

## HACIA EL BIEN COMÚN: ¿UN CAMINO A LA UTOPIÍA? DESDE LA FILOSOFÍA HASTA LA VIDA DIGNA A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN\*

**Mario G. Losano**

*Universidad de Milán*

«El hecho de que el *bonum commune* pertenezca al aspecto material de la Justicia indica que en este campo no son posibles afirmaciones absolutas ni mucho menos «fundaciones últimas», como hoy pretenderían ciertas teorías del discurso (Habermas, Apel). Nos movemos en el ámbito del relativismo de los valores. Esto no quiere decir que las aserciones sobre el *bonum commune* en sí mismas carezcan de sentido; sólo quiere decir que no se debe perder de vista que son aserciones arriesgadas.»

Arthur Kaufmann

### 1. EL BIEN COMÚN ENTRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EL DERECHO POSITIVO



A determinación del bien común<sup>1</sup> de una sociedad completa depende de los valores escogidos por cada uno de los individuos, que los conducen después a agregaciones de distinta naturaleza (en Alemania, en el siglo XIX, se buscaba el bien común del pueblo en las asociaciones gimnásticas, los Turnvereine; en Italia en los Carbonari

\* Traducción de María Eugenia Rodríguez Palop

<sup>1</sup> Texto ampliado de la ponencia presentada, con el título *Ein Pfad nach Utopía? Von der Philo-*

o en la Joven Italia) y, de allí, al Estado, que se convierte en su intérprete y realizador no siempre desinteresado. La crisis actual de los partidos depende entre otras cosas del hecho de que ya no transmiten al aparato estatal las exigencias de la sociedad civil y de que, en consecuencia, el «bien» que el aparato estatal decide a menudo no se corresponde con el «bien común». De aquí la importancia de los movimientos más o menos organizados –en cualquier caso, externos al Estado y los partidos– que dan expresión a aquello que muchos estratos de la población sienten como bien común.

Cuando el jurista habla de bien común se mueve en el mundo de los valores, esto es, del derecho natural, que puede llegar a traducirse en normas jurídicas positivas. No obstante, el jurista concibe el bien común como un valor que puede inspirar al derecho, al que preexiste y por el que no viene constituido. La variedad de *bona communia* induce a pensar que con ellos se representan valores mutables en el tiempo y en el espacio, por lo que el derecho natural que reclaman es de contenido variable. De esta concepción derivan los dos presupuestos centrales sobre los cuales se asientan estas páginas: 1. El bien común está determinado no sólo por el Estado, sino también por las diferentes personas asociadas a un nivel infra y supraestatal; 2. El bien común varía en el tiempo y en el espacio; esto significa que encarna valores relativos: «Nos movemos en el ámbito del relativismo de los valores»<sup>2</sup>, afirma el filósofo del Derecho Arthur Kaufmann.

De tal autor retomo también la justificación para mis presupuestos enunciados ya, pero no demostrados: «No ignoro –escribe Kaufmann– que los presupuestos con los que he empezado son problemáticos. Pero no partimos siempre de presupuestos similares, cuando discutimos sobre contenidos. Estos presupuestos pueden ser tácitos o podemos formularlos explícitamente. Yo he escogido esta última vía. Sin embargo no se puede pretender que articule detalladamente todos los presupuestos de los que parto: en tal caso surgiría una investigación completamente distinta a la presente.»<sup>3</sup>

Aceptando la relatividad de los valores, se acepta también la existencia de concepciones que no comparten los citados presupuestos. Incluso

*sophie, über die Gesetzgebung bis zum würdigen Leben*, al «Kolloquium über Bonum Commune», organizado por la Academia Suiza de Ciencias Humanas y Sociales (Berna, 22-26 de septiembre de 2002).

<sup>2</sup> ARTHUR KAUFMANN, *Negativer Utilitarismus Ein Versuch über das bonum commune*, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München, 1994, p. 8; de esta página proviene también la cita referida en *exergue* del presente escrito.

<sup>3</sup> KAUFMANN, *Negativer Utilitarismus*, cit., p. 5.

para quien no concibe la posibilidad de examinar estas concepciones divergentes, es indispensable referirse al menos a un congreso celebrado en 1998 y dedicado específicamente al *Bonum commune* <sup>4</sup>. Tal congreso parte de una visión conservadora o neotomista de la sociedad, es decir, de principios distintos de los que se han enunciado anteriormente. Me limitaré a mencionar algunas de sus líneas principales, que naturalmente me parecen poco convincentes.

En las actas de aquel congreso se lee que el bien común se funda en el derecho natural y es, por tanto, pre-estatal: «Se apoya en el fundamento de la naturaleza humana, independientemente de la forma de Estado que se considere en cada ocasión» y todavía más: «El principio del bien común no está directamente ligado a una cierta forma de Estado sea al Estado Constitucional o a la democracia; no está ligado tampoco al Estado moderno. El bien común es universal y, como la idea de Justicia, existe independientemente de la particular forma de Estado; tal bien descende en efecto de la naturaleza humana.» <sup>5</sup> Acerca de la naturaleza iusnaturalista del bien común no puedo más que concordar; pero inmediatamente después nuestros caminos se bifurcan.

En efecto, según la visión conservadora que se ha examinado, la comunidad, el pueblo, sabe –probablemente por revelación divina– qué es el bien común y decide delegar en el Estado la actuación al respecto. La estructura estatal más adecuada para la realización del bien común es «el Estado de Derecho liberal-democrático, federal y organizado según el principio de la subsidiariedad» <sup>6</sup> cuyos principales deberes consisten en «asegurar la existencia biológica y política del pueblo, la integridad territorial del Estado y del entorno natural, la salvaguarda de la unidad nacional, de la forma estatal y de la Constitución junto con los derechos humanos en ella recogidos» <sup>7</sup>.

Sobre esta base, el Estado más adecuado para la realización del bien común parece el resultado de hipostasiar la concepción conservadora de la Confederación Helvética, negándose la capacidad de realizar el bien común a cualquier otra forma estatal: «Quien apoya al marxismo no puede

<sup>4</sup> Verein zur Förderung der Psychologischen Menschenkenntnis (Hrsg.), *Mut zur Ethik. Bonum commune-Ethik in Gesellschaft und Politik*, Menschenkenntnis, Zürich 1999, 622 pp. Actas del congreso de Feldkirch (Voralberg) celebrado del 4 al 6 de septiembre de 1998.

<sup>5</sup> RAINER ROTHE, «Gemeinwohl», in *Mut zur Ethik*, cit., p. 53.

<sup>6</sup> *Mut zur Ethik*, cit., p. 15, p. 566, p. 570.

<sup>7</sup> *Mut zur Ethik*, cit., p. 55.

comprometerse con el bien común»<sup>8</sup>. Luhmann es un «teórico de izquierda» que reduce el bien común a una «fórmula vacía»<sup>9</sup>. «Así, la fórmula de Luhmann, pensada a fondo, se volvería contra la Justicia, contra la dignidad humana, contra la libertad y la igualdad, contra la democracia, contra el Estado de Derecho y contra los fines sociales del Estado»<sup>10</sup>. En este contexto, en el que se rechaza la relatividad de los valores podemos preguntarnos qué es, por ejemplo, la «islamic perspective» del bien común, ilustrada en aquel congreso por una cosmopolita profesora palestina<sup>11</sup>; si bien sus páginas exponen principios generales del Islam, sin hablar del bien común. Tal actitud es correcta pues el islamismo, también en sus formas más modernas, difícilmente podría reconocer la forma estatal que el congreso indica como ideal para la realización del bien común.

Las tesis del congreso sintetizan las ideas de fondo de los participantes a favor de la familia tradicional<sup>12</sup> («como célula fundamental para la cohesión social») y de la escuela como instrumentos para la transmisión a las nuevas generaciones de los valores de cohesión social (a fin de que lleguen a ser ciudadanos «capaces de vivir en la comunidad»), de la no injerencia del Estado en la vida religiosa e ideológica<sup>13</sup>, ni en la investigación científica<sup>14</sup>. Es radical, sin embargo, la toma de posición contra la globalización y la dictadura de izquierda: mucho «rumor febril» sobre la globalización impide comprender que «en efecto un capitalismo agresivo off-shore, junto a las redes activísimas de las internacionales de izquierda, están lanzando un ataque conjunto contra el Estado nacional, la cultura y la religión para abrirse camino hacia el monopolio del poder y de la organización global del mundo»<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> *Mut zur Ethik*, cit., p. 65.

<sup>9</sup> *Mut zur Ethik*, cit., p. 54.

<sup>10</sup> *Mut zur Ethik*, cit., p. 55.

<sup>11</sup> NAFEZ NAZZAL, «Bonum Commune -Ethics in Society and Politics: The Islamic Perspective», in *Mut zur Ethik*, cit., pp. 80-88.

<sup>12</sup> *Mut zur Ethik*, cit., p. 568.

<sup>13</sup> *Mut zur Ethik*, cit., p. 570. Esta afirmación no parece conciliable con otras: «Las organizaciones que han sucedido a los partidos comunistas y los continuadores de los movimientos comunistas internacionales, sus iniciativas y campañas [...] no deben tener posibilidad alguna de organizar la sociedad según sus concepciones, ni de abusar de la solución de problemas y conflictos para poner en marcha sus pretensiones socialistas y comunistas de poder» (*Mut zur Ethik*, cit., p. 567).

<sup>14</sup> *Mut zur Ethik*, cit., p. 571.

<sup>15</sup> *Mut zur Ethik*, cit., p. 566.

Dado que no comparto las posiciones enunciadas en el congreso suizo de 1998, cuanto diré acerca del bien común se funda sobre dos principios relativistas enunciados anteriormente. Para lograr una relación más precisa de la Filosofía del Derecho con la noción de bien común puede consultarse un breve escrito de Arthur Kaufmann. En él se enlaza el *bonum commune* con el «utilitarismo negativo», que Tammelo definía así: «El máximo bien del ordenamiento de la Justicia consiste, en mi opinión, en la abolición o en la máxima reducción posible de la miseria. Dudo en cambio del principio del utilitarismo positivo, según el cual se debe buscar la máxima felicidad posible para el máximo número posible de personas [...] Todo sumado, me siento más próximo al utilitarismo negativo, es decir, al utilitarismo según el cual –en la manera y en la medida posible– se debe intentar evitar la infelicidad del máximo posible de personas»<sup>16</sup>. Así pues, estos son los principios inspiradores de las páginas que siguen y no sólo de las mencionadas.

