

EL DERECHO DE LA CONFIANZA*

THE LAW OF THE TRUST

TOMMASO GRECO
Università di Pisa

Fecha de recepción: 23-3-23

Fecha de aceptación: 11-4-23

Resumen: *En este artículo respondo a las consideraciones incluidas en el fórum dedicado a mi libro La ley de la confianza, deteniéndome en particular en el rol de la filosofía del Derecho y en los ulteriores posibles desarrollos de la reflexión entre Derecho y confianza.*

Abstract: *In this article I reply to the comments made in the forum on my book La ley de la confianza, focusing in particular on the role of the Philosophy of Law and further possible developments in the reflection on the relationship between Law and trust.*

Palabras clave: Filosofía del Derecho, Derecho y confianza, funciones del Derecho, derechos y deberes, Derecho y Justicia

Keywords: Philosophy of law, Law and trust, functions of Law, rights and Duties, Law and Justice

El fórum que, en el último número, *Derechos y Libertades* ha dedicado a *La ley de la confianza* (surgido a partir de dos encuentros desarrollados en Madrid y en Sevilla, organizados por los queridos amigos y colegas Francisco Javier Ansuátegui Roig y Fernando H. Llano Alonso) confirma sobre todo la amistad que muy estimados Maestros y queridos colegas españoles y españolas me regalan ya desde hace mucho tiempo. Las palabras que han dirigido a

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

mi persona y a mi libro me halagan y me honran, y representan solo el último testimonio de una relación que ha sido y continúa siendo para mí fuente de alegría y de crecimiento intelectual y humano. Todo esto confirma que, cuando es posible caminar sobre los sentimientos y los vínculos, la investigación científica se convierte en un placer y produce sus mejores frutos.

Después de haber leído los escritos de Antonio Enrique Pérez Luño, Emilia Bea Pérez, Rafael de Asís, Andrés García Inda, y de Francisco Javier Ansuátegui Roig, no puedo más que confirmar cuanto he dicho en otras ocasiones: que el principal mérito de mi libro no reside tanto en lo que está escrito en sus páginas como en el haber suscitado un debate en el que se han escrito muchísimas cosas interesantes, y que por otra parte parecen anunciar ulteriores y aún más profundos desarrollos. En las páginas que siguen intentaré dialogar con los autores de los ensayos publicados en el número 48 de la revista, concentrándome por razones obvias sobre todo en los puntos críticos, con la esperanza, de un lado, de poder aclarar ulteriormente mi punto de vista y, de otro lado, de avanzar la discusión sobre algunas cuestiones cruciales. Pero antes quisiera detenerme en una cuestión metodológica preliminar.

1. POR UNA FILOSOSOFÍA DEL DERECHO ‘ABIERTA’

Como han subrayado tanto Rafael de Asís (p. 37) como Javier Ansuátegui (p. 72), el tema de la relación entre Derecho y confianza implica enfrentarse con una serie de problemas centrales en la filosofía del Derecho: el concepto de Derecho, el concepto de justicia, las relaciones entre Derecho y fuerza y entre Derecho y sanción, el fundamento de la normatividad, la distinción entre principios y reglas y el problema de su aplicación, etc. Esto es exactamente lo que he buscado, si bien en ocasiones superficialmente, hacer en mi libro: utilizar un punto de vista desacostumbrado para afrontar alguna de las cuestiones relevantes de filosofía del Derecho. La cuestión que debe explicitarse, y que sin embargo en el libro no he abordado voluntariamente, es la de *qué* filosofía del Derecho estamos hablando. En este sentido, si bien no discutiéndolo de manera directa, como ha notado De Asís mi libro asume claramente una posición en favor de una filosofía del Derecho “amplia y no reduccionista”: en realidad, la filosofía del Derecho en la que pienso –y que puede abordar adecuadamente todos los problemas que se acaban de recordar– es una disciplina que, partiendo ciertamente de la realidad del Derecho, dialoga fecunda,

y contemporáneamente, tanto con todas las ciencias jurídicas, como con todas las ciencias y los saberes que pueden aportar contribuciones significativas en términos de apertura de nuestro horizonte cognitivo y crítico. Si hay una contribución que la filosofía del Derecho puede ofrecer a las ciencias jurídicas y en general al debate público, creo que consiste sobre todo en la elaboración de claves de lectura que puedan ayudar a leer –y eventualmente a criticar– el presente del Derecho (y no solo del Derecho). Y estas claves de lectura pueden derivar solo de la *apertura* que la filosofía del Derecho muestra –y al mismo tiempo actúa y garantiza– frente a todos los saberes que pueden aportar algo significativo para observar mejor los fenómenos en los que ponemos nuestra atención (pienso por ejemplo en la gran ayuda que para el jurista puede venir de la literatura). Con una imagen que me gusta utilizar en estas ocasiones, digo que el cometido de la filosofía del Derecho es el de tener abierta la puerta a través de la cual el mundo del Derecho debe comunicarse con todo lo que le es externo. Un cometido importante, que nadie mejor que el filósofo del Derecho puede afrontar, en beneficio de todos. Me parece que, aunque sin hacernos ninguna ilusión, el debate que en Italia se ha suscitado a partir de mi libro confirma que se trata de una opción que debe ser tomada muy en serio y que por tanto no debemos tener la obsesión de situarnos servilmente en el terreno de los juristas para ser ‘útiles’ a su trabajo. La mejor manera para ser ‘útiles’ –no solo a la ciencia jurídica sino, como decía antes, al debate público– es hacer explícito todo lo que está en juego cuando tratamos con el Derecho. Es como si nosotros debiéramos explicar a los juristas el sentido y el significado de lo que hacen y de lo que practican. Un poco presuntuoso como cometido, pero no creo que pueda haber uno más apropiado para quien se ocupa de la filosofía del Derecho.

