

# Moral, derecho y Estado desde el punto de vista cosmopolita.

## Reflexiones kantianas

Morality, Law, and State From a Cosmopolitan Point of View<sup>1</sup>

Hans JÖRG SANDKÜHLER

*valeriotto84@hotmail.com*

Recibido: 15/09/2011  
Aprobado: 20/12/2011

### Resumen

En las sociedades modernas el pluralismo no conduce espontáneamente al *sensus communis*, sino más bien al relativismo: mi verdad, mi moralidad, mi religión –y: *mis derechos*. Los conflictos subsiguientes no pueden ser resueltos sobre la base de la moral y la religión privadas– como en el caso del Cristianismo o el Islam. Los conflictos pueden ser resueltos únicamente mediante la ley, igual para todos. Una ley ecua y justa solo puede ser aplicada en una forma particular de Estado –en un Estado bajo el imperio de la ley. Este Estado obtiene en el derecho internacional de los Derechos Humanos la fuente de las normas a las que todos están obligados. Kant establece la idea de cosmopolitismo en un sentido legal, no a través de la ética, sino de la teoría del derecho. Existe una tensión entre su realismo antropológico y su justificación metafísica idealista de la ley mediante la razón. Criticar su idealismo es inútil, mientras que resulta más fructífero llevar a cabo una relectura que demuestre en qué medida Kant puede ganar una relevancia contemporánea, si se dejan de lado sus justificaciones metafísicas. Con la vista puesta en las actuales teorías de la democracia y del Estado, la teoría kantiana de los derechos puede ser entendida como una teoría pragmática y funcional. La antropología crítica de Kant requiere un cosmopolitismo que no infravalore la ley de los Derechos Humanos, sino que plasme la fundación de una crítica del Estado y de la violencia económica.

---

<sup>11</sup> Traducción de Valerio Rocco Lozano. Profesor Titular Interino. Departamento de Filosofía. Universidad Autónoma de Madrid. [valerio.rocco@uam.es](mailto:valerio.rocco@uam.es)

*Palabras clave:* pluralismo, relativismo, Imperio de la ley, cosmopolitismo, universalidad de los Derechos Humanos, crítica del Estado, realismo antropológico de Kant, teoría kantiana del derecho.

## Abstract

In modern societies pluralism does not spontaneously lead to *sensus communis* but to relativism: my truth, my morality, my religion – and: *my rights*. The resulting conflicts cannot be resolved on the basis of private morality and religion – such as in Christianity or Islam. Conflicts can only be resolved by means of a law that is equal for everyone. A law that is equal and just can only be enforced in a particular form of the State – in a State under the rule of law. This State has the sources of the norms to which everyone is bound in the international law of human rights. Kant establishes the idea of cosmopolitanism in a legal sense, not through ethics, but through the theory of law. There is a tension between his anthropological realism and his idealistic metaphysical justification of law through reason. It is pointless to criticize his idealism. It is more profitable to put forward a re-reading that demonstrates how Kant can gain in contemporary significance if his metaphysical justifications are dispensed with. In the interest of current theories of democracy and the State, Kant's theory of rights ought to be understood as a pragmatic functional theory. Kant's critical anthropology requires a cosmopolitanism that does not underestimate the law of human rights, but which forms the foundation of a critique of the State and economic violence.

*Keywords:* Pluralism, Relativism, Rule of law, Cosmopolitanism, Universality of Human Rights, Critique of the State, Kant's anthropological realism, Kant's theory of law.

Hoy en día, cuando se habla de moral, de derecho y de Estado desde el punto de vista *cosmopolita*, parece natural referirse al pensador de la modernidad que fundó la idea del cosmopolitismo como cosmopolitismo *jurídico*<sup>1</sup> –esto es, que no lo fundó sobre la base de la ética, sino de la teoría del derecho y del Estado. Ese pensador es Kant, que en *La paz perpetua* había escrito: “la violación del derecho perpetrada en un lugar de la tierra es percibida en todos los demás”. Y por lo tanto “la idea de un derecho cosmopolita no es una manera quimérica y extravagante de representarse el derecho, sino una cumplimentación necesariadel código no escrito del derecho estatal y del derecho de Gentes, del Derecho público de los hombres en general”<sup>2</sup>.

Las reflexiones que propondré acerca del pensamiento de Kant no parten de un interés histórico-filosófico, sino sistemático. Para las modernas sociedades plurales, la filosofía kantiana tiene importancia sobre todo porque introduce la primacía del derecho sobre la ética, en pos de la creación de un régimen armónico entre libertad y orden social. La tensión contemporánea hacia una re-moralización del derecho ciertamente no encuentra en Kant a un aliado.

Aunque pueda ser deseable desde el punto de vista moral y político, en las condiciones sociales dominantes actualmente el cosmopolitismo es *de facto* tan poco esperable como un resultado espontáneo como podría serlo la solidaridad de todos con todos. En cambio, puede ser objeto de unas expectativas realistas el *cosmopolitismo jurídico* que –por lo menos en el ámbito del derecho internacional– ha conocido ya una parcial realización. Un orden justo entre iguales debe fundarse sobre un valor al que todos puedan recurrir moralmente y que, a pesar del pluralismo de las reivindicaciones morales, sea susceptible de ser transformado en normas jurídicas vinculantes. Este valor es la dignidad humana, de la que los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales

1 Cfr. P. Kleingeld, *Kants politischer Kosmopolitismus*, en I. Bröhmer et al. (eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Röss zum 70. Geburtstag*, Köln, 1997.

2 Kant, *ZfE*, AA 08: 360.

constituyen una forma más concreta. Esta es la tesis que quisiera exponer y justificar aquí. Mi argumentación se articulará en seis pasos fundamentales: (1) ante todo definiré con exactitud el problema que pretendo tratar; (2) en segundo lugar profundizaré en la cuestión de la dignidad humana, (3) para a continuación analizar una idea de cosmopolitismo que no infravalore la dimensión jurídica. Sucesivamente quisiera presentar algunas consideraciones acerca (4) del Estado, del derecho y de la justificación<sup>3</sup> de la moral, para después discutir (5) la fundación kantiana del cosmopolitismo jurídico. (6) Por último concluiré con algunas consideraciones acerca del cosmopolitismo existente *de facto* en el derecho internacional, esto es, la *cosmópolis* de los Derechos Humanos.

