

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.

EL DERECHO Y LA CONFIANZA

TRUST AND LAW

ANDRÉS GARCÍA INDA
Universidad de Zaragoza

<https://orcid.org/0000-0002-4620-9884>

Fecha de recepción: 24-5-22

Fecha de aceptación: 6-7-22

Resumen: *¿Cuál es la relación entre Derecho y confianza? ¿y cómo puede el Derecho favorecer la confianza social “adecuada”? El libro de Tommaso Greco sobre La legge della fiducia ofrece una respuesta a tales cuestiones y propone una revisión del “maquiavelismo jurídico”, entendido como el paradigma jurídico clásico. En este trabajo, a partir de la lectura de dicha obra, se plantean algunas reflexiones sobre dicha relación y se hace una crítica del planteamiento “principalista” del autor.*

Abstract: *What is the relationship between Law and Trust? And how can the Law promote an “adequate” social trust? Tommaso Greco’s book on La legge della fiducia offers an answer to such questions and proposes a review of “legal machiavellianism”, understood as the classical legal paradigm, based on mistrust. In this work, from the reading of that book, some reflections are raised on the relationship about Law and Trust, and a critique of Greco’s “principled” approach is made.*

Palabras clave: Derecho, confianza, deberes, principios, vínculos

Keywords: Law, trust, duties, principles, links

“Si vuestras leyes han sido hechas como se tiene que hacer, una de las más hermosas sería aquella que prohíbe a cualquier joven cuestionar cuál de ellas está bien y cuál no, y en cambio lo obliga a proclamar unánime y unívocamente que todas son buenas, pues las pusieron los dioses.”

Platón, *Las leyes* (I, 634de).

1. INTRODUCCIÓN

Puede parecer arriesgado –o ingenuo– hablar del Derecho y la confianza en un contexto de guerra como es el propiciado por los últimos acontecimientos internacionales (la invasión rusa de Ucrania y su impacto a nivel mundial). En circunstancias como esas, alguien podría pensar en la reflexión académica como un divertimento o un juego de salón superfluo o inútil que, como mucho, solo serviría para embellecer o disimular el ruido de las bombas y los gritos de las víctimas. O para tranquilizar nuestras conciencias. No hay que hacerse ilusiones, claro: los libros de una biblioteca (el pensamiento, la cultura...) no suelen detener la agresión de los bárbaros, ni en tiempos de Agustín de Hipona, ni en los nuestros¹. Pero eso no quiere decir que debamos arrojarlos por la ventana. Al revés, es quizás entonces cuando más importancia tiene intentar comprender la realidad y el sentido del Derecho, sus posibilidades y sus límites como una herramienta frente a la barbarie. Recordemos la sentencia de Pascal: “No pudiendo hacer que lo que es justo fuese fuerte, hemos hecho que lo que es fuerte fuera justo”². En ese sentido, la dura constatación de la barbarie resulta una vez más un test inevitable de la validez de la teoría, que nos obliga a repensar críticamente³. El libro recientemente publicado de Tommaso Greco sobre *La ley de la confianza* constituye una interesante aportación en esa tarea⁴.

2. EL DERECHO Y EL AMOR

Entre los abogados suele decirse que el Derecho de familia empieza donde acaba la familia. Lo cual tiene una doble lectura. La primera es que cuando se acude al Derecho es porque la familia, entendida como un espacio autorregulado de relaciones basadas en el afecto y la confianza mutua, empieza

¹ Una llamativa imagen de los primeros días de la guerra de Ucrania, difundida a través de las redes sociales, fue la “trinchera” de libros que el escritor Lev Shevchenko hizo en la ventana de su casa, para protegerse de los bombardeos. Vid. por ejemplo en Ch. APAOLAZA, “La ventana de Shevchenko”, *La Razón*, 6-03-2022. Disponible en: <https://www.larazon.es/opinion/20220306/2hd1mhrepbfdraqri2losmvefu.html>

² B. PASCAL, *Pensamientos* § 81.

³ Cfr., por ejemplo, J. de MIGUEL, “Esplendor y miseria del realismo político”, *The Objective*, 8-03-2022. Disponible en: <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-03-08/guerra-ucrania-realismo-politico/>

⁴ T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Bari, 2021.

a resquebrajarse⁵. En este primer sentido el Derecho puede ser concebido como un recurso o una herramienta reparadora, o al menos de contención, que ayudaría a minimizar los daños e incluso a restaurar, hasta donde fuera posible, la relación y la confianza familiar herida o puesta en entredicho. Y en ocasiones (o tal vez muy a menudo) quién sabe si parte del fracaso del Derecho en esa misión puede tener que ver con el tamaño de las expectativas puestas en él, como si las normas jurídicas pudieran proporcionar, *por sí mismas*, el afecto o el amor gastado o desaparecido. El Derecho, desde esa perspectiva, puede sostener, reforzar o asegurar *a su manera* los deberes de respeto, asistencia y solidaridad que hasta ese momento (por así decirlo) generaba o alimentaba el afecto, pero no podría garantizar o producir ese mismo afecto. Y aunque tampoco quepa despreciar la posibilidad de que, como en un negocio cualquiera, la confianza producida por el Derecho despierte el afecto entre las partes, en todo caso la que procura el Derecho no es la misma, necesariamente, que la que nace del amor o de la amistad. Apuntemos ya, en ese sentido, que existe una gran variedad de formas y manifestaciones de confianza, y que quizás uno de los errores para comprender el papel del Derecho en su “producción” es la confusión entre las mismas. Del mismo modo, “es preciso evitar planteamientos lineales que puedan omitir la compleja relación que une confianza y desconfianza, relación en constante tensión y siempre atravesada por el interés, habitual y erróneamente atribuido a desconfianza con acepción negativa pues, en realidad, el hecho mismo de construir confianza no es un acto ciego o naif, sino que, bien al contrario, se trata de un acto que responde al propio interés”.⁶

Sin embargo, el sentido que los profesionales le dan habitualmente a la frase con la que abríamos este apartado tiene otras connotaciones más escépticas, negativas o incluso cínicas, si así puede decirse. No supone solo pensar en el Derecho como un recurso para reparar o ayudar cuando las relaciones y la confianza se estropean, sino como un elemento que lo que hace precisa-

⁵ Escribía Hegel que “en cuanto *sustancialidad inmediata* del espíritu, la familia se determina por su unidad *sentida*, el amor. De acuerdo con ello, se tiene en esta unidad, en cuanto esencialidad que es en y por sí, la autoconciencia de la propia individualidad, y no se es en ella como persona por sí sino como *miembro*”. G. W. F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, § 158, trad. J. L. Verma, Edhasa, Barcelona, 1988.

⁶ Cfr. M^a J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Derechos versus democracia. Ironía de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 26-27, que en ese punto se apoya en el análisis de V. MANGEMATIN y Ch. THUDEROZ (dirs.), *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité social*, CNRS, Paris, 2004.

mente es deteriorar esas relaciones y esa confianza (o que contribuye a ello). Desde este segundo punto de vista, no es que el Derecho entre en escena porque la familia (o el amor) desaparezca, sino que la familia (o el amor) desaparece porque el Derecho –con su rigidez, su impersonalidad y su lógica jerárquica y patrimonial⁷– entra en escena. No olvidemos que el Derecho no sirve únicamente para resolver los conflictos, sino también para provocarlos⁸.

En el primer caso, el Derecho vendría a suplir la falta de confianza (o de amor) y no resultaría necesario si aquella no escasease. Como escribía Luis Legaz Lacambra, leyendo a Aristóteles, “si todos los hombres fuesen amigos, la justicia no sería necesaria”, pero aunque exista la justicia no podemos prescindir de la amistad, no podemos sustituirla⁹. Pero en todo caso Derecho y amor serían órdenes *estructuralmente* diferentes, si no antitéticos: el *homo iuridicus*, decía Legaz, es el tipo de ser humano que “en la tricotomía de valores: amor (como caridad), amistad y justicia, antepone éste a los otros, a los que destruye y absorbe por entero”¹⁰. El Derecho, como la moral, vendría a sustituir el amor por el deber¹¹. En el segundo caso, en cambio, el Derecho vendría a provocar esa falta de amor y de confianza. Pero en ambos casos,

⁷ S. RODOTÀ, *Derecho de amor*, trad. J. M. Revuelta, Trotta, Madrid, 2019, pp. 53 y 56.