2. DERECHO Y CONFIANZA: ¿QUÉ RELACIÓN?

Ello aclarado, lo primero que creo que se puede decir sobre el tema central de la relación entre Derecho y confianza es que todos estamos de acuerdo a la hora de confirmar que se trata de una relación ineludible: no solo porque la confianza representa un elemento esencial de las relaciones sociales en general, y por tanto una pre-condición del Derecho, sino porque constituye, en distintos niveles, un elemento estructural del Derecho: algo por tanto que, si bien presentándose de formas diferentes y poniéndose a menudo en una relación dialéctica con la desconfianza, constituye una *parte*

constitutiva del Derecho: sin confianza, en otras palabras, no es posible pensar el Derecho. Incluso, empleando la bella (y para mí significativa) imagen utilizada por Emilia Bea, podemos decir que la confianza es el “centro de gravedad permanente” del Derecho, también cuando parece basarse en la desconfianza, su objetivo es el de hacer crecer y estabilizar la confianza, en la plena conciencia de que ningún ordenamiento jurídico podría funcionar concretamente si la mayor parte de las relaciones entre los ciudadanos no se llevaran a cabo gracias al consenso y precisamente a la confianza recíproca.

Con el fin de que una afirmación como ésta no sea del todo genérica –una de aquellas afirmaciones que a menudo hacemos sin tomar en serio su carga teórica– es necesario ir a las raíces del Derecho y comprender sobre todo la relación que el mismo implica con sus presupuestos antropológicos. Se trata de tomar en serio el significado de aquella “referencia *al pasado*” de la que ha hablado Antonio Pérez Luño. ¿Qué queremos decir cuando decimos “ubi societas ibi ius”? Si queremos decir que sociedad y Derecho se implican recíprocamente, entonces debemos intentar establecer las razones de esta implicación: debemos entender por qué donde hay sociedad hay Derecho y donde hay Derecho hay sociedad. La razón por la cual he adoptado la dicotomía entre el modelo de la confianza y modelo de la desconfianza es que podemos querer decir aquel ‘por qué’ de dos maneras diferentes: o creemos que el nexo entre sociedad y Derecho se mantiene gracias al elemento (que consideramos típicamente jurídico) de la coerción institucionalizada desde el momento en que consideramos a los seres humanos sustancialmente incapaces de establecer relaciones pacíficas o estables en ausencia de un poder que les obligue (es lo que yo he llamado ‘maquiavelismo jurídico’ y que encuentra su más completo desarrollo en el modelo hobbesiano); o bien creemos que los seres humanos están en condiciones de establecer relaciones de cooperación prescindiendo de la coerción y que por ello tienen la capacidad y la voluntad de cumplir los pactos y las normas, independientemente del hecho de que sean obligados a través de la (amenaza de la) sanción.

Si bien esta dicotomía puede parecer demasiado estrecha, y se presta por tanto alguna crítica (como las expresadas por Ansuátegui, al que agradezco por haber reconocida en ella “un estilo muy bobbiano”), hay que aclarar que no se trata de contraponer de manera exclusiva o excluyente una opción a la otra. Se trata por el contrario de tomar en serio el hecho de que los seres humanos son una y otra cosa a la vez: no solo malvados y desconfiados, como los describía Maquiavelo, y tampoco siempre buenos y piadosos, como los

quería Rousseau en el estado de naturaleza. Se caracterizan por el contrario por aquella que Immanuel Kant llamaba “insociable sociabilidad”, lo que significa que podemos y debemos tomar en consideración ambas dimensiones de su particular naturaleza. Pero el hecho es que nuestra tradición jurídica –por lo menos: aquella que considero dominante entre los juristas y en nuestra cultura en sentido amplio– ha privilegiado solo una de estas vertientes, es decir aquella que Maquiavelo llamaba de la “malignidad”, y por tanto hemos pensado la juridicidad principalmente, si no exclusivamente, en términos de coerción: lo cual se observa particularmente cuando se insiste en el reforzamiento de las sanciones y en el recrudecimiento de las penas allí donde se percibe que una cierta disciplina normativa tiene problemas de efectividad; como si la obligatoriedad, y en consecuencia la efectividad, del Derecho pudiera basarse exclusivamente en la dimensión vertical del ejercicio regulado de la fuerza por parte del Estado.