Las sociedades modernas tanto europeas como extra-europeas son sociedades heterogéneas y plurales. En su interior conviven y compiten entre sí posiciones antagónicas que reivindican la existencia de una única verdad, de una única moral, de una única religión. El pluralismo es un hecho, pero también un problema. Las dificultades con la multiplicidad de posturas epistémicas, morales, religiosas, sociales y políticas nacen más que nada precisamente en el *interior* de las sociedades y afectan sobre todo al problema de encontrar un equilibrio entre intereses individuales y respeto hacia los otros, entre egoísmo y solidaridad, entre una razonable libertad y un orden social racional. Las implicaciones de esta condición ya habían sido puestas de relieve por Kant, quien define “egoísta” al que necesitaría un ojo de más, “un ulterior ojo, que le permitiera considerar el propio objeto también desde el punto de vista de los demás seres humanos”<sup>4</sup>, volviéndolo así capaz del *sensus communis*. Kant subraya también la dimensión moral y política de este concepto: “frente al egoísmo no puede contraponerse sino el pluralismo, esto es, aquella manera de pensar que consiste en no reconducir todo el mundo a nosotros mismos, sino en considerarnos y en actuar como meros ciudadanos del mundo”<sup>5</sup>.

## Definición del problema

*De facto* en las sociedades modernas el pluralismo no conduce por sí mismo a ningún *sensus communis*, sino que lleva más bien al relativismo: *mi* verdad, *mi* moral, *mi* religión –y consiguientemente *mi* derecho<sup>6</sup>. Los conflictos que se derivan de esta situación deben ser resueltos *mediante* la política, en pos de la libertad de todos. Pero, ¿qué política? Esta pregunta podría ser reformulada así: “¿Existen normas generalizables, con el poder de vincular Estado, derecho e instituciones de la sociedad civil con la actuación de los particulares, de manera que no puedan ser cuestionadas ni siquiera en el marco del conflicto entre los diferentes intereses, las diferentes posturas y los diferentes valores?” ¿Qué normas son universalizables, si los hombres conviven con creencias distintas y conflictivas y además –y esto es lo más determinante– si no es posible presuponer que sujetos individuales y colectivos actúen espontáneamente según máximas orientadas hacia el bien moral? Una primera respuesta provisional que podría ofrecerse es la siguiente: los conflictos no pueden y no deben ser resueltos mediante la violencia, si todos quieren ser iguales y libres. Los conflictos, además, no pueden resolverse sobre la base de una moral o una religión privadas – como pueden ser el Cristianismo o el Islam. Ninguna moral, ninguna religión ocupa una posición privilegiada hasta el punto de poder fundar el orden jurídico. Los conflictos pueden ser resueltos solo a través de un derecho que sea igual para todos. Este derecho igual para todos debe ser “justo”, es decir, debe tratarse de un derecho positivo equo. El derecho positivo puede estar en vigor

3 Con la palabra “justificación” traducimos el alemán “Rechtfertigung” [N. del T.].

4 Kant, HN, AA 15: 395.

5 Kant, Anth, AA 07: 130.

6 Sobre el problema del pluralismo, del relativismo y del derecho, cfr. H. J. Sandkühler, *Il diritto, lo Stato e la democrazia pluralistica*, en M. Mori (ed.), *Filosofi tedeschi a confronto*, Bolonia, 2002.

solo dentro de un Estado o de una federación de Estados. El derecho ecu y justo puede estar en vigor solo en el marco de una determinada forma de Estado –*el Estado de derecho*. Dado que las normas de comportamiento hunden sus raíces en concepciones del mundo y del bien en recíproco conflicto, las relaciones entre individuos en el interior del derecho pueden y deben ser reguladas de tal manera que el disenso sea compatible con reivindicaciones de libertad y derechos iguales para todos. Por decirlo con Gustav Radbruch: “*el relativismo exige el Estado de derecho*”<sup>7</sup>. El Estado de Derecho se caracteriza por normas que pueden ser vinculantes para todos, en el *ius cogens*, en el derecho internacional fundado sobre Derechos Humanos; el Estado los acoge y los realiza en el ámbito de los Derechos Fundamentales recogidos en la Constitución.

Esta respuesta provisional por mi parte insiste en una teoría *normativa* del derecho, del Estado y de la política. El elemento normativo es un espejo de la realidad: no habría nada que *deberíamos* hacer, si viviéramos ya bajo el signo de la igualdad y de la justicia. Y sin embargo, en el mundo en que vivimos, lo que sea el objeto de aquel *deber* es un problema solucionado desde hace tiempo: lo que debemos realizar es la tutela de la *dignidad humana*. Su inviolabilidad es la norma jurídica fundamental para la fundación del cosmopolitismo jurídico y político.

Si *cosmopolitismo*<sup>8</sup> no debe seguir siendo una vacía fórmula filantrópica, la perspectiva de una *cosmópolis* de los iguales debe fundarse sobre un derecho capaz de validez universal. Este derecho existe. Se trata de aquella idea de un derecho cosmopolita que, *in primis* como idea filosófica, fue elaborada por vez primera por Kant y que hoy, *de facto*, ha sido transformada en el sistema dinámico del derecho internacional, un sistema aún no del todo exento de problemas y que por lo tanto necesita ulteriores desarrollos: es el sistema de Derechos Humanos no como ideal o como utopía, sino como derecho positivo, como *ius cogens, erga omnes*. Las *peremptory norms*<sup>9</sup> del *ius cogens* domesticar al Estado, transformándolo, desde aquel amenazante enemigo de los Derechos Fundamentales y de los Derechos de los hombres, hasta ser Estado de derecho. El derecho no es un “principio esperanza”. El derecho es el poder legítimo de prevenir, intervenir y sancionar que –en el mejor de los casos– los hombres instituyen para sí mismos o –en el peor de los casos– les es impuesto de forma dictatorial. El derecho del que estoy hablando desde el punto de vista normativo es el derecho vigente en el Estado de derecho democrático, para el que los Derechos Humanos, la igualdad, la libertad y la justicia son los criterios reguladores. Al mismo tiempo, este derecho es también el fundamento para someter continuamente al Estado mismo al examen de la crítica.

¿Qué clase de instituciones jurídicas y qué formas de legitimación abren la posibilidad de un reconocimiento cosmopolita? El moderno Estado de derecho necesita –para alcanzar la universalidad del derecho– de instituciones *formales*, que permanezcan *neutrales* hacia las diferentes interpretaciones del mundo. Las pretensiones de universalizar una ética determinada están íntimamente ligadas a reivindicaciones de poder. De ahí se sigue –según Hans Kelsen– “la renuncia a la consolidada costumbre de sostener, [...] apelando a una instancia objetiva, exigencias políticas que solo pueden tener un carácter subjetivo, aunque sean presentadas, con toda la buena fe, como el ideal de una religión, de una nación, de una clase”<sup>10</sup>. Esta es una de las respuestas que hay que dar en Europa tras la experiencia de que el enemigo potencial de los Derechos Humanos no solo es el Estado, sino también el terror que emana de los propios ciudadanos.

7 G. Radbruch, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, en id., *Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, 1990, p. 19.

8 A. Albrecht, *Kosmopolitismus. Weltbürgerdiskurse in Literatur, Philosophie und Publizistik um 1800*, Berlín, 2005; A. Albrecht, *Kosmopolitismus*, en H.-J. Sandkühler (ed.), *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburgo, 2010.

9 Cfr L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988.

10 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934. Mit Vorw. zum Neudruck v. S.L. Paulson, Aalen, 1985, XI.

