

**LA PROPUESTA DE TOMMASO GRECO.
A PROPÓSITO DE LA LEGGE DELLA FIDUCIA.
ALLE RADICI DEL DIRITTO**

**TOMMASO GRECO'S PROPOSAL
ABOUT LA LEGGE DELLA FIDUCIA.
ALLE RADICI DEL DIRITTO**

RAFAEL DE ASÍS
Universidad Carlos III de Madrid
<https://orcid.org/0000-0002-0111-2261>

Fecha de recepción: 7-9-22

Fecha de aceptación: 28-9-22

Resumen: La legge della fiducia. Alle radici del diritto, *constituye una propuesta de comprensión del Derecho y, al mismo tiempo, una invitación a la reflexión sobre su significado y sentido. En estas breves reflexiones se abordan algunas de las cuestiones sobre las que el libro te invita a reflexionar y se plantean algunas dudas que suscita la propuesta de Tommaso Greco.*

Abstract: La legge della fiducia. Alle radici del diritto, *is a proposal for understanding the Law and, at the same time, an invitation to reflect on its meaning and sense. These brief reflections address some of the questions on which the book invites reflection and raise some of the doubts raised by Tommaso Greco's proposal.*

Palabras clave: confianza, deber, seguridad, cumplimiento
Keywords: trust, duty, security, compliance

Quiero empezar estas breves reflexiones sobre el libro de Tommaso Greco, *La ley de la confianza. En las raíces del Derecho*, felicitando al autor por este trabajo que aborda un tema tan actual como el de la confianza y el Derecho, tratando de paso, de manera rigurosa, importantes cuestiones de la filosofía jurídica y política.

El libro expresa una concepción de la filosofía del Derecho, y junto a ella también del Derecho, de la actuación de los operadores jurídicos e incluso de la justicia. Una concepción amplia y no reduccionista, en la que se integra a la filosofía Política. Esta concepción de la filosofía del Derecho que puede calificarse como contemporánea, a pesar de estar bien anclada y apoyada en la historia, posee tanto una proyección teórica como práctica. Se trata, en definitiva, de una forma de hacer filosofía del Derecho que me resulta familiar, y que está presidida por los tres grandes temas que Bobbio asociaba a ésta: la Teoría del Derecho, la Teoría de la Justicia y la Teoría de la Ciencia Jurídica.

Como no podría ser de otra forma, *La ley de la confianza*, está en sintonía con otros trabajos del profesor Greco, como por ejemplo *Norberto Bobbio: un itinerario intellettuale tra filosofia e politica* (2000); o, “Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos” (2010), donde recupera el discurso de los deberes; o, “Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del Derecho” (2016), en donde se refiere al aspecto relacional del Derecho y al Derecho colaborativo.

Y también está en sintonía con diferentes líneas de pensamiento, clásicas y contemporáneas, y con principios que dan cuenta de los principales ejes de esta obra. Entre estas líneas y pensamiento está el republicanismo, con su visión de la libertad, del Estado y del ciudadano; la solidaridad, un pensamiento que hemos recuperado en la pandemia (si bien más desde el punto de vista de los ciudadanos que de los Estados); la inclusión, que por cierto, a diferencia de la integración no se entiende sin deberes (en el sentido en el que en esta obra se habla de deberes); con el pensamiento colaborativo, tan presente hoy al hablar de la vivienda colaborativa, de la economía colaborativa o, incluso, del Derecho colaborativo; con el pensamiento positivo sobre la humanidad, hoy representado por el libro de Rutger Bregman, *Dignos de ser humanos*; con el pensamiento que concibe al Derecho como argumentación, a través de la importancia que se da a la decisión, al consenso y a la justificación, y también ante la relación entre la pretensión de corrección y la confianza.

