar un haz de aspectos, Carrió se centra en el tema del Poder Constituyente Originario. Como atinadamente apuntala Nino, el objetivo que se traza Carrió es mostrar que ésta es una noción lógicamente espuria y que su empleo en diferentes

14. En 1973 se publicó, en forma de libro, por la Editorial Astrea, Buenos Aires.

contextos genera confusiones perniciosas. Además, exponer las falacias y los errores que se desarrollan alrededor de este concepto como un caso de transgresión de ciertos límites del lenguaje normativo, transgresión que ilustra también con otros ejemplos de diferente índole (15).

Carrió cierra el presente epígrafe agregando jugosas notas y certeros comentarios (pp. 261-279).

#### VI. *"Sentencia arbitraria"* (16) (pp. 283-299).

La noción de "sentencia arbitraria" que maneja la Corte Suprema a partir del caso "Rey v/s. Rocha" (17), fallado en 1909, es ahora materia de estudio por parte de Carrió, quien desgaja dicha expresión en tres períodos dados en el decurso de la historia: a) El primero que arranca en diciembre de 1909 hasta 1947; b) La segunda etapa que va desde 1948 hasta septiembre de 1955, siendo el caso "Municipalidad v/s. Compañía de Gas", el más importante; c) De ahí, la tercera etapa que sigue hasta nuestros días. Esta etapa, conforme afirma Carrió, se caracteriza por un frecuente uso positi-

15. Cfr. "El concepto de Poder Constituyente Originario y la justificación jurídica", en *Libro Homenaje a Genaro R. Carrió*, ob. cit., nota 4, p. 340.

16. Con anterioridad, fue publicado en la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1965, I-II, pp. 9-22. Véase, además, de Carrió, "Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa", en la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1959, IV, pp. 85-127. También: Genaro R. Carrió y Alejandro D. Carrió, *Recurso Extraordinario por sentencia arbitraria*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978. Del mismo Carrió, "Nuevas fronteras del Recurso Extraordinario", en *Temas de casación y Recurso Extraordinario, Estudios en Homenaje a Augusto M. Morello*, Editorial Librería Platense, La Plata, 1981, pp. 211-227. El dato se lo debo al Director del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Plata, Dr. Juan Carlos Hitters. También: Néstor Pedro Sagues, *Recurso Extraordinario*, T. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, capítulo XV. Hay ediciones posteriores.

17. Entre otros considerandos, así se expresaba la Corte Suprema: "Que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de *sentencias arbitrarias*, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes".

vo del vocablo "sentencia arbitraria", y por un constante crecimiento del radio de acción cubierto por ella. Su presencia se deja notar a través del llamado Recurso Extraordinario, que constituye la vía de acceso a la Corte Suprema más frecuente y de mayor importancia, como anota Augusto M. Morello<sup>(18)</sup>.

A continuación, Carrió relaciona el rótulo "sentencia arbitraria" con los artículos 17 y 18 de la Constitución de 1853 —en actual vigencia— que contienen, en el fondo, las llamadas garantías de la administración de justicia; y a su vez las vincula con la Enmienda V, e indirectamente, con la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana de 1787: *due process of law*.

En realidad, Genaro R. Carrió hace notar la importante labor que cumple la Corte Suprema a través de los fallos jurisprudenciales, sobre la base de la, una vez más, denominada "sentencia arbitraria".

VII. *Los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld* (pp. 303-317).

Se trata de la Nota Preliminar que con anterioridad escribió Carrió al libro del profesor de las Universidades de Stanford y Yale Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918), intitulado *Conceptos jurídicos fundamentales*. Centro Editor de América Latina S.A., Buenos Aires, 1968<sup>(19)</sup>.

18. Agrega el reputado procesalista que el Recurso Extraordinario es el mecanismo más eficaz, en el orden nacional, del control judicial de constitucionalidad y para preservar la supremacía de la Constitución Nacional; catalogando a Carrió como el expositor más lúcido y profundo de esta sabia institución. Cfr. *El Recurso Extraordinario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pp. 25, 27 y 194.

19. El título en inglés es el siguiente: *Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*. La revisión técnica estuvo a cargo del propio Carrió, conjuntamente con Fernando Barrancos y Vedia. Fue, precisamente, con este libro que se inició la colección "Filosofía y Derecho", fundada por Carrió, Jorge A. Bacque, Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés. El propósito era publicar trabajos de Teoría General del Derecho, Filosofía Jurídica, y además de Filosofía General, de consagrados autores que hasta ese momento eran desconocidos en su mayoría por el público en habla hispana, con las ex-

El libro de W. N. Hohfeld fue escrito en 1913 e inspirado en una concepción analítica aplicada en el Derecho anglosajón. Merced a la traducción que realizó Carrió, empezó a ser conocido al igual que su autor, en habla castellana. Carrió destaca que el trabajo de Hohfeld es típico de la jurisprudencia analítica, pero no por ello reste importancia su aplicación al Derecho de la Europa Continental.