## La dignidad humana

El elemento-clave del Estado de derecho es la dignidad humana<sup>11</sup>. La idea de fundar las Constituciones democráticas sobre el principio de la dignidad humana es reciente: la Constitución de Irlanda de 1937 es el primer ejemplo en este sentido. El principio jurídico de la inviolabilidad de la dignidad humana es puesto en la cúspide de la jerarquía del sistema de las normas jurídicas. Debemos a la *Metafísica de las costumbres* kantiana una de las formulaciones que han constituido una de las directrices principales, válidas hasta nuestros días: “la humanidad en sí misma es una dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por nadie (esto es, ni por otro ni por sí mismo) como un simple medio, sino que debe ser tratado al mismo tiempo como un fin; y justamente en esto consiste su dignidad (personalidad) [...] así como el hombre no puede venderse a sí mismo a ningún precio (lo que sería contrario al deber de la consideración hacia sí mismo) de la misma manera no puede actuar en contra del respeto que los demás se deben necesariamente a sí mismos como hombres, esto es, está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres”<sup>12</sup>.

El principio por el que hay que respetar y proteger la dignidad humana se deriva de su vulnerabilidad. La elevación a norma de la *dignidad* en una “situación de emergencia para la libertad”<sup>13</sup> marca la necesidad de su tutela jurídica. El principio normativo de la “inviolabilidad de la dignidad humana” no es –como suponen los filósofos que no poseen nociones de Derecho Constitucional– un vago ideal. La inviolabilidad de la dignidad humana es un principio jurídico<sup>14</sup>, que designa al elemento humano en el hombre que es, en cuanto tal, digno de ser tutelado. No se trata solo de un principio programático, de una solemne declaración, sino de una *norma* del Derecho Constitucional objetivo, inmediatamente vinculante. La “dignidad humana” es el fundamento de los Derechos Fundamentales<sup>15</sup>, y en estos términos, tomados en su conjunto, estos confieren contenido concreto al sentido de la expresión “Dignidad Humana”<sup>16</sup>. El *principio* de la dignidad da pie, por lo tanto, a una reflexión ética; la *norma* de la dignidad se sustrae sin embargo al conflicto entre los filósofos<sup>17</sup>. La objeción filosófica por la que esta norma carecería de una fundación normativa es del todo irrelevante. Su garantía es incondicionada, y por ello está protegida también contra la intervención del legislador: “la dignidad es *condición de la democracia* y por lo tanto se sustrae a su disponibilidad”<sup>18</sup>. Contra el Estado que lesiona su dignidad, los ciudadanos tienen derecho a resistir<sup>19</sup>.

---

11 Sobre este punto cfr. H. Dreier, *Menschenwürde*, en idem (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, Präambel, Artikel 1-19, Tübinga, 2004, p. 37; H. J. Sandkühler, *Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen*, Fráncfort, 2007.

12 Kant, MS TL, AA 06: 462. En el derecho constitucional alemán el concepto kantiano de dignidad ha entrado como fórmula objetiva: Cfr. Dürig, G., “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art 19 Bs. II des Grundgesetzes“. En *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 81, 1956. Cfr. también Dreier, H., „Menschenwürde in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts“, en E. Schmidt-Abmann et al. (ed.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln, 2003.

13 L. Kühnhardt, *Die Unteilbarkeit der Menschenwürde als Bedingung der Universalität der Menschenrechte*, en G. V. Lang y M. F. Strohmer (ed.), *Europa der Grundrechte? Beiträge zur Grundrechtecharta der Europäischen Union*, Bonn, 2002, p. 76.

14 Cfr. Ph. Kunig, *Art. 1 (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung)*, en H. D. Jarras y B. Pieroth (eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, Múnich, 2006, p. 76: “el concepto de dignidad humana es un concepto jurídico [...] Que este concepto esté en buena medida indeterminado, no le sustrae la propiedad de ser un concepto jurídico”.

15 Cfr. K.-E. Hain, *Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung?*, en *Der Staat*, Bd. 45, 2006, p. 190.

16 BVerfGE, 93, 266, “los soldados son asesinos”.

17 Cfr. K.-E. Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu art. 79 Abs. 3 GG*, Baden-Baden, 1999, p. 228.

18 Cfr. VV.AA., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, Art. 1-37, Neuwied 1989.

19 Cfr. *ibid.*, Art. 20 (4): “contra el que entreprindiere una acción que cancelare este ordenamiento todos los alemanes tienen derecho de resistencia, si otros instrumentos no son posibles”.

## A favor de un cosmopolitismo que no devalúe el derecho

¿*Qué cosmopolitismo?* Esta pregunta está al orden del día sobre todo por lo que respecta a lo que parece ser hoy la única alternativa: “Estado nacional” o “Estado mundial”, pero también por lo que parecen ser las consecuencias necesarias del cosmopolitismo: el recurso a la fuerza de un Estado imperial o la violencia económica contra “los Otros”. No hay que olvidar que un cosmopolitismo imperial hoy existe: “este transnacional estar en casa en la red del mercado mundial”<sup>20</sup> cuyo resultado es una suerte de “cosmopolitismo forzado”<sup>21</sup> de los refugiados y los emigrantes. Frente a esta situación no pocos se han orientado hacia la devaluación de la *función y la validez del derecho*: “frente a las relaciones reales” –escribe W. F. Haug– “la idea de una ciudadanía mundial, que en los hechos se corresponda con su concepto, muestra el estatuto virtual del objeto de un discurso idealista”<sup>22</sup>. En su *Cosmopolitismo y democracia*<sup>23</sup>, también S. Benhabib infravalora el estado alcanzado por la justificación internacional de las legítimas aspiraciones cosmopolitas, porque cree impensable que normas jurídicas cosmopolitas en el sentido de un Estado mundial puedan tener validez universal. Y sin embargo, frente a la transformación revolucionaria del Derecho internacional, un *Estado mundial* no constituye en absoluto una condición necesaria para la validez de normas jurídicas cosmopolitas. La condición necesaria es la institución de un *sistema jurídico mundial*, en el que la defensa de las diferencias culturales y de las obligaciones paritarias de todos hacia todos no esté en recíproca contradicción. Este sistema jurídico está en la mejor intención de todos, y sin embargo no ha sido adoptado aún por todos. *De facto* muchos Estados carecen de legitimidad cosmopolita.

## El Estado, el derecho y la justificación de la moral

En la moderna teoría del Estado la justificación del Estado se funda sobre la asunción de que para el orden de la convivencia humana es necesaria la coerción jurídica. El rechazo de la autoridad del Estado se basa o bien en el supuesto de que existiría una sociabilidad fundamental de los hombres, que haría superfluo al Estado, o bien en la posición crítica por la que el Estado no puede desempeñar ninguna otra función que no sea la de administrar la violencia. El concepto de “Estado” designa a una autoridad jurídicamente ordenada, soberana, territorialmente limitada, y su fin es el de regular de manera duradera la convivencia de los hombres dentro de una sociedad. De esta forma no se ha dicho nada aún acerca de los aspectos cualitativos del Estado. Un orden estatal “jurídicamente reconocido” puede ser una dictadura, en la medida en que esta cuente con un sistema jurídico; y una disciplina duradera sobre la convivencia humana en una sociedad puede ser una disciplina injusta.

