

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 48, Época II, Enero 2023



FECYT 006/2022
Revista de Ciencias II - 1ª Colección (2011)
Número 48 - Enero de 2023

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la VII Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2023.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

SOBRE LA COMPLEJA RELACION ENTRE DERECHO Y CONFIANZA*

ON THE COMPLEX RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND TRUST

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG**
Universidad Carlos III de Madrid
<http://orcid.org/0000-0002-6899-2857>

Fecha de recepción: 11-8-22

Fecha de aceptación: 8-9-22

Resumen: *En este trabajo analizo la propuesta de Tommaso Greco respecto a la relación entre Derecho y confianza, centrándome en algunos puntos relevantes y mostrando el carácter complejo y multidimensional de la misma; y también algunas consecuencias referidas al concepto de Derecho.*

Abstract: *In this paper I analyse Tommaso Greco's proposal regarding the relationship between Law and trust, focusing on some relevant points and showing its complex and multidimensional nature; and showing some consequences related to the concept of Law.*

Palabras clave: *confianza, sanción, moral, conflicto, seguridad*

Keywords: *trust, sanction, ethics, conflict, security*

1. LA PROLONGACION DE UNA LINEA DE PENSAMIENTO

Llevo tiempo discutiendo con Tommaso Greco en relación con la tensión entre lo horizontal y lo vertical en el Derecho; también sobre la recupe-

* Una versión de este trabajo se publicará en la revista *Ética&Política*.

** Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba /Departamento de Derecho Internacional Público, Derechos Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid.

ración de los deberes en un discurso protagonizado por los derechos¹. Esas cuestiones están presentes de manera más o menos evidente en *La legge della fiducia*. En esta ocasión, no es mi intención efectuar un repaso de todas y cada una de las cuestiones abordadas en el libro. Ello sería imposible, entre otras cosas, por el hecho de que estamos frente a un libro que, por decirlo claramente, causa una cierta y primera falsa impresión. Es un libro breve y esa brevedad puede inducir a pensar en la sencillez de argumentos y planteamientos. Pero esa impresión, si se produce, desaparece en cuanto se comienza a leer el libro. La invitación a la reflexión es inmediata. En efecto, muchos de los temas centrales de la filosofía del Derecho son –como vamos a ver– abordados, de manera directa o indirecta, en las páginas escritas por Tommaso Greco: por poner algunos ejemplos, pensemos en la relación entre el Derecho y la fuerza, la posición del Derecho en el conjunto de los sistemas normativos, la distinción entre reglas y principios y sus consecuencias en relación con el trabajo de los operadores jurídicos y también en relación con las reacciones de los ciudadanos, la estructura de la norma jurídica, las razones de la obediencia (y de la desobediencia) al Derecho. En síntesis, no están todos los temas importantes de la filosofía del Derecho, pero todos los temas que están son importantes. Lo anterior muestra la riqueza y la complejidad del libro.

Riqueza y complejidad que dificultan, como ya he señalado, la tarea de desarrollar un comentario o reflexión sobre el mismo, y que obligan a elegir determinados argumentos en los que centrar el discurso. En este sentido, me concentraré en algunas cuestiones que considero más relevantes o más dignas de discusión. Además, ya a estas alturas, el libro ha dado lugar a un buen número de reseñas y comentarios, de seminarios y de presentaciones en las que ha sido abundantemente analizado.

Por otra parte, el libro se inserta en una línea de reflexión que Tommaso Greco desarrolla desde hace tiempo². Es la que se refiere a la reivindicación

¹ Vid. F. J. ANSUATEGUI ROIG, “L’età dei diritti, al di là dei doveri”, en A. BALLARINI (ed), *Novecento del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 9-40; Id., “¿De los derechos a los deberes? Una primera aproximación”, *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre 2018, pp. 19-33.

² Entre sus trabajos, me limito a señalar: *Diritto e legame sociale*, Giappichelli, Torino, 2012; “Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti”, en S. MATTARELLI, *Il senso della repubblica. Doveri*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 15-30; “Doveri/legami. Per una rinnovata cittadinanza”, in *Ethos repubblicano e pensiero meridiano*, a cura di F. FREDIANI e F. GALLO, Diabasis, Reggio Emilia 2011, pp. 154-164; “Relazioni giuridiche. Una difesa dell’orizzontalità

de la horizontalidad del Derecho, de la relevancia de los deberes y, en definitiva, a la crítica de una determinada versión del Derecho, que es la de aquel positivismo jurídico que subraya el imperativismo, la dimensión coactiva y la primacía de la sanción (entendida en sentido negativo, de acuerdo con la caracterización de Bobbio³). Al mismo tiempo, continúa reivindicando relevancia de los deberes. Lo cual invita a una reflexión sobre la vigencia de aquella inflexión a la que se refirió Bobbio al hablar de “vera e propria rivoluzione copernicana”⁴; de aquel “rovesciamento radicale del punto di vista tradizionale del pensiero politico”, tanto clásico como medieval, que implicaba “l’attribuzione agli individui non di diritti ma prevalentemente di obblighi”⁵.