VIII. *Dworkin y el positivismo jurídico*<sup>(20)</sup> (pp. 321-371).

Carrió explica que la crítica que hace el jurista y filósofo norteamericano Ronald M. Dworkin, en su libro *Taking Rights Seriously* (1976) a la obra de Hart, se ha centrado prácticamente en el mundo jurídico angloamericano, y que ha pasado desapercibido en el bloque de Europa Continental.

Carrió, en conclusión, hace tres tipos de observaciones a la posición que asume Dworkin sobre el positivismo jurídico: 1) Que Dworkin ha *creado* o *inventado* su blanco por cuanto la postura de positivismo jurídico que argumenta no existe, más aún, que no tiene mucho sentido en los juristas formados en la tradición jurídica de Europa Continental. Ello, por lo demás, no quita los méritos de la actividad científica desarrollada por el catedrático de Derecho en la Facultad de Derecho de Yale, y ahora de Jurisprudencia, en Oxford; 2) Dworkin comete el error de atribuir a Hart<sup>(21)</sup> una teoría

cepciones del caso: Karl Olivecrona, Jerome Frank, George Nakhnikian, Herbert Fiedler, Alf Ross y Hans Kelsen. De tal forma que se modernizaron los diversos temas del Derecho y de la Filosofía, debido al impulso y apoyo de Carrió y del grupo que dirigía la colección "Filosofía y Derecho".

20. Con anterioridad se había publicado en Cuadernos de Crítica, N° 16, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1981. Se trata de las conferencias que Carrió pronunció los días 15 y 16 de marzo de 1979 en la Indiana University School of Law Bloomington. Hay traducción italiana a cargo de Ricardo Guastini. Vid. la reseña bibliográfica de J. Jesús Orozco Enríquez, en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 53, México, D.F., 1985, pp. 849-851.

21. Vid. R. M. Dworkin: "¿Es el Derecho un sistema de normas?", en R. M. Dworkin (Compilador) *La Filosofía del Derecho*, F.C.E., México, D.F., 1980, pp. 75-127. Aquí, Dworkin también arremete contra Hart.

de la decisión judicial, y no toma debidamente en cuenta las pocas contribuciones que Hart ha realizado en esta materia en los últimos veinte años; 3) Se pregunta Carrió ¿habremos de decir que las críticas de Dworkin están formuladas desde un punto de vista sociológico a la manera de Pound, enriquecido por fundamentos y sutilezas filosóficas más refinadas, que no debe confundirse con ninguna concepción iusnaturalista, vieja o nueva?

IX. *Un intento de superación de la controversia entre positivistas y iusnaturalistas (Réplica a Carlos S. Nino)* (pp. 375-401).

Carrió rubrica su libro *Notas sobre Derecho y Lenguaje* con el presente ensayo. En determinadas oportunidades, ha tenido que salir al frente para defender sus ideas y puntos de vista. Más arriba hemos citado su querrela con Sebastián Soler. Ahora, vuelve a la carga para polemizar alturadamente con Carlos Santiago Nino (n. 1943), quien formula una propuesta de conciliación entre los tradicionales adversarios de la Filosofía Jurídica: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, apoyado en una reconstrucción de los conocidos y no siempre consistentes —atribuye Carrió— argumentos anti-positivistas de Dworkin (22).

Por todo lo anterior, la personalidad humana y, desde luego, el libro que se da a la estampa, científica y académica de Genaro R. Carrió, que aún insufla, se pueden resumir con las siguientes palabras laudatorias de Antonio Anselmo Martino: "Finissimo scrittore, dotato di uno "humor" chello rende intraducibile, appare come imbarazzato di fronte agli uditori che pero rimangono incantati della sua minuziosa analisi" (23).

22. La postura de Nino se ha publicado en su libro *La validez del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.

23. Comentando la primera edición de *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Julio Cueto Rua decía: "Lo ha escrito, sin duda, un profesor acostumbrado a impartir enseñanzas. Pero también un literato muy cómodo en el empleo de las palabras y en el manejo de la sintaxis". Cfr. *La Ley*, t. 119, Buenos Aires, 1965, p. 1.284. Véanse también, las reseñas bibliográficas de Ricardo Balestra, en *Lecciones y Ensayos*, N° 30, Buenos Aires, 1965, pp. 156-157; y de Ernesto Grin, en la *Revista Jurídica* de Buenos Aires, 1966, II, pp. 267-272.