Las luchas por los derechos que deberían corresponder por naturaleza a todos han sido en primer lugar luchas por el derecho de los hombres a defenderse frente al Estado y a defender la libertad por medio del derecho. El Estado, sin embargo, tenía la misión de garantizar los Derechos: estamos por lo tanto ante un evidente dilema. La situación es paradójica. En la modernidad, la afirmación de la subjetividad y de los Derechos individuales ha llevado a una colisión de intereses y por ende a la justificación de las relaciones vitales entre los hombres, que anteriormente se habían regulado en base a la adhesión a preceptos morales.

20 Cfr. W. F. Haug, *Der gespaltene Kosmopolitismus des transnationalen Hightech-Kapitalismus*, en *Das Argument*, n. 282, 2009, p. 590.

21 *Ibid.*, p. 569.

22 *Ibid.*, p. 561.

23 Cfr. S. Benhabib, *Kosmopolitismus und Demokratie. Eine Debatte mit Bonnie Honig, Jeremy Waldron und Will Kymlicka*, Fráncfort, 2008.



Esta es la condición inicial del *estatus normativo* y de la *función crítica* de la teoría del Estado y del derecho: el derecho debe domesticar al Estado; el Estado debe poner freno al arbitrio de los individuos y de los grupos. “El Estado se vuelve al mismo tiempo una amenaza potencial, un supuesto (necesario) y también una condición fundamental para la libertad”<sup>24</sup>. La respuesta a esta amenaza por parte del Estado de derecho y del derecho internacional es la justificación. La justificación es, por una parte, la consecuencia de la crítica al poder, y es por lo tanto interna al Estado. Por otra parte, se trata de una respuesta al hecho de que los hombres están inclinados a sentirse moralmente legitimados, desde el punto de vista subjetivo, también cuando entran en acción militarmente sin respetar el derecho de los pueblos, en guerras no declaradas e ilegítimas que causan “daños colaterales” entre los civiles. Juridificar las actitudes moralmente dudosas significa juridificar al Estado y por ende someter al Estado mismo al examen de la crítica.

La crítica del Estado necesita normas jurídicas cosmopolitas. ¿Cómo es posible fundar este tipo de normas? Como vía de escape entre la Escila representada por el derecho natural metafísico y la Caribdis de un positivismo jurídico que mantiene rígidamente separados Derecho y moral, es posible adelantar una argumentación trascendental carente de correlatos empíricos, pero que debe ser pensada como supuesto de la fundación del sistema jurídico. Los hombres se reconocen mutuamente los Derechos Humanos en un plano antecedente con respecto al estatal. El modelo para una argumentación semejante se encuentra en Kant, que sin embargo lo reformula desde un punto de vista contractualista: “antes del reconocimiento de toda autoridad efectiva, e incluso antes de toda sujeción, debe existir previamente un derecho de los hombres, que vuelva originariamente posibles autoridad y sujeción”<sup>25</sup>.

Preguntarse si el derecho necesita una fundación que pase a través de la moral, esto es, si el derecho quiere tener aspiraciones no solo de legalidad, sino también de legitimidad, es una cuestión controvertida. Es evidente que la cuestión de la legitimidad se ha vuelto urgente tras experiencias como las del nacionalsocialismo, el fascismo, el militarismo japonés y el estalinismo, conduciendo así aún más hacia un control del derecho positivo orientado por el ideal de la *justicia*. Nadie, ni siquiera el positivista jurídico más ortodoxo, puede seguir sintiéndose legitimado en la afirmación legalista de que “la ley es la ley”, esto es, en la afirmación de que no es posible reconocer otro derecho “justo” más que el “puesto por la ley”<sup>26</sup>. Frente a esto, ha pasado a la historia la así llamada “fórmula de Radbruch”: “la ley es la ley, a menos que la contradicción entre ley positiva y justicia alcance un nivel tan insoportable que haya que dejar de lado a la ley frente a la justicia, en cuanto ‘derecho injusto’”<sup>27</sup>.

Sin la transformación de las reivindicaciones morales en Derecho positivo, nadie estaría amparado frente a la violencia. Esto lleva a Robert Alexy a sostener una tesis que puede parecer una provocación, pero a favor de la que hay sin embargo buenas razones: “si existe un derecho moral, esto es, un derecho válido para todos, como por ejemplo el derecho a la vida, entonces todos deben tener el derecho a realizar una instancia común que afirme ese derecho. [...] La instancia común que debe ser instituida para afirmar los Derechos Humanos es el Estado. *Tener un Estado es por lo tanto un Derecho Humano*. Con la institución de un Estado como instancia impositiva los Derechos Humanos que los individuos tienen frente a los demás se transforman en Derechos con un contenido idéntico pero propios del derecho positivo”<sup>28</sup>.

---

24 E.-W. Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Fráncfort, 1992, p. 51.

25 I. Kant, *Reflexionen. aus dem Nachlass*, in idem, *Gesammelte Werke*, Abt. III, Bd. XIX, *Moralphilosophie*, Akademie Ausgabe, Reflexion 7974.

26 Cfr. BVerfGE, 3, 225 (323).

27 G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), en G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Gottinga, 1999, pp. 215 y ss.

28 R. Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, en S. Gosepath y G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Fráncfort, 1998, p. 254, la cursiva es mía.

Por mi parte, encuentro tres buenas razones para sostener una tesis tan fuerte. La primera se basa en las necesarias consecuencias relativistas del pluralismo *de facto*. La segunda razón se vuelve evidente, si recordamos la teoría política de la modernidad. Las posturas morales deben ser conectadas con el derecho porque –como escribía Kant– “a partir de una madera tan torcida como aquella de la que está hecha el hombre, no puede hacerse nada completamente recto”<sup>29</sup>. Como buen realista antropológico, Kant había entrevisto la dirección del “camino del género humano hacia la consecución de su entera destinación [...] continuamente interrumpido y en constante peligro de recaer en la antigua condición salvaje”<sup>30</sup>. La solución kantiana ante este problema sonaba así: “a causa de su natural maldad y por lo tanto también de la condición derivada de esta de una continua presión de unos sobre otros, los hombres necesitan un poder que mantenga toda colectividad bajo el yugo de la ley pública, asegurando así a cada uno sus derechos [...] aunque no tuviéramos ninguna razón teóricamente suficiente: si los políticos nos ofrecieran un instrumento completamente diferente, nosotros deberíamos empero actuar *como si* el género humano tendiera siempre hacia lo mejor”<sup>31</sup>. Desde esta perspectiva la justificación del comportamiento moral es el resultado de una *antropología crítica y realista*, que parte de aquello de lo que el hombre carece. ¿Y la tercera razón? Dado que sabemos aquello de lo que carecemos, apelamos a un derecho que, en el ámbito del Estado de derecho, tutele las libertades subjetivas en la ordenación del derecho objetivo. Habermas clarifica este aspecto como sigue: “el sistema jurídico sustrae a los individuos –en su rol de destinatarios de las normas– el poder de definir los criterios para juzgar lo que es justo o injusto. [Esto significa] que el individuo queda “exonerado” de todo deber cognitivo de una formación en primera persona del juicio moral”<sup>32</sup>.