La multiplicidad de las teorías se reflejan también en los términos con los que viene diseñado el bien común. Como sinónimos del «bien común» en la Filosofía del Derecho se encuentran términos como «oportunidad del Derecho», «justicia social», «dignidad humana» o «vida digna», expresión esta última que aparece a menudo en los textos constitucionales.

A lo largo de los siglos pasados y sobre todo después de la *Déclaration des droits de l'homme* el concepto de dignidad humana se ha retomado cada vez más a menudo en la legislación. En qué medida las normas inspiradas en tal concepto han sido después una realidad, o sea, han sido efectivamente aplicadas, es otra cuestión, que intentaré ilustrar con algunos ejemplos. Es un hecho que hoy los cursos sobre derechos humanos han llegado a difundirse en todas las universidades occidentales<sup>17</sup>.

La transformación de los derechos humanos en derecho positivo ha tenido lugar tanto en el Derecho nacional como en el internacional. Los mayores y más actuales ejemplos a tal propósito son los tribunales internacionales para los crímenes de guerra y, sobre todo,

<sup>16</sup> ILMAR TAMMELO, *Ungerechtigkeit als Grenzsituation*, «61. Shopenhauer-Jahrbuch für das Jahr 1980», pp. 30 y ss.: también en *Zur Philosophie der Gerechtigkeit*, Lang, Frankfurt a.M. 1982, pp. 127 y ss.

<sup>17</sup> Por ejemplo, la Universidad española Carlos III ha colocado a los derechos humanos en el centro de sus estudios jurídicos y su rector, Gregorio Peces-Barba, entre otras cosas, ha procurado la publicación de una historia de los derechos humanos en varios volúmenes: *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 1998.

el Tribunal Penal Internacional, que debería iniciar su actividad a lo largo de 2003. Por tanto, hoy, las consideraciones teóricas sobre los derechos humanos vienen confrontadas no sólo con la exégesis de las normas del derecho positivo, sino también con la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

El derecho positivo y el bien común están conectados, pero no coinciden: «El bien común “es” –escribe Arthur Kaufmann– independientemente de su determinación en el derecho positivo; pero sólo con esta última se transforma en una entidad jurídicamente relevante.»<sup>18</sup>

No obstante, la creciente transformación de los derechos humanos en derecho positivo no debe engañarnos: el fundamento de cada discusión en este ámbito será siempre un fundamento filosófico. Y es relevante que este debate tenga lugar en el ámbito de la ética, de la Filosofía del Derecho o de la Filosofía Política, porque los límites entre estas disciplinas son inciertos e inestables. Lo único importante es que la discusión no pierda nunca de vista el fundamento teórico de partida.

El filósofo del Derecho fue a menudo el mediador entre el filósofo moral y el político, de un lado, y el legislador, del otro. Sin embargo en los últimos decenios se habla cada vez más a menudo de una crisis de la Filosofía del Derecho. Y no sólo se habla: es algo que se advierte cotidianamente.

## 2. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS FILÓSOFOS Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS JURISTAS

La distinción entre la Filosofía del Derecho de los filósofos y la Filosofía del Derecho de los juristas caracteriza la historia de la Filosofía del Derecho, incluso cuando no se expresa claramente<sup>19</sup>. En efecto, una cosa es la Filosofía del Derecho que se deduce de un sistema de pensamiento que intenta explicar el universo y otra cosa distinta es la Filosofía del Derecho construida inductivamente, reuniendo partes aisladas o características de singulares fenómenos jurídicos en estructuras cada vez más abstractas. Los

<sup>18</sup> KAUFMANN, *Negativer Utilitarismus*, cit., p. 8, nota 6.

<sup>19</sup> Este tema se discutió durante un encuentro de filósofos organizado en el 2000 por ALEXANDER-VON-HUMBOLDT-STIFTUNG (2000): *Rechtsphilosophie der Philosophen und Rechtsphilosophie der Juristen* (inédito)

juristas han intentado considerar ambas aproximaciones distinguiendo una Filosofía del Derecho (en sentido filosófico) de una teoría general del Derecho (en sentido jurídico), o una Filosofía del Derecho (en el ámbito europeo continental) de una *Jurisprudence* (en el ámbito del Common Law). Tales ramas del pensamiento jurídico teórico se distinguen por algunos rasgos que ilustraré aquí sintéticamente.

Los sistemas clásicos de la Filosofía del Derecho son sistemas deductivos, en los cuales las diferentes ramas de la filosofía se desarrollan a partir de ciertos axiomas dados. Así sucede, por ejemplo, con la Filosofía del Derecho de Hegel, de Kant o de Fichte. En estos sistemas el jurista práctico advierte sin embargo una carencia: ciertamente, la deducción desciende de las alturas de la abstracción, pero no llega a las instituciones del Derecho positivo y a las normas en particular de las que cotidianamente se ocupa el jurista práctico. En efecto, la Filosofía del Derecho de los filósofos se ocupa del Derecho *en general*. Indaga las relaciones entre las partes aisladas del sistema filosófico, entre las que se toma en consideración también al Derecho en su totalidad. Y ello incluso si a veces acaban por afectar a ciertas normas del Derecho positivo, esto es, no se modifica la estructura general del tratamiento <sup>20</sup>.

Es interesante ver como un filósofo y un politólogo afrontan el tema del bien común desde este punto de vista general. Arno Baruzzi se plantea el problema: «del nexo entre la libertad y el bien común. El derecho es [...] el puente que puede y debe unir la libertad y el bien común. [...] El derecho y la ley deben sobre todo estar al servicio del bien común. Pero ¿qué es, en qué consiste el bien común? He aquí el problema». La respuesta a esta cuestión no pretende dejar el plano de los temas generales, de las «diversas formas desde las que se asume el todo, como la naturaleza o, desde el punto de vista político, el bien común». En particular, no pretende establecer ni normas ético-políticas de comportamiento, ni normas jurídicas deseables pero no existentes; ni tampoco pretende criticar las normas jurídicas existentes pero no deseables: «Esto es imposible desde el punto de vista de la filosofía. El objetivo de la filosofía es completamente diferente al del Derecho» <sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Una descripción detallada de esta fase del pensamiento sistemático se encuentra en LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*. Vol. 1: *Dalle origini alla Scuola storica*, Giuffrè, Milano, 2002, XXIX-373 pp. (1.ª ed. 1968), y en la bibliografía allí indicada.

<sup>21</sup> ARNO BARUZZI, *Freiheit, Recht und Gemeinwohl. Grundfragen einer Rechtsphilosophie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1990, p. XI s.

La aproximación de Baruzzi señala por qué argumentando de un modo moderno y completo; tal es sin embargo la aproximación opuesta a la que se halla en el fundamento de este escrito. Y con esta Filosofía del Derecho que, hegelianamente, no pretende enseñar «cómo debe ser el mundo», despidámonos de la Filosofía del Derecho de los filósofos.

La Filosofía del Derecho de los juristas se mueve, sin embargo, en la dirección contraria. Los juristas aplican las normas jurídico-positivas. En un primer nivel de reflexión comienzan por reagrupar las normas que presentan rasgos comunes. Entre tales racimos de normas pueden encontrarse características generales que conducen a un conjunto todavía más extenso y abstracto de normas.

Este proceso inductivo tiene casi siempre como punto de referencia un sistema filosófico que fortalece el armazón necesario en los últimos niveles de la inducción. En definitiva, el jurista navega siguiendo la estela del sistema filosófico. Por tanto, en el nivel inferior, el sistema iusfilosófico de los juristas muestra una densidad próxima a la práctica, densidad que cada vez deviene más sutil y más etérea a medida que avanza hacia niveles superiores de abstracción <sup>22</sup>.

Recurriendo a una imagen plástica, en los niveles más altos de abstracción la Filosofía del Derecho de los filósofos muestra un tejido firme que sin embargo va desapareciendo a medida que el filósofo profundiza en los temas específicamente jurídicos. La línea oscura de abstracción se va decolorando hacia abajo en un *pointillé* cada vez más transparente. Lo contrario sucede en cambio con la Filosofía del Derecho de los juristas. Esta presenta un tejido espeso cerca de la oscura línea inferior de las normas

<sup>22</sup> El mejor ejemplo de este tipo de pensamiento sistemático en el Common Law se encuentra quizá en WELSEY NEWCOMB HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, New Haven-London 1964, 114 pp. (publicado en 1919). Sobre su biografía cultural y sobre sus fuentes cfr. Mis estudios: «Hohfeld comes to Yale», *Yale Law Report*, vol. 21, Winter 1974-75, Nr. 2, pp. 16-18; 47-48; *Le fonti dei concetti giuridici fondamentali di Wesley N. Hohfeld*. Con un apéndice de 14 cartas inéditas de W.N. Hohfeld a R. Pound, «Materiali per una storia della cultura giuridica», Il Mulino, Bologna 1976, vol. VI, pp. 319-416; *Wesley N. Hohfeld e l'università americana. Una biografia culturale*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1978, vol. VIII, n. 1, pp. 133-209.

Consideraciones sistemáticas análogas se encuentran también en Parsons, sobre todo en su polémica con George Homans: TALCOTT PARSONS, *On Building Social System Theory: A Personal History*, «*Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Science*», 1970, pp. 826-881; o Parsons, *Die Entstehung der Theorie des sozialen Systems: Ein Bericht zur Person*, pp. 1-68, in Talcott Parsons –Edward Shils– Paul F. Lazarsfeld, *Soziologie-autobiographisch. Drei kritische Berichte zur Entwicklung einer Wissenschaft*. Geleitwort von Heinz Hartmann, Enke, Stuttgart, 1975, X-232 pp.



jurídicas positivas mientras que es más ligero a medida que la abstracción la lleva hacia arriba.

En conclusión, la Filosofía del Derecho de los filósofos no alcanza nunca el denso límite inferior del Derecho positivo, así como la Filosofía del Derecho de los juristas no alcanza nunca el denso confín superior de los axiomas filosóficos. Esta imagen muestra pues dos zonas definitivamente oscuras, intensas –la que está en lo más alto y la que está en lo más bajo– que se corresponden con los axiomas abstractos y con las normas del Derecho positivo. Entre tales zonas extremas se sitúan todas las escalonadas formas del gris y, en medio, hay una especie de incolora tierra de nadie.

En esta tierra de nadie se ubican materias como la «teoría general del Derecho» y la «Jurisprudence» anglosajona. La diversa conformación de estas dos materias está condicionada por la distinta estructura del Derecho europeo continental (Civil Law) y del Common Law.