Pues bien, tanto la reivindicación de los deberes como la crítica al positivismo son fuente de interesantes desafíos intelectuales. Por una parte, la reivindicación de los deberes de la que habla Tommaso Greco invita a preguntarse en efecto hasta qué punto estamos en una dinámica “premoderna”: no tanto por el regreso a estructuras políticas y jurídicas típicas del contexto previo a la modernidad sino por la pérdida de protagonismo de lo que bien podríamos considerar el referente a la hora de articular las estructuras jurídicas y políticas en la modernidad: los derechos. De la misma manera, conviene subrayar también en este momento inicial, que el positivismo que Tommaso Greco identifica como objetivo de sus críticas, no es el positivismo considerado en términos generales (ni siquiera el positivismo metodológico que afirma la separación conceptual entre el Derecho y la moral y la posibilidad de una definición neutral –en términos valorativos– entre ambos sistemas normativos⁶) sino más bien aquel que Bobbio identificara como positivismo teórico⁷. Cabe recordar, en este sentido, que este tipo de positivismo

nel diritto”, *Teoria e critica della regolazione sociale*, Mimesis, Milano, 2014, pp. 9-26; “Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del derecho”, en *Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, 2016 (14).

³ Vid. N. BOBBIO, “Sulla funzione promozionale del Diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. XXII, núm. 4, 1969, pp. 1313-1320; Id., “Sulle sanzioni positive”, en *Scritti dedicati ad Antonio Raselli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 229-249.

⁴ N. BOBBIO, “L’età dei diritti”, en *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 56.

⁵ N. BOBBIO, “La Rivoluzione Francese e i Diritti dell’uomo”, en Id., *L’età dei diritti*, cit., pp. 114 y 115.

⁶ Vid. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, second edition, ed. by. P. A. Bulloch and J. Raz, Oxford University Press, 1994.

⁷ Vid. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 171-264; Id., *Giusnaturalismo e positivismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1984, en especial, pp. 107-110.

ya se encuentra con un discurso crítico que parte de las mismas filas del mismo positivismo (pensemos en la crítica de Hart a una visión exclusivamente sancionadora e imperativista del Derecho); lo cual permite constatar, y esta es una dimensión interesante del libro, que tradicionalmente algunas de las críticas al positivismo (en cualquiera de sus versiones), se han lanzado desde las propias filas positivistas. Pues bien, es interesante observar como un crítico del positivismo como Tommaso Greco no asume (en principio) una perspectiva iusnaturalista. Aunque, como veremos al final de estas líneas, lo anterior posiblemente puede ser matizado. En todo caso, la propuesta de Tommaso Greco nos permite volver a reflexionar sobre la utilidad de seguir articulando el discurso iusfilosófico a través de categorías y etiquetas que durante siglos han vertebrado la discusión.

2. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES

Antes de entrar en algunos temas concretos, me gustaría plantear algunas reflexiones generales.

El libro es oportuno porque nos habla de confianza en tiempos de pandemia, y también de guerra; de inseguridad e incertidumbre en definitiva. Es un contexto en el que los conceptos que protagonizan nuestra reflexión, y nuestra experiencia cotidiana son los de precariedad, vulnerabilidad, inseguridad, conciencia de falta de autosuficiencia, y necesidad de la colaboración con los demás. Si algo demuestra el tiempo en el que vivimos es la interdependencia, considerada no como una opción, sino como un dato y una necesidad. En definitiva, un tiempo en el que hemos reformulado muchas claves de actuación individual y colectiva. Junto a lo anterior, también es interesante enfrentarse al discurso sobre la confianza en un contexto en el que las posiciones e interpretaciones en relación con determinados avances y dimensiones del progreso científico –posthumanismo, transhumanismo, desarrollo de las tecnologías de la información–⁸, están condicionadas por la desconfianza que en muchas ocasiones es el resultado tanto de la falta de información (nuestro tiempo es el de la posverdad y las fake news) como del desconocimiento de las consecuencias de procesos que ya están en marcha.

⁸ Vid. A. E. PEREZ LUÑO, “El post-humanismo no es un humanismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 44, 2021, pp. 17-40.

Por otra parte, hay que constatar que un libro sobre la confianza, como el de Tommaso Greco, no incluye una definición o una conceptualización de la misma. Esto, que se presenta como un reto para el lector, constituye un atractivo de la propuesta y una invitación a la reflexión, desde el momento en que plantea la relación (y la distinción) entre la confianza y otros conceptos como los de lealtad, fidelidad, credibilidad, o incluso fraternidad⁹ o solidaridad¹⁰ por poner algunos ejemplos.

Además, la confianza se puede presentar como una característica (la experiencia nos demuestra que no necesaria) de las relaciones humanas; pero también como un sentimiento, una emoción. En efecto, la confianza genera emociones; y al mismo tiempo es resultado de emociones. Esto es importante en un contexto en el que asistimos a un *revival* del componente sentimental en el discurso público; componente cuyo exceso está detrás, junto a otros elementos, de los populismos (del tipo que sean, o de la dirección política a la que pertenezcan)¹¹. Arias Maldonado ha hablado de la “democracia sentimental” y Martha Nussbaum antes había hablado del lugar de las emociones en la política y en la teoría de la justicia¹².