El sentido de la operación que he querido llevar a cabo con *La ley de la confianza* no ha sido por tanto el de sustituir un modelo –de hombre y de Derecho– ‘bueno’ por uno ‘malo’, sino el de volver a sacar a la luz lo que nuestra teoría y nuestro sentimiento común deja casi siempre en la sombra. Como ha escrito Emilia Bea, se trata de hacer “que la teoría del derecho se haga cargo y explicita aquello que en el Derecho presupone e implica inclinaciones positivas y cooperativas” (p. 34). Una inclinación positiva y cooperativa que en mi opinión es necesaria para fundamentar una normatividad ‘horizontal’, hecha de expectativas y de confianzas recíprocas, de derechos y de deberes, en el cumplimiento de los cuales consisten aquellas que Luigi Ferrajoli ha llamado las garantías primarias.

Ello no significa que esto sea suficiente para que pueda realizarse un ordenamiento jurídico. Redescubrir y valorar la normatividad horizontal, basada en las relaciones y en la confianza recíproca –y por tanto, insistir, en la dimensión de la cooperación y de la solidaridad, como reconoce también De Asís– no implica menospreciar las garantías secundarias y disminuir el papel de la sanción. Hacer esto no solo sería irrealista, sino que nos conduciría a proceder a un reduccionismo igual y contrario a aquel en el que se basa el modelo coactivista. La “tercera duda” de De Asís (p. 44) es por tanto resuelta, de la misma manera que es resuelta en sentido negativo la hipótesis avanzada por Ansuátegui, según la cual “la tesis de Tommaso Greco parece invitarnos a pensar que las garantías primarias se presentan como suficientes y que en este caso sería posible pensar en un “Derecho sin jueces” (p. 84):

no puede existir un sistema jurídico que ignore la sanción y las garantías secundarias, no solo porque es característica propia del Derecho el poder obligar aquellos que no satisfacen las obligaciones establecidas por el ordenamiento, sino también porque, como ha subrayado García Inda, “la confianza es algo profundamente precario e inestable” (p. 62). Lo que yo rechazo es que el momento vertical pueda absorber íntegramente también el momento horizontal coloreándolo de su mismo color: que es lo que ocurre cuando pensamos que el cumplimiento de las normas jurídicas tiene lugar siempre y solamente para no incurrir en la sanción que ellas prevén. Si asumimos el punto de vista de la confianza comprendemos que la lógica de las normas es exactamente invertida: puesto que contamos con las obligaciones establecidas precisamente por las normas, seremos sancionados si no cumplimos estas obligaciones. Lo cual es precisamente lo contrario de lo que generalmente pensamos cuando afirmamos que tenemos obligaciones solo porque de lo contrario seríamos sancionados.

3. ¿DESCRIPCIÓN O PRESCRIPCIÓN?

Ello me permite aclarar otro punto importante. La propuesta de insertar la confianza en el corazón del Derecho ¿tiene un carácter descriptivo o prescriptivo? La pregunta es legítima (véase en particular García Inda, p. 54 y Ansuátegui, p. 78), y surge casi naturalmente, cuando alguien asume la tarea de reconducir la teoría jurídica a su relación con cualquier dimensión que pueda ser considerada como un ‘valor’. Si la confianza es un valor, entonces –se piensa– afirmar que existe una relación constitutiva entre Derecho y confianza, quiere decir asumir una posición normativa y prescriptiva; quiere decir hablar no del Derecho *como es*, sino del Derecho *como debe ser*. La confianza, en este sentido, ya no sería un elemento estructural del Derecho –de cualquier Derecho–, sino solo del Derecho de una sociedad buena, de la sociedad ‘perfecta’. Lo que sería como decir que ya no es un elemento *necesario*, sino solo un elemento eventual y *contingente*. En otras palabras, cuando se habla del papel que la confianza tiene en el Derecho no se está hablando del Derecho *tout-court*, sino sólo de un Derecho particular: en concreto, del Derecho del Estado constitucional contemporáneo. Me parece un punto determinante sobre el cual hay que detenerse atentamente.

La objeción ha sido planteada con un particular vigor por Ansuátegui, que me parece que expresa aquí una consideración típicamente positivista.

Desde su punto de vista, la conexión entre Derecho y confianza se parece mucho a aquella entre Derecho y moral, conexión ésta última que no es de hecho necesaria, sino en el interior del paradigma neo-constitucionalista. La confianza se traslada, de esta manera, de la esfera jurídica a la esfera moral y como mucho representa un momento intermedio entre Derecho y moral.