En el Civil Law domina la norma general y abstracta. Por tanto, la teoría general del Derecho no intenta responder a las cuestiones primeras del Derecho, del tipo «qué es la justicia», «en qué se apoya el carácter vinculante del Derecho», etc. Más bien, intenta comprender la conexión interna del ordenamiento jurídico, la estructura de las normas jurídicas, la esencia de la sanción. En el Common Law domina en cambio el precedente vinculante. La «Jurisprudence» intenta suministrar una primera ayuda al jurista anglo-americano, inmerso en las sentencias, intentando extraer algunos principios generales de una multitud de «casos». Las dos disciplinas mencionadas –la teoría general del Derecho y la «Jurisprudence»– o bien evitan excavar demasiado a fondo o bien volar demasiado alto: intentan moverse en un áureo espacio intermedio.

Los grandes sistemas filosóficos de la filosofía clásica alemana contienen también específicas consideraciones sobre la justicia, sobre el Estado y sobre el Derecho como partes de un sistema filosófico general. En la dicotomía entre física y metafísica, los subsistemas normativos de la moral y del Derecho recaen en el ámbito de la metafísica. Toda la estructura del sistema filosófico influye pues directamente en el tratamiento del Derecho y en su separación de la moral en el interior del sistema filosófico.

Hasta el siglo XVIII la teología, la filosofía y el Derecho eran materias estrictamente relacionadas aunque con vínculos que tendían a debilitarse progresivamente. Se podía constatar este vínculo tanto en la práctica como en la enseñanza. El Derecho era, en efecto, tanto derecho estatal, en su

mayor parte de origen romano, como derecho canónico: y justo en la teología se encuentran las primeras raíces del pensamiento sistemático, destinado a influir sobre la filosofía y, después, sobre el Derecho<sup>23</sup>. No hay pues que maravillarse si el Derecho se concibe cada vez más como un todo, como un sistema. Y cuando la realidad jurídica ofrecía sólo material lagunoso y caótico, se procedía a «convertirlo» en sistema: una actividad practicada solícitamente por los pandectistas del siglo XIX.

Sin embargo, justo en el siglo XIX el Derecho, que devenía cada vez más complejo, se separa de la moral. Durante este tiempo también otras ciencias sociales y humanas llegaron a ser autónomas. El Derecho se retiró en un «espléndido aislamiento» que encontró su fundamento teórico en el positivismo jurídico<sup>24</sup>.

Después de esta separación los juristas ya no podían buscar en la moral un fundamento para la legitimación y la obligatoriedad del Derecho: debían encontrarla en el Derecho mismo. Cuando comenzaron a reflexionar sobre tal materia tomó forma una Filosofía del Derecho que sólo indirectamente se refería a los sistemas filosóficos.

Como ejemplo de las teorías del positivismo jurídico podríamos analizar brevemente aquí la teoría de Hans Kelsen, a la que no por casualidad su creador la llama «doctrina pura del Derecho»: pura, es decir, libre de influencias éticas, psicológicas y políticas. La teoría de Kelsen es, en mi opinión, el ejemplo más típico de la Filosofía del Derecho de un jurista. Pero incluso ella no puede hacer sino referencia a una filosofía: en el caso de Kelsen, el neokantismo.

En el siglo XX las grandes teorías que incluyen y explican todo no provienen ya de filósofos, sino de científicos sociales: basta recordar a Jürgen Habermas y Niklas Luhmann. Como resultado de la evolución,

<sup>23</sup> Una de las primeras descripciones globales del pensamiento sistemático fue escrita por un teólogo: OTTO RITSCHL, *System und systematische Methode in der Geschichte der wissenschaftlichen Sprachgebrauchs und der philosophischen Methodologie*, Webers, Bonn, 1906, VII-95 pp.

<sup>24</sup> En la ciencia jurídica el término «positivismo» tiene varios significados: 1. Concepciones jurídicas positivistas en el sentido de Auguste Comte, como por ejemplo aquellas conexas con el socialdarwinismo; 2. El positivismo lógico del Círculo de Viena, que influyó en modo variado en los estudiosos de la lógica jurídica; 3. En el sentido hoy más difundido, el positivismo jurídico es la doctrina que considera Derecho exclusivamente al conjunto de normas establecidas –posita– por el Estado. En el positivismo jurídico definido en este último sentido se alcanza la completa separación entre Derecho y moral. Cfr. también WALTER OTT, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*. Zweite, überarbeitete und erweiterte Auflagen, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, 282 pp.

aún a grandes líneas, la actual Filosofía del Derecho se encuentra en una situación que podría definirse como crisis de identidad. Intenta aplicar al Derecho las diferentes corrientes filosóficas que en cada momento histórico se presentan como dominantes (o que han llegado a ser la moda dominante). Así, se ha asistido a la pretensión de construir un estructuralismo jurídico, una cibernética jurídica, una teoría postmoderna del Derecho influenciada por Derrida y demás. Hoy no es importante afirmar si tales tentativas han sido o no fructuosas; lo que importa en cambio es ver hasta qué punto estas filosofías del Derecho de los juristas tienen todavía un significado para los juristas, o sea, si aún son capaces de lanzar un puente entre el Derecho y la moral, entre el Estado y el *bonum commune*.

La Filosofía del Derecho de los filósofos a los umbrales del Ocho-cientos y la Filosofía del Derecho de los juristas a lo largo del Ochocientos tuvieron una influencia directa sobre la práctica jurídica, o sea, sobre la plasmación de una concepción del Derecho que penetraba también en los despachos de los abogados y en las salas de los tribunales. La figura emblemática que personalizaba esta realidad era la del pandectista. Savigny, Puchta, Jhering eran al mismo tiempo teóricos del Derecho, historicistas del Derecho y juristas prácticos <sup>25</sup>.

Con las teorías modernas, esta relación entre teorías del Derecho y práctica jurídica se ha perdido. La sociedad comunicativa de Habermas, el Derecho autopoiético de Luhmann –por no hablar del Derecho autocatalítico de Teubner– son asuntos que hoy se discuten sólo entre estudiosos hiperespecializados. Los jueces y juristas piensan y actúan en cambio según modelos pragmáticos o según modelos conceptuales anticuados, heredados de la tradición profesional.

### 3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PLASMA LA PRAXIS JURÍDICA: LA «DOCTRINA PURA DEL DERECHO» Y LA JURIDISCIÓN CONSTITUCIONAL

Querría ahora ilustrar con dos ejemplos las diferentes relaciones que pueden darse entre Derecho y filosofía.

---

<sup>25</sup> Esta atención a la práctica del Derecho es atestiguada por numerosos escritos de pandectistas sobre los temas más actuales de su tiempo, como la construcción de los ferrocarriles: por ejemplo,

a) La *filosofía de Hegel* influyó sobre «los sistemas jurídicos universales» de Eduard Gans y de Josef Unger durante el siglo XIX. Estos son un reflejo de la incipiente globalización (o mejor «mundialización», como tienden a decir los franceses al referirse a aquella época) y, para la ciencia jurídica, representan los inicios de la comparación científica del Derecho.

Pero la Filosofía del Derecho ha influido sólo indirectamente en la práctica del Derecho. En efecto, Hegel influyó sobre algunas obras de juristas, que a su vez influyeron después en las obras de los primeros comparatistas jurídicos, que sólo a partir de 1900 dieron a la disciplina una consideración autónoma. Dado que en otros escritos he tratado ya este tema extensamente <sup>26</sup>, a ellos me remito para poder concentrarme en el segundo ejemplo.

b) La doctrina pura del Derecho de Kelsen ofrece sin embargo el ejemplo de la Filosofía del Derecho de un jurista capaz de plasmar creativamente la realidad. Su doctrina ha recibido de los neokantianos la noción de «deber ser» (Sollen) y sobre ella ha construido un sistema teórico, que ha dado lugar como consecuencia a la moderna jurisdicción constitucional.

El sistema jurídico de Kelsen se presenta como una pirámide, en la cual la norma inferior deriva su validez de la superior. Y para Kelsen la «validez» de una norma coincide con su misma «existencia». La norma del nivel más bajo es la sentencia judicial, cuya validez proviene de la ley. En el nivel intermedio se encuentra la ley (en sentido formal), que deriva su validez de la Constitución. En el nivel más alto está la Constitución: y aquí comienzan los problemas internos del sistema kelseniano.

Es cierto que la validez de una Constitución se apoya en una Constitución precedente pero esta *regressio* no tiene lugar *ad infinitum* sino que termina con la Constitución que ha sido históricamente la primera. Pero ¿de dónde emana la validez de esta Constitución que fue históricamente la primera? Para cerrar en el plano teórico su sistema, Kelsen debe satisfacer dos condiciones: 1. Debe encontrar un principio que

---

RUDOLF VON JHERING, *Rechtsgutachten in Sachen der Stadt Bern contra Centralbahn zu Basel betreffend Schiessplatz Wylerfeld*, Bonfantini, Basel, 1877, 47 pp.

<sup>26</sup> Una descripción detallada de los sistemas jurídicos universales puede encontrarse en mi *Sistema e struttura nel diritto*. Vol. 1: *Dalle origini alla Scuola storica*, Giuffrè, Milano, 2002, Cap. VI. Existe también una traducción española anterior: «*Los grandes sistemas jurídicos*,» *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Buenos Aires), 1997, n. 17, pp. 137-174.

atribuya validez al sistema en su integridad; 2. Este principio no ha de situarse fuera del Derecho porque la doctrina de Kelsen –concebida como doctrina «pura» del Derecho– no puede encontrar su fundamento fuera del Derecho.

Una concepción pragmática (y por tanto «impura») del Derecho encontraría este fundamento por ejemplo en el poder estatal. Esta solución sería conforme a la realidad, pero pondría en peligro la pureza de la doctrina pura del Derecho. No obstante lo cual Kelsen sostiene originariamente esta opinión cuando escribe que el problema del Derecho natural no se puede resolver ni con la verdad absoluta de la metafísica, ni con la justicia absoluta del Derecho natural. Para Kelsen el problema del Derecho natural consistía en adivinar qué había *detrás* del Derecho positivo. La Constitución que ha sido históricamente la primera y el último fundamento para el Derecho positivo y, por tanto, para el iuspositivista: pero ¿sobre qué se funda la Constitución que ha sido históricamente la primera? En otras palabras, ¿qué averigua quien mira tras ella, o sea quien intenta descubrir el fundamento de la validez de la Constitución que ha sido históricamente la primera? En 1972 Kelsen escribió: «El problema del Derecho natural y el eterno problema de lo que hay a las espaldas del Derecho positivo. Y quien busca una respuesta no encuentra –me temo– ni la verdad absoluta de la metafísica ni la justicia absoluta de un Derecho natural: *quien levanta el velo y no cierra los ojos queda deslumbrado por el infernal monstruo del poder*»<sup>27</sup>.

