

DISCURSO DE INGRESO

Hacia una teoría del Derecho como credibilidad*

Towards a Theory of Law as Credibility

Antonio Estella de Noriega

Académico Correspondiente de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España
noriegas@der-pu.uc3m.es

RESUMEN

En este trabajo se presenta un esbozo de la Teoría del Derecho como Credibilidad. Esta Teoría parte de la base de que la función primordial del Derecho es la de dotar de credibilidad a las promesas que los actores e instituciones políticas adoptan. El derecho es credibilidad cuando representa un equilibrio determinado, en el sentido de equilibrio de Nash, entre rigidez y flexibilidad, y no tanto cuando el derecho es simplemente una expresión de resistencia frente al cambio jurídico. Esta exposición de la Teoría del Derecho como Credibilidad se realiza en el contexto de los problemas de confianza interpersonal y sobre todo institucional que están afectando al mundo en la actualidad, los cuales tienen, como principal excepción, precisamente, a los Tribunales de Justicia.

PALABRAS CLAVE: Credibilidad; confianza interpersonal; confianza institucional; derecho; equilibrio; equilibrio de Nash; tribunales de justicia; independencia; demos; contra-factual

ABSTRACT

In this work, an outline of the Theory of Law as Credibility is presented. This Theory starts from the assumption that the primary function of Law is to provide credibility to the commitments that political actors and institutions adopt. Law amounts to credibility when it represents a certain equilibrium, in the sense of the Nash equilibrium, between rigidity and flexibility. Thus, the Law as Credibility paradigm departs from the idea that Law is simply an expression of resistance to legal change. This presentation of the Theory of Law as Credibility is carried out in the context of the problems of interpersonal and above all institutional trust that are affecting the world today, which have, as their main exception, precisely, the Courts of Justice.

KEYWORDS: Credibility; interpersonal trust; institutional trust; Law; equilibrium; Nash equilibrium; courts of justice; independence; demos; counter-factual

* Discurso de ingreso como Académico Correspondiente del Dr. D. Antonio Estella de Noriega pronunciado el 26-11-2019

Excelentísimo Sr. Presidente de la Real Academia de Doctores de España, D. Antonio Bascones Martínez, Excelentísimo Sr. Presidente de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España, D. José Antonio Tomas Ortiz de la Torre, Excelentísimo Sr. D. Antonio Jiménez Blanco Carrillo de Albornoz, autoridades, amigos, colegas:

Es para mí un honor recibir esta tarde el nombramiento de Académico Correspondiente de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España y pasar a formar parte de esta venerable y venerada institución. Mi discurso de recepción lleva por título “Hacia una Teoría del Derecho como Credibilidad”. Intentaré, en los próximos 30 minutos, sentar las bases de una nueva Teoría del Derecho, que he convenido en llamar “derecho como credibilidad”, y a cuya elaboración me he dedicado, como probablemente saben, estos últimos diez años. Y para ello seguiré la egregia indicación del Emperador Marco Aurelio en sus Meditaciones: “corre siempre por el camino más corto, y el más corto es el que discurre de acuerdo con la naturaleza. En consecuencia, habla y obra en todo de la manera más sana, pues tal propósito libera de las aflicciones, de la disciplina militar, y de toda preocupación administrativa y afectación” (Marco Aurelio, 1997: Libro IV, 51).

-I-

Pues bien, el camino más corto, más parsimonioso, diríamos hoy en día empleando lenguaje científico, para sentar las bases de una Teoría del Derecho como Credibilidad, es empezar hablando de la confianza, de la confianza en un sentido interpersonal e institucional. Me atrevo a decir que la confianza, o más bien, su reverso, la desconfianza, se ha convertido en el problema número uno en nuestras sociedades. “Sin confianza simplemente la vida no sería posible” dice Joseph Stiglitz en un artículo de reciente publicación en el New York Times¹. La confianza es el “lubricante de la sociedad”, dice por su parte Jon Elster (2007). La confianza es un animal conceptual de difícil aprehensión. ¿Qué es la confianza? ¿Qué queremos decir cuando decimos que confiamos en una persona, o en una institución? ¿Cómo se gana la confianza, y por qué se pierde? ¿En qué consiste la confianza, cuáles son sus bases?

Mi manera de aproximarme a la confianza es verla como un recurso natural, que se emplea en las relaciones personales o institucionales. Es como el agua que bebemos o el aire que respiramos. Se trata de un bien precioso, como el oro, al que es difícil acceder y más difícil todavía extraer. Es, también, un bien fungible, rápidamente fungible, diría yo. La confianza se dilapida velozmente y es difícil de recuperar, una vez dilapidada. La confianza siempre involucra, al menos, a dos personas, o dos jugadores, por emplear la terminología de la elección racional y la teoría de juegos: la persona en la que se confía y la persona que confía.

No cabe por tanto hablar de confianza cuando hay solamente un jugador: digamos que cuando vulgarmente hablamos de “autoconfianza”, o “confianza personal” estamos en realidad haciendo alusión a un tipo de cuestión que está conectada con problemas de debilidad de voluntad o *Akrasia*. Desde un punto de vista racional, la confianza en uno

¹ “In No One We Trust”. Joseph Stiglitz, The New York Times, December 21, 2013.

mismo no existe como problema, por tanto. Es decir, no tiene sentido, racionalmente, decir que confío en mí mismo en que haré X o dejaré de hacer Z, al menos de la misma manera en la que decimos que confío en que Juan hará X o dejará de hacer Z. Pongo un ejemplo: si yo estoy a dieta, puedo decir que confío en que no cogeré la tableta de chocolate que está en la despensa de mi casa. Pero si la cojo, será una prueba de cuan débil es mi voluntad, no de cuan poco confío en mí mismo. Es decir, solamente digo que “confío en mí mismo” como una licencia del lenguaje. Sin embargo, sí que puedo decir que confío en que Juan, que conoce mis problemas de sobrepeso, no me dará la tableta de chocolate si se la pido. En este segundo caso, mis problemas de debilidad de voluntad en nada tienen que ver en la conformación de mi confianza en que Juan no me dará la tableta de chocolate. En definitiva, la confianza es una cuestión, siempre, de naturaleza *hetero-referencial*.