### La fundación kantiana del cosmopolitismo jurídico

El realismo antropológico de Kant y su fundación idealista-metafísica del derecho basada en la razón se encuentran en una tensión recíproca. Criticar el idealismo no es un objetivo sensato; más interesante parece una relectura capaz de mostrar que Kant se vuelve importante para nuestro tiempo, si ponemos entre paréntesis su metafísica. Para la metafísica, el derecho como “idea de la razón” es algo “que debe ser representado solo mediante la razón pura, que debe ser incluido entre las ideas, para las que no puede encontrarse en la experiencia ningún objeto adecuado, es una cosa en sí: de este género es una constitución jurídica perfecta entre los hombres”<sup>33</sup>. Renunciar a la construcción metafísica significa reforzar la positividad del derecho.

Kant habla de “Derecho de gentes” en cuanto “los hombres y los Estados que se encuentran en una relación de recíproca influencia externa deben considerarse como ciudadanos de un Estado universal de hombres (*ius cosmopoliticum*)”<sup>34</sup>. Y sin embargo su optimismo no es ilimitado: Kant no espera la consecución del objetivo cosmopolita “a partir del libre acuerdo de los individuos, sino solo de la progresiva organización de los ciudadanos de la Tierra en el interior del género humano, y en función del género humano, como un sistema único, articulado en sentido cosmopolita”<sup>35</sup>. El cosmopolitismo no es una manera de pensar y de comportarse que se origina a partir de una moralidad espontánea, sino más bien el resultado de la cultura y la civilización del

29 Kant, IaG, AA 08: 23.

30 Kant, MAM, AA 08: 123, Anm. 2.

31 I. Kant, *Ein Reinschriftfragment zu Kants „Streit der Fakultäten“*, Loses Blatt Krakau, en *Kant-Studien*, n. 51, 1959/60, pp. 5-8; la cursiva es mía.

32 J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Fráncfort, 1994, p. 147.

33 *Ibid.*, p. 371

34 Kant, ZeF, AA 08: 349, Anm.

35 Kant, Anth, AA 07: 333.



hombre. En la *Antropología*, escribe Kant en efecto que el hombre debe “volverse digno de la humanidad, luchando contra los obstáculos que pesan sobre él a causa de su naturaleza salvaje”<sup>36</sup>. Como demuestran los trabajos preliminares para la redacción de *La paz perpetua*, la razón por la que Kant vincula el proceso de cultura y civilización al Derecho debe buscarse en el hecho de que el progreso de la cultura “produce inevitablemente una contradicción entre los propósitos de los hombres, porque no hay ningún principio universal que tenga la fuerza suficiente para volver unánimes sus esfuerzos (esto es, sin ser adecuado a las leyes morales) y que anule el propósito de unos y otros, esto es, porque el mal está de por sí siempre al acecho. Por lo tanto la naturaleza se conforma negativamente a lo que prescribe la ley jurídica; esta última impone por lo tanto algo análogo a la ley moral, como es ante todo la institución de una sociedad civil, del derecho de los pueblos”<sup>37</sup>. *De facto* la *condición humana* no favorece el cosmopolitismo; Kant afirma la oposición entre “la virtud del patriotismo y del cosmopolitismo. Para la primera debemos cultivar el sentido de la casa y albergar entusiasmo hacia la familia y la Patria, permaneciendo indiferentes hacia el resto del mundo y despreciando patrióticamente a los otros pueblos”. Su reacción está basada en una estrategia normativa, porque un estado de hecho real no es una fuente del derecho: “todo hombre tiene el derecho de exigir el respeto de sus semejantes, y recíprocamente está obligado él mismo al respeto hacia los demás”<sup>38</sup>.

Si ahondamos en la estrategia normativa desarrollada por Kant, sobre todo en la *Doctrina del derecho*<sup>39</sup> de la *Metafísica de las costumbres*, se vuelven evidentes las razones a favor de una relectura en clave *pragmática*; y esta, en vistas de la actual teoría del Estado y del derecho, debería entenderse como una *teoría pragmática de la función del derecho y del Estado*. Desde esta perspectiva, que nos lleva junto con Kant más allá de Kant, la *legalidad* vuelve a ser el centro de la cuestión: “el mero acuerdo o desacuerdo de una acción con respecto a la ley, independientemente de su móvil, se llama *legalidad* (conformidad a ley)”<sup>40</sup>. En el “imperativo categórico, que enuncia en general solo lo que es la obligación”, el acento recae sobre la ley, en virtud del principio de formalidad, de generalidad y de universalizabilidad de las normas jurídicas: “actúa según una máxima que pueda valer al mismo tiempo como una ley universal”<sup>41</sup>, pero no en virtud del “principio supremo de la doctrina moral”, que enuncia lo mismo. La conclusión de Kant, según la cual “toda máxima, que no se presente de este modo, es contraria a la moral”<sup>42</sup>, se enfrenta a la objeción de que, en una condición de efectivo pluralismo, difícilmente puede hablarse de una única moral.

Esta relectura no deja de lado la cuestión de fondo que guía la reflexión de Kant, esto es, si una acción “puede entrar en acuerdo con la libertad del otro según una ley universal”, y no deja de lado tampoco su concepción del derecho, según la cual “el derecho es el conjunto de las condiciones a través de las cuales el arbitrio de uno puede entrar en acuerdo con el arbitrio de otro”<sup>43</sup>. Este

36 *Ibid.*, p. 375.

37 I. Kant, *Nachlass*, en I. Kant, *Gesammelte Werke*, Abt. III, Bd. XXIII, *Vorarbeiten und Nachträge*, Akademie Ausgabe, p. 172.

38 Kant, MS TL, AA 06: 462.

39 Cfr. sobre este punto a J.-F. Kervegan y G. Mohr, *Das Recht und der Staat*, en H.-J. Sandkühler (ed.), *Handbuch Deutscher Idealismus*, cit., pp. 172-194. Véase también K. Ameriks y O. Höffe, *Kant's Moral and Legal Philosophy*, Cambridge, 2009; N. Bobbio, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino 1969; R. Brandt, *Zu Kants politischer Philosophie* 1997; S. Byrd y J. Hruschka, *Kant and Law*, Farnham 2006; H. Dreier, *Kants Republik*, en V. Gerhardt y Th. Meyer (ed.), *Kant im Streit der Fakultäten*, Berlin, 2005a; G. Geismann, *Kant und kein Ende: Studien zur Rechtsphilosophie*, Würzburg 2010; O. Höffe (ed.), I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Berlin, 1999; W. Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Paderborn, 2007; B. Ludwig, *Kants Rechtslehre*, Hamburg, 2005; B. Tuschling y D. Hüning (eds.), *Recht, Staat und völkerrecht bei Immanuel Kant. Marburger Tagung zu Kant: „Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre“*, Berlin 1998.