⁸ Frente a la expresión comúnmente extendida del Derecho como mecanismo de resolución de conflictos, V. Ferrari utiliza la expresión “tratamiento de conflictos declarados”, porque “el Derecho puede ser utilizado tanto para dar lugar a conflictos como para resolverlos”. Cfr. V. FERRARI, *Funciones del Derecho*, trad. M^a J. Añón y J. De Lucas, Debate, Madrid, 1988, p. 115.

⁹ L. LEGAZ Y LACAMBRA, *El Derecho y el amor*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 31. O, como decía Madison, “si los hombres fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario”. Sobre la hipótesis de una sociedad de ángeles cfr. L. MIOTTO, “From Angels to Humans: Law, Coercion and the Society of Angels Thought Experiment”, *Law and Philosophy* núm. 40, 2021, pp. 277-303. De esta idea parte precisamente Carlo Vittorio Giabardo para comentar el libro de Tommaso Greco en una magnífica reseña crítica del mismo: C. V. GIABARDO, “Pensare la fiducia nel diritto. Intorno a *Le legge della fiducia*”, *Giustizia Insieme* (05/02/2022). Disponible en: <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/131-main/filosofia-del-diritto/2141-pensare-la-fiducia-nel-diritto-intorno-a-le-legge-della-fiducia-alle-radici-del-diritto-di-tommaso-greco-laterza-2021>

¹⁰ L. LEGAZ Y LACAMBRA, *El Derecho y el amor*, cit., p. 213. Desde otro punto de vista, Gregorio Peces-Barba hacía una lectura de las relaciones entre el Derecho y el amor en el mundo moderno en la que, frente a los modelos de la separación o la escisión y de la sustitución de un orden por otro, apuntaba “una propuesta integradora” en la que ambos órdenes eran necesarios y complementarios en la construcción de una sociedad democrática. Cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El Derecho y el amor: sus modelos de relación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 67, 1982, pp. 65-79.

¹¹ F. ALBERONI & S. VECA, *Altruismo y moral*, trad. J. Bignozzi, Ediciones B, Barcelona, 1999, pp. 84 y ss.

al parecer, en la raíz de lo jurídico estaría precisamente la desconfianza. Recurrimos al Derecho porque desconfiamos y a su vez ese recurso a lo jurídico favorece nuestra desconfianza. Podría parecer que estamos condenados a vivir en un permanente círculo vicioso: Cuanto más Derecho ponemos, menos confianza generamos; y cuanto más desconfiamos, más necesitamos recurrir al Derecho. ¿Es realmente así? ¿es esa desconfianza una característica propia o constitutiva, por así decirlo, de lo jurídico, o el producto de una forma determinada de entender y practicar el Derecho? Porque en cierto modo esa es una idea bastante extendida no solo entre los juristas, sino también entre quienes no lo son. Derecho y confianza serían magnitudes inversamente proporcionales: *cuanta menos confianza, más Derecho (y viceversa)*.

3. ¿A MÁS DERECHO, MENOS CONFIANZA?

En *La legge della fiducia*, Tommaso Greco viene precisamente a cuestionar esa forma de concebir la relación entre Derecho y confianza. Según Greco, nuestra concepción del Derecho está dominada por lo que él llama el “*maquiavelismo jurídico*” o el “*paradigma de la desconfianza*”, en el que lo que define y fundamenta el Derecho es precisamente la desconfianza. Prevedemos que la confianza en el otro puede fallar y nos adelantamos con normas. Frente a ese modelo, Greco propone y defiende el “*paradigma de la confianza*”, que supondría una crítica de los presupuestos tradicionales con arreglo a los cuales concebimos y practicamos el Derecho desde tres grandes puntos de vista relacionados entre sí:

- En primer lugar, una crítica de la antropología negativa de raíz hobbesiana y del individualismo y la presunta racionalidad mandevilleana del *homo oeconomicus*, del egoísmo como virtud¹²;
- en segundo lugar, una crítica sociológico-política del ideal liberal de una sociedad entendida como mera agregación de intereses (desprovista o al margen de la idea de bien común) y del “*familismo amoral*” típico de la Europa meridional¹³;

¹² T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit. pp. 33-34.

¹³ *Ibidem*, pp. 34-35. Greco lo refiere a la Italia meridional, pero podría ser extensivo a otras sociedades del sur de Europa. El término “*familismo*” hace referencia al fenómeno social de revitalización de la familia pero que suele ir asociado a formas de solidaridad muy restringidas en las que la confianza y el compromiso moral se centra exclusivamente en el núcleo más reducido (familiar), frente a otras formas de cultura cívica. Cfr. A. GARZÓN, “*Familismo y creencias políticas*”, *Psicología Política* núm. 17, 1998, pp. 101-128. De hecho, y fruto en cierta manera del auge de las políticas identitarias, una de las dinámicas paradójicas de la solidari-

- y en tercer lugar, y sobre todo, una crítica de la teoría jurídica tradicional, de raíz kelseniana, en la que el Derecho se define básicamente sobre la idea de la coacción y la sanción¹⁴.

Conviene no pasar por alto la importancia de este último aspecto o punto de vista, porque si no corremos el riesgo de quedarnos en un análisis superficial del asunto. Todos afirmamos a menudo que el Derecho no es únicamente fuerza desnuda, o no solo es fuerza o violencia, sino también consenso; y que ningún sistema jurídico –ni político– sobreviviría basado únicamente en la amenaza y la coacción. Pero lo que propone Greco, en la línea de otros autores¹⁵, es repensar y redefinir la fuerza misma del Derecho o la *fuerza* de esa fuerza (y por lo tanto su relación con la moral). En el fondo, es la cuestión misma de la razón práctica lo que está en juego. Así, en ese sentido:

- Frente a la concepción que hace depender la obligación jurídica de la existencia de la sanción¹⁶, Greco defiende que es la obligación la que precede a la sanción, y no al revés. No hay una obligación o un deber porque se imponga una sanción, sino al contrario: se impone la sanción porque existe una obligación; si la sanción o la coacción interviene *ex post* en caso de incumplimiento es porque ya existía, *ex ante*, la obligación, de manera que incluso aunque aquella (la sanción) no se diera seguiría existiendo ésta (la obligación)¹⁷. De lo contrario, sugiere Greco, podríamos pensar que “si podemos evadir el castigo, estamos autorizados a eludir la norma”¹⁸. Sin embargo, eso no significa necesariamente que la sanción no sea un elemento

dad en nuestro tiempo es precisamente la tendencia a la reducción de la comunidad moral: nuestro sentido de la solidaridad es cada vez más intenso, pero más reducido o menos intenso. Cfr. A. GARCÍA INDA, *La dulce militancia. Crítica de la razón indignada*, Ed. Mensajero, Bilbao, 2021, pp. 125 y ss; Id., *Como un buen samaritano. Los deberes, entre la ética y el Derecho*, Sibirana Ediciones, Zaragoza, 2021, pp. 86 y ss.

¹⁴ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., pp. 31-32.

¹⁵ Aunque desde un planteamiento radicalmente diferente, pienso por ejemplo en el sociólogo Pierre BOURDIEU, “La fuerza del Derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”, en Id., *Poder, Derecho y clases sociales*, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, pp. 165-224.

¹⁶ Para Kelsen “no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo”. Cfr. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (Cap. IV), trad. M. Nilve, Ed. Universitaria, Buenos Aires, 1989, pp. 79-80.

¹⁷ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., p. 52.

¹⁸ *Ibidem*, p. 158.

- fundamental de la obligación jurídica, cuya función sería entonces, precisamente, traducir y reforzar la obligación moral.
- Frente a una concepción *vertical* de las obligaciones, Greco subraya la *horizontalidad* del Derecho, entendiendo por tal la idea de que las normas se dirigen fundamentalmente a los ciudadanos (no a los operadores jurídicos encargados de su aplicación: funcionarios, jueces, policías, etc.) y que los deberes respecto al Estado son secundarios, dependientes o están referidos a los deberes de unos ciudadanos para con otros. Greco se refiere a ello como el “momento cooperativo” de la relación jurídica.