Quisiera ofrecer una respuesta que se sitúa en dos niveles: el primero, se refiere al valor (principalmente) descriptivo de mi discurso; el segundo se refiere a la relación entre descripción y prescripción, avaloratividad y normatividad.

Reivindico sobre todo el intento –no sé en qué medida logrado– de pensar la confianza como un elemento que es constitutivo no de *una* forma del Derecho, sino *del* Derecho en cuanto tal (e incluso, añadiría: de cualquier manifestación suya, incluida la penal, que, como subraya De Asís [p. 40], es considerada como manifestación suprema de la desconfianza). Admitirlo depende exclusivamente de reconocer que el Derecho no puede subsistir sólo en su dimensión coactiva: si admitimos que en las relaciones establecidas como consecuencia de una norma se determinan expectativas recíprocas, y por tanto recíprocos derechos y deberes, entonces estamos admitiendo también que la confianza forma parte del Derecho; ya que aparece ciertamente irrealista que nuestras relaciones jurídicas puedan surgir exclusivamente de la idea de que la realización de nuestras acciones puede tener lugar solo como consecuencia de la amenaza de la sanción. Todos esperamos continuamente que los otros cumplan sus deberes, de la misma manera que los otros esperan que nosotros cumplamos los nuestros; y este cumplimiento reenvía *sobre todo y en primera instancia* a la capacidad/voluntad del otro de hacerlo. Sólo en segunda instancia nos volvemos referimos a la dimensión coactiva del Derecho para pretender aquel cumplimiento que eventualmente no se ha producido. Este esquema –en el que existe, *primero*, la relación entre las expectativas, y sólo *después*, eventualmente, el recurso a la coacción– es el esquema de la fisiología del Derecho, mientras que mirar el Derecho sólo desde el punto de vista de la sanción quiere decir verlo desde el lado patológico, como ocurre en aquello que he llamado ‘maquiavelismo jurídico’, en el que el Derecho debe mirar al hombre como un ‘reo’, siempre dispuesto a utilizar “la maldad de su ánimo”. Excluir del todo el momento de las expectativas, y por tanto excluir la norma primaria que explicita cuáles son las obligaciones recíprocas, quiere decir pensar en un Derecho que se basa, y pueda funcio-

nar, exclusivamente sobre relaciones de fuerza, de dominio, si no de violencia. Pero en este caso ¿podemos aún hablar de Derecho?

Aquí, me doy cuenta, entramos en un terreno delicado. Puesto que el discurso de descriptivo parece hacerse prescriptivo: es claro, de hecho, que reservar un espacio para la confianza en cualquier Derecho posible se asemeja demasiado a una opción iusnaturalista, como subraya Pérez Luño cuando habla de una concepción “históricamente vinculada con las tendencias racionalistas del iusnaturalismo” (p. 19), estableciendo un paralelismo ‘exagerado’, pero preciso y para mí extremadamente honroso, con *La legge della ragione* de Guido Fassó (que fue el Maestro de Pérez Luño en Bolonia). La observación es correcta: pero si de iusnaturalismo tenemos que hablar, entonces podemos hacerlo en el sentido en que Herbert Hart hablaba de “contenido mínimo de derecho natural”, para subrayar una condición sin la cual ningún ordenamiento jurídico sería concebible. Permanecemos entonces, aún, en el terreno de una mera descripción de las condiciones mínimas que hacen posible cualquier ordenamiento jurídico.

Es indudable, no obstante –y paso al segundo nivel de mi respuesta sobre este punto– que esta descripción abre inmediatamente a (la posibilidad de) un discurso prescriptivo: porque en el momento en que la confianza es reconocida como elemento constitutivo del Derecho, de un lado no puede más que condicionar el desarrollo y la evolución del Derecho mismo (ni más, ni menos, sin embargo, de cuanto ocurre con cualquier otro elemento al que se le reconoce su carácter esencial en el interior de un determinado fenómeno); y de otro lado, –diría, sobre todo– nos permite valorar aquellos elementos fiduciaros que ya están contenidos dentro del Derecho “tal y como es”, pero de los que a menudo nos olvidamos porque seguimos encerrados dentro del modelo coactivista/desconfiado. Sólo por poner un ejemplo: el fin reeducativo de la pena, que en Italia está previsto por el artículo 27 c. 3 de la Constitución, es una clara expresión de un planteamiento fiduciario desde el momento en que invierte en la posibilidad de que el condenado pueda reencontrar aquella relación positiva con la sociedad, que se había interrumpido con la comisión del delito. Subrayar la existencia de este planteamiento conduce (debería conducir) a tomar en serio esta finalidad y a extraer de ella todas las consecuencias en el plano de las políticas penales y penitenciarias (por ejemplo, tomando en serio el desafío de la justicia reparativa, “expresión máxima de confianza entra la comunidad, los infractores y las víctimas”, como escribe Emilia Bea, p. 34). He aquí lo que entiendo cuando afirmo que subrayar (descriptivamente) la pre-

sencia de la confianza no puede más que conducir (prescriptivamente) a valorar su perfil con el fin de realizar mejor la finalidad de la norma en cuestión.