En todo caso, si algo pone de relieve Tommaso Greco es la relevancia de la confianza en lo que podríamos considerar la “organización política (y jurídica) óptima”. Lo cual permite establecer una conexión directa con la cuestión de la legitimidad y su capacidad como elemento generador de confianza en las instituciones: la legitimidad implica confianza, y al mismo tiempo la genera. En este sentido, la confianza de la que se habla en el libro no sólo es la interpersonal, aquella cuyo lugar es el de las relaciones horizontales, sino también la institucional, aquella que se tiene hacia las instituciones. Esta confianza está condicionada tanto por el origen de las instituciones como por la

⁹ Vid. F. REY MARTINEZ, “El valor constitucional de la *fraternité*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 123, 2021, pp. 43-74.

¹⁰ Vid. J. DE LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993; G. PECES-BARBA, “Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada” en *Id., Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 125-167; F. J. ANSUATEGUI ROIG, “Solidaridad, deberes y constitución: algunos apuntes conceptuales”, *Diritto Costituzionale*, 2/2019, pp. 11-35.

¹¹ Vid. entre la ingente bibliografía, J. L. VILLACANA, *Populismo*, La Huerta Grande, Madrid, 2015.

¹² Vid. M. ARIAS MALDONADO, *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*, Página Indómita, Barcelona, 2016; M. NUSSBAUM, *Political emotions: why love matters for justice*, Harvard University Press, Massachusetts, 2013; también V. CAMPS, *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011.

forma de ejercer su función (nos encontramos aquí con la clásica distinción entre la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio). Pero cabría añadir que hay otra dimensión referida a la confianza en el marco institucional que es aquella que existe (o que debería existir) entre las instituciones y que permite hablar de “lealtad institucional”; confianza que, de no existir, genera sentimientos de rechazo y alejamiento de la política por parte de la ciudadanía, desde el momento en que las instituciones renuncian a la responsabilidad pedagógica que les corresponde, al menos en democracia.

En relación con este último apunte, y antes de continuar, quiero señalar que estoy muy de acuerdo con toda la explicación, incluida en el libro, referida a la necesaria claridad del lenguaje del Derecho (lo cual justificaría el desarrollo de una teoría de la legislación) y al correcto funcionamiento de las instituciones como elementos generadores de confianza. Y también muy de acuerdo con que la certeza, y la confianza, exigen una interpretación inteligente de las normas, porque de lo contrario nos encontramos con el problema de la rigidez, que puede acabar siendo fuente de injusticia. Lo anterior demuestra que, en realidad, la relación entre Derecho y confianza no tiene que ser entendida solo como una relación intrínseca o conceptual, sino que la intensidad de la relación depende también de la configuración del Derecho y de sus modos de funcionar. Esto subraya la relevancia de la actitud de los operadores jurídicos a la hora no sólo de generar confianza, sino también de ser expresión de una cierta concepción y justificación de la confianza.

3. ENTRE LA DESCRIPCION Y LA PRESCRIPCION

Tommaso Greco, en un estilo muy bobbiano, asume la constante comparación entre modelos. Así, los modelos antropológicos: el hombre malo y desconfiado, frente al hombre bueno y confiado. Por otra parte, modelos de Derecho o, mejor dicho, de concepciones sobre el Derecho: aquellas que identifican el Derecho con la fuerza y la sanción, frente a aquellas que lo identifican con la confianza. En definitiva, modelos de relaciones sociales y jurídicas: un modelo relacional vinculado a la horizontalidad, y otro sancionador vinculado a la verticalidad. Pues bien, puede ser interesante someter a revisión la propuesta de Tommaso Greco en este punto, ya que posiblemente los modelos no presenten perfiles tan diferenciados como se muestra en el libro (al menos de acuerdo con una posible interpretación que se puede hacer del mismo).

Las teorías políticas, referidas a la mejor organización de la cosa pública, están relacionadas de manera directa o indirecta a una determinada concepción del ser humano. Pensemos en la comparación que nos propone Bobbio entre el modelo aristotélico y el modelo hobbesiano¹³. Así, Tommaso Greco presenta una modernidad caracterizada por el maquiavelismo político y jurídico (tradicción en la que se incluye a Hobbes). Y frente a ese modelo presenta lo que podríamos considerar la “alternativa de la confianza”. La primera cuestión que surge en este sentido tiene que ver con la nitidez de la caracterización maquiaveliana del ser humano. El propio Tommaso Greco reconoce que desde el punto de vista descriptivo Maquiavelo no es muy cuidadoso. Y es que –también utilizando la estrategia maquiaveliana de “ver las cosas como son”– no parece muy desafortunado constatar que, si bien los seres humanos no nos comportamos todos y en toda ocasión como ángeles, tampoco lo hacemos siempre como demonios. Entre el blanco angelical y el negro satánico, nos desenvolvemos más bien y generalmente en la zona de los grises.