Esta reivindicación de la “horizontalidad” o la “cooperatividad” del Derecho es importante, como una alternativa crítica al fenómeno dominante del ciudadano consumidor (y las consiguientes derivadas de la subjetivización y sentimentalización de los derechos, la avalancha e inflación de los mismos, etc.)¹⁹. E implica reconocer, en mi opinión, la prioridad teórica y práctica de la noción de obligación sobre la de derecho (subjetivo). No hay deberes u obligaciones porque existan derechos sino al revés: existen derechos porque tenemos obligaciones²⁰. Y existen deberes u obligaciones (y por lo tanto derechos) porque tenemos *vínculos* o relaciones. De hecho, en la propia etimología del término *ob-ligación* sigue resonando esa idea del vínculo o la ligadura que une a dos (o más) sujetos. Precisamente porque nos *sabemos* y/o nos *sentimos* vinculados a otros²¹ es por lo que tenemos deberes u obligaciones hacia ellos: porque estamos *en deuda*. O al revés: el sabernos obligados hacia otros nos vincula con ellos. Por eso, como recordaba Hart, no decimos únicamente que estamos obligados *a algo*, sino *hacia alguien*²². Y cabe

¹⁹ Cfr. M^a J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Derechos versus democracia. Ironía de la globalización*, cit., § 7; M. VILLEY, *El Derecho y los derechos del hombre*, trad. O. Cortés, Marcial Pons, Madrid, 2019, entre otros.

²⁰ No se trata de una mera disquisición teórica. Al contrario, la inflación y el vaciamiento del discurso de los derechos (un fenómeno imparable y difícilmente corregible, en mi opinión) está directamente relacionado con la consideración de los mismos al margen de las obligaciones. De ahí la insistencia en los últimos tiempos de diferentes análisis que vienen a subrayar la importancia de los deberes. Aunque en cierto modo, en mi opinión, sin llegar al fondo de lo que ello supone. Cfr. por ejemplo F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “L’età dei diritti, al di là dei doveri”, en A. BALLARINO (ed.), *Novecento del diritto*, Giappiachelli, Torino, 2019, pp. 9-40.

²¹ No entro en la importante e inevitable cuestión sobre el papel de la razón y la emoción o la pasión en la constitución de esos vínculos.

²² H. L. A. HART, *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 75.

pensar que la crisis de la noción misma de deber está directamente relacionada con la erosión de tales vínculos (nacionales, culturales, sociales, familiares...) y la cultura individualista de los derechos. O con su transformación, si prefiere decirse así. ¿Qué papel juega actualmente y cuál debería jugar el Derecho en esas transformaciones? ¿contribuye a fomentar esos vínculos o a su disolución?

De todos modos, alguien podría objetar rápidamente la afirmación anterior (que la noción de obligación prima sobre la de derecho) diciendo que en el fondo un derecho subjetivo no es sino la expresión de una relación (jurídica) de poder que habilita o capacita a quien dispone del mismo (o a quien se encuentra en esa posición) para imponer una obligación o deber correlativo a alguien. La cuestión, podría decirse irónicamente recurriendo a la famosa frase de *Alicia a través del espejo*, de Lewis Carroll, no es lo que significa hablar de “derecho” u “obligación”, sino saber quién es el que manda. Eso es todo: quien tiene el poder (o sea, el “derecho”, o el Derecho) puede obligar al otro u otros a lo que sea²³. La concepción *ideal* de la relación entre las nociones de deber y de derecho quedaría así opacada por la visión *real* del poder. A este respecto, quizás una de las aportaciones críticas del libro de Greco, pretendidamente o no, puede tener que ver con la oposición a este planteamiento. O al menos con su cuestionamiento. Dicho en otros términos (y tómese lo que voy a decir como una duda, una reflexión o una pregunta, más que una afirmación), a los tres puntos de vista críticos anteriormente reseñados (el antropológico, el sociológico y el jurídico) podríamos añadir un cuarto aspecto, de carácter metodológico, que de alguna manera los engloba y presupone.

Uno podría preguntarse lo siguiente: Cuando Greco defiende la “concepción fiduciaria” del Derecho, ¿está hablando del Derecho que es, o del que debe ser? Y tal vez, esa distinción es la que el propio Greco viene a cuestionar, en un esfuerzo por re-integrar la perspectiva filosófica y la sociológica, o por vincular la legitimidad y la eficacia. Efectividad y legitimidad se retroalimentan, subraya Greco: es imposible pensar en un Derecho que no pretenda ser a la vez justo y efectivo²⁴, lo que quiere decir que no solo no es *deseable* un Derecho basado en el miedo y la desconfianza, sino que no es

²³ Quien está obligado hacia alguien, escribía Hart, está de algún modo “atado” a esa persona. Pero añadía que “la imagen precisa no es la de dos personas atadas por una cadena, sino la de una persona atada, y el extremo libre de la cadena en las manos de otra que puede usarla a su arbitrio”. H. L. A. HART, *Derecho y moral*, cit., p. 76.

²⁴ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., pp. 84 y 102 y ss.

útil ni eficaz. Carece de sentido. Según Greco no se puede “entender” adecuadamente el Derecho desde el paradigma de la desconfianza. Con otras palabras: la crítica del “maquiavelismo jurídico” conllevaría cuestionar la hipertrofia del propio enfoque “teórico”, “científico” o “realista” que tiende a desgajar la relación entre esos dos extremos y a disolver la fuerza de la razón práctica en favor del poder. Como escribe Pierre Manent: “Si se consideran las cosas humanas desde una perspectiva “realista” o “científica”, no se las mira tanto “como son” sino que se las mira dejando de lado u ocultando el punto de vista del hombre que actúa, el del agente propiamente dicho. En efecto, no se puede mirar las cosas “tal como son” puesto que, hablando con propiedad, ellas no son, pues deben ser hechas o “actuadas”²⁵. Ese presunto realismo, que trata de responder a la distancia existente entre lo que los hombres hacen y lo que deberían hacer, en lugar de reconciliar la inevitable tensión entre la realidad y el deseo lo que hace es disolverla, considerando la moral como una debilidad a eliminar de la fórmula.

Para Maquiavelo –sigo de la mano de Manent– la “distancia” entre lo que los hombres hacen y lo que deberían hacer no es tanto una debilidad de la voluntad, sino del conocimiento: “¿En qué consiste más exactamente esta ignorancia o desconocimiento de sí? Resumiría las cosas de este modo. Por una parte, los hombres no pueden evitar hacer lo que hacen; por otra, no pueden evitar querer de alguna manera hacer lo que deberían hacer (...). Esta división de la mente, o esta duplicidad, tiene como consecuencia que vean doble y que, por supuesto sin hacer lo que deberían hacer, hagan mal lo que hacen. Así, lo que deberían hacer y que está resumido en los preceptos de la ley natural, o de la moral, no es tanto lo que no consiguen hacer, lo que no logran alcanzar o respetar, sino aquello que nubla su mirada, engaña su vista y, en consecuencia, impide o desvía, en todo caso disminuye, sus fuerzas. Los seres humanos desobedecen alegremente la ley natural en tanto esta perturba sus deseos, pero se sienten lo suficientemente intimidados por ella como para no ir hasta el final de lo que han comenzado. La moral los debilita sin corregirlos. La ley que se supone debe reglar su acción solo le quita la energía o el alcance que podía tener”.²⁶

Para el punto de vista “realista” es necesario corregir esa *diplopía moral* y eliminar aquello que obstaculiza o debilita la unidad de la acción humana. La

²⁵ P. MANENT, *La ley natural y los derechos humanos*, trad. V. Waksman, Ed. Katz, Buenos Aires, 2021, p. 31.