4. LA CONFIANZA DENTRO DEL DERECHO. ENTRE DERECHOS Y DEBERES

Cuanto se ha dicho hasta ahora debería ser suficiente para aclarar que la confianza no es una dimensión en sí, que está entre el Derecho y la moral, quizás más cercana de esta última (Ansuátegui, p. 85), sino que es un elemento interno al Derecho; y por esto no solo *no coincide* con la moral, sino que reivindica su espacio *en el interior* del Derecho. Si es verdad que existen muchos tipos de confianza, como han subrayado sobre todo García Inda (p. 49) y Ansuátegui (p. 75) –y sobre este punto debo admitir una laguna presente en mi libro, en el que no me he detenido explícitamente en la definición de la confianza–, entonces se puede decir que la confianza puede ser modulada según los contextos en los que entra en juego. Aquella de la que he intentado subrayar la importancia se sitúa plenamente en el plano jurídico, desde el momento en que se realiza y se concreta en la corresponsabilidad entre derechos y deberes. Se trata de decidir cuál es el fundamento de nuestras obligaciones jurídicas. Y si pensamos que éstas se basan exclusivamente en el carácter coercitivo del Derecho, entonces volvemos al modelo de la desconfianza y suprimimos todo espacio para la confianza en el interior del Derecho, contraponiendo –como ocurre en la filosofía de Erik Wolff–, recordada por Perez Luño (pp. 19-21), y como en parte había hecho yo mismo en un trabajo sobre *Diritto e legame sociale* (Giappichelli, 2012)– la esfera del orden jurídico, totalmente basada en la sanción, a la esfera de los vínculos y del amor al prójimo. Si pensamos por el contrario que nuestras obligaciones no derivan de la presencia de la coerción, pero que son, por ésta, garantizadas y reforzadas, entonces estamos diciendo que la relación jurídica se rige ante todo por las expectativas recíprocas: en este caso, la confianza –pequeña o grande, según los casos–, es lo que anima y hace posible esta relación. Cuando espero que mi contraparte en un contrato cumpla sus obligaciones no estoy llamando en causa sus cualidades morales, sino su responsabilidad jurídica, entendida sobre todo como conciencia y capacidad de tener deberes jurídicos frente a mí, deberes que debe cumplir para que la finalidad de nuestro contrato pueda ser conseguida y realizada.

Me parece importante subrayar, en este punto, que la presencia de la confianza en el Derecho no depende de su concreta eficacia. El hecho de

que en ocasiones, o a menudo, no nos fiemos o bien veamos traicionada la confianza, no es un argumento para sostener que la confianza no tiene que ver con el Derecho. Vale, de hecho para las expectativas, y por tanto, para la confianza que ponemos en el cumplimiento por parte de los otros, el mismo razonamiento que Hans Kelsen proponía a propósito de la validez de las normas, que no es cuestionada por su ineficacia. Es más, precisamente el hecho de que protestemos, o de que decidamos dirigirnos a las instituciones, si una obligación no es respetada, demuestra la existencia de la validez de las normas y por tanto de nuestras expectativas. Si pensamos en cuanto ha sucedido durante la pandemia, tenemos de ello plena confirmación. Ciertamente, ha habido medidas más confiadas y más desconfiadas (García Inda, p. 59, afirma que “si algo ha caracterizado la gestión jurídico-política de la pandemia ha sido la opacidad, la mentira y el miedo”); ha habido países que han mostrado mayor confianza frente a sus ciudadanos, y países que por el contrario han tenido una actitud menos confiada. Pero, prescindiendo de las intenciones de los gobiernos, era evidente que cuando una norma jurídica preveía una obligación, como por ejemplo la de llevar la mascarilla, nosotros esperábamos que los otros la respetaran, y por tanto confiábamos que se comportaran de manera responsable frente a nosotros. Que las reglas pandémicas hayan sido más o menos seguidas por los ciudadanos –y en gran medida lo han sido, por las razones más diversas: incluida el miedo al contagio, pero incluido también el sentido de la responsabilidad ya que hemos entendido que “todos somos frágiles” (Bea, p. 35)–, no excluye el hecho de que esperábamos que lo fueran y confiábamos en la capacidad de los otros de atenerse a las normas prescritas. Ahora bien, está claro que introducir esta perspectiva en la teoría jurídica –es decir: subrayar que en la estructura misma del Derecho, está presente una *dimensión horizontal, que precede y justifica a la vertical*– quiere decir abrir la vía a una serie de operaciones relevantes, que quizás contrastan con el sentir común: como la de poner la atención en los deberes recíprocos, más que en los derechos (lo han subrayado todos los que han intervenido), y la de insistir en el hecho de que el derecho no es una técnica que utilizamos para levantar muros y barreras, sino que es, por el contrario, una estructura relacional en la que llevamos a cabo la atención hacia el otro. Respecto al primer punto, el del ‘retorno a los deberes’, refiriéndose a su primer trabajo de investigación, De Asís, subraya la diferencia entre deberes y obligaciones, poniendo de relieve, a través de varias distinciones que aquí no puedo retomar, cómo los primeros pertenecen a la esfera moral y las segundas a la esfera jurídica, precisando posteriormente como estas últimas