Más tarde Kelsen encontró una solución interna al sistema, sustituyendo al monstruo infernal del poder por el «deber ser» (Sollen) de los neokantianos: el sistema está cerrado por una «norma fundamental» (Grundnorm), que reparte entre las normas del nivel inferior el casi místico «deber ser».

Dejemos a un lado todas las críticas y discusiones suscitadas por la norma fundamental y limitémonos a una cuestión de hecho: la Filosofía del Derecho de un jurista ha completado todo el edificio conceptual recurriendo a un sistema filosófico. ¿Qué consecuencias prácticas tiene esta recepción? Pueden concretarse dos:

<sup>27</sup> HANS KELSEN, *Gleichheit vor dem Gesetz*, «Veröffentlichung der Deutschen Staatsrechtslehrer», Heft 3, Walther de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1927, 55 pp.

I. Si existen (esto es, si son válidas) sólo las normas que están en armonía con el nivel superior de la pirámide jurídica, debe existir también un organismo estatal que garantice que el sistema jurídico sea coherente, o sea que no exista ninguna contradicción entre las normas de diferentes niveles.

Para tribunales y parlamentos la tradición jurídica ha encontrado ya una solución. Pero ¿de qué manera se resuelve una contradicción entre ley y Constitución? Como jurista práctico Kelsen descubrió un remedio: para la nueva República Austriaca proyectó una Corte Constitucional que enseguida se convirtió en el modelo de los tribunales constitucionales europeos <sup>28</sup>.

II. En los años Treinta Kelsen se ocupó también del problema sistemático del Derecho internacional. En aquel tiempo la solución que proponía no podía traducirse a una institución concreta, sin embargo adquirió un peso determinante en el debate sobre las relaciones entre Derecho nacional y Derecho internacional. Volvamos a la pirámide kelseniana que describe el ordenamiento jurídico: desde el punto de vista teórico hacía falta determinar si colocar al Derecho internacional inmediatamente debajo de la norma fundamental o debajo de la Constitución. En la práctica, la colocación del Derecho internacional sobre las normas estatales significa que se priva de validez a las normas estatales contrarias al Derecho internacional. Y viceversa, colocar el Derecho nacional sobre las normas internacionales significa que las normas internacionales son válidas sólo si son asumidas por el Derecho estatal.

Transfiramós ahora estas abstracciones teóricas a la realidad histórica de los años Treinta, cuando Kelsen –judío y socialista– vivía exiliado en Ginebra.

Estado mundial y paz perpetua: estos dos conceptos nos llevan a la polémica entre Kelsen y Campagnolo. En la defensa de la tesis doctoral de Campagnolo Kelsen escribió: «La construcción del Estado mundial puede sobrevenir de dos maneras: o por la fuerza de un Estado que extiende su «soberanía» sobre otros Estados (esta es la vía del imperialismo), o mediante la unión voluntaria de Estados particulares en una federación universal de

---

<sup>28</sup> Kelsen es a menudo definido como «el creador de la Constitución austriaca»; sobre Kelsen como creador o sólo coautor de aquella Constitución, cfr. GERALD STOURZH, *Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie*, in *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Manz, Wien, 1982, 7-29 pp.

Estados de la cual gradualmente, a través de una creciente centralización, puede surgir una confederación y, en fin, un Estado unitario. Esta es la vía del federalismo.»<sup>29</sup>.

En contraste con la doctrina dominante, Kelsen sostenía que el Derecho internacional estaba subordinado al Derecho nacional.

#### 4. EL SILENCIO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO ACERCA DEL BIEN COMÚN

Después de esta digresión volvamos a la crisis de la Filosofía del Derecho. Dado que en la época del positivismo jurídico los filósofos del Derecho no afrontaban el tema de la relación entre las normas del Derecho positivo y la justicia, el problema de la moral y la justicia volvió a los filósofos morales<sup>30</sup>. El «espacio vital» de la Filosofía del Derecho se hizo cada vez más exiguo. Por un lado, la constatación empírica de las causas y los efectos del Derecho fue durante este tiempo objeto de una disciplina autónoma, como la sociología del Derecho y la psicología. Por otro, la reflexión teórica sobre temas importantes como las relaciones entre normas y justicia o entre normas y moral había vuelto a situarse bajo el ala protectora de la filosofía moral.

La crisis de la actual Filosofía del Derecho no es, por tanto, una crisis de crecimiento sino –por así decir– una «crisis de encogimiento».

La incapacidad de afrontar el tema de la justicia, típico de la Filosofía del Derecho tradicional, se manifiesta justo en el momento en el que el problema de la justicia adquiere una nueva dimensión institucional y conoce una creciente atención por parte de los tribunales y de los órganos legislativos.

Mientras la filosofía jurídica de los juristas calla, el desarrollo científico de la sociedad de hoy necesita de forma creciente de esta enmudecida Filosofía del Derecho de los juristas. El tema de la justicia –y por tanto el

<sup>29</sup> HANS KELSEN-UMBERTO CAMPAGNOLO, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, hrsg. v. Mario G. Losano. Con una obra inédita de Hans Kelsen y un estudio de Norberto Bobbio, Giuffrè, Milano 1999, 313 pp. Cfr. HANS KELSEN, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Hachette, París 1927, p. 267: «L'unicité nécessaire du système normatif».

<sup>30</sup> Casos como el de la conversión de Gustav Radbruch del positivismo jurídico al Derecho Natural son excepciones cuyo origen se encuentra en el desconcierto provocado por la Segunda Guerra Mundial.

problema central de la Filosofía del Derecho— viene hoy discutido no sólo en teoría, sino también en el seno de organismos que cada vez más a menudo tienen la finalidad de regular jurídicamente el problema en cuestión. Basta pensar en las numerosas comisiones y en los muchos comités que, en contacto con los gobiernos y los parlamentos, deben decir la «última» palabra sobre las experimentaciones en animales, sobre la manipulación genética, sobre el control de la natalidad, sobre la protección de los datos personales, sobre la protección ambiental, etc.

En estos organismos trabajan un número creciente de teóricos (aunque pocos filósofos del Derecho), que intentan establecer una relación, fecunda también para la práctica, entre los filósofos morales y los teólogos, por un lado, y el legislador, por el otro. La tarea de estos organismos es difícil: deben mediar entre los juicios de valor propios de una sociedad y el sistema del Derecho positivo o, en otros términos, deben conciliar el Derecho positivo existente con los valores constatados o incluso más, deben provocar la elaboración de nuevas normas que tengan en cuenta tales valores.

No está infundada la sospecha de que estos organismos son una «big idea» inventada por los políticos para aligerar sus propios líos. La ambigüedad del verbo «aligerar» se revela aquí particularmente apropiada. Estas comisiones aligeran verdaderamente el trabajo de los políticos; a través de tales organismos los políticos pueden descargarse del peso de la responsabilidad moral por la adopción de decisiones impopulares. La «Comisión ética» confiere un aura de cientificidad a la propuesta, cuyo contenido depende en realidad de la composición de la comisión misma. Y sobre la composición de la comisión, en última instancia, son los políticos los que tienen que decidir.

Esta crisis de la Filosofía del Derecho no significa sin embargo que hoy haya menos filósofos del Derecho y menos teorías del Derecho que hace un tiempo. Al contrario, hay incluso demasiadas. Lo que preocupa es que los filósofos del Derecho tienden a discutir sólo entre ellos, que sus teorías son cada vez más esotéricas, que su lenguaje es sólo accesible a un número cada vez más exiguo de adeptos y que se va desarrollando una mentalidad «Scientology-like», sin que se conozcan sin embargo los éxitos de proselitismo de esta secta.

Basta aquí un breve sumario de las teorías modernas: el neo-institucionalismo de Ota Weinberger y de Neil MacCormick; la teoría de la justicia de John Rawls; los «Critical Legal Studies» en USA, con la variante

sudamericana del «Derecho alternativo»; el análisis económico del Derecho de Rechts von Richard Posner y de Guido Calabresi; la teoría sistémica de Niklas Luhmann; la teoría «constitucionalista» de Ronald Dworkin; la visión comunicativa del Derecho, la moral y la democracia de Jürgen Habermas y de Robert Alexy; las teorías iusnaturalistas de John M. Finnis o de Arthur Kaufmann <sup>31</sup>.

En esta fragmentación el peligro que corren las consideraciones de teoría del Derecho es que llegue a ser insuperable el abismo entre la teoría y la práctica, entre el pensamiento teórico y la legislación positiva <sup>32</sup>. Los teóricos y filósofos del Derecho discutirán entre ellos cada vez más, mientras el legislador estará cada vez más influenciado por la Realpolitik o incluso más aún por los intereses privados de quienes detentan el poder (la referencia a la situación italiana actual no es casual, sino inevitable). Con tal afirmación no estoy soñando con un «gobierno de sabios», que sería pura utopía; afirmo sólo que una filosofía (del Derecho) que no se confronte con la praxis y una teoría social que no busque ser aplicada a una cierta comunidad, están condenadas a convertirse en el juego de las perlas de cristal y, por tanto, a fracasar: y que una legislación que ignore los elementos ideales sobre los que se funda está destinada a convertirse muy pronto en una sierva del poder.

En este trabajo quisiera aludir a la manera en la que se pueda vincular la teoría (jurídica) con la praxis (jurídica). En particular, quisiera aludir a algunos casos, en los que los nobles discursos sobre los derechos humanos y sobre la dignidad humana inspiran acciones que pueden ser de ayuda a algunas personas que existen realmente. Llegamos así a un tema central del bien común: los derechos individuales y los colectivos; el conflicto entre derechos individuales y bien común; los riesgos y las ventajas; los derechos y los deberes.

La dialéctica entre derechos individuales y derechos colectivos puede ser ilustrada con dos ejemplos:

---

<sup>31</sup> Naturalmente, se puede discutir si estas teorías son de naturaleza filosófico-jurídica, filosófico-política o ética. Para ello he tomado como fundamento de mi elenco a los autores propuestos por GIANFRANCO ZANETTI en la obra a su cargo: *Filosofí del diritto contemporanei*, Introducción de Carla Faralli, Raffaello Cortina (ed.), Milano, 1999, 314 pp.

<sup>32</sup> En la Facultad de Derecho, una consecuencia no irrelevante de esta crisis es la marginación de las asignaturas teóricas a favor de las materias jurídico-positivas orientadas directamente a la formación profesional.

a) la protección de los datos personales como «derecho de lujo» propio de una sociedad opulenta. Por razones de brevedad limitaré al mínimo la exposición de esta cuestión, fundamentalmente porque lo he tratado ya en otro lugar <sup>33</sup>. En los & 5 y & 6 me limitaré pues a exponer el dilema de la protección de los datos personales en la era del terrorismo mundial;

b) la supervivencia como derecho mínimo de los pobres, porque se puede hablar de vida digna sólo si se está con vida. El & 7 pretende sólo aludir a una serie de soluciones que pueden atenuar algunos problemas de los países pobres y, al mismo tiempo, mencionar algunos de los problemas que generan estas soluciones.