²⁶ *Ibidem*, pp. 34-35.

ley natural, o la moral, asocia a los seres humanos de una forma imaginaria y para Maquiavelo es urgente despertarlos de ese engañoso sueño de unidad. “No hay tantas maneras de hacerlo; en definitiva, hay solo una: darles miedo (...). Lo único que reúne *efectivamente* a los hombres es el miedo. El miedo, es cierto, tiene una extraña manera de reunir a los hombres, pues hace sentir a cada uno la preferencia ilimitada que tiene por sí mismo. Mientras que la ley natural reúne a los hombres imaginariamente dejándolos pasivos y separados, el miedo los reúne realmente forzando a cada uno a “reconocerse”, es decir, a salir de las asociaciones imaginarias en las cuales se emplean y se pierden sus capacidades de acción”.²⁷

3. EL VIRUS DEL MIEDO

Para Manent la moralización del miedo que opera con la obra de Maquiavelo –y, sobre todo, con la de Hobbes– convierte a esa pasión en el sustitutivo de la “ley natural”, lo que, en cierto modo, podría llevarnos a identificar a ésta (a lo que podríamos llamar la ley natural en referencia a los motivos de la acción humana) con la confianza²⁸. No en vano, en realidad lo opuesto a la confianza es el miedo (o la suspicacia, que sería una forma o un grado del miedo). Y como el mismo Greco pone de relieve en su libro –y ahí radica entre otras la enorme actualidad de su aportación– un ejemplo palpable de los límites heurísticos y prácticos del modelo de Maquiavelo es la reciente experiencia de la pandemia.

Además de una crisis sanitaria, la pandemia del coronavirus ha sido (o está siendo) una profunda crisis moral²⁹. Al igual que ocurre con las personas, puede decirse que en la adversidad es donde se muestra la calidad o la estatura moral de una comunidad. Cuando el viento sopla a favor y todo funciona adecuadamente es más o menos fácil gestionar los propios impulsos y tomar decisiones acertadas (o sobrellevar las erróneas), pero cuando arrecian la tempestad y las dificultades todo resulta mucho más complicado. De la cri-

²⁷ Ibidem, pp. 36-37. El “deseo de excesiva claridad” que ese presunto realismo puso en nosotros, dice Manent, “en lugar de abrirnos a lugares inéditos, nos cerró el acceso al campo de la vida práctica, es decir, de la acción bajo la ley, campo en el que se observa, en efecto, una gran distancia entre lo que los hombres hacen y lo que deberían hacer”; *ibidem*, p. 42.

²⁸ Ibidem, pp. 41 y 52.

²⁹ Retomo aquí, ampliadas, las reflexiones apuntadas en A. GARCÍA INDA, “Crisis moral”, *Heraldo de Aragón*, 13-03-2020, p. 23.

sis económica se dijo, con razón, que era una crisis moral. Pero no solo porque la raíz o el origen de la misma pudiera hallarse, por ejemplo, en el exceso de avaricia o la falta de probidad, sino porque el colapso financiero que supuso socavaba las prácticas y creencias sobre las que se sostiene la confianza social, que es la condición y el resultado de lo que podríamos llamar, con Michel Ignatieff, *el sistema operativo moral* de una sociedad. Para que una ciudad pueda funcionar, dice Ignatieff, “necesita un sistema operativo. Al igual que un código informático, dicho sistema consiste en un conjunto de procedimientos o rutinas compartidas que permiten convivir a millones de personas de diferentes razas, orígenes y clases sociales. Tiene que existir un equilibrio moral tácito, una actitud consistente en vivir y dejar vivir que permita a los desconocidos compartir el espacio público. Aunque abunda en cualquier ciudad, la indiferencia práctica no es suficiente. Todos queremos que nos devuelvan la mirada. Todos esperamos la amabilidad de los desconocidos, independientemente de lo poco habitual que sea. Los intereses compartidos favorecen los acuerdos comerciales, pero no dan lugar a la excitación de la vida urbana ni a su promesa de conexión humana. Ello presupone que los habitantes de las ciudades están dispuestos a apostar por la confianza, a acercarse a los desconocidos con la esperanza de que su gesto sea recíproco”³⁰.

Según Ignatieff “la ética puede compararse a un sistema operativo porque, al igual que el software, garantiza la predecibilidad que requieren las interacciones humanas estables. La condición más importante para esta previsibilidad es la seguridad, las interacciones libres de violencia. Sin seguridad, la confianza entre desconocidos es imposible”³¹. Así, el sistema operativo moral de una comunidad es “un conjunto tácito de supuestos – la configuración predeterminada, si se quiere– sobre el posible comportamiento de otras personas, que nos permite tomar decisiones”. El sistema no elige totalmente por nosotros, pero delimita y condiciona nuestras opciones y filtra la mayor parte del ruido social, proporcionando expectativas y directrices estables. Es decir: “define los límites de la confianza”. Los sistemas operativos morales se generan cuando impulsos como la confianza son reforzados una y otra vez a través de la educación, de las interacciones sociales, de las instituciones, etc.³² Al igual que en el caso del software, cuando el

³⁰ M. IGNATIEFF, *Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido*, trad. F. Beltrán Adell, Ed. Taurus, Madrid, 2018, pp. 79-80.

³¹ Ibidem, p. 81.

³² Ibidem, pp. 84-86.

sistema operativo no funciona bien, la sociedad se resiente. En ese sentido, una crisis del “sistema” (económico, político, cultural...) es también una crisis “moral”. Como decíamos antes, en no pocas ocasiones se ha insistido que la crisis económica de los últimos años era sobre todo una “crisis de valores”. Ciertamente es así. Pero lo que eso suponía, sobre todo, es que esa alteración de los valores o las lógicas en las prácticas humanas (la especulación financiera, la corrupción política, etc.) alimentaban el miedo o la desconfianza que es lo que hacía quebrar el sistema³³. O, en otros casos, tales crisis se producen porque carecemos de “anclajes” que sostengan o fundamenten esa confianza inevitable y necesaria para vivir en sociedad³⁴.

En ese sentido, además de una crisis sanitaria (y económica, educativa, política, jurídica...), la pandemia del coronavirus es una crisis moral, que venía a alterar nuestras costumbres y a trastocar nuestras prioridades, que nos sacude y nos pone a prueba individual y colectivamente. La cuestión es hasta qué punto nuestro sistema operativo moral soporta y nos permite afrontar adecuadamente las circunstancias límite; o en qué medida nos hemos preparado para enfrentar situaciones así, en las que ya no basta con “vivir y dejar vivir”, porque lo que está en juego no es únicamente (aunque también) la supervivencia individual, sino el destino colectivo, o el del “sistema” (sanitario, social, económico...), podríamos decir, si no hubiéramos erosionado tanto entre todos el sentido profundo de esa palabra. Y, sobre todo, cuando con ello lo que está en juego es el destino de los más débiles.

Llevamos mucho tiempo insistiendo en la importancia de los valores, esas “cosas pálidas y desvaídas”, como decía Allan Bloom, “fuegos fatuos, insustanciales, desprovistos de aquello que constituye la base del razonamiento moral: la experiencia o la pasión”³⁵. Y hemos abandonado hace mucho la conciencia y la formación de las virtudes, las disposiciones y los hábitos necesarios para vivir juntos. Educados en el compromiso indoloro y en la indignación y la queja individualista, nos resulta incomprensible cualquier exigencia que implique sacrificio, y nos enfrentamos a las dificultades con la estupefacción del niño malcriado al que le privan de cualquier capricho. Como también suenan impostadas y artificiales las llamadas a la épica de la

³³ A. CORTINA, *¿Para qué sirve realmente la ética?*, Paidós, Madrid, 2013, pp. 23-24.

³⁴ Z. BAUMAN, *Múltiples culturas, una sola humanidad*, trad. A. Santos Mosquera, Ed. Katz, Buenos Aires, 2008, p. 44.

³⁵ A. BLOOM, *El cierre de la mente moderna*, trad. A. Martín, Plaza & Janés, Barcelona, 1989, pp. 61-62.

comunidad por parte de nuestros representantes públicos. Habíamos trivializado la responsabilidad y el heroísmo, podríamos decir con C. S. Lewis, y de repente necesitábamos comportarnos como héroes³⁶.