-II-

La confianza requiere, como digo, dos personas, o más técnicamente, dos jugadores: el que confía y el confiado. La relación de confianza es siempre una relación compleja. Intuitivamente, podemos pensar que la confianza depende fundamentalmente del confiado. Si una persona es honesta, transparente, bondadosa, si se caracteriza, como dice Marco Aurelio de Antonino, su padre adoptivo y predecesor, por “su constancia en el obrar, su ecuanimidad en todo, la serenidad de su rostro, la ausencia en él de vanagloria, su afán por comprender las cosas, su firmeza y uniformidad en la amistad, su capacidad de soportar a los que se oponían sinceramente a sus opiniones, y de alegrarse, si alguien le mostraba algo mejor (...)” (Marco Aurelio, 1997: VI, 30) y tiene el resto de las cualidades que definen a una persona virtuosa, entonces se confiará en ella; si por el contrario carece de las características propias de la Persona Moral, entonces no será digna de confianza.

Sin embargo, los estudios más recientes en el campo de la psicología racional y la filosofía analítica en materia de confianza indican de manera clara que tan importante son los valores de la persona confiada como los de la persona que confía (vid. McGeer & Pettit, 2017). Una persona patológicamente incapacitada para la confianza no será capaz de confiar ni siquiera en la persona más virtuosa del planeta, no será capaz de confiar ni siquiera en Antonino; por el contrario, una persona patológicamente inclinada a la confianza (en lo que podíamos llamar confianza ciega) confiará incluso en la persona menos virtuosa de la tierra (porque quiere confiar, por ejemplo). La confianza es por tanto una cuestión ambivalente: del que confía y del confiado. Es decir, requiere de virtud no solamente por parte del confiado, sino también, y fundamentalmente cabría decir, por parte de la persona que confía. Volveré sobre esta cuestión al final de mi intervención.

Pues bien, el punto de equilibrio en una relación de confianza es un punto que se encuentra en algún lugar entre la confianza absoluta y la desconfianza absoluta. Existe confianza cuando se alcanza ese punto de equilibrio, en el sentido de Nash (1950; 1953), es decir, cuando no existen incentivos para el cambio. Insisto en que estamos hablando de un equilibrio de Nash: la relación de confianza puede no ser maximizadora, pero al menos es suficientemente razonable como

para que ninguna de las dos personas quiera cambiar dicha relación de confianza. Ese es, dicho de otra manera, el punto de racionalidad en una relación interpersonal.

Son igualmente patológicas las situaciones extremas, tanto de desconfianza pura y dura como de confianza ciega. La primera hace de la cooperación, en estructuras de teoría de juegos, una estrategia completamente imposible; la segunda hace que la cooperación tenga un efecto “boomerang”, que acaba golpeando duramente a la persona que confía. Los dos extremos representan distintos puntos de irracionalidad, que se explican, fundamentalmente, por razones subjetivas que, como digo, tienen más que ver con la persona que confía que con el confiado, aunque indudablemente ésta última interviene de manera notable en la configuración de la relación de confianza.

-III-

Las anteriores reflexiones, que están basadas en la observación de problemas de confianza interpersonal, tienen su proyección en el ámbito de la confianza institucional, al menos en dos sentidos: primero, porque como sabemos, la confianza institucional está altamente correlacionada con la confianza personal, es decir: las sociedades que tienen más confianza interpersonal son las sociedades que más confianza institucional exhiben. Y segundo, porque podemos modelizar la confianza de los ciudadanos en las instituciones, el verdadero problema que nos ocupa esta tarde aquí, como un problema entre dos jugadores, o dos personas, que son el principal y el agente, es decir, la gente y las instituciones. Se trata de una ficción, naturalmente, ni el principal es una sola persona, ni el agente es una sola institución. Pero esta reducción analítica nos sirve, siguiendo de nuevo la recomendación del egregio Marco Aurelio, para “correr siempre por el camino más corto”.

-IV-

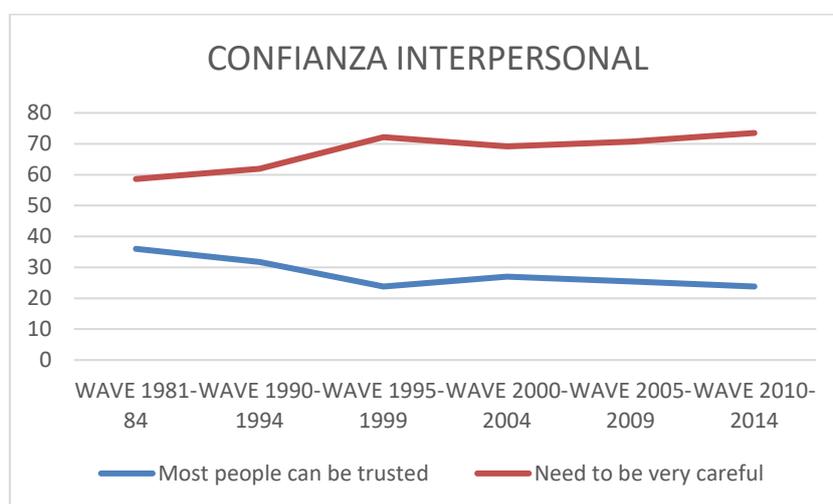
Como muchas de las cuestiones de naturaleza conceptual que he examinado en materia de confianza interpersonal son directamente aplicables en el ámbito de la confianza institucional, cambio en esta sección de perspectiva, y en lugar de emplear un abordaje deductivo, utilizaré un abordaje inductivo. Vamos a ver, en primer lugar, y de manera concreta, que es lo que sabemos de los problemas de confianza institucional, para ir, en un segundo lugar, a la realización de una serie de reflexiones más generales.

-V-

Existe una auténtica preocupación en la actualidad por los problemas de confianza, como ya he señalado al inicio de esta intervención. La razón de esta preocupación es que los índices de confianza interpersonal e institucional están disminuyendo de manera alarmante en tiempos recientes. Veamos algunos datos.

La evidencia sobre confianza personal e institucional que publica de manera sistemática el *World Values Survey* desde el año 1981 para todo el mundo refleja, por un lado, unos niveles de confianza interpersonal decrecientes, sobre todo desde principios de los años 90, y por otro, unos niveles de confianza institucional que también van progresivamente disminuyendo, también desde, aproximadamente, los años 90. Así, por ejemplo, cuando se le pregunta a los encuestados si “¿se puede confiar en la mayor parte de la gente?” la respuesta es positiva para un 24% de la gente, mientras que es negativa para el 73,5%. La primera vez que se hizo esta pregunta, en la oleada de 1981-84, el 36% de la gente opinaba positivamente, mientras que el 58,6% lo hacía de manera negativa. Es decir, estamos hablando de un descenso de doce puntos porcentuales en relación con la pregunta más básica sobre confianza interpersonal que se realiza en dicha encuesta.