40 I Kant, MS RL, AA 06: 219.

41 *Ibid.*, p. 225.

42 *Ibid.*, p. 226. Cfr. GMS, BA 66f., y KpV, A 54

43 *Ibid.*, p. 230.

acento en los elementos pragmáticos y funcionales no limitan tampoco el alcance de la postura kantiana a favor de una ley universal: en el actuar las libertades de todos deben coexistir “según una ley universal”; la petición de poner freno a la libertad no quiere decir que “yo [...] *tenga la misión* de limitar por mí mismo mi libertad [según una ley universal] [...]; en cambio, la razón dice solo que en su idea mi libertad está limitada [por una ley universal] y que, de hecho, puede ser también limitada por los otros; y esto la razón lo afirma como postulado que no necesita ninguna demostración”<sup>44</sup>.

Si los hombres fueran buenos por naturaleza y si sus relaciones estuvieran reguladas según el ideal de una vida buena, entonces la coerción directamente vinculada con el derecho sería inútil. La coerción es necesaria, en cambio, como “impedimento a un obstáculo de la libertad”. En pocas palabras: “con el Derecho se halla vinculada una autorización a constreñir al que lo perjudica”<sup>45</sup>. La norma “dale a cada uno lo suyo” sería “un absurdo” [...] dado que no puede darse a alguien lo que ya tiene. Si, por lo tanto, debe tener algún sentido, debería sonar así: “ingresa en una condición en la que a cada uno pueda asegurarse lo suyo frente a todos los demás”<sup>46</sup>. Una condición de este tipo es una condición jurídica, y “el principio formal de semejante condición, considerada según la idea de una voluntad universalmente legisladora, se llama justicia pública”<sup>47</sup>.

Otro nombre para este estado de justicia pública es *derecho público*, “un sistema de leyes para un pueblo, esto es, para una multitud de hombres, o bien para una multitud de pueblos que, encontrándose en relaciones de influencia recíproca entre ellos, necesitan el estado jurídico bajo una voluntad que los unifique, una *constitución (constitutio)*, para volverse partícipes de lo que es de derecho”. Según Kant, se deriva del “concepto general del derecho público no solo el derecho estatal, sino también un *derecho de los pueblos (ius gentium)*: el cual [...] conduce inevitablemente ambos derechos, el estatal y el de los pueblos, a conjuntarse con la idea de un *derecho estatal de los pueblos*, esto es, del derecho cosmopolita (*ius cosmopoliticum*); de manera que, si entre estas tres formas posibles del estado jurídico solo a una de ellas le faltara el principio que limita la libertad externa a través de leyes, el edificio de las demás se vería inevitablemente afectado y al final debería derrumbarse”<sup>48</sup>.

Kant rechaza al menos por dos razones la asunción de “la experiencia por la que llegamos a conocer la máxima por la que los hombres actúan con violencia, así como su maldad, en virtud de la que, antes de que aparezca una legislación externa dotada de poder, estos se combaten entre sí”. No es “ciertamente a hecho lo que vuelve necesaria la coerción regulada por leyes públicas”, sino que “está contenido *a priori* en la idea de la razón de semejante estado (no jurídico) que, antes de la institución de un Estado regulado por leyes públicas, hombres particulares, pueblos y Estados no podrán jamás estar amparados frente a la violencia de unos hacia otros, y esto precisamente a causa del derecho, propio de cada uno, de hacer *lo que le parezca justo y bueno* y al hacerlo de no depender de la opinión de otros”<sup>49</sup>. La primera razón deriva de la coherencia intrateórica de una *metafísica de las costumbres*, que no admite demostraciones y legitimaciones empíricas y que evita el error de concluir el ser a partir del deber ser.

La segunda razón estriba en la intención de hacer posible una crítica del Estado, separando desde el punto de vista normativo la validez de las leyes y el arbitrio del poder: “un Estado (*civitas*) es la reunión de un determinado número de hombres bajo leyes jurídicas. En tanto éstas, como leyes *a priori*, son necesarias, esto es, derivadas espontáneamente (no estatutariamente) de

44 *Ibid.*, p. 231.

45 *Ibidem*.

46 *Ibid.*, p. 237.

47 *Ibid.*, pp. 305 ss.

48 *Ibid.*, p. 311.

49 *Ibid.*, p. 312.

los conceptos del derecho externo en general, la forma del Estado es la de un Estado en general, esto es, un Estado *ideal*, de la manera en que este debe ser según principios puros del derecho: esta idea sirve (interiormente) de hilo conductor (*norma*) para toda asociación real destinada a formar un cuerpo común<sup>50</sup>.

Igual que sus antecesores, aunque con una intención republicana, Kant se sirve de un experimento mental inspirado por el contractualismo para explicar la constitución del Estado. Lo que le interesa es “el acto por el que el pueblo mismo se constituye en un Estado, o más bien la simple idea de este acto, que por sí misma permite concebir la legitimidad de aquel”. Este acto imaginario es “un *contrato originario*, según el cual todos en el pueblo renuncian a su libertad externa, para retomarla inmediatamente después como miembros de una esencia común, esto es, como miembros del pueblo en tanto Estado<sup>51</sup>. El Estado imaginado por Kant es una república, “*un sistema representativo del pueblo*”, que “no representa simplemente al soberano”, sino que “es él mismo el soberano, dado que en él (el pueblo) reside originariamente el poder supremo, del que deben emanar todos los derechos de los individuos<sup>52</sup>. La exigencia kantiana es que “en todo Estado la constitución civil deba ser republicana<sup>53</sup>. Solo esta constitución corresponde “a aquellos derechos innatos, necesariamente pertenecientes a la humanidad e inalienables” y de estos descende, como derivado suyo, el derecho a la igualdad. La “libertad externa (jurídica)” es “la facultad de no obedecer otra ley que aquella a la que yo podría haber dado mi asentimiento<sup>54</sup>. La “*igualdad externa (jurídica)* en un Estado es esa relación entre los ciudadanos por la que nadie puede obligar legalmente a otro, sin que este se someta al mismo tiempo a esa ley por la que él *puede* ser a su vez obligado del mismo modo<sup>55</sup>.