En ese contexto, como el propio Tommaso Greco pone de manifiesto, la pandemia del COVID19 vino a subrayar la ineficacia del modelo jurídico de la desconfianza, pero a la vez, podríamos añadir, ha supuesto su máxima expresión práctica; o lo ha reforzado. Y seguramente esa reflexión puede extenderse a otro tipo de “riesgos” sistémicos propios de nuestras sociedades complejas (ecológicos, económicos o bélicos). Así, por una parte, la pandemia en sí misma venía a alterar o poner en cuestión el modelo jurídico-político liberal tradicional: Las soluciones individuales “agregadas” ya no servían para dar respuesta a un problema sistémico; el Derecho se mostraba como una herramienta insuficiente para orientar las conductas, los individuos no respondíamos tan “racionalmente” como nuestras autoridades esperaban a sus indicaciones o recomendaciones (o, desde el punto de vista de los ciudadanos, tales recomendaciones no eran tan “racionales” como las autoridades pensaban); la libertad entraba en tensión con la cooperación, por un lado, y con la arbitrariedad, por otro...³⁷ Por otra parte, como en una especie de huida hacia adelante, la respuesta jurídico-política no ha hecho sino insistir en esa fórmula o modelo de la desconfianza. Lejos de favorecer la confianza, si algo ha caracterizado la gestión jurídico-política de la pandemia ha sido la opacidad, la mentira y el miedo. Como decía Manuel Arias Maldonado, el poder optó claramente por asustar a la ciudadanía, antes que enfadarla³⁸. El libro de Laura Dodsworth sobre *El Estado del miedo* muestra claramente en el caso británico –y su análisis es fácilmente extensible a contextos como el nuestro– la estrategia de terror que se siguió en la gestión de la enfermedad³⁹. Necesitábamos confianza, pero se optó por inyectar miedo.

³⁶ “Con una terrible simplicidad extirpamos el órgano y exigimos la función. Hacemos hombres sin corazón y esperamos de ellos virtud e iniciativa. Nos reímos del honor y nos extrañamos de ver traidores entre nosotros. Castramos y exigimos a los castrados que sean fecundos”. C. S. LEWIS, *La abolición del hombre*, trad. J. Ortega García, Ed. Encuentro, Madrid, 1990, p. 29.

³⁷ M. ARIAS MALDONADO, *Desde las ruinas del futuro*, Ed. Taurus, Barcelona, 2020, pp. 138 y ss; P. IGNAZI & N. URBINATI, *Contagio e libertà*, Ed. Laterza, Bari, 2020. La libertad no es solo ausencia de interferencia, sino de arbitrariedad, algo que también ha aumentado en esos años de pandemia. Podríamos añadir, recurriendo a uno de los aforismos del escritor Carlos Marín-Blázquez, que “la ironía de esta sociedad individualista es que el papel del individuo resulta irrellevante”; C. MARÍN-BLÁZQUEZ, *Contramundo*, Ed. Homo Legens, Madrid, 2020, § 459.

³⁸ M. ARIAS MALDONADO, *Desde las ruinas del futuro*, cit., p. 103.

³⁹ A tenor de lo que allí se refiere, pienso que la expresión “estrategia de terror” no es exagerada. Cfr. L. DODSWORTH, *El Estado del miedo. Cómo el gobierno convirtió el miedo*

4. LO QUE MUEVE EL MUNDO

¿Qué es lo que “mueve” el mundo? ¿O qué es lo que hace que, mejor o peor, nuestras sociedades “funcionen”? Tales preguntas han espoleado y alimentado el pensamiento filosófico durante toda la historia de la humanidad. Y lo siguen haciendo. Seguramente no hay *una* respuesta y lo razonable (o lo fácil) es decir que es un conjunto de factores los que contribuyen a hacer posible la vida social. Pero, no son pocos los que afirman que puestos a escoger una “fuerza” principal, que articule u organice todas las demás, ésta sería la confianza. Y por eso, como acabamos de decir a propósito de la pandemia, nuestras sociedades se resienten cuando aquella entra en crisis.

Las cosas “funcionan” (mejor) porque “confiamos” que van a hacerlo. No hace falta ser un sociólogo funcionalista para reconocerlo y encontrar múltiples ejemplos de esa confianza en nuestra vida cotidiana: en la sanidad, la educación, la economía, el Derecho, la Universidad... Por ejemplo: sabemos que los médicos a veces cometen errores, pero si el sistema sanitario funciona es porque confiamos tanto en las decisiones de los profesionales de la medicina como en el sistema mismo⁴⁰; somos conscientes de la falibilidad de los proyectos y diagnósticos humanos, pero si vivimos en grandes edificios, viajamos en máquinas a gran velocidad, consumimos alimentos que otros nos proporcionan, o intercambiamos bienes y servicios, es porque de un modo u otro hemos depositado nuestra confianza en otros. Como diría N. Luhmann la confianza hace posibles nuestras relaciones y nuestras decisiones, al reducir la complejidad de un mundo que, de otra forma, se vuelve inabarcable⁴¹.

Dicho con otras palabras, el éxito de la sociedad moderna se ha basado en la confianza. Las sociedades modernas son imposibles sin ese presupes-

en un arma durante la pandemia del Covid-19, Ed. Melusina, Santa Cruz de Tenerife, 2021; J. M. BLANCO, “Covid y la sinuosa estrategia del miedo”, *Vozpopuli*, 15-04-2021, disponible en: <https://www.vozpopuli.com/opinion/miedo-coronavirus-pandemia.html>

⁴⁰ De hecho, como decíamos hace un momento, la pandemia del Covid-19 ha supuesto una cierta crisis de confianza en el propio sistema sanitario, como se observa en el tema de las vacunas. Hasta la aparición de la pandemia la confianza en los programas ordinarios de vacunación era altísima y el porcentaje de “no vacunados” mínimo. Con la pandemia, aunque siguen siendo una minoría los no vacunados, la desconfianza ha aumentado. Sería interesante analizar los diversos factores o las “razones” que pueden contribuir a ello, más allá de la estigmatización de unos y otros.

⁴¹ N. LUHMANN, *Confianza*, trad. A. Flores, Ed. Anthropos, Barcelona, 2013, pp. 53 y ss.

to⁴²: “*confianza en uno mismo* (yo puedo hacerlo, puedo aprender y adquirir nuevas habilidades), *confianza en los otros* (los otros son de fiar, puedo confiar en su racionalidad) y *confianza en las instituciones* de la sociedad (existirán mientras yo viva, de modo que puedo planificar mi vida a largo plazo, ya que en sus rasgos básicos la estructura de la sociedad se mantiene igual)”⁴³. O, en otro sentido, podríamos decir que *confiamos en las personas, en las relaciones y en la tecnología y los procedimientos* (las normas son un ejemplo de esa tecnología) que inventamos o de los que nos dotamos para mantener o mejorar el funcionamiento de todo.

De hecho, podríamos decir que la confianza no es sólo el resultado del proceso civilizador, sino, a la vez, la condición de ese proceso. Steven Pinker lo ha subrayado a propósito de la violencia: “el efecto pacificador del Estado no es sólo su fuerza bruta coactiva sino la confianza que inspira entre la población. Al fin y al cabo, ningún Estado puede apostar a un informante en cada bar o cada casa de labranza para detectar infracciones de la ley, y los que lo intentan son dictaduras totalitarias que gobiernan mediante el miedo, no sociedades civilizadas donde las personas conviven gracias al autocontrol y la empatía. Un Leviatán puede civilizar una sociedad sólo cuando los ciudadanos sienten que sus leyes, la imposición de las mismas y otras disposiciones sociales son legítimas, de modo que no recurren a sus peores impulsos en cuanto el Leviatán se vuelve de espaldas (...). Una imposición del imperio de la ley puede poner fin al caos sangriento de los caudillos enfrentados, pero reducir más los índices de violencia, hasta llegar a los niveles de las sociedades europeas actuales, supone un proceso más vago en el que ciertas poblaciones suscriben el imperio de la ley que les ha sido impuesto”⁴⁴.

El Diccionario de la RAE define la confianza como la “*esperanza firme*” o la seguridad que se tiene en alguien o en algo (incluso en uno mismo). Es decir, se trata de una creencia respecto a la capacidad de respuesta y las expectativas de comportamiento de los demás (y de uno mismo), sobre la predictibilidad y la regularidad de sus actos, que nos permite afrontar o superar la incertidumbre de la realidad social. Más concretamente, podríamos decir que la confianza se caracteriza por tres notas⁴⁵:

⁴² C. GÜEMES, “Confianza”, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 10, 2016, p. 133. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3053>

⁴³ Z. BAUMAN, *Múltiples culturas, una sola humanidad*, cit., p. 44.