Pero hay otra cuestión que posiblemente sea más interesante que la anterior. La propuesta de Tommaso Greco consiste en identificar el discurso de la modernidad jurídica y política a través del protagonismo de la desconfianza, incluso si se quiere de la vertiente malvada de la humanidad. Pero no hay que olvidar que el discurso de la modernidad es también el de la idea del progreso moral de la humanidad y, sobre todo, el de los derechos (originariamente entendidos como derechos naturales y posteriormente como derechos humanos o fundamentales). Bobbio, también Peces-Barba, han subrayado el protagonismo de los derechos en el discurso de la modernidad¹⁴. No parece discutible que hablar de derechos, tal y como se hace en esa modernidad que Tommaso Greco asume como referencia, implica una determinada concepción del sujeto, que se entiende como merecedor de ser protegido a través de los derechos y como capaz de identificar (a través de la razón, pero no sólo) una idea de la moralidad cuyos contenidos son susceptibles (al menos así se presentan) de ser compartidos en términos universales. Pues bien, lo anterior es más fácilmente identificable con una visión positiva del sujeto, en términos antropológicos, que con una visión negativa generalizada como la

¹³ Vid. N. BOBBIO y M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, II Saggiatore, Milano, 1979, pp. 42-58.

¹⁴ Vid. G. PECES-BARBA, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, VVAA. *Historia de los derechos fundamentales I* (G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ, dirs.), Dykinson, Madrid, 1998.

que parece presentarse en algún momento en el libro, aunque sólo sea para utilizarla como objetivo de las críticas. En definitiva, la visión del ser humano propugnada por Maquiavelo es parcial. Y en ese sentido el realismo político, que se presenta como científico y descriptivo, en realidad no lo es tanto; y plantea una concepción parcial del ser humano, que lo presenta como solamente conflictivo, olvidando su dimensión pacífica, solidaria y cooperativa.

La propuesta de Tommaso Greco descansa en efecto en una propuesta antropológica determinada. La confianza y la solidaridad son entendidos como elementos básicos de las relaciones humanas y de los modelos de organización social, de los cuales el Derecho es un componente importante. A partir de aquí, podemos considerar que estamos frente a una forma de hacer filosofía del Derecho muy atractiva, vinculada a un determinado discurso sobre el ser humano y sus características constitutivas, su dimensión política, y que se presenta como alternativa a un modelo centrado en el análisis estricto del discurso normativo. En este sentido, creo que Tommaso Greco tiene muy presente, aunque sin citarla, lo que significa una filosofía del Derecho que no pierde de vista lo que Pérez Luño, en la línea de Fassò y Capograssi, han considerado la “experiencia jurídica”¹⁵. Me parece que esto merece ser puesto de relieve, ya que se puede tener la impresión de que en ocasiones el discurso iusfilosófico no ha sacado todas las consecuencias de la vinculación entre *ius* y *societas*, habiendo considerado secundario el componente social, y por tanto humano, del Derecho.

Respecto a la relación entre Derecho y confianza se pueden plantear al menos dos cuestiones: la primera es la referida al tipo de relación de la que se está hablando: ¿estamos frente a una relación que debe entenderse en el marco de un discurso descriptivo, o por el contrario prescriptivo?; la segunda, vinculada a la anterior, tiene que ver con el tipo de Derecho en el que se está pensando, ya que posiblemente, en función de que el Derecho sea o no democrático, albergue o no determinados contenidos, la relación con la confianza se va a articular de diferente manera.

En efecto, cabe preguntarse si la relación entre Derecho y confianza se considera en el marco de un discurso descriptivo o en el de un discurso prescriptivo. Dicho de manera más explícita: ¿el Derecho del que nos habla Tommaso Greco es el Derecho que es o el Derecho que a él le gustaría que fuera? Parece evidente que las implicaciones de asumir un planteamiento u otro afectan a

¹⁵ Vid. A. E. PEREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, en especial, cap. I: “Presupuestos de la experiencia jurídica”, pp. 19-26.

cuestiones básicas y clásicas de la filosofía del Derecho, y que tienen que ver, entre otras muchas cosas, con un discurso sobre los cometidos y responsabilidades de la ciencia jurídica y sobre el lugar que tiene la neutralidad en el desempeño de su tarea¹⁶. Pues bien, lo cierto es que si estamos frente a un discurso descriptivo, si Tommaso Greco nos está mostrando qué es el Derecho, también es cierto que se echa en falta en esa descripción una alusión a la relevancia del conflicto (no necesariamente vinculado a la violencia, sino a la no coincidencia de intereses y pretensiones, o al dato de la escasez, por ejemplo). No parece discutible que la existencia del conflicto, que bien puede ser considerado un dato de la socialidad humana, ocupa un lugar importante en la justificación de la necesidad del Derecho. Así, creo que hay buenos argumentos para mostrar que el conflicto coexiste con la confianza. El desarrollo de una visión del Derecho, como la que Tommaso Greco propugna, no debería ser incompatible con el reconocimiento del conflicto como un dato que acompaña a las relaciones humanas en el contexto social. Poner sobre la mesa la relevancia del conflicto no creo que nos sitúe directamente en el entorno del maquiavelismo jurídico, que es precisamente la posición que se presenta a lo largo del libro como obstáculo al reconocimiento del lugar de la confianza en el Derecho.