Quiero destacar igualmente lo oportuno que es el libro, teniendo en cuenta la compleja situación en la que nos encontramos en la actualidad. Hablar de la confianza en tiempos de pandemia, de guerras como las que se están produciendo (algunas de ellas muy cercanas como la de Rusia y Ucrania), de *fake-news* o de luchas internas en los partidos políticos (en España, a lo largo de los años 2021 y 2022, hemos tenido un buen reflejo de ello), puede ser

una necesidad. La reflexión sobre la confianza permite entender el Derecho y también su papel en la sociedad. ¿Es posible un Derecho basado sólo en la desconfianza? ¿ha existido en algún momento? ¿es el momento de la confianza? ¿lo ha sido siempre?

Estos interrogantes sobre la confianza aparecen muy vinculados a otro término también de gran actualidad y que, de manera transversal, está presente en este trabajo del profesor Greco: el cumplimiento. Confianza y cumplimiento (*Trust and Compliance*) son dos de los grandes referentes de la reflexión sobre la sociedad actual, y ambos los podemos encontrar en *La ley de la confianza*.

Pues bien, mi escrito va a tener dos partes. En la primera expondré algunos de los temas sobre los que *La ley de la confianza* te invita a repensar; en la segunda, señalaré alguna duda que me suscita.

1. EL CONVITE DE LA LEY DE LA CONFIANZA: UNA INVITACIÓN A LA REFLEXIÓN

La ley de la confianza es un libro que recoge una propuesta, una toma de posición (siguiendo de nuevo a Bobbio) sobre el Derecho, pero al mismo tiempo, es una invitación a reflexionar sobre los grandes temas de la filosofía jurídica y política. Se trata así de una especie de convite que Tommaso Greco nos hace llegar, en el que la elección de la comida y la bebida es a la vez una invitación a su crítica y cuestionamiento.

No es posible en estas breves páginas dar cuenta de todos y cada uno de los temas sobre los que el libro de Tommaso Greco te invita a pensar. Tampoco es posible dar cuenta de aquellos que desde un punto de vista personal son los que más me han interesado. Escogeré sólo alguno de ellos que expondré de manera desordenada, si bien quiero comenzar señalando que la propuesta de convite es lo que más valoro del libro. Una propuesta de convite que da cuenta de la capacidad del profesor italiano de abordar algunos de los temas más importantes para la filosofía jurídica y política y que, a la vez, interesan a buena parte de la población porque se manifiestan en problemas del día a día.

A lo largo de todo el libro se analizan diferentes cuestiones jurídicas desde el binomio confianza y desconfianza. Se trata de un binomio que, en línea de principio, no tiene la misma fuerza en todas las ramas.

No cabe duda de que la confianza es uno de los grandes referentes del Derecho privado, a través de dos de sus grandes principios: el principio de

buena fe y el principio de la autonomía de la voluntad. Ambos se proyectan en la principal herramienta de este Derecho: el contrato. Una herramienta que no se entiende sin la confianza, y cuya relevancia, por cierto, va más allá del Derecho, a través del valor que la promesa y la verdad tienen en nuestras sociedades. Es difícil así pensar en una sociedad basada en la desconfianza y la mentira y, por ende, en un Derecho privado de ese tipo.

En cambio, el Derecho penal parece estar basado en la desconfianza. La idea de castigo y de sanción de comportamientos, representa la desconfianza. Pero la confianza está también presente en el Derecho penal (no en el sentido en el que se integra en la dogmática penal en el siglo XX), a través de la eficacia del castigo, esto es, a través de una dimensión inseparable de este Derecho como es la confianza en que se cumplirá lo dispuesto en él.