⁴⁴ S. PINKER, *Los ángeles que llevamos dentro. El declive de la violencia y sus implicaciones*, trad. J. Soler, Paidós, Barcelona, 2018, pp. 135-136.

⁴⁵ C. PEREDA, *Sobre la confianza*, Barcelona, Herder, 2009.

- En primer lugar, la confianza es *una disposición pre-reflexiva*, una intuición podríamos decir, culturalmente educada, que nos empuja o nos anima a actuar de determinada manera en nuestras relaciones sociales. No somos confiados o desconfiados por naturaleza, ni porque en cada momento hagamos un sesudo análisis racional de pros y contras. Confiamos o desconfiamos porque hemos aprendido a confiar o desconfiar a partir de la experiencia, del ejemplo y de la práctica.
- En segundo lugar, la confianza es *una presunción*, que implica “dar por ciertas” unas circunstancias o un hecho: aunque no tengamos la garantía o la seguridad total, presumimos o aceptamos que el otro va a responder de una determinada manera, o que las cosas van a funcionar en determinado sentido. Nos fiamos *de* otros (lo que también implica que no hay una garantía total de éxito) y nos fiamos *con* los otros.
- Además, confiar en otros implica compartir unas mismas creencias o valores, un *sustrato básico común* (aunque sea el de una misma humanidad) por encima de las diferencias existentes. Esa base de valores compartidos nos remite a aquello que es “lo importante” (o lo sagrado) y que nadie puede cuestionar: sea el respeto a la palabra dada, el valor de la verdad por encima de la mentira, etc. La alteración de ese sustrato perturba inevitablemente la confianza social.

Todo ello también implica que la confianza es algo profundamente precario e inestable. Por un lado, parece muy fácil de perder y muy difícil de ganar. Por otro, constituye, como dice el filósofo Carlos Pereda, *un concepto tenso*⁴⁶, lo que incluso lleva en ocasiones, si se nos permite la expresión, a “desconfiar de la confianza”. Es un concepto tenso porque, en el fondo, confiar implica cierta cesión de autonomía por nuestra parte, supone depositar en otros la autoridad y la fuerza de nuestras decisiones: bien sea porque nos reconocemos incompetentes en algo, o bien porque reconocemos a otros alguna autoridad, lo cierto es que cuando confiamos en algo o en alguien estamos cediendo de alguna manera nuestra capacidad de decisión o de juicio⁴⁷. Y es además un concepto tenso porque cuando la confianza es inadecuada

⁴⁶ Ibidem, p. 126.

⁴⁷ El filósofo Francesc Torralba subraya el hecho de que depositar nuestra confianza en otro implica admitir que no tenemos el control de todo y que dependemos de él de alguna manera, lo que conlleva además reconocer nuestra (inter)dependencia y vulnerabilidad como seres humanos. Cfr. F. TORRALBA, *La confianza*, Ed. Milenio, Lleida, 2012, p. 34.

–ya sea por exceso o por defecto– ésta perjudica el buen funcionamiento del sistema (el buen funcionamiento de un grupo, de un proyecto, de una institución, de una sociedad...). La confianza, dice Carlos Pereda, se puede comparar con el oxígeno: “sólo se nota cuando falta o cuando por exceso irrita, molesta”⁴⁸.

Por eso la confianza es algo que también mueve a cierta sospecha por los posibles “abusos” que puede suponer. A veces el problema no es la falta de confianza sino un exceso de la misma. En realidad, esto es algo que sucede con todas las virtudes. La confianza es una virtud y toda virtud es siempre el resultado de un complejo equilibrio. En su concepción clásica aristotélica, las virtudes son el justo medio entre dos vicios (por exceso o por defecto). En ese equilibrio es donde radica la excelencia y donde por lo tanto se produce la energía o la fuerza que la virtud implica (antes hablábamos de la confianza como esa fuerza o energía que impulsa y alimenta nuestras relaciones sociales). Cuando falta confianza (por falta de transparencia, por corrupción, etc.) se genera desconfianza, suspicacias, miedo...; cuando se abusa de ella se convierte en credulidad ingenua, propicia también para todo tipo de abusos y tiranías. De ahí la necesidad de mantener ese equilibrio entre confianza y sospecha o de preguntarnos siempre cómo favorecer e inspirar la confianza “adecuada”.

5. EL DERECHO QUE MUEVE EL MUNDO

¿Cómo favorecer o inspirar la confianza “adecuada”? Parece claro que, como decíamos anteriormente a propósito de la idea del “sistema moral operativo”, propuesta por Ignatieff, las instituciones y las normas juegan un papel importante. En nuestras sociedades complejas la confianza necesita de instituciones legales para su desarrollo: “necesita normas sociales que incentiven comportamientos colectivos, esto es: un sistema legal y un proceso judicial justos (buenas leyes, juicios imparciales y procesos transparentes) pero, sobre todo, un sistema legal eficaz (*enforcement*) que genere previsibilidad. En sociedades modernas y amplias, la confiabilidad entre sujetos anónimos es generada fundamentalmente por las amenazas creíbles de las acciones coactivas que emanan de normas legales o sociales. (...) En otras palabras, la confianza puede ser leída como un resultante de sistemas legales que funcionan”⁴⁹.

⁴⁸ C. PEREDA, *Sobre la confianza*, cit., p. 39.

⁴⁹ C. GÜEMES, “Confianza”, cit., p. 134.

Dado que es difícil generar confianza directamente en las relaciones interpersonales (por el anonimato, la virtualidad, etc.), la confianza se *desplaza* así hacia la tecnología y las normas (el sistema jurídico es, al fin y al cabo, una tecnología precisa y desarrollada a lo largo del tiempo). El *modelo legal* de la confianza es el que hace de la autoridad de la ley y la seguridad jurídica el eje de la misma. Por eso, se habla de una confianza *desplazada*. En ese sentido, el Derecho sirve para generar confianza, pero para ello precisa también que se confíe en el Derecho: “Los sistemas legales necesitan de la confianza para mejorar su efectividad. Donde existen mayores niveles de confianza y capital social, la eficacia y la legitimidad es mayor. Una sociedad con mayores niveles de confianza social, es una sociedad donde los ciudadanos pueden organizarse mejor para plantear demandas a sus conciudadanos, donde se puede ejercer mejor la *accountability* a los gobernantes, donde la confianza institucional es más alta y la cooperación público-privada tienen más oportunidades de ocurrir”⁵⁰.

Como escribe Greco, parece claro que “cuanto más garantiza el desarrollo de relaciones basadas en el respeto y la igualdad, tanto más podrá el Derecho ser vehículo de confianza”; y que “por el contrario, la opresión y la dominación arbitraria, removiendo las bases del respeto mutuo, eliminan cualquier espacio en el que pueda florecer la confianza”⁵¹. De donde se sigue que necesitamos un Derecho con una “moralidad intrínseca” (la “moral que hace posible el Derecho”, que diría Fuller⁵²), que nos dé seguridad y favorezca por lo tanto esa confianza: generalidad, publicidad, irretroactividad, claridad, coherencia, estabilidad, congruencia, etc. “Lo que podemos llamar la “política jurídica del respeto y de la confianza” pasa también por una legislación que sepa ser lo más clara posible, cercana a las necesidades de las personas y las necesidades de regulación social. Cuanto más se percibe el Derecho como un lugar de oscuridad y complicación, más desconfianza y recelo genera, cuando alimenta contrastes y conflictos”⁵³.

Pero además el Derecho también tiene sus límites a la hora de generar esa confianza social necesaria para que todo funcione. Por un lado, como dice Carlos Pereda, “no se puede, ni tampoco sería deseable reducir la mayor

⁵⁰ Ibidem, p. 134; C. PEREDA, *Sobre la confianza*, cit., pp. 54-55.

⁵¹ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., p. 81.

⁵² L. FULLER, *La moral del Derecho*, trad. F. Navarro, Editorial F. Trillas, México, 1967, cap. 2.