En todo caso, lo cierto es que la relación entre Derecho y confianza puede ser analizada desde diversos puntos de vista. Así, la confianza puede considerarse un elemento estructural, constitutivo, conceptual del Derecho. En este sentido, la falta de confianza se puede entender como una de las razones de ser del Derecho. Pero al mismo tiempo, el Derecho puede presentarse como un elemento generador de confianza. Es precisamente aquí donde nos encontramos con la seguridad y la certeza y en donde nos planteamos el potencial civilizatorio del Derecho, expresión de la preferencia por los modelos de conducta a través de normas frente a la fuerza bruta o el capricho (a la arbitrariedad en definitiva) a la hora de organizar la coexistencia en el interior de los grupos humanos y entre éstos. Pues bien, aquí surge la posibilidad de formular la siguiente pregunta: ¿ésta es la misma confianza de la que nos habla Tommaso Greco en su libro, y que identifica como un elemento estructural de las relaciones humanas y del Derecho? Téngase en cuenta que la confianza que genera el Derecho es una confianza que pudiéramos considerar “institucionalizada”,

¹⁶ Este es el tema al que se ha referido, entre otros, Uberto Scarpelli en U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965; y que se encuentra presente en el debate entre Nicola Matteucci y Norberto Bobbio, recientemente recuperado: *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, introd. di T. Greco, Morcelliana, Brescia, 2021.

rasgo éste que no parece predicarse necesariamente de aquella confianza que se identifica como elemento de las relaciones humanas.

4. CONFIANZA Y MODELOS DE DERECHO

Pero además –y aquí llegamos a la segunda cuestión antes señalada– Tommaso Greco centra sus críticas, de manera explícita, en un determinado modelo de Derecho, el que él considera el “modelo de la desconfianza” y que identifica con el maquiavelismo jurídico, con Hobbes, y con aquellas teorías que subrayan el papel de la sanción no sólo como elemento conceptual del Derecho, sino también como razón de la obediencia a las normas jurídicas. Es el modelo que se presenta como típico de la modernidad.

Sin querer ignorar la relevancia de este modelo en la modernidad jurídica, e incluso su carácter predominante durante mucho tiempo (posiblemente no tanto por los rasgos de la realidad jurídica sino por el tenor de las teorías construidas en torno a ella), lo cierto es que no es el único posible. Norberto Bobbio –ya hemos aludido a ello– nos ha hablado de la función promocional del Derecho y la de la posibilidad de manejar un concepto amplio de sanción que, junto a las sanciones negativas, permite hablar de las sanciones positivas. Si se tienen en cuenta propuestas como la de Bobbio, y otros, parece que la tensión entre la dimensión sancionadora (entendida como negación de la confianza) y la confianza tiende a difuminarse y pierde parte de su carácter esencial. Esto permitiría afirmar que el modelo que Tommaso Greco tiene como referencia cuando nos habla del modelo de la desconfianza no es cualquier modelo, o el Derecho abstractamente considerado, sino por el contrario un modelo localizado y avalado por determinadas propuestas teóricas.

Y es que, posiblemente, el Derecho del Estado social, también el Derecho del constitucionalismo, tiene una mayor capacidad de articular vínculos –teóricos y prácticos– con la confianza. Para ser más estrictos, no sólo el Derecho del Estado social, pero sí en particular este modelo de Derecho. Sabemos que este modelo de Derecho asume como responsabilidad la de garantizar la seguridad ante el infortunio, ante la vulnerabilidad. Todo ello, en una comprensión de la seguridad jurídica que va más allá de la certeza liberal derivada del conocimiento de la letra de la norma y de la previsibilidad de su interpretación¹⁷. El concepto de confianza no tiene aplicación sólo a las

¹⁷ Vid. G. PECES-BARBA, “La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho” en *Id.*, *Derecho y derechos fundamentales*, cit., pp. 261-280.

relaciones intersubjetivas. Tiene aplicación también a aquella situación en la que se encuentra en sujeto que sabe que no se va a sentir desamparado frente a las contingencias de la vida, presentes y futuras. Es la seguridad que aportan las estructuras asistenciales del Estado social. Pero también podemos pensar en la confianza que genera el Derecho del Estado constitucional. En este caso estamos pensando en una confianza en que no se van a sobrepasar determinados límites constituidos por determinados contenidos morales: los de los derechos y los valores y principios que los inspiran.

Por otra parte, a lo largo del libro parecen identificarse dos parejas de conceptos: horizontal/relacional y vertical/sancionador. No sé si estas identificaciones excluyen otras posibilidades. Pero en todo caso, aunque así no fuera, plantearían algún problema. La vinculación entre lo vertical y lo sancionador parece estar pensando en un Derecho y un Estado como el liberal, que subraya la dimensión sancionadora del Derecho y la función represiva. Pero ese modelo ha sido superado por el Estado social en donde la función promocional del Derecho adquiere cada vez más relevancia y en donde es precisamente en el marco de la verticalidad entre Estado y ciudadano donde se generan espacios de confianza a través de la implementación de políticas encaminadas a garantizar derechos, a satisfacer necesidades, a generar confianza y seguridad en definitiva.