Se trata de un tipo de confianza que está también muy presente en el Derecho público. Una de sus proyecciones más relevantes la encontramos en el ámbito del Derecho administrativo donde la confianza en la Administración se manifiesta, por ejemplo, en la presunción de veracidad de los agentes de la autoridad o en la propia presunción de legalidad. Ciertamente, esta confianza en la Administración, necesaria para el funcionamiento de ésta, no ha tenido siempre unas buenas consecuencias. Y no me refiero a actuaciones concretas de carácter ilegal sino más bien a consecuencias de tipo estructural. Un ejemplo de estas últimas es la configuración de un sistema jurídico, en el que la sanción a la Administración se convierte en una tarea casi imposible. Una consecuencia estructural del sistema, basada en la confianza, que, finalmente, lleva al ciudadano a la desconfianza.

Y es que, el binomio confianza-desconfianza plantea interesantes problemas teóricos y prácticos. Me voy a referir a dos: el problema de la confianza en los deberes y el problema de la indeterminación.

Lo que he presentado como confianza en los deberes tiene que ver con una distinción que se apunta en el libro del profesor Greco, y que para mí es de nuevo familiar. Se trata de la distinción entre deber y obligación, que aparece ya en su trabajo “Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos”, y que implica conceder al término deber un cierto status justificativo superior. Un status que permite relacionar al deber con la confianza y a la obligación con la desconfianza.

Y es que esta distinción constituyó uno de los ejes de la que fue mi tesis doctoral, luego publicada en parte como *Deberes y Obligaciones en la Constitución* (1991). En aquel trabajo defendía la distinción entre la obliga-

ción y el deber, partiendo del pensamiento de Kant, analizando las obras de diversos autores y distinguiendo el plano individual del intersubjetivo. En este sentido, señalaba que deber era un término moral mientras que la obligación podía tener bien significado moral, bien significado jurídico.

Relacionaba así el concepto de deber con la voluntad buena, lo que es bueno por su valor intrínseco, aquella fuerza interior que nos hace realizar u omitir algo. El deber, señalaba, poseía un carácter absoluto, presuponiendo una `elección de principio' o, lo que es lo mismo, la elección del proyecto vital (único aspecto en el que el deber se derivaba de algo), y que podía modificarse a lo largo de la historia del individuo.

También diferenciaba entre deber individual y de deber intersubjetivo. El deber, en sentido individual, lo relacionaba con la virtud moral, y podía ser visto como la actuación de la voluntad que es partícipe del camino hacia la consecución de nuestro proyecto vital mediante el desarrollo interno. El deber, en sentido intersubjetivo, partía del individual y tenía su origen en un diálogo ideal intersubjetivo, La `elección de principio' se producía también en esta consideración del deber, y coincidía con el momento (nunca inmutable) en el que se producían los resultados del diálogo ideal intersubjetivo. El deber, en sentido intersubjetivo, lo identificaba, por ello, con los valores.

Y destacaba que la consideración del deber como algo autónomo hacía que pudieran darse casos en los que un deber intersubjetivo no fuera asumido por un individuo. En este caso, para éste, no podría hablarse de deber sino de obligación.

Por su parte, la obligación moral la caracterizaba por ser condicional, estar relacionada con deberes e implicar una restricción de la libertad. Dentro de ella también diferenciaba entre obligación moral individual y obligación moral intersubjetiva. La obligación moral individual surgía en virtud de un deber, de un valor o de cierta norma; la intersubjetiva de acuerdos intersubjetivos, de la moral social o del Derecho.

Por último, las obligaciones jurídicas se caracterizaban por ser impuestas por una norma jurídica, suponer una restricción a la libertad del individuo e ir acompañada de algún tipo de sanción para casos de no cumplimiento.

En este sentido, a diferencia de las obligaciones, los deberes no son relacionales, son incondicionales, representan fines en sí mismos, son autónomos, presuponen el conocimiento de su contenido y no presentan la nota de la coactividad.

Ciertamente, en la que fue mi tesis doctoral, la distinción entre deber y obligación no se hizo tomando como referencia el binomio confianza-desconfianza. Sin embargo, la lectura del libro de Tommaso Greco me ha permitido volver sobre esa distinción y examinarla desde estos parámetros.