comportan “una restricción a la libertad del individuo” y están acompañadas “de algún tipo de sanción para casos de no cumplimiento” (p. 41). Si bien yo tiendo a hablar genéricamente de deberes, creo que la diferenciación entre deberes morales y obligaciones jurídicas pueda mantenerse y pueda resistir también a la luz de la nueva perspectiva que la introducción de la confianza nos lleva a asumir. El resultado de mi discurso, en este ámbito, es solo el de haber subrayado el papel de la confianza horizontal en el interior de aquella relacionalidad que, si no estoy equivocado, De Asís considera carácter propio de las obligaciones jurídicas. En otras palabras, las obligaciones jurídicas tienen una dimensión horizontal (que deriva de la norma jurídica y de la corresponsividad entre derechos y deberes) además de una dimensión vertical que deriva de su coactividad. Y mi posición relacional me lleva también a ir más allá: siguiendo las palabras de Andrés García Inda, que comparto plenamente, se puede afirmar la “prioridad teórica y práctica de la noción de obligación sobre la de derecho subjetivo” (p. 53).

Haciendo esta afirmación, que tiene evidentes ecos weileianos, puedo introducir el segundo punto. Emilia Bea identifica de hecho muy bien la dirección de mi discurso cuando lee *La ley de la confianza* “con ojos weilianos”, reclamando “la noción de atención” como “la condición primera para la realización de la justicia” (p. 29). Y en efecto, si bien es citada solo una vez, el libro puede ser entendido también como un intento de traducir al lenguaje y a los conceptos jurídicos alguna de las “iluminaciones fulgurantes” que nos regaló Simone Weil; operación arriesgada desde el momento en que, como saben aquellos familiarizados con el pensamiento weileiano, para esta gran filósofa francesa, de la que en breve se cumplirán 80 años de su muerte, entre el Derecho y la justicia no era posible ninguna comunicación. No creo sin embargo, haber traicionado demasiado el legado weileiano al subrayar que el Derecho –que Weil asemejaba al reino de la fuerza– implica siempre un gesto de atención y de cuidado. Naturalmente, soy bien consciente de que esta atención se concreta en muchos casos en la pura y “fría” observación de una regla; pero no es necesario esconder que, en otros muchos casos, implica por el contrario, una pasión decididamente más “cálida” y comprometida (los ejemplos más obvios son los de la relación entre docentes y alumnos, y los de la relación entre médicos y pacientes).

Respondo por tanto afirmativamente a la segunda duda de Rafael de Asís (p. 44): redescubrir el papel de la confianza, quiere decir seguramente redescubrir también el papel que las emociones y los sentimientos juegan en

la vida del Derecho. La justicia de la confianza no se contenta con “cambiar las cartas” y no coincide por tanto con un mero cálculo racional. También cuando cumplimos la más fría de las reglas, llevamos a cabo “ejercicios de atención”: ¿no lo notamos nosotros mismos cuando, como usuarios, acudimos a alguna oficina y sentimos cierto malestar al ser tratados “como números”? ¿No es ésta una confirmación de que el cálculo racional es solo una modalidad de las pasiones? El dejar de lado las pasiones, ¿no es una pasión ella misma? Decidir partiendo del no-sentimiento, ¿no es una manera de hacer prevalecer el sentimiento que quiere apartar todos los otros sentimientos?

5. LAS REGLAS DE LA CONFIANZA

Y llegamos así a la cuestión, que quizás ha dejado más desconcertados a muchos de los lectores de mi libro, incluidos algunos de los ilustres comentaristas españoles (v. particularmente García Inda, p. 69 y Ansuátegui, p. 82). Mi tesis, según la cual la confianza retrocede cuanto más organizamos nuestro sistema jurídico a través de la reglas, no puede en efecto más que dejar asombrado, desde el momento que nuestra confianza en el Derecho parece estar vinculada sobre todo a la garantía de la certeza, que puede derivar solo de tener a disposición reglas que sean cuanto más posible, precisas, claras y estables. Indudablemente es así: hay una confianza social, y hay también una confianza frente a las instituciones, que es alimentada precisamente por un sistema jurídico que hace previsibles y calculables las consecuencias de nuestras acciones, lo que significa que no dependen de los arbitrios y de las preferencias individuales. Pero esta es precisamente la situación en la cual, como recordaba al inicio del § 2 de esta réplica, el ordenamiento produce confianza empleando la desconfianza. Porque es indudable que, cuando se conciben reglas muy estrechas, es porque no se quiere atribuir demasiada confianza a aquellos –ciudadanos y funcionarios– que deben aplicar aquellas reglas: queremos que hagan exactamente lo que está previsto por la regla, y que lo hagan en la manera precisa en que la regla prescribe que sea hecho. El que he llamado “modelo “un florín”, refiriéndome a una conocida escena de una película clásica italiana, funciona exactamente así: precisamente, porque no queremos que quien aplica la regla pueda adaptarla a la situación, pedimos que su comportamiento sea lo más posible “mecánico”. Confiamos por tanto en su respuesta, pero esta nuestra confianza se apoya precisamente en el hecho de que el sistema ha concedido al ejecutor una desconfianza de fondo:

en otras palabras, confiamos en el hecho de que el burócrata de turno sabrá hacer exactamente lo que le viene exigido hacer. Este mecanismo, sin embargo, tiene como consecuencia ocultar la responsabilidad de quien actúa, como parece claro cuando decimos (o escuchamos decir): “no lo he decidido yo, estas son las reglas”. No es por tanto el exceso de Derecho en sí, el que hace retroceder la responsabilidad, como parece afirmar, Andrés García Inda (p. 67), sino que es el exceso de reglas hiperburocratizadas y ‘automatizadas’, el que anula cualquier posibilidad de atención al otro. ¿Y que es la inteligencia artificial, aplicada al Derecho, sobre la que justamente reclama su preocupada atención Pérez Luño, si no un llevar a las extremas consecuencias esta lógica que pretende del Derecho, una certeza mecánica, automática, depurada no solo de todo defecto, sino también de todo sentimiento y de toda responsabilidad? Tengo que suscribir totalmente las palabras del Maestro sevillano: “personalmente, no puedo estar más en desacuerdo con esa pretensión” (p. 25). Considero un Derecho que no signifique la anulación, sino la plena realización de la responsabilidad de cada sujeto.

Esta responsabilidad es decididamente más evidente cuando la norma está formulada de forma que atribuye a quien la aplica un margen de apreciación para que la aplicación pueda adecuarse al caso concreto. En casos como estos, cuando las normas son poco atrincheradas (por retomar el lenguaje de Schauer) y se aproximan más a un principio que a una regla, el ordenamiento es obligado a fiarse más de aquellos que deben aplicarlas. ¿Esto significa que el Derecho necesita indeterminación para alimentar la confianza como se pregunta De Asís (p. 42)? Yo aquí distinguiría entre claridad y vaguedad. Si el Derecho debe ser siempre claro –y esta pretensión vale en absoluto, no solo con referencia a la confianza–, no implica que deba ser siempre precisamente determinado en sus efectos y en sus concreciones. Una norma como la que nos ha permitido desarrollar actividad física en el exterior durante la pandemia, permaneciendo, no obstante, en el ámbito de nuestros alojamientos, es una norma clara, pero no demasiado precisa (es más, es decididamente vaga), pero era más adaptada a la situación respecto a una regla que por ejemplo hubiera impuesto no alejarse más de un kilómetro. Está claro que una norma como esta se confiaba al buen sentido de los ciudadanos y de aquellos que debían controlar dónde se encontraban.

Naturalmente, este esquema –principios=confianza/reglas=desconfianza–sirve solo como clave de lectura de nuestros ordenamientos, y no es de hecho una

invitación, ni a la *deregulation*, ni mucho menos a traducir todas las normas a la modalidad de principios, lo que haría imposible una convivencia ordenada.

Comprender que cuando construimos nuestro sistema normativo estamos llevando a cabo elecciones, también en términos de confianza y desconfianza quizás puede ayudarnos a hacer de vez en cuando las mejores elecciones. Por poner un solo ejemplo, que estoy seguro será efectivo también para colegas españoles: ¿qué sentido tienen muchas de las rigurosas reglas, burocráticas, con las cuales un/a docente debe enfrentarse cotidianamente? ¿Quizás no se explican partiendo de una desconfianza de fondo que el ordenamiento tiene respecto a quien trabaja en la universidad y que posiblemente podría ser superada, concediendo mayor confianza y organizando sistemas de control *ex post*? Me parece este un terreno sobre el que se puede someter a prueba aquella operación que Andrés García Inda, con magnífica expresión, ha llamado “*desregular el Derecho*” (p. 68).