Esta consideración nos permite, a su vez, enlazar con una cuestión más general: ¿la relación entre Derecho y confianza debe entenderse en términos de complementariedad o, por el contrario, es alternativa?; ¿esta relación, sea del tipo que sea, se establece igual respecto a cualquier tipo de Derecho? Aquí nos encontramos con la necesidad de saber en qué ámbito se sitúa Tommaso Greco. La cuestión es la de saber si su objeto de reflexión es el del concepto de Derecho, situándose así en el genérico contexto de la filosofía del Derecho, o más concretamente de la teoría del Derecho, o si por el contrario está pensando en un modelo particular de Derecho. En realidad, estamos frente a una tensión propia de la filosofía del Derecho cuando emprende la tarea de conceptualizar el Derecho: aquella entre lo abstracto y lo concreto¹⁸.

Pero, en todo caso, y más allá de la tensión a la que acabo de hacer referencia, a la hora de identificar modelos de Derecho, Tommaso Greco toma como referencia la distinción entre el modelo de reglas frente al modelo de principios, entrando de lleno en la discusión iusfilosófica contemporánea; y

¹⁸ Me he referido a la cuestión en F. J. ANSUATEGUI ROIG, "Filosofía del Derecho, pluralismo y conflictos prácticos", *Ética & Política*, vol. XX, núm. 3, 2018, pp. 355-381.

más en concreto en la que se produce en el seno del constitucionalismo. En efecto, en el libro podemos encontrar una interesante reflexión sobre la distinción entre las reglas y los principios y su relación con la confianza. Si he entendido bien la propuesta, la tesis que se defiende es que regular mediante reglas es expresión de desconfianza en relación con el ciudadano. La limitación de las posibilidades aplicativas que implica el carácter disyuntivo de las reglas debe ser entendido como una muestra de desconfianza frente al sujeto cuya conducta debe regirse por los enunciados normativos. En este punto, la tesis que se defiende es que, en realidad, optar por un modelo u otro es expresión de un distinto grado de confianza en el ciudadano y en el operador jurídico. Las reglas excluyen motivaciones que trascienden la letra de la norma. Son expresión de una falta de confianza en el sujeto y por tanto se limita su “ámbito de discrecionalidad”. Así, un Derecho a través de principios es expresión de una mayor confianza en la racionalidad del sujeto.

Pues bien, posiblemente es necesario introducir algunos matices a partir de esta posición general. Así, en primer lugar, el referido al sujeto pasivo de la confianza (o desconfianza), ya que no sólo tenemos que pensar en los ciudadanos. De la distinción entre modelos de reglas y modelos de principios también se pueden extraer consecuencias para los operadores jurídicos. Pensemos en el juez. La necesaria actuación en el marco de reglas le fija al juez un ámbito restringido del que no debe salirse en lo que a posibilidades interpretativas y aplicativas se refiere. El juez *boca muda* del formalismo es un juez del que se desconfía (no sólo desde un punto de vista teórico, sino también en el marco de un contexto político como el liberal revolucionario de finales del siglo XVIII).

En el libro se plantea una defensa de un Derecho basado en principios desde el momento en que cuantas más reglas, menos confianza existe en el -y se expresa a través del- sistema jurídico. Pero aquí me gustaría ponerme en el punto de vista de los ciudadanos destinatarios de las normas, en este caso de los principios, y preguntarme si realmente un Derecho poblado de principios les genera a ellos, a los ciudadanos, necesariamente más confianza y seguridad. No olvidemos que es precisamente el Derecho de los principios el que obliga a llevar a cabo un esfuerzo justificativo y argumentativo que no se siente tan necesario en el caso de las reglas. En presencia de la amplitud de las posibilidades interpretativas, el mayor rango de las posibilidades aplicativas, el necesario recurso a la ponderación... ¿realmente podemos afirmar de manera taxativa que la presencia de principios en el Derecho es expre-

sión de confianza en los operadores jurídicos, de un lado y, de otro, provoca una mayor confianza de los ciudadanos respecto al sistema jurídico? Es esta presencia una de las características del Derecho de nuestro tiempo (al menos en el ámbito del constitucionalismo democrático), y por eso, creo, ese posible déficit de seguridad y de confianza en relación con la previsibilidad de la decisión del juez en este caso se suple con el sometimiento de éste a exigencias argumentativas. El imperativo ejercicio de racionalidad por parte del juez, y por tanto la consecuente disminución del rango de posibilidades interpretativas y aplicativas, tiende a generar una seguridad y una confianza en no encontrarse con sorpresas que en otro caso serían mucho menores. La exigencia de argumentación y justificación de la decisión en más urgente en el Derecho de principios que en el Derecho de reglas. Es en este ámbito en el que la certeza de la decisión no puede depender de la corrección lógica del desarrollo de un silogismo; y por ello se somete al operador jurídico a una mayor exigencia argumentativa. Es aquí en donde nos encontramos que la necesidad de argumentación es en realidad una exigencia de la confianza (y también de la legitimidad), en este caso del ejercicio del poder. Parece defendible afirmar que la mayor amplitud de las posibilidades interpretativas y aplicativas en un Derecho articulado a través de principios no genera la misma confianza, que un Derecho basado en reglas, en términos de previsibilidad en relación con el contenido y sentido de la decisión.