Gráfico 1: ¿Se puede confiar en la mayor parte de la gente?



Fuente: World Values Survey (1981-2014)

<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSOnline.jsp>

Con respecto a la confianza institucional, los datos reflejan, con carácter general, una tendencia hacia la desconfianza que es igualmente preocupante. Por ejemplo, cuando a la gente se le pregunta si “confía en su gobierno” (vid. Gráfico 2), tenemos un punto de partida, en la oleada de 1990-94, en el que la gente desconfiaba más de lo que confiaba (un 58,9% frente a un 38,5%). Ese resultado fue mejorando en las sucesivas oleadas hasta revertirse en la oleada de 2000-2004, cuando hubo más gente que confiaba en el gobierno (47,8%) que la que desconfiaba (un 46,8%). Sin embargo, a partir de esa oleada, las oleadas de 2005-2009 y la de 2010-2014, reflejan de nuevo un ascenso de la desconfianza y un correlativo descenso de la confianza en el gobierno (en la última oleada realizada, un 51,8% desconfiaría del gobierno mientras que un 44,7% confiaría en él). Si acudimos a datos más granulares, es decir, si aumentamos la resolución de la lente con la que examinamos esta tendencia, comprobamos que los resultados son alarmantes en algunos países de nuestro propio entorno. Por ejemplo, en Estados Unidos, de acuerdo con el PEW Center (Vid gráfico 3), lo que vemos es que en 1958 más de un 70% de la gente confiaba en el gobierno federal de los Estados Unidos, mientras

que en 2015 solamente alrededor de un 20% lo hace. A mediados de los años 90 se produjo también un repunte en los índices de confianza del gobierno federal norteamericano, pero desde el principio de la década del 2000, la confianza en el gobierno vuelve a disminuir hasta casi evaporarse. Nunca previamente el gobierno federal de los Estados Unidos había contado con índices de confianza tan bajos como en la actualidad.

Gráfico 2: Confianza en el Gobierno

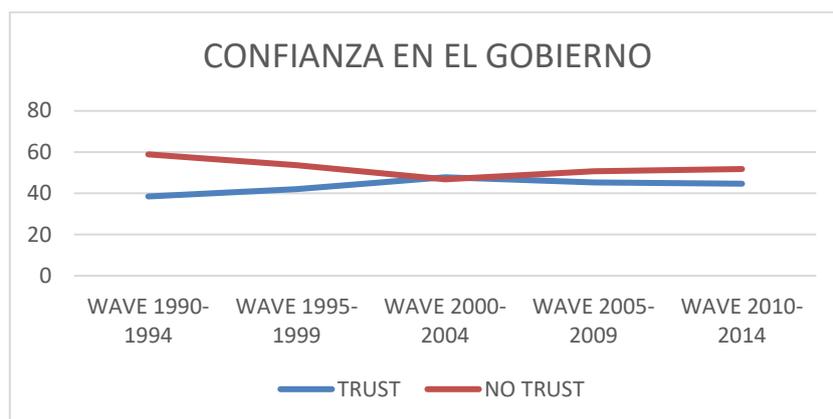
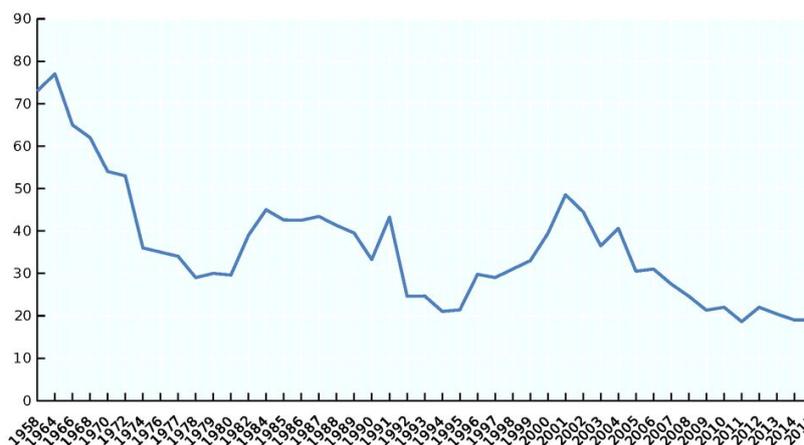


Gráfico 3: Confianza en el Gobierno Federal USA

[Beyond GDP Measuring What Counts for Economic and Social Performance - © OECD 2018](#)
 Chapter 1 Figure 1.1. People's trust in the United States federal government
 Version 1 - Last updated: 22-Oct-2018
 Disclaimer: <http://oe.cd/disclaimer>

Figure 1.1 People's trust in the United States federal government
 Percentage of the population

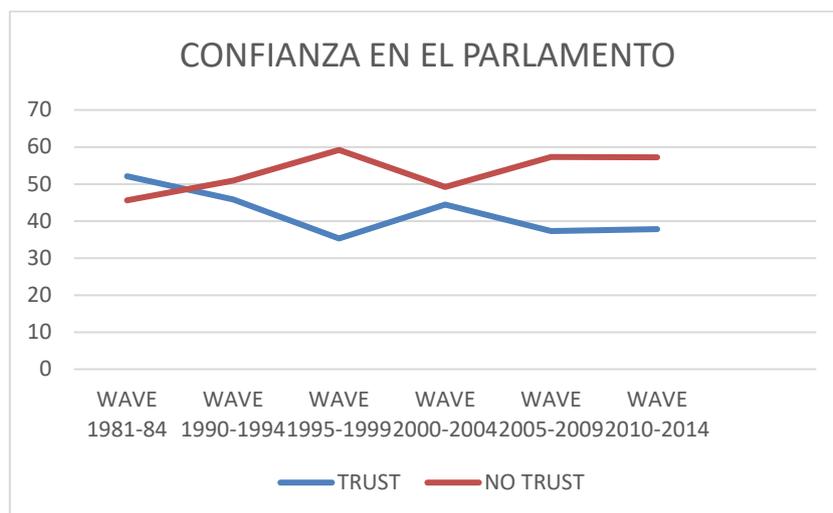


Note: Prior to 1985, data were not collected on an annual basis. The x-axis indicates the years for which data are available.