Por otra parte, ser conscientes de que las normas contribuyen a producir el círculo de la confianza o de la desconfianza, nos permite tomar en serio el desafío que afecta a nuestras sociedades democráticas y constitucionales, mostrado claramente por Antonio Pérez Luño. Puesto que es absolutamente cierto que “la confianza de los ciudadanos en la ley, en un Estado de Derecho, es fruto de un determinado clima cultural, cívico y jurídico” (p. 23), debemos actuar de manera tal que este clima venga construido a partir del modo en el que el Derecho estructura nuestras relaciones. Un Derecho que para hacerse obedecer recurre sobre todo a su fuerza coactiva, y confía, por el contrario, poco en la razonabilidad y en la justicia de sus prescripciones, ciertamente no ayuda a activar el círculo en el que funcionamiento de la justicia, garantía de los derechos y una educación cívica generalizada se reenvían continuamente de modo respectivo. Podríamos decir, retomando punto del libro que ha encontrado eco en el escrito de Bea, que el Derecho es tanto más confiado, cuanto más difícil hace distanciarse de la “fuerza del ejemplo” (Bea, p. 32). Por el contrario, cuanto más desconfiado se vuelve el Derecho, hasta los límites de la extrema injusticia, tanto más el ejemplo que puede suscitar es el de la desobediencia y el de la resistencia. Precisamente a este respecto puedo responder a una observación de Ansuátegui (p. 79) relativa al elemento del conflicto y a su compatibilidad con el modelo de la confianza. De hecho, la visión fiduciaria no elimina la dimensión conflictual que atraviesa todo contexto social, incluido el jurídico. No lo elimina porque sabe bien que un Derecho completamente basado en la confianza recíproca no pertenece a las

cosas de este mundo, y no lo elimina porque sabe igualmente bien que adoptar el punto de vista de la confianza es un modo de tener una mirada crítica sobre el Derecho, y por tanto, una vía para abrir continuamente ocasiones de posible conflicto con el ordenamiento, hasta el extremo de la desobediencia frente al Derecho sumamente injusto. Es verdad, no obstante que cuanto más se concreta la horizontalidad del Derecho tanto más la relación jurídica asume la connotación de una relación paritaria, y cuanto más las normas jurídicas son el fruto de la que en el libro he llamado una “política del respeto”, tanto más las razones del conflicto se reducen, si bien nunca es posible que desaparezcan del todo.

6. CONCLUSION

Una última cuestión, que es quizás la cuestión de fondo. ¿Qué sentido puede tener razonar sobre la confianza en la época de la pandemia y del retorno de la guerra en Europa? Espero que las rápidas reflexiones presentadas hasta aquí, suscitadas por los muy numerosos estímulos ofrecidos por las contribuciones publicadas en el número 48 de *Derechos y Libertades* hayan ofrecido motivos ulteriores para confirmar la necesidad de razonar sobre la confianza, precisamente en tiempos que parecerían propicios para una difusión de la desconfianza. Eventos epocales como aquellos en los que estamos inmersos parecen hechos aposta para reforzar el modelo de la desconfianza, pero yo creo por el contrario que precisamente cuando todo invitaría a la desconfianza, emerge aún más la importancia de la confianza, su imprescindible para nuestra convivencia. Si la confianza es como el aire que respiramos, como a menudo se repite, es precisamente, cuando comienza a faltar cuando advertimos su necesidad. Se trata de entender, en otras palabras, cuál sea el fundamento de nuestro estar en el mundo, y por tanto cuál sea –y cual deba ser– el sentimiento que nos anima. Si pensamos que el ser del mundo social esté basado en la desconfianza nos parecerá normal todo lo que confirma nuestra falta de confianza recíproca. Si pensamos, por el contrario, que la sustancia del vínculo social está constituido por la confianza, incluso aunque nos encontremos constantemente frente a ejemplos de desconfianza –como puede ser una guerra– no solo no los consideraremos normales, sino que intentaremos actuar, de modo que puedan ser superados y reparados.

Yo creo que el modo mejor para recuperar la confianza, en general y no solo en el Derecho, de acuerdo con lo que pregunta Rafael de Asís en su cuar-

ta cuestión, es el de conseguir ver cuánta confianza nuestras relaciones y el Derecho contienen ya *aquí y ahora*. Estamos lamentablemente habituados a describir la realidad con tintas oscuras, y no nos damos cuenta de que concretamente ella es diversa de lo que describimos con palabras. Baste pensar en la cantidad de personas de las que nos fiamos cotidianamente, a menudo, sin conocerlas. Aprender a ver lo que ya somos capaces de hacer nos puede ayudar a realizar lo que querríamos llevar a cabo para mejorar nuestra convivencia. Esto vale en las pequeñas y en las grandes cosas: la trágica guerra a la que estamos asistiendo –y que esperamos que pronto pueda terminar, antes que prolongarse como quizás alguno auspicia–, podrá terminar solo cuando nos convenzamos de que la paz es una posibilidad real cuyas condiciones ya existen hoy. Se trata de activar un círculo virtuoso, poniendo en valor las mejores cualidades que poseemos, en vez de alimentar un círculo vicioso que se nutre de nuestra incapacidad de salir de la lógica de la fuerza, que conoce por el contrario muy bien las vías para mantener su dominio en los asuntos humanos.

TOMMASO GRECO
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Pisa
Piazza dei Cavalieri, 2
56126 Pisa
Email: tommaso.greco@unipi.it