5. RAZONES Y AMBITOS DE LA NORMATIVIDAD

La última cuestión a la que me quiero referir es la que afecta a la naturaleza de la normatividad o, si se prefiere, a las razones de la normatividad. En definitiva, pienso en el lugar de la confianza en el ámbito de la normatividad. Pero, también, en la cuestión de por qué cumplimos las normas, esencial en la filosofía del Derecho y en la filosofía moral.

Tommaso Greco asume en este punto la conocida distinción ferrajoliana entre garantías primarias y garantías secundarias. En pocas palabras, las primeras son eficaces cuando se satisface la obligación intersubjetiva hacia la otra persona, mientras que en las segundas se prevé la intervención del juez, una vez que la anterior obligación no se ha atendido. En la distinción entre garantías primarias y secundarias el lugar de la confianza sería el de las primarias. Según Tommaso Greco, constituyen la vía de entrada, la expresión de la confianza en el Derecho. Pero la pregunta que surge es si es posible imaginar

la convivencia sin garantías secundarias, es decir, si se puede considerar que las garantías primarias son suficientes. Y, sobre todo, si lo son en sociedades complejas y conflictivas. La única manera de sobrevivir en un sistema sin garantías secundarias implicaría no contemplar la posibilidad de violación de las normas y por tanto la necesidad de reacción frente a la misma. Planteándolo de otra manera: ¿siempre que se impone una sanción se está “envenenando” (Luhmann) la relación jurídica? 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”...

Es aquí en donde aparece uno de los grandes temas de la reflexión que se desarrolla en el ámbito de la filosofía del Derecho: ¿por qué actuamos de acuerdo con el Derecho? Aquí las posibilidades pueden ser varias: el miedo a la sanción, la aceptación, el convencimiento, el consenso... Lo interesante en este punto es plantear si es posible una respuesta general, si se puede responder a la cuestión en abstracto: ¿la amenaza de sanción es un argumento omnipresente, suficiente y definitivo? Parece que la respuesta debiera ser negativa. Y también aquí es útil diferenciar –a efectos explicativos– entre el Derecho democrático y el Derecho no democrático. En el primer caso, existe un acuerdo moral en relación con el Derecho. Ese acuerdo se produce en aquellos ámbitos en los que existe una confluencia entre el Derecho y la moral.

Por ello, convendría evitar la tentación (¿presente en el libro?) de asumir la concepción (en mi opinión equivocada) según la cual la distinción entre el Derecho y la moral debe ser analizada en términos de “contradicción”. Al contrario, no parece posible negar la confluencia de contenidos entre el Derecho y la moral. Y si eso es así (si en ocasiones lo obligatorio jurídico es también obligatorio moral), entonces la amenaza de la sanción pierde valor a la hora de explicar por qué cumplimos las normas. Esto me parece evidente en relación con modelos democráticos, en donde la distinción kantiana entre la autonomía de la moral y la heteronomía del Derecho se matiza y en donde en la relación inversamente proporcional entre fuerza y consenso el consenso tiene más relevancia justificativa y explicativa de nuestros comportamientos en relación con el Derecho. Entiéndase que no estoy pensando en aquellas situaciones, a las que se refiere Tommaso Greco, reguladas por “*sistemi normativi autonomi che non necessitano il enforcement statale*” (pp. 30-31), sino en aquellas situaciones en las que el Derecho y la moral coinciden en la situación regulada y en el sentido de la regulación.

En resumidas cuentas, el tema de fondo es el del espacio normativo de la confianza. Tommaso Greco reivindica, en este sentido, un espacio intermedio entre el Derecho y la moral, entre la coacción (del Derecho) y la moralidad. Aunque aquí habría que recordar que la moral social también tiene una dimensión coactiva, si bien no institucionalizada, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho. En todo caso, me parece que el espacio de la confianza en realidad es –originariamente– más moral que jurídico.

A la hora de establecer distinciones entre el Derecho y la moral podemos utilizar al menos dos criterios: los que se refieren al ámbito de lo regulado y los que se refieren al modo de regulación. Pues bien, es aquí donde se observa que entre la moral y ese ámbito intermedio no habría mucha diferencia. Por ejemplo, pensemos en la relación entre el médico y el paciente a la que se alude en el libro. Estamos frente a una relación evidentemente regulada por normas jurídicas, pero básica y originariamente moral, en la que la confianza está vinculada al cumplimiento de una ética profesional, que propugna unos derechos y deberes que posteriormente se pueden juridificar. El valor y peso normativo de esos derechos y deberes no depende de su juridificación. Es el ejemplo del juramento hipocrático con el que se comprometen los médicos al terminar sus estudios y alcanzar el título. En este sentido es importante reflexionar –aunque no lo podemos hacer aquí– sobre la precedencia de las normas morales respecto a las jurídicas, o a la inversa, en este ámbito. Los ejemplos que Tommaso Greco ofrece al final del libro son bien ilustrativos. Es evidente que en la práctica según la cual, cuando tomamos una bebida en las caminatas campestres para refrescarnos y dejamos el precio sin que nadie nos vigile, actuamos en el marco de una relación de confianza. Es esa confianza la que permite que la práctica social sea precisamente eso: una práctica social prolongada y mantenida a lo largo del tiempo (a no ser que estemos frente a una actuación del productor de bebidas basada exclusivamente en su generosidad o, si se prefiere, en su misericordia). Pero me parece que aquí lo importante es saber qué es lo que mueve a los excursionistas. ¿Realmente pensamos que la juridicidad prevalece sobre la moralidad? Creo que no es necesario pensar en una comunidad de seres angelicales y benéficos para admitir que los excursionistas asumen el imperativo moral de dejar las monedas en la caja situada al afecto. Eso es lo que les mueve; y lo que asegura, como hemos señalado, el mantenimiento de esa tradición. Y, también demuestra que la reacción frente a la amenaza de sanción, a la que en ocasiones se ha querido conceder un potencial justificativo de las conductas jurídicas, posiblemente no es tan omnipresente.