Source: OECD calculations based on PEW Research Center (2016) Historic trends of public trust, www.people-press.org/2015/11/23/1-trust-in-government-1958-2015/

Lo mismo ocurre con otras instituciones que son claves en una democracia. Por ejemplo, si preguntamos por la confianza en el Parlamento (Gráfico 4), en la actualidad un 57% de la gente desconfiaría en esta institución, mientras que un 37% lo haría.

Gráfico 4: Confianza en el Parlamento



Fuente: World Values Survey (1981-2014)
<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSONline.jsp>

Los partidos políticos no salen mucho mejor parados (Gráfico 5): actualmente, un 67% no confiaría en ellos mientras que un 37% lo haría.

Gráfico 5: Confianza en los Partidos Políticos

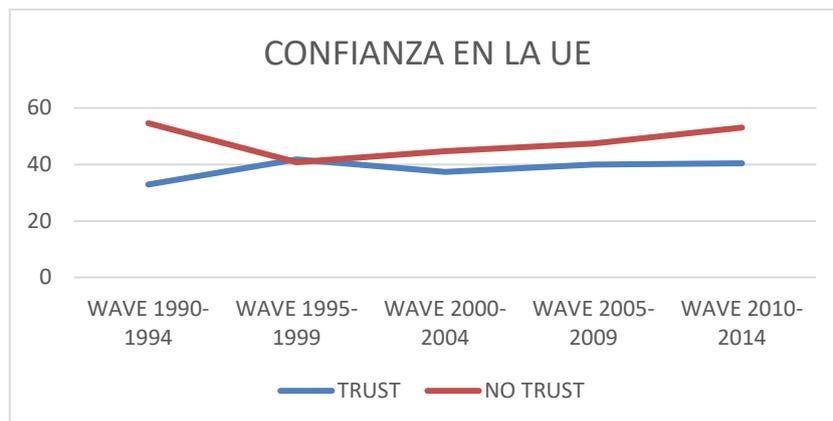


Fuente: World Values Survey (1981-2014)
<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSONline.jsp>

La Unión Europea merecería probablemente, si tuviéramos tiempo para detenernos en ella, un capítulo aparte (Gráfico 6 y Foto 1): de acuerdo, de nuevo con la WVS, un 53% de la gente desconfiaría de la UE, frente a un 28% que sí lo haría. Esta tendencia hacia la desconfianza en la UE se ve corroborada por la encuesta más granular que se ha realizado sobre la materia en el ámbito comunitario, el Eurobarómetro Especial de Abril de 2017, que preguntaba

específicamente por la cuestión de la confianza en la UE²: de acuerdo con esta encuesta, un 46% no confía en la UE, mientras que un 47% sí que lo hace. Es decir, según Eurostat, que es una agencia comunitaria, no lo olvidemos, la mitad de los europeos no confiaría en la UE.

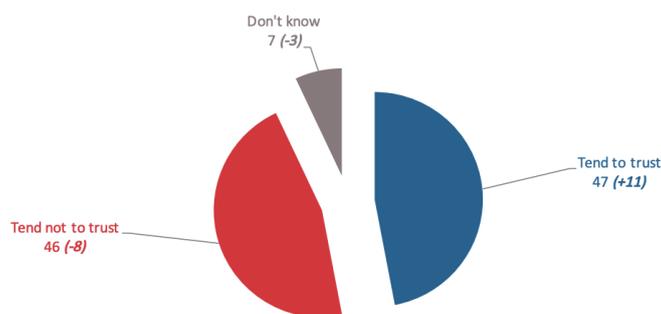
Gráfico 6: Confianza en la UE



Fuente: World Values Survey (1981-2014)
<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSONline.jsp>

Foto 1: Trust in the EU

QA4.2 I would like to ask you a question about how much trust you have in certain institutions. For each of the following institutions, please tell me if you tend to trust it or tend not to trust it.
The European Union (% - EU)



(April 2017 - Autumn 2016)

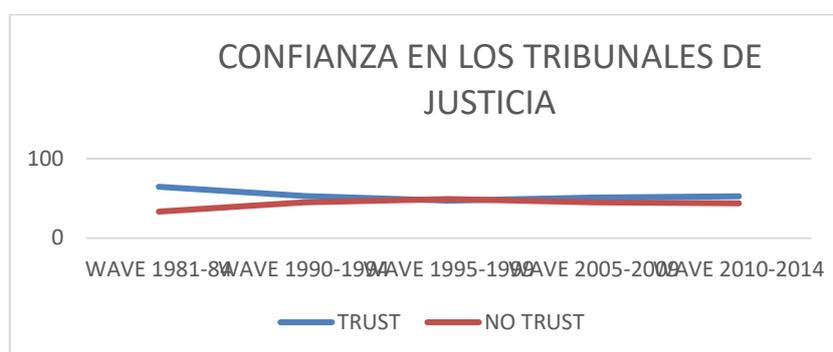
Fuente: Special Eurobarometer 461, April 2017

² Special Eurobarometer 461, April 2017. "Designing Europe's future: Trust in institutions, Globalisation, Support for the euro, opinions about free trade and solidarity".
file:///Users/antonioestella/Downloads/EBS_461_pt1_en%20(1).pdf

-VI-

¿Se salva alguna institución de la quema? Si, alguna se salva, y ello es importante de cara al desarrollo de la Teoría del Derecho como Credibilidad, como señalaré más adelante. Esa institución son los Tribunales de Justicia. De acuerdo, una vez más, con la WVS, en la oleada de 1981-84, la gente confiaba de manera muy mayoritaria en los Tribunales de Justicia (un 65% confiaba frente a un 33% que no lo hacía) (vid. gráfico 7). Al igual que vemos que ocurre en relación con otras instituciones, la tendencia a la desconfianza se fue acentuando en las oleadas sucesivas hasta que en la oleada de 1995-1999 se revirtió la tendencia, es decir, hubo un mayor porcentaje de gente que desconfiaba (un 49%) del que confiaba (un 47%). Sin embargo, a partir del inicio de los años 2000, y a diferencia de lo que vemos que ocurre con otras instituciones, empieza a incrementarse de manera gradual el porcentaje de gente que vuelve a confiar en la Justicia, de tal manera que, en la última oleada realizada, la de 2010-14, el porcentaje de gente que confía en la Justicia supera al del que no confía (un 52% confía frente a un 44% que desconfía). Estos datos no permiten que demos botes de alegría, en realidad lo que vemos es prácticamente un empate entre la gente que confía y la gente que desconfía en la Justicia, pero al menos la tendencia es algo más prometedora que en relación con las otras instituciones que hemos examinado previamente.

