InDret
4.2026

Sujeto y norma en el Derecho penal internacional

Carlos Pérez del Valle
Universidad CEU Cardenal Herrera-CEU Universities
-

Sumario

-

La exigencia de responsabilidad penal individual que comporta el Derecho penal internacional requiere una discusión sobre el destinatario de las normas jurídicas, que, en este caso, son fuentes del Derecho internacional. La vinculación directa del individuo a estas normas ha sido objeto de debate en la discusión en las primeras versiones del monismo y en los inicios del Derecho internacional; y en el debate sobre una comunidad jurídica cosmopolita y su crítica. Se aborda el examen de estas posiciones en sus fundamentos (Vitoria y Suárez; Kant; Hegel y sus seguidores) y de las visiones recientes que recuperan la cuestión (Habermas y Günther; Fabre). Se propone una solución sobre la base del pensamiento del derecho natural clásico (guerra justa y bellum contra tyrannum) que permite resolver el problema planteado, aunque se confronta con algunos aspectos que pueden constituir contradicciones del propio sistema (la fractura del paralelismno entre responsabilidad del Estado y responsabilidad individual y el carácter selectivo interno).

Abstract

-

The requirement of individual criminal responsibility entailed by international criminal law calls for a discussion of the addressees of legal norms, which, in this case, are sources of international law. The direct binding of individuals to these norms has been the subject of debate both in the early versions of monism and at the origins of international law, and in the debate over a cosmopolitan legal community and its critics. The examination of these positions is undertaken on the basis of their foundations (Vitoria and Suárez; Kant; Hegel and his followers), as well as of recent approaches that have revived the issue (Habermas and Günther; Fabre). A solution is proposed on the basis of classical natural-law thought (just war and bellum contra tyrannum) that makes it possible to resolve the problem at hand, although it is confronted with certain aspects that may constitute contradictions within the system itself (the rupture of the parallelism between State responsibility and individual responsibility, and its internally selective character).

Zusammenfassung

-

Die Forderung nach individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit, die das Völkerstrafrecht mit sich bringt, erfordert eine Auseinandersetzung mit der Frage nach den Adressaten der Rechtsnormen, bei denen es sich in diesem Fall um Normen des Völkerrechts handelt. Die unmittelbare Bindung des Individuums an diese Normen war Gegenstand der Diskussion in den frühen Ausprägungen des Monismus und in den Anfängen des Völkerrechts sowie in der Debatte über eine kosmopolitische Rechtsgemeinschaft und deren Kritik. Untersucht werden die Grundlagen dieser Positionen (Vitoria und Suárez; Kant; Hegel und seine Nachfolger) sowie neuere Ansätze, die diese Fragestellung wieder aufgreifen (Habermas und Günther; Fabre). Es wird eine Lösung auf der Grundlage des klassischen Naturrechtsdenkens (gerechter Krieg und bellum contra tyrannum) vorgeschlagen, die es ermöglicht, das aufgeworfene Problem zu lösen. Zugleich wird diese Lösung mit einigen Aspekten konfrontiert, die Widersprüche innerhalb des Systems selbst begründen könnten: die Aufhebung der Parallelität zwischen staatlicher und individueller Verantwortlichkeit sowie der interne selektive Charakter.

Title: *Subject and Norm in International Criminal Law*
Titel: *Subjekt und Norm im Völkerstrafrecht*

Palabras clave: Derecho penal internacional, cosmopolitismo, ius cogens, contractualismo, comunidad internacional
Keywords*: International criminal law, cosmopolitanism, ius cogens, contractualism, international community*
Stichwörter: *Völkerstrafrecht, Kosmopolitismus, ius cogens, Kontraktualismus, internationale Gemeinschaft*

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.09
-

InDret
4.2026

Recepción
07/04/2026
-
Aceptación
26/09/2026
-

Índice

-

1. El fundamento de la responsabilidad
2. ¿Sólo los Estados son sujetos del Derecho internacional?
3. El camino al cosmopolitismo kantiano
4. Cosmopolitismo postkantiano
4.1. El escepticismo hegeliano
4.2. Una reconstrucción del cosmopolitismo kantiano en HABERMAS y GÜNTHER
4.3. Sujeto del derecho internacional como sujeto de una guerra justa en FABRE (desde el estado de naturaleza en LOCKE)
5. Proscripción de la tiranía y destinatario de la norma
5.1. *bellum contra tyrannum*
5.2. Una dimensión vertical: concurrencia de responsabilidad estatal y responsabilidad individual
5.3. Una dimensión horizontal: el carácter selectivo «interno» de la jurisdicción penal internacional
6. Conclusión
7. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. El fundamento de la responsabilidad