⁵³ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., p. 82.

cantidad posible de relaciones sociales a confianzas desplazadas: a formas directa e indirectamente respaldadas en formas legales de relacionarse”⁵⁴. Como decíamos al inicio, por más que recurramos a él o acuda al rescate para resolver determinados problemas, el Derecho no puede sustituir otras formas de confianza (como las que nacen de la amistad o el amor). Y al revés, por otro lado, en ocasiones las perjudica. Un exceso de intervención y regulación puede producir el efecto contrario (generar desconfianza) y una inflación de los instrumentos normativos puede provocar una devaluación de su valor como mecanismos generadores de confianza. Tal suele ser el caso de aquellos contextos normativos claramente hiperregulados y sin embargo con altos índices de impunidad y corrupción. El abuso del *modelo legal* de la confianza puede favorecer un uso o un acatamiento estratégico y cínico de las normas (en la medida que sirven a nuestros intereses) que favorece la fullería y la trampa (la desobediencia a escondidas). Paradójicamente, las sociedades más “obedientes” podrían llegar a ser aquellas con una gran densidad normativa y en las que las normas tienen menos valor y más aparece la trapacería y la corruptela. La sociología jurídica ha estudiado este tema: la cultura del in-cumplimiento de normas⁵⁵. Podría darse en ese sentido, como decíamos anteriormente, una relación inversamente proporcional entre normas y confianza: “Cuanta más confianza, menos normas; si falta, más reglas y protocolos. Un control excesivamente férreo de una organización puede ahogar el crecimiento de la confianza, porque se puede sospechar que su actividad no obedece sino a esa vigilancia. Un organismo bien concebido debe fomentar la madurez de las personas. La desconfianza frena el flujo de información, mermando la eficacia de los procesos de la toma de decisiones”⁵⁶.

La cuestión, en el fondo, nos remite inevitablemente a la pregunta por *la moralidad del Derecho*: ¿qué tipo de sistema jurídico o de instituciones legales, son las que favorecen lo que hemos llamado una confianza adecuada?; o dicho con otras palabras, ¿cómo ha de ser el Derecho –y los juristas– para generar esa energía necesaria a la que llamamos confianza (o *capital social*)? ¿o cómo favorecer la confianza en el Derecho, en la autoridad de la ley? Carlos Pereda dice, por ejemplo, que “la confianza en la autoridad de la ley es interiorizada a través de confianzas interpersonales e institucionales”⁵⁷. Y Michael Ignatieff, al

⁵⁴ C. PEREDA, *Sobre la confianza*, cit., pp. 221-222.

⁵⁵ Vid. por ejemplo el estudio de M. GARCÍA VILLEGAS (dir.), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Siglo del hombre editores, Bogotá, 2009.

⁵⁶ F. TORRALBA, *La confianza*, cit., pp. 67-68.

⁵⁷ C. PEREDA, *Sobre la confianza*, cit., p. 232.

referirse al “sistema operativo moral” de las grandes ciudades señala que estos sistemas aparecen “cuando ciertos impulsos –confianza limitada, acomodación condicional, asistencia mutua bajo ciertas condiciones– son reforzados una y otra vez por los ritmos y demandas de la propia vida urbana”, es decir, por la experiencia; y añade que ese refuerzo se produce “en las instituciones públicas, en nuestras interacciones con la policía, los jueces y los funcionarios públicos, y cuando nuestros hijos interactúan con los docentes en el aula. Un sistema operativo moral es una invención social colectiva que ha sido posible gracias a la interacción habitual entre las instituciones públicas y las expectativas morales de los ciudadanos”⁵⁸. De lo que en suma cabría concluir dos cosas que por muy obvias o perogrullescas que resulten olvidamos a menudo: la primera, que no todo Derecho es confiable; y la segunda, que su confiabilidad no depende únicamente de sí mismo.

6. CONFIAR EN EL DERECHO

Parafraseando el *Eutifrón* de Platón podríamos preguntarnos si confiamos en el Derecho porque es justo o es justo porque confiamos en él. Esto es, si es la confianza la que dota de moralidad al Derecho (desde “fuera”, por así decirlo) o es el Derecho el que se gana esa confianza. Seguramente así planteada la pregunta nos llevaría a una aporía o un callejón sin salida. De hecho, cuando Sócrates plantea en ese diálogo de Platón la cuestión a propósito de la piedad y lo divino, la deja en cierto modo abierta y se marcha sin responder⁵⁹. Quizás por ello deberíamos concluir que la respuesta es bidireccional: en el “origen” o en la base del Derecho hay un acto de fe, que la propia dinámica jurídica se encarga de sostener, alimentar y fortalecer... o de debilitar, desnutrir y destruir. Con John Gardner podríamos afirmar que la norma fundamental kelseniana está hecha de fe⁶⁰.

⁵⁸ M. IGNATIEFF, *Las virtudes cotidianas*, cit., pp. 83-84. Podríamos decir que nos “fiamos” de las personas porque se integran en instituciones reguladas. Así pues, hay una inevitable relación circular entre el sistema legal, la cultura de la legalidad y la confianza. Cfr. C. GÜEMES, “Confianza”, cit., p. 134. El reto estriba en que esa relación constituya un círculo virtuoso –y no vicioso. La importancia del papel de los juristas en esa tarea es evidente; no en vano, son estos los que “hacen” y “dan sentido” al Derecho. De ahí la inevitable responsabilidad moral de su tarea.

⁵⁹ “¿Acaso lo pío es querido por los dioses porque es pío, o es pío porque es querido por los dioses?”. Cfr. PLATÓN, *Eutifrón* § 10a.

⁶⁰ J. GARDNER, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1-18.

Por seguir con la referencia a Platón, en el *Protágoras* se cuenta que a la vista de las guerras y los conflictos incesantes que se sucedían entre las ciudades, Zeus decidió enviar a Hermes para que les dotara a los hombres del remedio necesario para la convivencia⁶¹. Comentando ese pasaje, François Ost señala que no fue una Constitución o un código legal lo que Hermes proporcionó a los seres humanos, sino algo más importante: “los afectos capaces de asegurar el apego a las leyes: *aidos* y *diké*. *Aidos*, o el respeto (de sí mismo, de los otros, de las instituciones y de las leyes), y *diké*, el sentido de la medida, el apego a la justicia. Poco importa el detalle de las leyes –añade Ost–, ni la naturaleza del régimen, lo que cuenta son esas inclinaciones sociales, esas pasiones dulces susceptibles de anudar el vínculo que hace pacíficas a las ciudades”⁶².

Sin embargo, como ya hemos apuntado anteriormente, en lugar de aprovechar, canalizar o fomentar esa energía, un *exceso de Derecho* y de *derechos* puede anular el sentido moral y la responsabilidad de los ciudadanos. Vayamos con lo primero. De un modo genérico, podemos considerar el Derecho no solo como una técnica, sino incluso como una “tecnología”, dirigida a facilitar y encauzar la inevitable tarea decisional del ser humano, favoreciendo que las decisiones adoptadas sean cada vez más acertadas, eficientes, correctas, *justas*... y evitando en la medida de lo posible las interferencias, los sesgos y los ruidos (y de ahí que, acorde con la evolución del conocimiento, también la estructura y la racionalidad del Derecho se haya ido transformando). A este respecto, la pregunta que hemos heredado de Max Weber con la metáfora de la jaula de hierro, y que actualmente nos hacen los desarrollos relacionados con la Inteligencia Artificial y su aplicación al mundo jurídico, es hasta qué punto esa evolución tecnológica se ha adueñado de nosotros y la máquina puede acabar “devorando” a su creador. La tecnificación y la burocratización que opera el procedimiento y la norma limita o restringe –si no anula– la responsabilidad o el sentido moral del agente, que queda transferido a aquel. A la vez que moraliza la tecnología, la tecnificación contribuye a vaciar de significado moral todas las cuestiones no tecnológicas⁶³. Recuperar y fortalecer el sentido moral y la responsabilidad

⁶¹ “Zeus, entonces, temió que sucumbiera toda nuestra raza, y envió a Hermes que trajera a los hombres el sentido moral y la justicia, para que hubiera orden en las ciudades y ligaduras acordes de amistad”. Cfr. PLATÓN, *Protágoras*, 322c.

⁶² F. OST, *Le droit, objet de passions?* Académie Royale de Belgique, Bruxelles, 2018, p. 30.