## 5. *BONUM COMMUNE* Y *PRIVACY*: LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y/O PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

¿Hasta qué punto mi derecho personal a la tutela de mi esfera privada puede entrar en colisión con el derecho colectivo a la seguridad o a la salud? Bastará aquí recordar que este tema se refiere no sólo a los bancos de datos, sino también a las televisiones de circuito cerrado de los bancos, negocios y calles. Esto también tiene que ver con las medidas de política sanitaria adoptadas para afrontar enfermedades de tipo epidémico como el SIDA.

Quien mantiene (consciente o inconscientemente) una posición (neo)liberal tiende a subrayar el derecho individual a proteger la propia esfera privada. Así, en Italia, se ha llegado a no publicar los resultados de los exámenes de madurez, porque tal publicación podría dañar la esfera privada del estudiante. Sin embargo los neo-institucionalistas (o los comunitaristas) sostienen la opinión opuesta: si la protección del bien común no es posible de otro modo, es lícito limitar el derecho individual a la protección de la propia esfera privada.

Trás el ataque a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001 las sociedades modernas han de afrontar un dilema: ¿hasta qué punto se puede limitar la esfera privada del individuo para garantizar la seguridad colectiva? Y viceversa: ¿existe el peligro de que la seguridad colectiva sirva para

<sup>33</sup> A favor de una aplicación razonable (y eventualmente también por una limitación) de la actual protección de datos personales me he pronunciado en mi *Introduzione, ovvero Dei diritti o dei doveri: anche nella tutela della privacy*, MARIO G. LOSANO, (a cargo de), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. V-XX.

enmascarar otros intereses políticos o económicos, que puedan poner en peligro la libertad y la democracia <sup>34</sup>?

Para los Estados europeos, el terrorismo no es nuevo en absoluto. En años pasados, Alemania conoció la RAF, Italia las Brigate Rosse, España la ETA, Gran Bretaña el IRA. Pero estos eran problemas fundamentalmente internos: a pesar de los lazos internacionales que se daban entre los diferentes movimientos, las actividades terroristas estaban limitadas al ámbito interno de los Estados. No obstante, incluso entonces los gobiernos tuvieron que limitar drásticamente algunas libertades democráticas.

Con el 11 de septiembre el terrorismo se ha convertido en un fenómeno, uno de los fenómenos globales que caracterizan a nuestro mundo globalizado. Ahora hay que preguntarse si los medios para afrontarlo que hasta hoy se han revelado más o menos eficaces, están todavía a la altura de la situación. Terrorismo global significa flujo transfronterizo del dinero. Terrorismo global significa también la no identificación de la nacionalidad, del lugar de residencia, es más, de la identidad personal de las personas arrestadas. En Italia ha sucedido que la misma persona ha sido localizada por la policía con más de cincuenta nombres. Las dificultades comienzan con las múltiples transcripciones del alfabeto árabe—que confunden los bancos de datos— y terminan con la falsificación de los carnés de identidad.

Una legión entera de desconocidos lucha a escala mundial contra todos, sin distinguir entre población civil, policías y militares. Así las cosas la respuesta no puede ser una respuesta tradicional. Es por ello por lo que, a la búsqueda de una solución, tropezamos con el eterno interrogante de los tiempos de crisis: ¿hasta qué punto una democracia puede defenderse con medios «antidemocráticos»? Como ha sucedido en España con los GAL, ¿una democracia puede combatir el terrorismo con métodos terroristas? ¿Dónde está la frontera entre un cuerpo antiterrorista con métodos demasiado holgados en una democracia occi-

---

<sup>34</sup> Este tema no es desgraciadamente nuevo, porque el terrorismo presenta una gran afinidad con la criminalidad organizada; y la protección de datos personales ampara tanto a los honestos como a los delincuentes. Cfr. LOSANO, *Datenbanken, Datenschutz und der Kampf gegen* (Hrsg.), *Die dunkle Seite des Chips. Herrschaft und Beherrschbarkeit neuer Technologien*, Oldenbourg, München -Wien, 1993, pp. 117-135; ampliado en *Databases, Privacy and Organized Crime*, in Hans-Werner Meuer (Hrsg.), *Facing the New World of Information Technology*, Saur, München— London —New Providence— París, 1994, pp. 13-29 (en español: «La democracia, el crimen organizado y las leyes sobre la privacy», «Doxa. Cuadernos de filosofía y derecho» [Alicante], 1994, Nr. 15-16, vol. I, pp. 447-466).

dental y un escuadrón de la muerte en una dictadura sudamericana? ¿Dónde está el límite entre las limitaciones de la libertad democrática ya adquirida y la renuncia a los principios fundamentales de la democracia? En síntesis: ¿debe la democracia ser víctima del coherente respeto a los valores fundamentales que le son propios? ¿O debe renunciar momentáneamente a tales valores, para defenderlos y conservarlos?

a) *Qué elemento del Bonum commune es más importante?*

Frente a una alternativa como ésta, los políticos tienen la tentación de reaccionar de un modo *radical* y *pragmático*. Radical, porque se sienten responsables frente a electores asustados: el elector debe sentirse protegido, de otra manera buscará una mejor protección en las próximas elecciones. Es significativo que la mayoría de los rusos hayan aprobado el sangriento ataque de la unidad antiterrorismo en la toma de rehenes en Moscú en octubre de 2002, incluso cuando aquella intervención provocó la muerte de casi doscientos rehenes. Pragmático, porque un caso como el del ataque a las Torres Gemelas nunca se había dado. Para los americanos esto era tan «unprecedented», como para los rusos lo era el hecho de que se tomase como rehén un teatro atestado de Moscú. En ambos casos faltaba tiempo para sutiles reflexiones estratégicas. La única posibilidad era la de actuar con la máxima rapidez en la detención oportuna y adquirir experiencia para el futuro, porque una cosa es cierta: casos similares están destinados a repetirse.

A partir de hoy, por tanto, en casos análogos hay que esperar una reacción *radical* y *pragmática*. Pero hasta qué punto es posible armonizar la radicalidad y el pragmatismo con el bien común?

El 9 de noviembre de 2001 el Ministro de Justicia John Ashcroft y el FBI anunciaron una acción radical. Cerca de 5.000 hombres entre los dieciocho y los treinta y tres años y de aspecto mediorientales serían provisionalmente arrestados por la policía para ser interrogados. Hay que señalar que estas personas no estaban acusadas de ningún cargo; sólo de haber podido tener contactos con Al Qaeda o con otros grupos terroristas.

De forma imprevista, USA se encontró en presencia de una revuelta de frentes. Algunos policías locales, a menudo criticados por su excesiva dureza contra los latinos o los negros, se negaron a seguir aquella orden. Por ejemplo, desde el principio la policía estatal de Oregón no se mostró de

acuerdo con la directiva. Sin embargo, en California y en las ciudades en las que se podía encontrar una fuerte minoría mediorienta o incluso afgana la policía estatal se mostró más o menos dispuesta a ejecutar los arrestos preventivos.

De este modo se había abierto una caja de Pandora. Por una parte, la indiscriminada vigilancia policial de aquellos jóvenes –cuya culpa consistía en tener un aspecto mediterráneo y, circunstancia agravante, incluso en llevar bigote– tenía mucho que ver con el *racial profiling*. Y precisamente contra el *racial profiling* en USA se estaban dando vivos debates desde hacía decenios. La decisión del ministro Ashcroft podía poner en peligro una campaña contra el *racial profiling*, campaña que, a grandes rasgos, había tenido un cierto éxito.

Así pues, la caja de Pandora se había abierto. Enseguida se planteó la cuestión sobre las 1.100 personas que habían sido arrestadas en el curso de las indagaciones sobre hechos relacionados con el 11 de septiembre. No estaban acusadas de terrorismo sino que su arresto se fundaba en la violación de la ley de inmigración o cosas similares. Sin embargo estos prisioneros «especiales» estaban estrechamente controlados: incluso las conversaciones con sus abogados eran vigiladas. Amnistía Internacional protestó enérgicamente por estas violaciones de las libertades democráticas. Por otra parte, a más de un año del inicio de la campaña en Afganistán, se sabía que había todavía «prisioneros en Guantánamo».

Más enérgicamente todavía se cuestionó la propuesta de llevar a estos acusados de terrorismo ante tribunales militares establecidos expresamente. Sobre tal solución cabían serias dudas de inconstitucionalidad. La menor y más formal es que el presidente de USA siempre había declarado que las operaciones antiterroristas en Afganistán no eran una guerra.

Sin embargo, cuando se resquebrajan las libertades fundamentales, nos movemos sobre un *slippery slope* cuyo fin no se ve. En efecto, qué bien común es más digno de tutela: ¿el de las libertades fundamentales garantizadas por la Constitución o el de la seguridad?

Si se generaliza la cuestión, se aprecia que la situación actual no es tan «unprecedented». Los Estados Unidos habían vivido ya a comienzo del siglo pasado una ola de atentados anarquistas que condujeron a análogas medidas radicales y pragmáticas. También entonces fueron arrestados inmigrantes de aspecto mediterráneo: entre ellos, los anarquistas Sacco y

Vanzetti, que fueron condenados a muerte y que sólo en 1977 fueron amnistiados porque hubo de reconocerse que eran inocentes.

Pero la caja de Pandora ya está abierta y de ella salió también la reforma de los servicios secretos. Como sucedió en Alemania y en Italia, hace falta ahora reservar a los servicios secretos un amplio margen de manio-  
bra. Medidas análogas fueron tomadas por todos los países de Occidente. Por eso, examinaré brevemente el proyecto italiano de reforma, porque la misma situación –aunque sea con otras características– se acabará presen-  
tando en otros países.

b) *¿Más bien común a través de más servicios secretos?*

La novedad de las propuestas de reforma de los servicios secretos ita-  
lianos puede resumirse en pocos puntos:

- la expresión críptica «garantías funcionales» indica que los agen-  
tes no son punibles si cometen un delito por motivos del servicio. Hurto,  
intervenciones telefónicas, control indirecto de individuos sin autorización  
judicial. La única prohibición: no se pueden lesionar o asesinar personas.