Otro de los problemas que he apuntado es el de la indeterminación. Como es sabido se trata de una cuestión que suele ser representada a través de la distinción entre reglas y principios.

Esta distinción que se presenta al hilo de la clasificación de las normas atendiendo a su estructura, surge más bien por el carácter determinado o indeterminado de éstas. En este sentido, como es sabido, las reglas se caracterizan por su determinación, mientras que los principios lo hacen por su indeterminación. La diferencia entre enunciados determinados e indeterminados proyectada sobre el binomio confianza-desconfianza, nos lleva a relacionar lo determinado con la primera y lo indeterminado con la segunda. Se trata de una relación que trae consigo un aspecto que no queda claro en el libro de Greco y que volverá a salir más adelante: la relación entre seguridad y confianza.

Además, esta relación nos plantea otros problemas que tienen que ver con la función de los principios y con la propia comprensión del Derecho. Y es que, por un lado, la existencia de principios jurídicos, a pesar de su carácter indeterminado, en muchas ocasiones parece estar más cerca de la confianza, al ser para muchos la representación de la justicia o aquello que nos permite decidir correctamente en los casos dudosos o ante lagunas. Por otro lado, la relación entre los principios y la desconfianza puede tener consecuencias importantes para la comprensión del Derecho, sobre todo si consideramos que éste está compuesto, predominantemente, por normas principio. Si esto es así, la asociación confianza-Derecho no sería tan fuerte como parece desprenderse del contenido de este libro. Aunque claro, también podríamos matizar esa afirmación anterior de que el Derecho está compuesto, predominantemente, por normas principio, señalando que esto es así si contemplamos el Derecho como sistema de enunciados, pero que otra cosa ocurre si, además, integramos las decisiones, ya que estas requieren la conversión, para el caso concreto, del principio en regla.

El examen de ciertos fenómenos desde el binomio confianza-desconfianza plantea problemas en forma de paradojas. Destacaré dos que han surgido de la lectura del libro de Tommaso Greco: la paradoja del Derecho basado en la desconfianza pero que funciona por la confianza y la paradoja de la seguridad en la desconfianza.

La primera de ellas se produce desde el manejo de una visión del Derecho apoyada en la desconfianza, a la que se refiere de manera crítica el profesor Greco, pero que, sin embargo, funciona gracias a la confianza que las principales instituciones jurídicas trasladan a los ciudadanos o a la aceptación de su contenido. Así, por ejemplo, no cabe duda de que el Derecho no se puede explicar sin utilizar la referencia a la sanción o a la coacción; pero tampoco, sin dar cuenta de cómo los ciudadanos confían en la decisión jurídica al satisfacer éstas expectativas de razonabilidad en la mayoría de los casos. Por eso, cuando se dejan de satisfacer esas expectativas, se pierde la confianza y el Derecho se tambalea.

La segunda de las paradojas tal vez es más un círculo vicioso; un círculo entre confianza, seguridad y desconfianza. Así, la confianza requiere seguridad en el otro, saber predecir las consecuencias de nuestras acciones, prohibir y amenazar (desconfianza), y esto nos proporciona seguridad y con ella confianza (siempre que quien tiene que sancionar cumpla). De alguna manera la confianza requiere la seguridad en la desconfianza.

En todo caso, tiene razón Tommaso Greco cuando señala que cuanto más garantiza el Derecho el desarrollo de relaciones basadas en el respeto y la igualdad, puede ser en mayor medida vehículo de confianza. Y que, por el contrario, la opresión y la dominación arbitraria, al remover la base del respeto mutuo, eliminan cualquier espacio en el que pueda florecer la confianza.

Pero el respeto y la igualdad necesitan de un Derecho en el que pueda confiarse. La llamada a la confianza en este libro, no es un canto contra el Derecho, sino contra una manera de entender o de construir el Derecho. Un Derecho horizontal y no vertical. La confianza llama a nuestro aspecto relacional, nuestra dependencia, y es sin duda un mejor punto de partida para construir una teoría de los derechos y un Derecho basado en éstos.