⁶³ Sigue siendo indispensable la lectura de Z. BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, trad. A. Mendoza, Sequitur, Madrid, 1998.

de la ciudadanía implicaría según eso poner freno a lo que Ost llama la locura y el “amor excesivo al Derecho”⁶⁴: la “passion légiférante”, la “fiebre legislativa” y reglamentaria, la obsesión normativa o el espejismo o el mito codificador⁶⁵... Evidentemente, Ost no propone que el Derecho desaparezca de la escena (también previene contra el “poco amor” o el déficit de Derecho) sino subrayar la necesidad de recuperar la medida y el equilibrio en un mundo cada vez más hiperregulado, hasta el punto de que, paradójicamente, la *desregulación* implica o requiere una intensa y compleja acción normativa.⁶⁶

Pero la cuestión sobre la *necesidad* o inevitabilidad de la desregulación para fomentar la confianza y la responsabilidad ciudadana va ligada a la pregunta sobre la *posibilidad* de hacerlo. Sobre todo, por las connotaciones políticas de la misma, que provocan no pocas dudas, recelos o miedos. Curiosamente, podríamos decir que *se desconfía* de la desregulación como mecanismo para generar confianza. De hecho, curándose en salud para evitar alguna acusación al respecto, el propio Greco insiste en que su propuesta para favorecer la confianza social no es una invitación a la desregulación⁶⁷. Lo que él propone no es desregular la sociedad sino, si se me permite la expresión, *desregular el Derecho*, apostando por una cultura jurídica principialista⁶⁸. Tal como lo plantea, las reglas tienen un automatismo y una rigidez que generaría más desconfianza hacia los destinatarios, mientras que la flexibilidad o elasticidad de los principios, implicaría una mayor confianza, habida cuenta de que requieren la interpretación o acomodación de quien los aplica (el propio destinatario). Siguiendo a Zagrebelsky, Greco subraya que las reglas exigen obediencia, mientras que los principios requieren adhesión.

⁶⁴ F. OST, *Le droit, objet des passions?*, cit., pp. 56 y ss.

⁶⁵ En el desarrollo del Estado Social, por ejemplo, en Derecho Administrativo, el “mito de la codificación”, la idea de que la ley va a resolverlo todo, ha llevado en muchos casos a la elaboración de múltiples “leyes-manifiesto”, básicamente retóricas, y cuya eficacia depende de factores ajenos a la propia producción normativa. Cfr. A. GARCÉS, *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 46-49.

⁶⁶ Cfr. M. CALVO GARCÍA, “Paradojas regulativas: Las contradicciones del derecho en el Estado intervencionista”, en M^a J. ANÓN, R. BERGALLI, M. CALVO & P. CASANOVAS (eds.), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 99-129. Tal sería el caso, por ejemplo, de las estrategias de simplificación administrativa entre las que se cuenta la Ley aragonesa 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa (BOA 23 de febrero). Aunque la propia ley insiste en que su objetivo no es desregular, sino promover una nueva cultura organizativa. Y resulta llamativa la complejidad de una norma dirigida precisamente a reducir la complejidad. Luhmann no andaba equivocado...

⁶⁷ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., p. 141.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 118 y ss.

De entrada, no tengo nada que objetar a la distinción, y no me cabe duda de que los principios favorecen una mayor interpretación, por lo que se da una mayor libertad y responsabilidad (más confianza, a la postre), en el ciudadano. Pero la propuesta de Greco me plantea dos dudas. La primera tiene que ver con el “uso” o el “alcance”, por así decirlo, que estamos realmente dispuestos a dar a los principios⁶⁹. Efectivamente, en cuanto que se trata de un enunciado más abierto e indeterminado que la regla, el principio conlleva un mayor margen de interpretación. Pero si se admite ese margen de interpretación, debe admitirse igualmente la posibilidad de que el sujeto o los sujetos encargados de su aplicación lo hagan de una forma distinta a la que los demás consideremos correcta. Es lo que ocurrió en cierta manera en los primeros meses de la pandemia. Las autoridades sanitarias hacían “recomendaciones” y se quejaban de que los ciudadanos no las obedecían, a lo que muchos ciudadanos contestaban –no sin razón– que si eran recomendaciones no tenían por qué obedecerlas; bastaría, podríamos decir, con que se adhirieran a ellas. Ellos podían y debían decidir cuándo y cómo acomodarlas a las circunstancias y ponerlas en práctica (y en muchos casos seguro que lo hacían en conciencia y responsablemente). Si las autoridades decidieran sancionar por no seguir una “recomendación” o un consejo, convendríamos que en realidad se trata de una norma de mandato, y que darle la apariencia de una simple sugerencia, más que una forma de confiar en los ciudadanos sería una estrategia para disfrazar o enmascarar el ejercicio coactivo –y puede que legítimo– por parte de la autoridad. Y como subraya Greco a lo largo de su libro, promover o favorecer la confianza exige en todo caso transparencia y seguridad. ¿Puede sucedernos eso con la estrategia “principalista” propuesta por Greco?

La segunda duda hace referencia al presunto déficit de las reglas para generar confianza. ¿Realmente es así? Entiendo que, como acabamos de decir, la confianza requiere certidumbre, seguridad, transparencia... Puede, en ese sentido, que las reglas favorezcan una mayor confianza si los ciudadanos tienen claro qué es lo que se ordena y lo que no, lo que se exige y lo que se permite. Pero es que además la responsabilidad no desaparece cuando se trata de aplicar la reglas, hasta el punto de que, como sabemos, en ocasiones lo más responsable es la desobediencia a las mismas. Como dice J. Waldron, las

⁶⁹ O a qué tipo de principios, que en ocasiones pueden confundirse con las reglas que imponen un resultado, dejando al juicio o la discreción del destinatario de la norma el comportamiento o la estrategia a seguir para alcanzarlo.

categorías morales no desaparecen cuando tratamos de hacer valer nuestros derechos y, por lo tanto, siempre hay una manera responsable o irresponsable de ejercerlos. Según Waldron un derecho no otorga a su titular una razón para ejercerlo de una u otra forma y, por lo mismo, tampoco lo libera de la crítica (moral, social, política...) ⁷⁰. De manera que también tenemos “deberes” respecto a la forma de ostentar y ejercer nuestros propios “derechos” ⁷¹. En este sentido, el problema para la responsabilidad y la confianza no radica únicamente en un Derecho desmesurado o excesivo, sino, en paralelo, en un *exceso de derechos* sin obligaciones, que convierte al ciudadano en un consumidor o un cliente siempre insatisfecho. No en vano, vivimos en un mundo en el que todos somos acreedores y aparentemente nadie tiene deudas. ⁷²

ANDRÉS GARCÍA INDA

Laboratorio de Sociología Jurídica

Facultad de Derecho

Universidad de Zaragoza

E-mail: agi@unizar.es

⁷⁰ J. WALDRON, *Democratizar la dignidad: estudios sobre dignidad humana y derechos*, trad. y ed. V. F. Benítez, J. Gallego, L. G^a Jaramillo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 116-117.

⁷¹ Hemos insistido en esta cuestión en A. GARCÍA INDA, *Como un buen samaritano*, cit.

⁷² Como sugiere M^a J. GONZÁLEZ ORDOVÁS (*Derechos versus democracia*, op. cit.) en el contexto de la globalización hemos asistido, más que a un cambio de reglas, a una distorsión de las mismas, efecto de un uso codicioso del Derecho o una instrumentalización interesada y excesiva. Lo que no resulta nuevo, leyendo a Tocqueville: “Que me digan (...) si no se forma poco a poco una especie de moral vulgar y baja según la cual el hombre que posee derechos políticos (...) hace un uso personal de tales derechos en pro de su interés; si ello no aumenta gradualmente hasta convertirse en una especie de deber de padre de familia. Si esa moral nueva, desconocida en los grandes periodos de nuestra historia (...) no se desarrolla cada vez más y no invade cada día los espíritus (...). Tal es señores, mi convicción más honda; creo que en el momento actual estamos durmiendo sobre un volcán”. A. de TOCQUEVILLE, *Discursos y escritos políticos*, tr. A. Hermosa Andújar, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 149 y 152. Y sobre el hombre como “acreedor” de derechos, cfr. Ch. Delsol, *Le crépuscule de l'universel*, Cerf, Paris, 2020, pp. 151 y ss.