La ficción anti-hobbesiana del “contrato original”, la concepción no empírica de la “voluntad general” y de la soberanía del pueblo –también estos son experimentos mentales necesarios en última instancia para dotar de coherencia a la teoría. Estos hacen pensar en tres consecuencias: (1) los hombres poseen derechos pre-estatales; (2) no puede darse ningún derecho estatal contrario al derecho y a la dignidad de la humanidad<sup>56</sup>; (3) solo el derecho, y no la ética, tiene la facultad de dictar normas a la política; el derecho pertenece a la moral y los políticos deben “inclinarse ante él”, ante el derecho; mientras que apelar a la ética muchas veces solo sirve para esconder las violaciones del derecho<sup>57</sup> –como hoy por ejemplo ocurre en el caso de intervenciones que se tildan de “humanitarias”, pero que son ilegales.

La teoría kantiana del derecho y del Estado nos lleva a preguntarnos por la concepción actual de la democracia como quintaesencia de la autodeterminación colectiva de una sociedad de libres e iguales<sup>58</sup>. Si los libres e iguales son como Kant los presenta en su *Antropología*, entonces, ¿no sería mejor definir la democracia como autoridad del derecho y no tanto como soberanía popular<sup>59</sup>? Las condiciones trascendentales de la democracia, ¿no son acaso la Constitución dentro del Estado y los Derechos Humanos dentro del mundo de los Estados? Frente a la complejidad de la política, de la economía, y frente al poder creciente de los expertos, nosotros, en cuanto ciudadanos, ¿disponemos de la capacidad de juicio y del poder de actuación presupuesto por asertos

---

50 Kant, MS RL, AA 06: 313.

51 *Ibid.*, p. 315.

52 *Ibid.*, p. 341.

53 *Ibid.*, p. 349.

54 *Ibidem.*

55 *Ibid.* p. 350.

56 Cfr. *Ibid.*, p. 371.

57 Kant, ZeF, AA 08: 386.

58 H. Dreier, *Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes*, en *Jura*, Bd. 5, 1997, pp. 249 y ss.

59 Cfr. Kant, MS RL, AA 06: 355.

como el de que “todo poder del Estado emana del pueblo”<sup>60</sup>? Sobre la base de estos interrogantes los propagandistas del “Estado fuerte” sugieren que pueden existir alternativas –a grandes rasgos: la autoridad de las élites, que cuentan con un saber extenso, por ejemplo los filósofos-reyes de Platón o el politburó del partido único.

Y sin embargo, la democracia representa solo aparentemente una paradoja: en efecto, pone a los individuos ante expectativas altísimas, pero al mismo tiempo compensa las carencias de aquellos de la única manera racional –en el Estado de derecho. La idea de la democracia es el resultado de la clara comprensión del hecho de que los hombres no están próximos al ideal de un saber completo y de una capacidad de juicio verdaderamente libre, ni tienen tampoco la capacidad de estar juntos en esa sociedad ideal que a menudo sueñan en sus utopías. La democracia representa el final del autoengaño de los hombres acerca de la realizabilidad de tales ideales. La democracia es la forma política de una renuncia: no hay ningún ideal específico ni tampoco ninguna verdad específica que puedan gozar de privilegios frente a las otras. La democracia debe, por el contrario, ser el lugar de procedimientos correctos y del derecho justo, debe mostrarse como el lugar del Estado de derecho<sup>61</sup> que –como escribe Norberto Bobbio– “no solo ejerce el propio poder *sub lege*, sino que además lo ejerce dentro de los límites derivados del reconocimiento constitucional de los derechos del individuo, considerados como ‘inviolables’”<sup>62</sup>. La democracia es necesaria y posible, porque en su interior los hombres se “cultivan” en el derecho, dominando sus propias carencias. La democracia es y debe ser: autoridad del derecho.

Kant no es un teórico de la democracia. Y sin embargo, si se la considera desde el punto de vista estructural, la idea de la autoridad del derecho determina también su concepción del *derecho cosmopolita*: “esta idea racional de una comunidad perpetua *pacífica* [...] de todos los pueblos de la Tierra [...] no es tanto un principio filantrópico (ético), cuanto un principio *jurídico*”<sup>63</sup>. El cosmopolitismo jurídico debe hacer posible la paz<sup>64</sup>. Este es “el fin último de la doctrina del derecho en los límites de la mera razón”, “porque una condición de paz es solo una condición asegurada por *leyes* sobre lo que es mío y lo que es tuyo dentro de un grupo de seres humanos que viven los unos al lado de los otros”. Una “condición asegurada por leyes” puede “conducir, con continuas aproximaciones, al máximo bien político, a la paz perpetua”<sup>65</sup>. De hecho, si bien para Kant la “paz perpetua (el objetivo último del derecho de los pueblos en su conjunto)” es “una idea irrealizable”, realizables son sus “principios políticos” que apuntan a establecer “vínculos entre Estados” que sirvan “a las continuas aproximaciones hacia la paz perpetua”<sup>66</sup>. Lo que Kant de manera realista había entrevisto es un “federalismo entre Estados libres”, sobre el que se basa el derecho de los pueblos<sup>67</sup>. Kant no pensaba en una “república mundial”<sup>68</sup>.

60 Cfr. Sandkühler, H.J., „Pour une philosophie de la démocratie. La faculté de juger comme condition de l’agir et de la responsabilité?“, en *L’Avenir de l’être humain. Troisième Journée de la philosophie à l’UNESCO 2004*, Paris, 2006.

61 Cfr. N. Bobbio, *Il futuro della democrazia* (1984), en Id., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 31995, pp. 5-6.

62 *Ibidem*.

63 Kant, MS RL, AA 06: 352.

64 Cfr. M. Lutz-Bachmann y J. Bohmann (eds.), *Frieden durch Recht. Kants Friedenidee und das Problem einer neuen Weltordnung*, Fráncfort, 1996.

65 Kant, MS RL, AA 06: 355.

66 *Ibid*, p. 350.

67 *Ibid*, p. 354.

68 *Ibid*, p. 357.