- todas estas operaciones deben ser autorizadas por escrito por el Pre-  
sidente del Consejo de Ministros;

- el agente no puede tener contacto con los jueces pero debe informar  
a la policía, que transmite la información a los jueces;

- los actos relativos a estas operaciones quedan en secreto por quince  
años;

- el Parlamento tiene sólo un control preventivo sobre la mayoría de  
estas operaciones y el Gobierno no está obligado a informar regularmente  
al parlamento.

Por lo que se refiere a Italia, esta más que justificada reforma de los  
servicios secretos cae en un momento bastante poco propicio a la protec-  
ción de datos personales. Examinemos brevemente sobre todo el aura que  
circunda la historia postbélica de los servicios secretos italianos y, después,  
la esperada reforma de la ley sobre la protección de datos personales.

La historia postbélica de los servicios secretos italianos es particu-  
larmente preocupante. Y todavía más preocupante es el hecho de que los

servicios secretos puedan ser menos vigilados y más potentes. Su historia, nada edificante, puede ser resumida en pocas palabras.

Después de la guerra, permanecieron y volvieron al servicio los agentes del período fascista. Desde entonces en adelante, los servicios secretos (o, mejor, aquella de sus partes consideradas como «servicios desviados») fueron más comprensivos al indagar sobre delitos cometidos por extremistas de derecha.

La historia de los «años de plomo» –de 1969 hasta finales de los setenta– es una página oscura de los servicios secretos: recolecta no autorizada de información sobre políticos, sobre partidos; intento de golpe de Estado con el general De Lorenzo en 1964 (el considerado «Piano Solo»); transmisión de informaciones falsas o engañosas a los jueces milaneses que investigaban sobre terrorismo. A causa de tales escándalos constantemente recurrentes los servicios secretos fueron varias veces reestructurados, aunque el personal permaneció siendo el mismo.

La actual reforma de la *intelligence* italiana sobreviene en un momento de gran tensión, porque los *Carabinieri* han sido declarados el cuarto cuerpo de las fuerzas armadas, junto al Ejército, a la Marina y a la Aviación: la Policía de Estado y la Guardia de Finanzas no han digerido esta subordinación de *facto* a los considerados «cugini».

Con estas laceraciones internas y esta historia tan sospechosa, los servicios secretos deberían recibir medios casi ilimitados y sin controles. Así las cosas, en Italia se anuncian tiempos duros para la protección de datos personales.

c) *¿Cuánta privacy hay en el bien común?*

Paralelamente a la reforma de los servicios secretos se ha discutido la reforma de la ley italiana sobre *privacy*. El 21 de noviembre de 2001 el gobierno italiano discutió las siguientes cuestiones:

- modificación de la ley 675 de 1996, todavía en vigor;
- revisión de las normas sobre intervenciones telefónicas, reguladas en el decreto 171 de 1998;
- sometimiento a los códigos deontológico de los archivos derivados de Internet, direct marketing, y de la videovigilancia con telecámaras de circuito cerrado;

- introducción de una nueva categoría de datos: la de los «datos cuasi-sensibles»;
- modificación del sistema completo de sanciones en el ámbito de la protección de los datos personales, reduciendo las sanciones penales previstas para el patrón;
- unificación en una única ley de todas las normas hoy existentes sobre la protección de datos personales.

Está claro que todas estas modificaciones quedarían bajo el influjo del espíritu del 11 de septiembre: así pues, malos tiempos para la *privacy*.

## 6. LIMITAR LAS LIMITACIONES DE LA LIBERTAD EN NOMBRE DEL BIEN COMÚN

Antes de concluir, espero que se me permita una breve divagación sobre el folklore político italiano, y más en concreto sobre el conflicto de intereses que encabeza el presidente del Consejo y que ha sido objeto constante de crítica en la prensa italiana y extranjera.

El gobierno italiano recientemente ha promulgado una ley sobre rogatorias, que obstaculiza la colaboración con otros Estados, en particular con Suiza. De ella se derivan notables dificultades para perseguir el lavado de dinero, que está estrechamente relacionado con el comercio de drogas y de armas, que a su vez son canales importantes para el financiamiento del terrorismo internacional.

De este modo, Italia viene a encontrarse en una situación contradictoria. Por un lado, ayuda activamente a USA en la guerra en Afganistán (incluso si no está permitido hablar de «guerra»); la marina militar italiana patrulla desde hace tiempo el Océano Índico delante de las costas de Somalia, que podría llegar a ser un posible objetivo post-afgano de la guerra antiterrorista de USA; en el otoño de 2002 miles de alpinos se preparaban para combatir en Afganistán, donde se reunieron a comienzos de 2003. Sin embargo el parlamento italiano –legislando de forma esquizofrénica– pretende renovar y profundizar la protección de los datos personales y simultáneamente conceder a los servicios secretos una libertad incontrolada de acción por lo que se refiere a los datos personales de *todos*. En fin –a causa de la situación judicial personal del *Premier*, o sea a causa



del conflicto de intereses— las rogatorias se han vuelto mucho más complejas, y esto justo en el momento en el que habrían debido facilitar la lucha contra el terrorismo.

Volvemos así a la eterna cuestión de los tiempos de crisis, ya mencionada un poco más arriba: ¿hasta qué punto una democracia puede defenderse a sí misma y al bien común con medios «antidemocráticos»? ¿Dónde se encuentra el límite legítimo entre la libertad democrática ya conquistada y la renuncia a los principios fundamentales de la democracia misma? En conclusión: ¿debe la democracia ser víctima de la aplicación coherente de sus propios principios?

El actual desarrollo de la informática permite invadir la esfera privada en una medida impensable hace un tiempo. Se puede concluir con resignación: «Cada progreso de la tecnología lleva consigo un pequeño incremento del despotismo.» En la época de la informatización global y del terrorismo mundial, un cierto aumento del despotismo informático parece inevitable. Sin embargo, toda tecnología lleva implícitos tanto los peligros específicos como los medios para neutralizarlos. Un símbolo de esta duplicidad de la técnica está bien representado por el término griego *Phàrmakon*, que se refiere tanto a la medicina como al veneno: el significado que se le atribuya depende de la dosis. Así pues, el *Phàrmakon* puede ser simultáneamente veneno y antídoto.

En los decenios pasados, todos los europeos han vivido en el ámbito nacional el hecho de que un aumento del terrorismo conlleva una reducción de las libertades fundamentales. La *privacy* es hoy, por así decir, una «libertad de lujo». En un período difícil como el presente debe ser necesariamente limitada, de otro modo la lucha contra el terrorismo deviene ineficaz. La limitación de algunas libertades fundamentales es pragmáticamente compatible con el concepto occidental de democracia en presencia de condiciones claras y precisas. Tales condiciones pueden ser reducidas al menos a tres:

I. Las limitaciones de las libertades fundamentales deben ser formuladas *con precisión* por medio de una ley formal;

II. sobre el uso de los instrumentos especiales excepcionalmente admitidos debe ejercitarse un control democrático, es decir, parlamentario, que no puede tener sólo una naturaleza formal y preventiva;

III. en la medida en que sea posible, las limitaciones de la *privacy* y de otras libertades fundamentales deberían ser eventualmente reguladas con

«sunset statutes». Se podría pues usar la técnica legislativa de limitar en el tiempo estas limitaciones a las libertades fundamentales. En otros términos, las normas con tal propósito deberían tener una caducidad, para impedir que se genere una «praxis» en la burocracia y una «insensibilidad», una «torpe» defensa de la libertad ciudadana, que sería incompatible con el bien común. Así se ha procedido, por ejemplo, con el Consejo Etico en el debate sobre células para la reproducción: tres años después de la entrada en vigor de la ley el Parlamento debe decidir si la ley es todavía necesaria o hay que modificarla o abrogarla.

En el primer otoño del tercer milenio ha estallado de este modo una contienda que afecta a los valores fundamentales de la democracia occidental. En esta lucha los derechos de libertad deben ser limitados en la medida en que se revelan como obstáculos a la lucha misma. También la tutela de los datos personales se encuentra en tal campo de batalla. En los próximos meses esta tutela conocerá limitaciones sin duda numerosas y quizá también graves. Frente a esto, el deber del filósofo y del informático del Derecho consiste en constatar que las limitaciones sean realmente oportunas (es decir, que sirvan a la lucha contra el terrorismo, y no a otros objetivos) y que se eliminen lo antes posible en cuanto dejen de ser necesarias.

Se trata en suma de un deber de política del Derecho que los originarios partidarios de la *privacy* no podían imaginar, porque diez o veinte años atrás era impensable una situación como la actual. Pero después de septiembre de 2001 en New York y octubre de 2002 en Moscú debemos enfrentarnos cotidianamente con problemas antes impensables. También en la protección de los datos personales tenemos que encontrar un equilibrio que no puede ser ni fácil, ni estable. Con toda seguridad la protección de la *privacy* sufrirá: pero el cuánto y el cómo depende también de todos nosotros.

Hemos de afrontar este dilema. Por un lado, los problemas del terrorismo mundial no nos deben dejar ciegos respecto a los valores de la democracia liberal. Por otro lado, nuestra fidelidad a los valores de la democracia liberal no nos deben dejar ciegos respecto a los peligros del terrorismo mundial, que no debemos ni descuidar, ni infravalorar. Entre estos dos extremos, ¿dónde se coloca hoy el bien común?



## 7. *BONUM COMUNE Y VIDA: LA SUPERVIVENCIA COMO DERECHO MÍNIMO DE LOS POBRES*

Mientras los filósofos hablan entre ellos, millones de personas mueren por causa del hambre, las enfermedades, las condiciones inhumanas de vida y de trabajo. No puede maravillarnos, pues, que las víctimas de la tierra vayan a engrosar las filas del terrorismo internacional. Quien vive en condiciones inhumanas, es quien está dispuesto a sacrificar la propia vida, incluso con atentados suicidas. Como variante actual de la cuestión, si es que es posible escribir poesías en tiempo de guerra, nos podemos hoy preguntar: ¿es moral dedicarse a las puras teorías, sin socorrer a los otros? ¿No se corre así el riesgo, como anotaba Max Frisch, de sufrir una «esquizofrenia ética»?