Pues bien, si el ámbito de la confianza es prevalentemente el ámbito moral (y no un ámbito intermedio entre el Derecho y la moral, como se señala en el libro); y si la confianza es un valor constitutivo del Derecho (“Sin confianza no hay Derecho”, nos dice Tommaso Greco en la p. 160), la cuestión que surge es la de saber en qué medida estamos frente a una conclusión referida a una vinculación necesaria entre Derecho y moral. ¿Estamos, en este sentido, en presencia de una nueva especie de iusnaturalismo, en el que la relación necesaria no se establece entre Derecho y moral –entendida en términos generales–, sino entre Derecho y confianza –entendida como una dimensión específica de la moral?

Entiéndase que las anteriores consideraciones (críticas si se quiere) no implican negar la relación entre el Derecho y la confianza que, como hemos visto, se puede articular de diversas maneras. Tommaso Greco reivindica el lugar de la confianza en el Derecho, de forma que sin confianza no parece que se pueda hablar de Derecho; pero también es posible concebir la relación en el sentido de que el Derecho es un instrumento generador de confianza. Establecido esto se podría añadir, además, que en realidad la confianza no es exclusiva del Derecho; más bien, parece que su presencia, al menos en dosis mínimas, es necesaria en cualquier modo de gestión de las relaciones intersubjetivas que pretendas ser operativo y eficaz. Ello sería debido al hecho de que existe una relación entre confianza y seguridad. La confianza, vinculada a la idea de previsibilidad, a la disposición de información, es algo que constituye un elemento mínimo de las relaciones humanas. En este sentido, la confianza no aparece con el Derecho. Es cierto que el Derecho, como hemos visto, puede implicar confianza, pero desde el momento en que no todas las relaciones intersubjetivas son objeto de regulación jurídica, hay esferas de la actividad humana inconcebibles sin la presencia de la confianza, antes de que llegue el Derecho con su carga regulatoria. Pensemos en el ejemplo de la amistad, o en la relación que tiene una pareja de novios. Estamos ante ámbitos fundamentales de la vida humana en los que el Derecho no interviene y que subsisten gracias a la confianza que comparten los sujetos que forman parte de la relación. Así, la confianza se presenta, posiblemente, como algo más cotidiano –y también necesario– de lo que podríamos sospechar. Cuando nos relacionamos con los otros, el primer pensamiento que se nos viene a la cabeza no va a ser aquel que nos dice que estamos frente a un estafador con el que vamos a tener un problema que nos va a llevar directamente ante un juez.

Tener una visión exclusivamente coactiva del Derecho (frente a la que es perfectamente legítimo reaccionar en términos teóricos) posiblemente conduce a tener una idea del mismo, y sobre todo de las reacciones de los sujetos en relación con el mismo, un tanto deformada. Es cierto que un modelo democrático de Derecho no puede excluir en última instancia el recurso a la coacción. Pero la operatividad de la coacción (o de la amenaza de la sanción) no es la misma en relación con un modelo democrático de Derecho, que con un modelo no democrático. Un modelo democrático de Derecho se caracteriza tanto por su origen como por sus contenidos. El origen viene determinado por la participación –directa o indirecta, a través de mecanismos de representación– en la elaboración de las normas. Los contenidos están referidos en última instancia a determinados valores y principios; a los derechos en definitiva. A partir de ahí podemos sospechar que el índice de aceptación por parte de los destinatarios de las normas es diferente en uno y en otro caso. Por ello, parece razonable presumir que la amenaza de la sanción no va a tener el mismo peso en la consideración que lleva a cabo el sujeto a la hora de decidir (consciente o inconscientemente) actuar de acuerdo con las normas. Es en este contexto en el que podemos constatar que, frecuentemente, nos abstenemos de actuar de determinada manera no porque lo prohíba el Derecho, sino porque estamos movidos por la moral. Aquí la moral, en la que la confianza ocupa un lugar importante, se presenta cómo el móvil de la acción, al que nos atenemos antes de tener en cuenta el sentido del imperativo jurídico.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 – Madrid
Email: javofil@der-pu.uc3m.es