Gráfico 7: Confianza en los Tribunales de Justicia



Fuente: World Values Survey (1981-2014)
<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSOnline.jsp>

-VII-

De confirmarse esta tendencia, es decir, por un lado, la tendencia generalizada hacia la desconfianza interpersonal, y por otro, la tendencia hacia la desconfianza institucional, salvo en lo que se refiere a los Tribunales de Justicia, se abrirían toda una serie de preguntas que debemos de intentar contestar como académicos e investigadores. La primera de todas es obvia: ¿qué es lo que está pasando? Si partimos de la base de que las sociedades no pueden vivir sin confianza, si partimos de la base de que la confianza es el lubricante de la sociedad, entonces estaríamos ante un problema de la mayor magnitud. Segundo, ¿por qué estaríamos asistiendo a esta degradación de los niveles de confianza tanto interpersonales

como institucionales?, ¿cómo es posible que el mismo proceso se esté dando en distintas partes del mundo, con distintos sistemas políticos y variaciones en el sistema económico? La tercera pregunta sería la de si el descenso de la confianza institucional estaría correlacionado con la reducción de la confianza interpersonal que indican los datos, y de ser así, de qué manera estarían relacionadas estas dos variables, es decir, cuáles serían los mecanismos que permitirían explicar esta relación. Finalmente, la última pregunta, pero no la menos importante, sería la de qué podemos hacer frente a este *tsunami* de desconfianza generalizada, tanto interpersonal como institucional, en el mundo.

-VIII-

El propósito de mi intervención esta tarde no es, por supuesto, el de dar respuesta a todos estos interrogantes, sino más bien el de trazar una agenda de investigación, que efectivamente vaya dando, con el tiempo, respuesta a todas estas preguntas. Sin embargo, lo que sí que quiero hacer es situar al derecho en este contexto, en el contexto de los problemas de confianza, sobre todo institucional que hemos examinado hasta el momento (dejo por un momento la cuestión de la confianza interpersonal a un lado, puesto que hace excesivamente complejo el análisis, aunque de ninguna manera me olvido de él). La pregunta que hacíamos en último lugar hace un minuto, “que es lo que podemos hacer ante esta ola de desconfianza” puede concretarse desde un punto de vista jurídico, de manera más específica, en “qué podría hacer el derecho para intentar paliar este problema”. La Teoría del Derecho como Credibilidad alcanza pleno sentido precisamente en el marco de esta pregunta, y es, por tanto, una manera de intentar dar respuesta a dicho interrogante. Sin embargo, es importante señalar con claridad meridiana que la Teoría del Derecho como Credibilidad no es contingente: se entiende mejor y tiene más sentido dentro del contexto de desconfianza que acabo de describir, pero de ninguna manera está limitado a él. Dicho de otro modo, la condición de credibilidad en la teoría que defiendo es una condición estructural, que no depende por tanto de cuáles sean los niveles de confianza institucional que en un momento histórico se experimenten en una determinada sociedad. La Teoría del Derecho como Credibilidad tiene, por tanto, ambición de universalidad y abstracción (Kelsen, 2002).

-IX-

La formulación básica de la Teoría del Derecho como Credibilidad es la siguiente: *la función primordial que el derecho como sistema jurídico está llamado a desarrollar es la de dar credibilidad a las promesas (commitments) que los actores políticos, o las instituciones políticas, realizan.* La función de credibilidad que el derecho está llamado a cumplir se ve bien en el marco de la siguiente estructura (Estella, 2008): imaginemos dos países, un país A y un país B. En el país A un político promete que solamente estará en el poder, si es elegido, dos mandatos presidenciales. En el país B es la propia Constitución, como ocurre por ejemplo en la Constitución de los Estados Unidos de América, la que establece que nadie

podrá ser Presidente más de dos mandatos. En el país B nadie duda de la credibilidad de ese compromiso, el de limitación de mandatos, como consecuencia de su inserción en la Constitución del país. En el país A, sin embargo, se duda de la credibilidad de la promesa política, más si cabe en el contexto de desconfianza institucional que he examinado antes. Al final, en el país A, se promueve una reforma constitucional, para dar credibilidad al compromiso político de limitación de mandatos. Sin dicha reforma constitucional, la gente hubiera dudado de la promesa política hasta probablemente el último momento, por ejemplo, hasta que el partido político del actor político que realizó tal promesa no hubiera nombrado a otro candidato a las elecciones presidenciales.

Lo que la Teoría del Derecho como Credibilidad plantea es, por lo tanto, examinar los distintos sistemas normativos (el derecho, la moral, la costumbre, la política, la religión, etc.) desde la perspectiva específica de la credibilidad. Plantea una situación de análisis institucional comparado, siguiendo la línea de Neil Komesar (1994), pero desde la perspectiva de la credibilidad. Desde este punto de vista, todos los sistemas normativos compiten entre sí como fuente de credibilidad de promesas, pero solamente cuando el derecho ofrece una clara ventaja comparada desde esta óptica, es cuando está cumpliendo de manera efectiva su función primordial, que es, de acuerdo con la Teoría, la de dar credibilidad a las promesas que otros actores (notablemente, los actores políticos) realizan. Es decir, la situación ideal desde la perspectiva del derecho como credibilidad es aquella en la que todo el mundo aceptaría que el derecho es la principal fuente de credibilidad de promesas. Se acudiría a él **sí, y solamente si**, se quisiera dar un plus de credibilidad a una promesa, en particular, a una promesa política.

Un ejemplo, en el que la perspectiva de análisis institucional comparado emerge además de manera evidente, puede ayudar a ilustrar el punto anterior. Imaginemos que un político de un país de mayoría católica se comprometiera en campaña electoral a prohibir el aborto. Su propia adscripción a la doctrina de la Iglesia católica en esta materia podría dar un alto grado de credibilidad a su promesa. Sin embargo, puesto que en ese país el sistema jurídico funciona de acuerdo con las condiciones exigidas por la Teoría del Derecho como Credibilidad (volveré a ello más adelante), es decir, en ese país el derecho es efectivamente una fuente privilegiada de credibilidad, decide firmar ante notario su compromiso de prohibir el aborto si gana las elecciones. Basta un repaso a la hemeroteca nacional reciente para comprobar que el ejemplo no es descabellado, puesto que incluso en nuestro país se han producido situaciones similares a las descritas en esta estructura³. En cualquier caso, lo importante es entender que dicha estructura permite ver lo siguiente: tenemos, en el ejemplo, tres sistemas normativos, que compiten en términos de credibilidad: la política, la religión, y el derecho. Si se escoge finalmente el derecho es porque, de los tres, es el que aporta un mayor *plus* de credibilidad. Si no fuera el caso (y bastara con el compromiso moral o ético del actor político en cuestión, derivado de su adscripción pública y notoria a una determinada confesión religiosa) entonces el derecho estaría desarrollando su función de