Cuando, en 1872, Gustav MOYNIER propuso la creación de un tribunal penal internacional[1], era difícil predecir la situación actual en ese ámbito. Cualquier exposición histórica sobre el castigo de delitos, reconocidos como tales en el Derecho internacional, y por jueces cuya legitimación supera las fronteras estatales, pone su punto de arranque en momentos relativamente recientes. En ese relato, además, los tribunales de Nuremberg y Tokio aparecen como hechos aislados, porque el periodo de estancamiento posterior, durante la Guerra fría, sólo cedió a la caída del muro y el derrumbamiento de los regímenes comunistas en el este de Europa. A partir de ese momento, la creación de tribunales ad hoc, y muy especialmente los de la ex Yugoslavia y Ruanda, ha marcado el camino hasta la constitución de la Corte penal internacional de La Haya. Desde entonces, el Derecho penal internacional se ha querido constituir como un sistema estable de imposición de penas, con una jurisdicción universal permanente, aunque con condiciones específicas, como la complementariedad del ejercicio de su competencia en relación con el ius puniendi de los Estados. Ha sido tal la velocidad de desarrollo del Derecho penal internacional, que la teoría del derecho penal apenas ha podido seguir su ritmo[2] y, por esa razón, no abunda la reflexión sobre sus propios fundamentos. En realidad, sólo GIERHAKE, con una fundamentación explícitamente kantiana[3], aborda la cuestión en esa perspectiva. Es cierto que, en muchas ocasiones, la aparición de tribunales penales internacionales ha respondido a la necesidad de una respuesta que facilitase, además, una reconciliación con el pasado en el plano nacional e internacional[4], y que su aplicación se impone como exigencia urgente –lo que no quiere decir que sea siempre acertada– de pacificación, y esto no facilita la reflexión. Pero sólo el hecho de que el Derecho internacional confluya, en este ámbito, con el sector del derecho interno tal vez más vinculado tradicionalmente a la idea de soberanía, como es el Derecho penal, expresa lo relevante de esta deficiencia.

La muestra más evidente de la falta de una teoría consistente del derecho penal internacional es, precisamente, su propio contorno normativo. Es cierto que GIERHAKE ha fundado el respaldo que requerían los crímenes internacionales que hoy se admiten, y lo ha hecho de una forma consistente en relación con el genocidio, con los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra[5]. Pero esto no explica por qué otros delitos no están comprendidos. ¿Por qué un determinado tipo penal pertenece al ámbito propio del derecho penal internacional? Fundamentalmente son razones históricas las que han conformado el cuerpo de tipos penales que constituyen su Parte especial (*core crimes*)[6], y las respuestas, que intentan trascender su

[1] MOYNIER, «Note sur la creation d'une institution judiciaire internationale propre a prevenir et a reprimer les infractions a la Convention de Geneve», *Bulletin international des societes de secours aux militaires blesses*, (11), 1872, pp. 122 ss., 123 s.

[2] PAWLIK, «Rezension-Katrin Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre», *ZIS*, (1), 2006, p. 49.

[3] GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, pp. 165-167, pp. 206 y ss.

[4] TOMUSCHAT, «Von Nürnberg nach Den Haag», *Die Friedens-Warte*, (70), 1995, pp. 143 s., 149; WERLE, «Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht», *ZStW*, (109), 1997, pp. 808 ss., 813.

[5] GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts*, 2005, pp. 267 ss., 271 ss., 276 ss. Crítico PAWLIK, *ZIS*, (1), 2006, p. 51.

[6] El hecho de que los crímenes de guerra o incluso que el crimen de agresión sean crímenes internacionales esenciales puede explicarse en los propios inicios, puesto que la propuesta de Moynier está relacionada con el estallido de la guerra franco-prusiana (MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, 1870, pp. 3 ss.), mientras que los crímenes contra la

explicación histórica, son meramente descriptivas[7] y acuden, como único concepto normativo, a la «protección de los derechos humanos», que es la expresión acogida además en los textos internacionales[8]. Pero la monstruosidad de los hechos que se quieren castigar no proporciona sin más un fundamento normativo.