*Addenda.*

Conocí y traté de manera personal a Genaro R. Carrió, con ocasión de celebrarse en la acogedora ciudad de San José, Costa Rica, el *V Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, durante los días 17 al 28 de agosto de 1987 (24). El Instituto Interamericano de Derechos Humanos me había concedido una beca de estudio para asistir a dicho evento, y fue ahí precisamente donde Carrió participó como expositor (25). Los asistentes escucharon con suma atención la exposición de uno de los más destacados jus-filósofos de Latinoamérica. La lógica, la coherencia y capacidad de síntesis para exponer, fueron las características más saltantes en Genaro R. Carrió. Al final, me acerqué a él con cierta timidez para solicitarle una breve entrevista, y me dijo que con mucho gusto accedería. Me citó para las siete de la noche en los ambientes de descanso del Sheraton Herradura Hotel & Spa. Ahí estaban alojados, en conjunto, tanto los expositores como los participantes. Y la velada internacional se desarrollaba de manera maratónica durante todo el día en una de las salas de conferencia del hotel. Carrió estaba acompañado de su esposa. Conversamos amablemente, y me respondió con estilo y fineza cada una de las preguntas que le formulé, las cuales, a propósito de la recensión a su libro medular, aquí las reproduzco, digámoslo así, a manera de *Addenda*.

1. *¿Cómo enfoca Ud. la Filosofía Analítica del lenguaje con el Derecho? ¿Acaso, su pensamiento está centrado en esa concepción?*

Sí, yo diría que sí. Desde que tomé conocimiento a comienzos de la década del sesenta, de las contribuciones del filósofo inglés Herbert L. A. Hart (n. 1907) al campo de la Filosofía Jurídica me sentí atraído por esas ideas. Fue así que, en 1962, traduje una colección de artículos del nombrado jus-filósofo, con el título de *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Y, en 1963, traduje el

24. Vid. mi glosa del evento internacional en el "Dominical" de El Comercio, Lima, 20 de septiembre de 1987.

25. Su ponencia se acaba de publicar con el título de *Los Derechos Humanos y su protección (Distintos tipos de problemas)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

fundamental libro de Hart, *El concepto de Derecho* (*The concept of Law*). Desde entonces he continuado bajo la influencia de esa línea de pensamiento. Mis aportes a ella están compilados en un libro cuya primera edición se publicó en 1965 (hay ediciones posteriores), que se titula *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. La Filosofía Analítica ha aportado al Derecho la elucidación de problemas tan centrales como el de la interpretación, donde la ambigüedad, vaguedad y textura abierta del lenguaje ordinario están en la base de toda la problemática correspondiente a esa área.

2. *¿Cuál es el estado actual del pensamiento filosófico latinoamericano? Y, por ende, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho.*

Siempre ha sido muy activo. Como nueva escuela, se destaca la Filosofía Analítica en la que militan sobresalientes filósofos de América Latina. La Filosofía Analítica tiene su origen y mayor influencia en los países anglosajones y ha centrado su interés en el problema del lenguaje. Dentro del campo de la Filosofía del Derecho latinoamericana uno de los más grandes filósofos ha sido Carlos Cossio (1903-1987), creador de la famosa "Teoría Ecológica del Derecho". En la actualidad, la Filosofía Analítica también exhibe sus logros en el campo de la Filosofía Jurídica. Para citar sólo dos nombres, mencionaré los del argentino Carlos Santiago Nino (n. 1943) y del peruano Francisco Miró Quesada Cantuarias (n. 1918).

3. *¿Qué significa para Ud. la 'libertad'?*

La libertad tiene muchas acepciones. En sentido político, significa para el hombre la posibilidad de formular y poner en práctica planes de vida. Como concepto negativo significa poder formular y realizar esos planes sin interferencias del poder público y grupos humanos (libertad respecto de algo). Ahora, como concepto positivo, es la libertad para hacer algo. Consiste en la existencia de pretensiones que tienen como contrapartidas actos positivos del Estado. Ejemplo del primero: derecho a la vida; ejemplo del segundo: derecho a recibir una educación adecuada, a gozar de una vivienda digna.

4. *De acuerdo con esa idea, ¿se podría decir que el concepto de 'libertad' se complementa con el de 'igualdad'?*

Una de las libertades básicas en sentido negativo es la de no sufrir discriminaciones arbitrarias fundadas en raza, sexo, religión, *status* económico, etcétera. Y en ese derecho consiste la igualdad.

5. *Dentro de los problemas relativos a la protección de los Derechos Humanos, ¿qué papel debe cumplir el Estado moderno?*

El Estado moderno debe tutelarlos principalmente mediante la organización de un Poder Judicial fuerte e independiente al mismo tiempo; y en lo que concierne a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Estado moderno debe dictar normas, ya que tales derechos tienen como contrapartida esos deberes del Estado. El Estado moderno se caracteriza por ser el sujeto pasivo de los deberes de ese tipo.

6. *¿Es el fenómeno del terrorismo un problema difícil de solucionar? En todo caso, ¿cómo debe plantearse su desaparición?*

Es uno de los problemas más difíciles que enfrenta la sociedad contemporánea. Pero, para evitarlo, el Estado no debe recurrir a otras armas que no sean sino el funcionamiento regular de sus órganos. Debe de evitar por encima de todo, acudir a métodos que dupliquen el fenómeno que se trata de combatir. De lo contrario, nos veríamos frente al terror del Estado como herramienta de lucha contra el terrorismo, terror que es tan malo como el terrorismo que mediante él se trata de combatir.

*José F. Palomino Manchego*