2. CUATRO DUDAS DESDE LA LEY DE LA CONFIANZA

Como no podía ser de otra forma, la lectura de un buen libro como *La ley de la confianza. En las raíces del Derecho*, te suscita algunas dudas y preguntas. De manera escueta voy a referirme a cuatro.

La primera de ellas ya ha sido apuntada en varias ocasiones y tiene que ver con la relación entre confianza, la seguridad y la desconfianza. Teniendo claro que no es lo mismo seguridad que confianza, parece que la primera se presenta como el punto de intersección de las otras dos.

La segunda tiene que ver con los problemas que puede tener basar el Derecho en un sentimiento. El Derecho moderno se ha venido presentando como un orden racional justificado también invocando razones y no sentimientos. Es verdad que desde determinadas posiciones se apela a los sentimientos, pero me parece que se hace desde referentes alejados a los de Greco. Se trata en todo caso de una duda que yo mismo puedo matizar. Y es que me he referido antes a la confianza en la satisfacción de expectativas de razonabilidad. Se trata de una confianza con peso racional pero que se manifiesta como sentimiento: la confianza en la razón es también un sentimiento...

Muy unida a lo anterior me surge la tercera de las dudas que tiene que ver con la posibilidad de describir el Derecho única y exclusivamente en términos de confianza. No creo que esa sea la posición final de Greco. En el libro no se aparta completamente la dimensión de la desconfianza del Derecho. Y es que, seguramente, no es posible hacerlo. Al final la relación entre confianza y desconfianza en el Derecho tiene que ver con cuestiones como la legitimidad y la legitimación, con la validez y la facticidad.

La última de mis dudas puede presentarse a través de una pregunta: ¿Es posible en un contexto como en el que estamos de desconfianza, recuperar la confianza en el Derecho?

Ciertamente, soy consciente de que estoy partiendo de un presupuesto, el contexto de desconfianza, que habría que demostrar. Pero dando por sentado lo anterior, ¿es posible recuperar la confianza?

Seguramente una de las maneras es precisamente señalar como esta siempre ha estado aquí. Pero la desconfianza está tan arraigada...

En el ámbito de la psicología se suelen señalar ciertos pasos como etapas necesarias para la recuperación de la confianza. Entre estos pasos se habla de admitir el error, explicar lo que condujo a hacerlo, tener humildad, recuperar la comunicación, no mentir... En resumidas cuentas, reconocer el error, solventarlo y disculparse. ¿Sirven estos pasos para el Derecho y la Política?

Tommaso Greco en este libro señala algunos instrumentos para recuperar la confianza. Entre ellos destacaría dos.

Por un lado, construir un Derecho abierto, esto es, un Derecho claro y accesible. No se trata de una tarea fácil ya que implica cambiar en primer lugar buena parte de la cultura jurídica, basada conscientemente en un lenguaje técnico que genera fronteras difíciles de superar, y, en segundo lugar, el método y la distribución de los poderes jurídicos. En todo caso, esta propuesta

de Derecho abierto, permitiría superar la desconfianza ante aquello que no se entiende...

El segundo de los instrumentos que destacaría entre los propuestos por el profesor Greco es el de conseguir una cultura jurídica responsable, una cultura de la legalidad.

A estos dos instrumentos, añadiría un tercero que es, de alguna manera, una consecuencia del anterior: prestar una mayor atención a la ética de las profesiones. Y es que, un Derecho basado en la confianza requiere de un ejercicio ético de las profesiones jurídicas, sobre todo de aquellas cuya actuación determina condiciones de validez y, por qué no, de justicia. De ahí, como ya he señalado en otras ocasiones, la relevancia, por ejemplo, de la ética judicial.