³ Vid, por ejemplo, la siguiente información, aparecida en la Vanguardia, 16 de Noviembre de 2018: “Moreno emula a Mas y sella ante notario su compromiso de no pactar con Díaz”. Vid. el link: <https://www.lavanguardia.com/politica/20181116/452970016113/elecciones-andaluzas-juanma-moreno-emula-artur-mas-notario-no-pactar-susana-diaz.html>

otorgar credibilidad, en particular a los compromisos políticos, de manera menos eficaz que otros sistemas normativos. Si se escoge, como en el ejemplo, el derecho, es porque este está funcionando correctamente de acuerdo con los cánones del derecho como credibilidad.

-X-

¿Cuáles son esos cánones? ¿Cuándo podemos decir que una norma es creíble? ¿Cuándo podemos decir, más específicamente, que el encapsulamiento de un compromiso político en una norma jurídica aporta un plus de credibilidad? La pregunta es legítima puesto que existe una importante discusión en el ámbito de la economía política y el derecho sobre esta cuestión. Para los economistas políticos, y algunos juristas, (vid. por ejemplo, Kelemen & Teo (2012) y Moessinger et al. (2013)), el derecho es más creíble porque en principio es más rígido (en el sentido de que es más costosa su modificación) que otros sistemas normativos, como la moral, la costumbre, la religión, etc. Esta es una perspectiva que se puede considerar como canónica, sobre todo en el ámbito de la economía política (vid. Elster también, 2003).

Sin embargo, desde la perspectiva de la Teoría del Derecho como Credibilidad, es un error hacer equivalente credibilidad y rigidez. En realidad, la credibilidad de una norma está en función directa de la particular relación que se establezca, en lo que se refiere a un compromiso político específico, entre dos fuerzas que mantienen entre sí una relación dialéctica: la rigidez y la flexibilidad. La norma más creíble no es la más rígida, sino aquella que constituye un equilibrio (en el sentido de equilibrio de Nash) entre rigidez y flexibilidad.

Pongo un ejemplo para que se entienda mejor la idea de equilibrio normativo que propugna la Teoría del Derecho como Credibilidad. Todos conocemos la importancia del Código de Circulación; sin embargo, nadie propugnaría su inclusión en la Constitución de un país con objeto de reforzar su credibilidad. Por otro lado, el Código de Circulación no podría ser, tampoco, un pacto entre caballeros, puesto que este grado tan alto de flexibilidad no tomaría en cuenta el experimento de Teoría de Juegos de la libre circulación viaria, por el que se ha demostrado que si se dejara que la gente circulara libremente por la derecha o por la izquierda, el resultado racional sería que el 50% del tiempo se circularía por la derecha y el otro 50% por la izquierda, con resultados probablemente fatales para la vida de algunos conductores (Picker, 1994). En definitiva, la idea de equilibrio normativo en el ámbito de la Teoría del Derecho como Credibilidad implica que cada norma jurídica debe encontrar su propia y particular combinación entre rigidez y flexibilidad.

-XI-

La idea de equilibrio normativo en la Teoría del Derecho como Credibilidad no solamente tiene que ver, sin embargo, con un problema de selección normativa. También tiene que ver, adicionalmente, con el contenido concreto del compromiso en sí mismo considerado. El contenido sustantivo, material podríamos decir, del compromiso, indica también una

determinada relación entre rigidez y flexibilidad. Pongo un ejemplo. No es lo mismo que la Constitución diga “nadie puede ser Presidente más de dos mandatos” a que la Constitución diga “nadie puede ser Presidente más de dos mandatos, salvo que ocurran circunstancias excepcionales”. Claramente, el segundo enunciado del mismo compromiso es mucho más flexible que el primero. Dicho de otra manera, ambos reflejan un equilibrio entre rigidez y flexibilidad diferente, siendo más rígido el primero, y más flexible el segundo. ¿Cuál de los dos es más creíble? Evidentemente, el segundo deja en manos de las instituciones políticas un margen de apreciación que el primero elimina completamente. En este caso, si lo que buscamos es limitar en la medida de lo posible la perpetuación en el poder de los actores políticos, es evidente que el primero de ellos es mucho más creíble que el segundo. El segundo deja tan abierta la puerta a la interpretación de cuáles puedan ser dichas circunstancias excepcionales, que hace completamente líquido el compromiso de limitación de mandatos. Una crisis económica podría ser considerada, por ejemplo, una circunstancia excepcional. Fijémonos, sin embargo, en esta otra formulación: “nadie podrá ser Presidente más de dos mandatos, salvo que el país esté en guerra con otro u otros países”. En esta formulación, estamos en un término medio entre las dos anteriores. Este enunciado es más flexible que el primero de todos (nadie puede ser Presidente más de dos mandatos) pero más rígido que el segundo (nadie puede ser Presidente más de dos mandatos, salvo que ocurran circunstancias excepcionales). Si lo que queremos es evitar la perpetuación de un actor político en el poder, pero al mismo tiempo, no dar una baza al enemigo en caso de guerra (porque, por ejemplo, existe información sobre la probabilidad de su ocurrencia en el momento en el que estamos diseñando este compromiso constitucional) entonces en ese caso estaríamos ante un compromiso más creíble que en el primer caso antes examinado. Esto conecta directamente con la idea de contra-factual, que es un elemento clave en el marco de la Teoría del Derecho como Credibilidad. Déjenme que dedique al menos unos minutos a esta compleja cuestión.

-XII-

Un contra-factual en ciencias sociales es un *thought experiment*, un experimento intelectual (Tetlock & Belkin, 1996). Dicho experimento consiste en cuestionarnos aquello que efectivamente ha ocurrido a través del planteamiento de una circunstancia que no ha ocurrido pero que quizá podría haber ocurrido. Pongo un ejemplo que ilustra perfectamente la cuestión. Como sabemos, el lanzamiento de las bombas atómicas en las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki puso fin a la Segunda Guerra Mundial. Pues bien, el experimento contra-factual consistiría, en este caso, en plantearnos el siguiente interrogante: ¿qué habría ocurrido si no se hubieran lanzado las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki? Existe de hecho un arduo debate académico sobre esta cuestión. Hay expertos en la materia que dicen que la guerra habría tardado incluso años en finalizar, mientras que hay otros que señalan que el deterioro económico, político e institucional del régimen imperial japonés era de tal magnitud que el lanzamiento de las bombas tuvo un efecto muy secundario en la finalización de la guerra (Gentile, 2001). Como a nadie se le escapa, el debate tiene una dimensión moral de profundas consecuencias, que viene de la

mano, precisamente, de este experimento contra-factual. De ahí la importancia de esta herramienta.