Max Frisch se replanteaba en efecto este dilema en octubre de 1946, cuando en todos estaba todavía vivo el horror de la guerra. Si, relejendo aquellas páginas de su diario, sustituimos la palabra «arte» por «Filosofía del Derecho», reencontramos el problema del pensamiento demasiado abstracto, aflicción de nuestro tiempo anestesiado por los mass media y el consumo. Escribe Frisch: «La carta de un amigo trata, una vez más, este problema: si tras los objetivos de la actividad artística puede incluirse aquello de ocuparse de los problemas del momento». No hay duda de que se trata de un deber civil y humano. Sin embargo, la obra de arte, escribe, debería elevarse más alto. Quizá tiene razón; pero decidir que no, algo que procura la propia pregunta, no es menos peligroso que decidir que sí. La mejor respuesta a esta pregunta, que se presenta una y otra vez, la dio Brecht: «¿Qué tiempos son estos, en los que hablar de los árboles es casi un delito, porque ello conlleva el silencio sobre muchas fechorías?» Aquel tema ocupó a Frisch también en los días siguientes, hasta concluir: «Cierto, la carta no habla de un arte que eluda los problemas huyendo a lo alto. Pero el miedo a un arte así, que se proponga altura suprema y soporte la bajeza, es quizá la razón por la que no puedo estar de acuerdo con la carta [...]. Un arte en este sentido, un arte como esquizofrenia ética, si se puede decir así, sería en cualquier caso contrario a nuestro deber; y por lo demás, queda por ver si los deberes artísticos se podrían separar de los deberes humanos. El signo de un espíritu auténtico, como el que necesitamos, no exige un talento cualquiera (o sea, representa sólo un aditamento), sino un sentido de la res-

ponsabilidad»<sup>35</sup>. Y así se vuelve a la pregunta: ¿es moral dedicarse a las puras teorías, sin socorrer a los otros?

El socialismo, y su variante más radical, el comunismo, han intentado responder a este interrogante. Después de la extinción de los Estados comunistas y de su ideología, parece que esta preocupante cuestión se ha sustituido por el imperativo de los neoliberales. «¡Enriqueceos!». La desaparición del interrogante no significa sin embargo la desaparición del problema, frente al que los movimientos contrarios a la globalización tienden a esbozar una respuesta todavía confusa y contradictoria.

No es posible aquí aludir a estos enormes problemas: son evocados solamente como escenario de fondo, sobre el cual se diseñan más nítidamente algunas acciones concretas: y son acciones asumidas con base en una concepción solidaria. Esta concepción pertenece a la corriente ilustrada y positivista (de la que deriva también la teoría socialista), pero no ha conseguido todavía la elaboración conceptual necesaria para presentarse como una teoría política acabada. Es todavía una benévola disposición del corazón, una construcción racional de la mente.

El punto de partida está constituido por la constatación de que las sociedades actuales reparten el bienestar de un modo desigual. Es la constatación de un dato empírico. Tal desigualdad en el reparto de los bienes se considera injusta y sobre este juicio de valor se dividen los caminos de los «comunitaristas» y de los «neoliberales» (por usar una dicotomía aproximada, que sin embargo puede ayudar a aclarar mi pensamiento). En el otoño de 2002 la campaña electoral para la elección del presidente del Brasil pudo ser vista como la competición entre estas dos concepciones, que con medios radicalmente diferentes proponían una solución para los problemas de la desigualdad.

Los neoliberales conciben la desigualdad en la repartición de los bienes como un dato natural: así es el mercado. La praxis política que se funda en esta concepción consiste en no obstaculizar el mercado y en favorecer la movilidad social de los individuos más aptos para competir. La *intendance* —es decir, la legislación social— *suivra*, eventualmente. En el fondo, un *dejà entendu*: la naturaleza prefiere que sea *fit for survival*. El Estado (social) no debe intervenir en este proceso de selección.

<sup>35</sup> MAX FRISCH, *Diario di antepace 1946-1949*, Feltrinelli, Milano, 1962, pp. 112 y ss.

La concepción «comunitarista» considera sin embargo que la situación natural debe ser corregida y precisamente a favor de quien es desfavorecido. Las diferencias sociales no pueden ni deben desaparecer, pero tienen que ser subsanadas en algunos puntos: allí donde el ser humano vive en condiciones inhumanas. El progreso consiste hoy en el hecho de que –en comparación, por ejemplo, con años atrás– todos pueden vivir más y mejor. En esto el mercado no puede ser de ayuda, mientras sí puede serlo el Estado; aunque lo mejor sería que mientras tanto cada uno se remangase y echara una mano. La misericordia del Medioevo se sustituyó en el siglo XIX por la solidaridad entre trabajadores, de acuerdo con formas organizativas tanto cristianas como socialistas, hasta que en ellas entró el Estado social. Hoy la colaboración social está asumiendo formas nuevas: se trata del considerado «tercer sector», o sea, de las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y de las múltiples formas en las que se organiza el voluntariado.

Es a estas formas de solidaridad de la sociedad postindustrial a las que intentamos ahora volver nuestra atención <sup>36</sup>. Una vez más, el centro de estas consideraciones es la propiedad: aquello que Cesare Beccaria llamó «el terrible derecho».

a) *El bien común como lucha contra la pobreza: pero, ¿qué es la pobreza?*

La reducción de la excesiva diversidad social consiste en reducir la desigualdad en la repartición de la propiedad. El complejo sistema de las organizaciones del voluntariado que se dedican a este objetivo se presenta enseguida como un conjunto de redes de naturaleza y dimensiones bastante diferentes, porque la falta de propiedad, o sea la pobreza, no puede ser definida unívocamente. No existe parangón entre un pobre de Europa y uno de Bangladesh. Ser pobre en un país tropical no es lo mismo que serlo en un país frío <sup>37</sup>. Por ello es imposible reconducir a un mínimo común denominador el sistema completo de las organizaciones del voluntariado. Las dife-

<sup>36</sup> Hablaré aquí únicamente de ONGs «auténticas». La falta actual de transparencia y de control de su organización y administración ha permitido el surgimiento de ONGs que ayudan a quien ayuda y no a quien debe ser ayudado; que han sido infiltradas por empresas multinacionales que han encontrado en ellas una nueva forma de *lobbying*; y que además son usadas como cobertura perfecta de ciertos servicios secretos. Estas degeneraciones complican el cuadro completo pero no pueden ser tratadas en esta sede.

<sup>37</sup> Sería útil tomar en consideración también la dimensión psicológica de la pobreza.

rentes formas de pobreza condicionan las diferentes formas de organización que intentan ponerle remedio.

Sin embargo, es necesaria una preliminar puesta en guardia metodológica. Cuando se habla de pobreza en el considerado «primer» mundo, se entiende pobreza estadísticamente comprobada. El Instituto Nacional de Estadística fija un umbral de pobreza, que sirve como parangón para la clasificación social de los ciudadanos de varios Estados. Por tanto, el umbral de pobreza es diferente de un Estado a otro, pero depende también de la precisión con la que vengán recogidos y tratados los datos estadísticos. En Grecia y en Italia la llamada «economía sumergida» se corresponde aproximadamente con un tercio del producto interior bruto (PIB). Esta designación pretendidamente representativa no se corresponde sin embargo con la realidad. Si Italia es la séptima potencia industrial del mundo, un tercio de su producto interior bruto no es algo que se pueda liquidar con una metáfora. Se trata de una cantidad gigantesca de materias primas adquirida e importada ilegalmente; de trabajadores que no tienen seguridad social, que no pagan impuesto alguno; de lugares de producción que no tienen en cuenta la normativa antiincendio ni la que protege el medio ambiente, la seguridad y los trabajadores; que a su vez distribuyen sus productos ilegalmente, evadiendo impuestos, y que, por tanto, practican la competencia desleal frente a la economía legal. Sería pues más correcto definir esta «economía sumergida» como una economía desconocida para el fisco, y por tanto para las estadísticas. Los datos que se refieren a la pobreza en estos Estados han de ser en consecuencia valorados con prudencia <sup>38</sup>.

Si el acopio de datos económicos es impreciso, deviene imprecisa también la medida de la pobreza en un cierto país, ya que los procedimientos para afrontarla se apoyan sobre un desconocimiento de la realidad <sup>39</sup>. Parece que en la Italia meridional cerca del 30 por ciento de los edificios se han construido ilegalmente, o sea sin el permiso municipal. Dejando a un lado cualquier otro problema relacionado con la violación de la ley,

<sup>38</sup> El tejido social de la economía sumergida es la familia patriarcal o extensa, que constituye todavía la espina dorsal de ciertos territorios en la Italia meridional, el sur de España y Grecia. Sobre este tema puede verse el informe de CHRISTIAN GIORDANO, *Das entfremdete Gemeinwohl. Zur sozialen Produktion von Misstrauen in Gesellschaften am Rande Europas*.

<sup>39</sup> Un intento de demostrar que la pobreza es a veces sólo pobreza aparente (o sea que los límites entre economía sumergida y pobreza son a menudo confusos) se encuentra en HERNANDO DE SOTO, *The Mystery of Capital. Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, New York, 2000, 276 y ss.

esta situación sustrae una cuota relevante de bienes económicos al control estadístico y fiscal. Pero incluso quien posee una casa ilegal sufre notables desventajas porque –desde un punto de vista jurídico– su casa no existe. Si, por ejemplo, necesita de un préstamo, el banco no aceptará esa casa como garantía. Si quiere vender la casa, puede consignarla sólo informalmente al comprador, que después del pago se convierte en poseedor, pero no en propietario, porque no existe ningún registro catastral al respecto. La consecuencia a menudo inevitable es una sucesión de intrincadas cuestiones de venta y de herencia que sin embargo no pueden llevarse ante los tribunales y que hasta ahora concluyen «a la italiana» con un cruento ajustamiento de cuentas.

Una situación de este tipo puede tener diferentes orígenes. En muchos países en vías de desarrollo la economía sumergida es la consecuencia de una burocracia que no existe o que funciona mal. Cuando Turquía fue occidentalizada por Kemal Atatürk, el nuevo gobierno encontró una serie de problemas –por ejemplo, cómo cerciorarse de que los ciudadanos habían alcanzado la mayoría de edad– porque la administración estatal trabajaba de un modo aproximativo. Esta carencia burocrática hacía que no se supiese exactamente cuando los jóvenes debían presentarse al servicio militar o cuando habían alcanzado la edad requerida para poder casarse o concluir un contrato <sup>40</sup>.

Un control de la riqueza cada vez más preciso forma parte de la organización burocrática del Estado, que está provocando la intolerancia de muchos ciudadanos del primer mundo. Pero el crecimiento económico y el consiguiente aumento del nivel de vida está estrechamente relacionado con esta burocratización de la sociedad.