¿Por qué funciona el Derecho? ¿Por qué el Derecho es eficaz? Existe una cierta tendencia a contestar estas preguntas desde el Derecho, por ejemplo, en el caso español utilizando lo contenido en el artículo 9,1 de la Constitución ("Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico"). Pero entonces, conviene advertir que el núcleo de las preguntas pasa a ser entonces la reflexión sobre por qué hay que obedecer al artículo 9,1...

A veces, esta pregunta se contesta desde la coacción y la fuerza. El Derecho es eficaz, esto es, es obedecido, porque bien a través de la fuerza física o bien a través de la amenaza de sanciones, los ciudadanos se ven obligados a hacerlo. No obstante, siempre he pensado que esta contestación, además de incompleta (al dejar sin responder la cuestión de por qué obedecen aquellos que están encargados de ejercer o dirigir la fuerza) no sirve para explicar el funcionamiento del Derecho en circunstancias normales.

El Derecho es eficaz, es obedecido, porque los ciudadanos lo consideramos razonable (que no necesariamente justo). Dejamos en manos de los Parlamentos y, sobre todo, de los jueces nuestros derechos y bienes, porque consideramos que, por regla general, son órganos legítimos que producen decisiones que satisfacen nuestras expectativas razonables. Lo anterior supone que se trata de órganos que cumplen una serie de requisitos de legitimidad (rasgos) cuyas decisiones tienen como base una interpretación del Derecho, entre todas las posibles, tomada de manera imparcial. Nótese que hablo no de la mejor interpretación ni de la que se adecúa a nuestros intereses, sino de una de las posibles y de una actuación que se realiza sin que se aprecie interés alguno por parte de un órgano que satisface una serie de rasgos. Estos rasgos, en el caso de los jueces, en ocasiones se limitan a la for-

ma de motivar (por lo tanto, tienen que ver con la manera de someterse al Derecho) o a la ausencia de interés (esto es, con la imparcialidad). Pero también pueden extenderse a otros condicionantes referidos a la figura del juez en general y de quien decide en particular.

Además, si la pregunta que nos ocupa se desenvuelve en el marco de sistemas constitucionales, satisfacer nuestras expectativas razonables implica también una decisión susceptible de enmarcar en los contenidos materiales básicos del Ordenamiento Jurídico: los derechos fundamentales.

Lo anterior, ya de por sí, condiciona la labor judicial en el sentido de que exige al Juez, con carácter general, satisfacer determinados rasgos, básicamente sometimiento al Derecho e imparcialidad. Si esto es así, la siguiente pregunta que nos debemos hacer es la de por qué los jueces obedecen al Derecho y por qué se comportan de manera imparcial (y en su caso también, si existen otros rasgos que deban satisfacer). En muchos casos esta pregunta se resuelve, de nuevo, de manera circular: los jueces obedecen al Derecho y son imparciales porque tienen la obligación jurídica de hacerlo. Pero, al igual que hacíamos antes, lo interesante es conocer por qué obedecen estas obligaciones o si se prefiere, de manera general, plantearnos si podemos justificar su existencia; justificación que, irremediamente nos lleva al campo de la reflexión ética: de la ética judicial. Sin ética judicial difícilmente funciona correctamente el Derecho.

Esta pequeña reflexión pone de manifiesto la singular importancia que posee el estudio sobre los principios éticos que determinan el papel del Juez y de la función Judicial. Y creo que esto puede extenderse a otras profesiones jurídicas.

Sin embargo, produce cierta perplejidad la poca atención que se presta, por ejemplo, en el ámbito de la formación, a la ética y deontología profesional en el campo del Derecho en general. Estoy convencido que una mayor atención a esta problemática, contribuiría al fomento de la confianza en el Derecho.

RAFAEL DE ASÍS ROIG

Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba

*Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126*

Getafe 28903 – Madrid

e-mail: rarfid@inst.uc3m.es