La Teoría del Derecho como Credibilidad acoge en su seno esta técnica y la adapta a las necesidades de la propia Teoría. El contra-factual en el marco de la Teoría que propongo es una manera privilegiada, una prueba, un “stress test” podríamos decir, de que una norma jurídica es un equilibrio. Y, al igual que ocurre en el resto de las ciencias sociales, el contra-factual en derecho se pregunta concretamente cómo operaría la norma jurídica si los antecedentes fácticos de la misma fueran diferentes de los que el enunciado de la norma prevé. Por tanto, si la consecuencia jurídica que la norma establece se mantuviera inalterada incluso en presencia del contra-factual, ello sería tomado como una indicación de equilibrio normativo. Si, por el contrario, dicha consecuencia jurídica tuviera que modificarse, entonces estaríamos ante una indicación de que la norma no representa un equilibrio.

Un ejemplo puede servir para ilustrar, una vez más, la cuestión. El artículo 125.1º del TFUE establece la siguiente regla: “no se podrán operar rescates financieros a los Estados Miembros”. Esta es, bajo mi punto de vista, la clave de bóveda del sistema de reglas fiscales que establece el marco de gobernanza económica de la Unión Europea. Esencialmente esta regla significa que si un Estado Miembro de la Unión Europea tiene dificultades para honrar sus compromisos de deuda pública contraídos en el pasado, no podrá solicitar ayuda financiera a la Unión Europea (o más exactamente, podrá solicitarla, pero la respuesta de la Unión Europea será invariablemente negativa). Bajo mi punto de vista esta prohibición está tan claramente establecida en el artículo 125.1º que probablemente la misma sea directamente aplicable sin necesidad de ulterior desarrollo normativo.

En cualquier caso, el aspecto que quiero destacar es precisamente el de cómo operaría un razonamiento contra-factual en relación con este artículo. La pregunta contra-factual sería la siguiente en este contexto: si, por ejemplo, la supervivencia del euro estuviera en cuestión, ¿seguiría aplicándose la prohibición del artículo 125.1º del TFUE, o se realizarían rescates financieros?

La respuesta al contra-factual nos la da, como sabemos, la gestión de la crisis financiera que se produjo en la Unión Europea y en buena parte del mundo desde 2008. Efectivamente, y a pesar de la prohibición tan categórica del artículo 125.1º, se operaron 8 rescates financieros en la Unión Europea, 5 de los cuales fueron a Estados Miembros de la Eurozona, entre ellos, a nuestro país. Pues bien, la acción de la Unión Europea en materia de rescates desde que estalló la crisis nos proporciona una respuesta clara a nuestro contra-factual, y dicha respuesta sería negativa: de estar en cuestión la supervivencia del euro, el artículo 125.1º, que prohíbe precisamente los rescates financieros, dejaría de aplicarse en este caso. Dicho de otro modo, lo que nos quiere decir dicho ejercicio contra-factual, como he mantenido en numerosas ocasiones (Estella, 2018), es que el artículo 125.1º no representa un equilibrio desde la perspectiva del Derecho como Credibilidad. La falta de credibilidad de la promesa contenida en dicho artículo solamente dejaría dos opciones encima de la mesa: o bien el artículo se reforma, para dar cabida a la aplicación de excepciones en relación con la prohibición de no realizar rescates financieros a los Estados Miembros de la Unión, o

alternativamente, el artículo 125.1º se deroga y se expulsa del sistema normativo comunitario, sin que por lo tanto el sistema jurídico comunitario se pronuncie sobre la constitucionalidad o no de los rescates financieros. El contra-factual es, en definitiva, y como este ejemplo ilustra creo que, con bastante claridad, un instrumento privilegiado en el marco de la Teoría del Derecho como Credibilidad, para entender si una norma es o no un equilibrio normativo.

-XIII-

Voy terminando mi intervención, haciendo alusión a dos aspectos que forman parte fundamental de la Teoría del Derecho como Credibilidad, que son los relativos a sus condiciones básicas. Efectivamente, para que el derecho pueda desarrollar completamente esta función de credibilidad a la que se refiere la Teoría que propugno, se tienen que dar, como mínimo, dos condiciones básicas. Ambas son, además, condiciones *duras*. La primera es la relativa a la independencia del poder judicial. Y la segunda tiene que ver con el *demos*, con la sociedad en la que opera la Teoría del Derecho como Credibilidad.

-XIV-

Con respecto a la primera, ya hemos visto que los Tribunales de Justicia son las instituciones que menos pérdida de confianza sufren de todas las instituciones que hemos examinado previamente. Eso son buenas noticias desde la perspectiva del Derecho como Credibilidad. Para que la Teoría funcione, se tiene que cumplir la condición de que los tribunales de justicia sean completamente independientes, *frente a todos*. Dicha independencia es una fuente de confianza primordial en el sistema judicial de un país, desde el punto de vista de la propia Teoría. La independencia que se predica, no se predica, solamente, en relación con los actores políticos, sino también en relación con el resto de los actores sociales y económicos que forman un sistema político: es, como digo, una independencia *frente a todos*. La Teoría del Derecho como Credibilidad promueve toda una serie de instituciones jurídicas y políticas dedicadas a hacer real y efectiva dicha independencia frente a todos, pero la más importante de todas ellas es que los tribunales de derecho asuman como propia la idea de que la función primordial del derecho es la de dar credibilidad a las promesas que realizan los actores o las instituciones políticas. Esa es la condición fundamental de la independencia del poder judicial frente a todos, desde la perspectiva del derecho como credibilidad. La Teoría invita, más concretamente, a que jueces y magistrados incorporen de manera habitual y hasta natural el razonamiento contra-factual como una de las herramientas claves dentro del marco de la argumentación jurídica. Es decir, para la Teoría del Derecho como Credibilidad, la cuestión de la independencia judicial está directamente ligada a un problema de razonamiento o argumentación jurídica, cuestión esta que no puedo desarrollar aquí con el detalle con el que me gustaría por razones de tiempo, pero que merecería un capítulo aparte en el marco del debate sobre el derecho como credibilidad.