## El cosmopolitismo efectivo del derecho internacional, es decir: la cosmópolis de los derechos humanos

El ordenamiento jurídico moderno y el mundo de los Estados se han transformado radicalmente, desde el punto de vista normativo así como desde el fáctico, en la dirección de un cosmopolitismo jurídico por efecto de dos revoluciones acaecidas en el derecho internacional. La autoridad del derecho ya no debe ser entendida como la autoridad ejercida por un Estado sobre el derecho. Particularmente significativo para el problema de cómo hoy se limita por parte de los Estados el poder y la violencia, es la introducción –que tiene algo de revolucionario– del delito de “crímenes contra la humanidad” en el estatuto de la corte marcial internacional de Núremberg. Con este hecho el derecho penal de los pueblos se alinea con el plano de los Derechos Humanos. Todos los Estados y las comunidades de Estados en su conjunto están sometidas a un sistema jurídico en el que determinadas normas inspiradas por los Derechos Humanos valen incondicionalmente *erga omnes*: se trata de esas *peremptory norms* que entran a formar parte del *ius cogens* como principios fundamentales del Derecho Internacional<sup>69</sup>. Mientras que el antiguo derecho consuetudinario de los pueblos suponía la aprobación de tratados entre Estados, ahora las normas del *ius cogens* son vinculantes para todos los Estados, “independientemente de la adopción de los acuerdos previstos por el Derecho General de los Pueblos”<sup>70</sup>. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ratificada en 1980 y entrada en vigor en 1980) es considerado nulo todo tratado que viole una de las *peremptory norms*. Las violaciones graves de estas normas son consideradas por la comunidad de Estados como “intolerables (*intolerable*)”<sup>71</sup> y por lo tanto son “sancionadas con consecuencias jurídicas particularmente rigurosas”<sup>72</sup>. El *ius cogens*, según el parecer de la Comisión para el Derecho de los Pueblos de Naciones Unidas (2001), considera crímenes contra la humanidad el genocidio, la guerra de agresión, la esclavización, la discriminación racial y el apartheid, la tortura; impone además las normas fundamentales del Derecho Humanitario y el Derecho a la Autodeterminación. Con respecto a los civiles, se sancionan prohibiciones con carácter jurídico vinculante como la prohibición de homicidio deliberado, de tortura o de trato inhumano; de infligir deliberadamente sufrimientos graves, de deportación y de traslado ilícito, de encarcelamiento ilegal, de impedir la celebración de un proceso justo, de detención de rehenes y de destrucción y sustracción premeditada de propiedades.

El objetivo de una *cosmópolis de los Derechos Humanos* se encuentra hoy en el centro de la propuesta de una ciudadanía mundial, que toma su nombre de esta<sup>73</sup>. Tanto desde el punto de vista de las tomas de postura, de las creencias y de los valores morales, como desde el de la fundación ética y filosófico-jurídica, es todavía objeto de debate lo que debe entenderse por Derechos Humanos. Lo que los Derechos Humanos *son*, esto puede definirse jurídicamente –y *ha sido* definido ya con validez universal.

La universalidad cosmopolita de los Derechos Humanos encierra dos dimensiones: *en primer lugar*, cuando se pregunta quién viola los Derechos Humanos y contra quién hay que proceder desde el punto de vista jurídico, es legítimo no limitar el ámbito de los sujetos que hay que consi-

69 ILC, Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts, UN-Dok. A/56/10 (2001), Nr. 76, pp. 43 y ss. = UN-Dok. A/RES/56/83 (2001), Anexo.

70 E. Klein, *Menschenrechte und Jus Cogens*, en J. Bröhmer et al. (eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*, Köln, 2005, p. 162.

71 ILC, *Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN-Dok. A/56/10 (2001), Nr. 77 (S. 59ff.), Art. 40, Commentary (3): “The obligations referred to in article 40 arise from those substantive rules of conduct that prohibit what has come to be seen as intolerable because of the threat it presents to the survival of States and their peoples and the most basic human values”.

72 S. Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1992, p. 23.

73 Cfr. H.J. Sandkühler, *Menschenrechte*, en H. J. Sandkühler (ed.), *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburgo, 2010.

derar objeto de las normas y las sanciones solo a las instituciones y a los funcionarios. El hecho de que se trate de normas jurídicas que, en cuanto tales, tienen efecto sobre terceros —es decir, ejercen su tutela no solo en la relación entre ciudadanos y Estado, sino también en la relación recíproca entre ciudadanos, fundando inmediatamente obligaciones que atañen también a los “particulares” —es algo implícito en la lógica de su universalidad.

No hay ninguna duda de que los Derechos Humanos se violen a escala mundial, pero esto no disminuye su *valor*: Desde hace tiempo los Derechos Humanos no son objeto de llamamientos, sino que son *derechos* a todos los efectos, reivindicables individual o colectivamente en las instituciones encargadas de su tutela. Los Derechos Humanos constituyen el fundamento del sistema de las normas jurídicas y fundan los Derechos Fundamentales, así como todas las demás normas que se derivan de los Derechos Fundamentales. Son los que legitiman el Estado de derecho. De ellos emana un efecto que abarca todo cuanto hay: la concretización de la justicia por efecto de la organización social de la democracia es la concretización de los Derechos Humanos.

## Bibliografía

- Albrecht, A., *Kosmopolitismus*, en H.-J. Sandkühler (ed.), *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburgo, 2010.
- , *Kosmopolitismus. Weltbürgerdiskurse in Literatur, Philosophie und Publizistik um 1800*, Berlín, 2005.
- Alexy, R., *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, en S. Gosepath y G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Fráncfort, 1998.
- Benhabib, S., *Kosmopolitismus und Demokratie. Eine Debatte mit Bonnie Honig, Jeremy Waldron und Will Kymlicka*, Fráncfort, 2008.
- Bobbio, N., *Il futuro della democrazia* (1984), en Id., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 31995.
- Böckenförde, E.-W., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Fráncfort 1992.
- Dreier, H., *Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes*, en *Jura*, Bd. 5, 1997.
- , *Menschenwürde*, en idem (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, Präambel, Artikel 1-19, Tubinga, 2004.
- Hain, K.-E., *Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu art. 79 Abs. 3 GG*, Baden-Baden, 1999.
- , *Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung?*, en *Der Staat*, Bd. 45, 2006.
- Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Laws: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988.
- Haug, W. F., *Der gesplittene Kosmopolitismus des transnationalen Hightech-Kapitalismus*, en *Das Argument*, n. 282, 2009.
- J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Fráncfort, 1994.
- Kant, I., *Gesammelte Werke*.
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934. Mit Vorw. zum Neudruck v. S.L. Paulson, Aalen, 1985.
- Klein, E., *Menschenrechte und Jus Cogens*, en J. Bröhmer et alii (eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*, Köln, 2005.



Kleingeld, P., *Kants politischer Kosmopolitismus*, en I. Bröhmer et al. (eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag*, Köln, 1997.

Kühnhardt, L., *Die Unteilbarkeit der Menschenwürde als Bedingung der Universalität der Menschenrechte*, en G. V. Lang y M. F. Strohmer (ed.), *Europa der Grundrechte? Beiträge zur Grundrechtecharta der Europäischen Union*, Bonn, 2002.

Kunig, Ph., *Art. 1 (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung)*, en H. D. Jarras y B. Pieroth (eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München, 2006.

Lutz-Bachmann, M. y Bohmann, J. (eds.), *Frieden durch Recht. Kants Friedenidee und das Problem einer neuen Weltordnung*, Fráncfort, 1996.

Radbruch, G., *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, en id., *Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, 1990.

Radbruch, G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946)*, en G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Gotinga, 1999.

Sandkühler, H. J., *Il diritto, lo Stato e la democrazia pluralistica*, en M. Mori (ed.), *Filosofi tedeschi a confronto*, Bolonia, 2002.

—, „Pour une philosophie de la démocratie. La faculté de juger comme condition de l'agir et de la responsabilité?“, en *L'Avenir de l'être humain. Troisième Journée de la philosophie à l'UNESCO 2004*, París, 2006.

—, *Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen*, Fráncfort, 2007.