Dado que la modernización coincidía casi siempre con la «occidentalización», los países en vías de desarrollo organizaron o recibieron un aparato estatal que reproducía las estructuras occidentales. La burocracia en la que derivó se convirtió a menudo en un obstáculo para el desarrollo de la economía legal, porque –dejando a un lado el problema de la corrupción– tal economía generó una gigantesca complicación del procedimiento. Para cultivar una parcela de desierto en Egipto son necesarios más de treinta pasajes burocráticos. El resultado de esta sofocante burocracia es el cultivo ilegal de muchos fondos arañados al desierto, que crean un bienestar relativo pero

<sup>40</sup> MARIO G. LOSANO, *L'ammmodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, 2.<sup>a</sup> edizione, Unicopli, Milano, 1985: sobre derecho de familia, pp. 39-446; sobre los problemas catastrales, pp. 53-64.

que jurídicamente no existen. El *fellah* que ha resucitado de este modo un trozo de desierto y que desea mejorar su situación, sin embargo no puede recibir legalmente ningún préstamo bancario, a pesar de haber demostrado tener un espíritu emprendedor.

De esta manera prolifera la economía sumergida. El emigrante que vuelve a Sicilia y se construye ilegalmente una casita, el joven turco cuyos padres han registrado con retraso el estado civil, el pequeño agricultor egipcio que ha labrado ilegalmente su trozo de desierto, no pueden recibir legalmente ningún préstamo. Deben pues recurrir a los usureros, generando así un anillo más en la cadena de la economía sumergida. Situaciones similares se dan también en el denominado «primer» mundo.

Contentémonos por el momento con afirmar que, en los países en vías de desarrollo, la constatación puramente estadística u oficial de la pobreza ofrece a lo más un fundamento insuficiente para apoyar una acción eficaz contra la pobreza misma. Quien presta ayuda debe operar *en el lugar*, para conocer la situación *real*. Este conocimiento directo falta a menudo en las grandes organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, etc., que han surgido hasta ahora entre entes cooperantes de diverso origen y dimensión.

Tras estas observaciones abandonemos ahora el plano metodológico para volver a los problemas concretos.

b) *Favorecer el bien común de modo realista: cuatro ejemplos*

La pobreza es falta de dinero: verdad meridiana, en el mundo actual. Los pobres del tercer mundo no pueden sustraerse a su situación de pobreza porque no disponen de un capital inicial, por mínimo que este sea. Dado que no poseen nada, no pueden ofrecer ninguna garantía al banco, de quien podrían obtener la pequeña suma que necesitan. Están así constreñidos a permanecer en un eterno estado de pobreza. Sin embargo, algunas organizaciones de voluntariado han comenzado a conceder préstamos incluso a quienes no pueden ofrecer garantías. Dado que, como se ha visto, existen varias formas tanto de pobreza como de riqueza no registrada, estas organizaciones deben conocer a fondo a los clientes propios y a la sociedad en la que se hallan inmersos.

Se puede intentar hacer una clasificación de las múltiples formas con las que se intenta poner remedio a la pobreza considerando sus manifestaciones, que cambian de un Estado a otro.

I. La pobreza de los más pobres entre los pobres del Tercer Mundo:  
Bangladesh

La «Grameen Bank» o «Banco de los pobres» tuvo su origen en Bangladesh en 1976, para venir en ayuda de los sectores más pobres de la población después de las graves catástrofes de 1974 <sup>41</sup>. La Grameen Bank de Yunus no se ocupa de los pequeños agricultores porque ellos ya tienen un mínimo que les permite sobrevivir. En Bangladesh hay quien se encuentra aún en mayores restricciones. El sistema de micropréstamos experimentado en Bangladesh es hoy aplicado también en USA (Arkansas, South Dakota, Chicago).

Una característica interesante de la actividad desarrollada en Bangladesh reside en el hecho de que los préstamos son dirigidos directamente a las mujeres pobres, o sea, sin pasar a través del marido: mediación que debería en realidad ser inevitable en un país islámico. De este modo, la independencia económica está a un paso (que es a menudo el primero) de la emancipación de las mujeres.

II. Campesinos pobres y sin tierra: la reforma agraria en Brasil

Brasil es el país de los máximos contrastes: junto a latifundios tan extensos como Holanda o Bélgica viven agricultores que no tienen apenas de qué nutrirse y personas que no poseen nada. Estas últimas se han unido en el «Movimiento de los sin tierra» («Movimento Sem Terra», MST) y persiguen el objetivo de acelerar la reforma agraria del Estado ocupando los latifundios improductivos <sup>42</sup>.

<sup>41</sup> MUHAMMAD YUNUS, *Vers un monde sans pauvreté*, Jean-Claude Lattès, París, 1998, 354 pp.; edición ampliada: *Il banchiere dei poveri*. Con la colaboración de Alan Jolis, Feltrinelli, Milano, 2000, 276 pp.

<sup>42</sup> Una descripción de este movimiento y de las consecuencias jurídicas de su actividad puede verse en mi artículo *Gesetz und Hacke: Ursprünge und Entwicklungen des alternativen Rechts in Europa und Südamerika*, en Richard Helmholz u.a. (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau*, Schönigh, Paderborn, 2000, pp. 1023-1063 [en italiano: *La legge e la zappa: origini e sviluppi del diritto alternativo in Europa e in Sudamerica*, «Materiali per una storia della cultura

Gracias a la repartición de las parcelas y a la adjudicación de un capital inicial una serie de pequeños agricultores han conseguido ya la independencia económica (pero no pocos han perdido la parcela recibida porque la agricultura no admite improvisaciones: «los granos de arroz no caen del cielo», dice un proverbio oriental). Otros resultados positivos de este movimiento es el control sobre la correcta repartición de las parcelas y la aceleración del iter burocrático, a menudo demasiado lento.

En los últimos años este movimiento se ha extendido también a las grandes ciudades y a las megalópolis. En ellas ha surgido un movimiento paralelo con la denominación: «Movimiento de los sin techo» («Movimiento Sem Teto», MST).

### III. Pobreza en el Primer Mundo: el «Banco Ético» de Pádova

También en el Veneto –uno de los territorios más ricos de Europa– se intenta hacer accesible el capital inicial para la pequeña actividad económica a las personas que no pueden ofrecer garantías <sup>43</sup>. Evidentemente se trata de una situación que casi no puede ser comparada con las precedentes. Dado que el concepto de pobreza es relativo, el Banco Ético de Pádova intenta reducir el abismo social que también existe en el interior de las sociedades ricas. En comparación con los pobres de Bangladesh o con los «sin tierra» brasileños, los clientes del Banco Ético son personas relativamente acomodadas, que sin embargo no pueden emprender una actividad artesanal o económica porque no disponen del capital inicial y porque no reciben ayuda de los Bancos; o son artesanos y pequeños empresarios incapaces de hacer frente a una momentánea falta de liquidez.

La actividad de este banco reduce la tensiones sociales existentes en una sociedad rica e impide que las actividades económicas pequeñas y sanas (lo que quiere decir: legales) no despeguen o caigan en manos de los usureros (siendo así, por lo demás, ignoradas por la economía sumergida).

---

giuridica», vol. XXX, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 109-151; en español: «La ley y la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y Sudamérica», *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas (Madrid), V, junio 2000, núm. 8, pp. 275-324].

<sup>43</sup> MATTEO PASINI, «Promozione de un'economia civile e solidale-la Banca Etica», en *Fede e denaro*, Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia, Roma, 2002, pp. 71-82; IGNACIO BARBUSCIA, *Per un'efficace lotta contro l'usura*, *ibid.*, pp. 83-89.

#### IV. «Islamic Banking» en Oriente y en Occidente

Cuando se comienza a hablar del «sistema bancario islámico» se pasa del tema de la pobreza al de la ortodoxia religiosa. A pesar de esta profunda diferencia, muchos problemas del Islamic Banking son similares a los que afronta el voluntariado occidental porque en ambos casos al tratar el dinero se debe tener en cuenta el multiculturalismo <sup>44</sup>. Sin embargo la situación del banco islámico es totalmente distinta de la de los tres casos que se acaban de examinar aquí, porque el cliente potencial de un banco islámico podría perfectamente ser cliente de un banco occidental. Es más, a menudo es cliente de un banco occidental, del que no querría servirse por motivos religiosos: la prohibición de los intereses y los negocios aleatorios, propio del Islam, están en la raíz de este comportamiento.

A la manera occidental es posible constatar una cierta semejanza entre el banco islámico y el fondo ético de inversión. Aunque en este último no es el capital a invertir lo que falta: es el inversor el que exige que el administrador del fondo opere conforme a sus principios éticos. Así pues, los títulos deben ser emitidos por empresas que, por ejemplo, no recurran al trabajo infantil, que respeten las normas laborales y ambientales, que no produzcan armas y demás.

Con el fondo ético de inversión nos movemos en suma hacia un espacio privado de pobreza, en el que hay ya capitales constituidos que pueden ser invertidos: pero son invertidos sin tomar como base exclusiva el criterio de la ganancia.

Esta clasificación de las diferentes formas de ayuda y de organización muestra como tales ayudas se adaptan a los más diversos aspectos de la pobreza. Su elemento común consiste en partir de la constatación de que tanto el que ayuda como el que es ayudado opera en una economía de mercado en la que el individuo debe ser propietario de los medios de producción e intentan ayudarlo a conseguir una propiedad. Favorecen la acu-

<sup>44</sup> MARIO G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, 3.<sup>a</sup> edición, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 365-367. Cfr. También FUAD AL-OMAR-MOHAMMED ABDEL-HAQ, *Islamic Banking: Theory, Practice and Challenges*, Karachi, Oxford University Press 1996, XXI-137 pp.; MERVYN K. LEWIS-LATIFA M. ALGAOUD, *Islamic Banking*, Edward Elgar, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma) 2001, 274 pp. (recensión en *Il Sole-24 Ore*, 16 dicembre 2001); N. D. RAY, *Islamic Banking and the Renewal of Islamic Law*, Graham & Trotman, London, 1995, 195 pp.; NABIL A. SALEH, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law: Riba, Gharar and Islamic Banking*, Graham & Trotman, London, 1992, XII-60 pp. (segunda edición).

mulación de capital, pero –a pesar de tener una visión social de la función del capital– consideran superados desde hace tiempo los modelos de producción soviético, yugoslavo o argelino. También se habla de cooperativas y de autogestión aludiendo a la colaboración entre individuos y no a una economía guiada por el Estado.

Como punto de partida para un debate sobre la situación actual de la lucha contra la pobreza se podría constatar que tanto los neoliberales propensos a la globalización como los movimientos contrarios a ella ponen al individuo en el centro de sus visiones opuestas del mundo. Pero los medios adoptados para que el individuo pueda realizarse libremente son muy diversos, incluso contrapuestos. ¿Cuánta solidaridad es compatible con el mercado? Y ¿cuánto mercado es compatible con la solidaridad? Se vuelve de este modo a la eterna cuestión de la ciencia política: ¿es posible una tercera vía hacia el bien común?