-XV-

La segunda condición de factibilidad de la Teoría del Derecho como Credibilidad tiene que ver, como decía antes, con la sociedad, con el *demos*. En este sentido, la Teoría del Derecho como Credibilidad asume como propios los postulados del Republicanismo Cívico tal y como han sido desarrollados, concretamente, por uno de sus máximos exponentes, Philip Pettit (1997; 2012). Pettit defiende, concretamente, la necesidad de la existencia y desarrollo de una sociedad formada por ciudadanos virtuosos, en el sentido de su compromiso político. Esta sociedad de ciudadanos activos sería la retaguardia del mantenimiento de la Teoría del Derecho como Credibilidad, en el sentido de que serían los propios ciudadanos los que en última instancia vigilarían el mantenimiento de la función de credibilidad del derecho. Como dice Jon Elster (1989), “no hay nada exógeno a la propia polity”, es decir, no existe nada que se pueda mantener en el largo plazo en el sistema jurídico-político sin el apoyo y la legitimación, en última instancia, de la gente. La consecuencia más directa de esta idea a los efectos que nos ocupa aquí, hoy, esta tarde, es que la propia gente tiene atribuido un papel primordial en el marco de la Teoría del Derecho como Credibilidad. Son los ciudadanos, en última instancia, los que tienen encomendada la tarea de denunciar el sistema jurídico cuando éste no cumpla la función de otorgar credibilidad a los compromisos que realizan los actores políticos. Rescato un elemento, en este punto, que mencionaba al inicio de mi intervención: la confianza es una cosa de dos, del confiado y de la persona que confía, pero fundamentalmente, como argumentaba, de la persona que confía. Pues bien, en el juego entre ciudadanos e instituciones, las instituciones juegan un papel fundamental como objeto de confianza de los ciudadanos, pero al mismo tiempo, los ciudadanos tienen que cumplir con un determinado estándar cívico para ser capaces de confiar. Es decir, la Teoría del Derecho como Credibilidad solamente puede desplegar toda su potencialidad en el marco de sociedades en la que los ciudadanos están dispuestos, *a priori*, a confiar en sus instituciones, y tiene muchas más dificultades en desplegar sus potencialidades en el marco de sociedades en el que el punto de partida es exactamente el contrario, es decir, en el marco de sociedades en las que los ciudadanos no están dispuestos, *a priori*, a confiar en sus instituciones. La Teoría propugna, por lo tanto, un tipo de virtud cívica de la máxima exigencia, que se acomoda bien a estas últimas palabras que pronuncie esta tarde, y que no son, por supuesto, más, sino, una vez más, del Emperador Marco Aurelio: “al amanecer, cuando de mala gana y perezosamente despiertes, acuda puntual a ti este pensamiento: `despierto para cumplir una tarea propia del hombre´. ¿Voy pues, a seguir disgustado, si me encamino a hacer aquella tarea que justifica mi existencia y para la cual he sido traído al mundo? (...) ¿Has nacido para la pasividad o para la actividad? ¿No ves que los arbustos, los pajarillos, las hormigas, las arañas, las abejas, cumplen su función propia, contribuyendo por su cuenta al orden del mundo? Y tú entonces: ¿rehúsas hacer lo que es propio del hombre? ¿No persigues con ahínco lo que es propio de tu naturaleza? (...) Otros, que aman su profesión, se consumen en el ejercicio del trabajo idóneo, sin lavarse y sin comer. Pero tú estimas menos tu propia naturaleza que el cincelador su cincel, el danzarín su danza, el avaro su dinero, el presuntuoso su vanagloria. Éstos, sin

embargo, cuando sienten pasión por algo, ni comer, ni dormir quieren, antes de haber contribuido al progreso de aquellos objetivos a los que se entregan. Y a ti, ¿te parecen las actividades comunitarias desprovistas de valor, y de menor atención?" (Marco Aurelio, 1997: V, 1).

Muchas gracias por su atención.

BIBLIOGRAFÍA

Aurelio, M. 1977, *Meditaciones*, Editorial Gredos.

Elster, J. 2003, "Don't Burn your Bridge before You Come to It: Ambiguities and Complexities of Pre-Commitment", *Texas Law Review*, vol. 81, no. 7, pp. 1755-1787.

Elster, J. 1989, *Solomonic Judgements. Studies in the limitations of rationality*, Cambridge University Press, Cambridge.

Elster, J. 2007, *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*, Cambridge University Press, New York.

Estella, A., 2018, *Legal Foundations of EU economic governance*, Cambridge University Press, Cambridge.

Estella, A. 2008, "Law as credibility: the case of Presidential Term Limits", *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 1, pp. 116-142.

Gentile, G. 2001, *How effective is Strategic Bombing? Lessons learned from World War II to Kosovo*, The New York University Press, New York, London.

Kelemen, D. & Teo, T.K. 2012, "Law and the Eurozone Crisis", *APSA 2012 Annual Meeting Paper*.

Kelsen, H. 2002, *Pure Theory of Law*, The Lawbook Exchange Ltd.

Komesar, N. 1994, *Imperfect Alternatives CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY*, University of Chicago Press.

McGeer, V. & Pettit, P. 2017, "The Empowering Theory of Trust" in *The Philosophy of Trust* Oxford University Press.

Moessinger, M., Feld, L., Kalb, A. & Osterloh, S. 2013, "Sovereign Bond Market Reactions to Fiscal Rules and No-Bailout Clauses The Swiss Experience", *ECONSTOR*.

Nash, J. 1953, "Two-person cooperative games", *Econometrica*, vol. 21, no. 1, pp. 128-140.

Nash, J. 1950, "The bargaining problem", *Econometrica*, vol. 18, no. 2, pp. 155-162.

Pettit, P. 2012, *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge University Press, New York.

Pettit, P. 1997, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, Oxford (UK) and New York (USA).

Picker, R. 1994, "An Introduction to Game Theory and the Law", *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, no. 22.

Tetlock, P. & Belkin, A. 1996, "Counterfactual Thought Experiments in World Politics: Logical, Methodological and Psychological Perspectives" in *Counterfactual Thought Experiments in World Politics. Logical, Methodological and Psychological Perspectives*, eds. P. Tetlock & A. Belkin, Princeton University Press, Princeton, pp. 1-38.