Por otra parte, es interesante la forma en la que, como manifestación de una jurisdicción universal, se ha producido una extensión de sus normas, desde el Derecho internacional a los derechos nacionales a través de la denominada justicia transicional; y lo es también la ampliación de la aplicación extraterritorial del derecho penal, cuya legitimación no puede considerarse muy lejos de la que corresponde al derecho penal internacional, aunque, aparentemente, el problema sería el inverso[9]. Sobre todo desde la justicia transicional se ha recuperado un concepto kantiano con resonancia moral evidente: el «mal radical (das radikal Böse)»[10], traducido después al castellano como «mal absoluto»[11]. El mal radical, en KANT, no es empírico, como lo sería si estuviera condicionado por la sensualidad o por la corrupción de la razón, sino inteligible; lo es porque «corrompe el fundamento de todas las máximas», y supone la «perversidad del corazón»[12]. Es, por tanto, la decisión libre y, por tanto, imputable, que subordina las máximas morales al amor propio y a las propias inclinaciones, sea cual fuere el contenido de la decisión; esto es, aunque fuese conforme a lo que derivaría de la máxima. Pero aquí radica el punto esencial que puede ser de interés: por un lado, la pretensión de castigar hechos cuya gravedad extraordinaria trascendería el interés de uno o varios Estados; por otro, una inequívoca vinculación con la responsabilidad personal, entendida ésta como responsabilidad del individuo. La apelación al

humanidad y, de forma todavía más clara, el genocidio, se han de asociar a la situación generada en la Segunda guerra mundial, y antes de su estallido.

[7] Con apoyo en la tríada «hechos con enorme capacidad destructiva»–«macrocriminalidad»–«impunidad», que sus propios defensores reconocen cuando se refieren a la impunidad como «trasfondo jurídico-fáctico». Cfr. en ese sentido, AMBOS, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, 2005, p. 33. BOISTER trata de justificar por qué determinados tipos penales del derecho penal transnacional (terrorismo, tráfico de drogas, tortura, crimen organizado) no pueden formar parte de la competencia de la Corte penal internacional, pero su conclusión es la dificultad, desde «un punto de vista doctrinal», para «trasferir la competencia» (BOISTER, «Treaty Crimes, International Criminal Court?», *New Criminal Law Review*, (12-3), 2009, p. 365).

[8] BASSIOUNI, «The Proscribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Protection of Human Rights», *The Yale Journal of World Public Order*, (9), 1982, p. 195; AMBOS, «¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y Derecho*, (68), 2013, pp. 6, 22. Críticamente, PÉREZ DEL VALLE, «Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos», en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (eds.), *Liber amicorum. Derechos humanos y derecho penal. Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, 2022, pp. 323 ss.

[9] Sobre esta cuestión de la aplicación extraterritorial de la ley penal, por todos, IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica», *InDret Penal*, (1), 2021, pp. 229 ss.; y también en EL MISMO, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts*, 2024. Precisamente la pretensión de IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, especialmente en su estudio crítico sobre el fundamento en la idea de ciudadanía o del derecho penal del ciudadano (en el examen de Duff, Silva Sánchez y Pawlik, IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *InDret Penal*, (1), 2021, pp. 239 ss.) permite afirmar que la contraposición podría ser aparente y la existencia de una cierta analogía, puesto que se plantea siempre la vinculación a normas que van más allá de la vinculación del individuo a la comunidad política regida por el derecho estatal.

[10] NINO, *Radical Evil on Trial*, 1996, p. VII.

[11] Esta es la traducción de Martín BÖHMER, en NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2.ª ed. La cuestión del carácter «absoluto» –o «radical»– en NINO tiene relación con su rechazo a la idea de retribución (NINO, *Radical Evil on Trial*, 1996, pp. 137 ss.), puesto que es difícil pensar en un castigo que sea adecuado para este mal, salvo que pueda concebirse también como un mal.

[12] KANT, «Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VI, 1968, p. 37.

«mal radical» en KANT es, precisamente, un requerimiento de vinculación de los individuos a las normas del Derecho internacional.

La respuesta positiva del derecho positivo internacional, cuando se prevén tribunales internacionales que aplican penas, es evidente: existe responsabilidad penal individual; pero sólo puede haber responsabilidad por la infracción si existe sujeción a la norma que se infringe. La cuestión se plantea entonces en el Derecho penal internacional en tanto Derecho internacional, y el hecho de que se apele a un «mal absoluto» es, en todo caso, la confirmación de que se pretende vincular, de forma incondicional, al sujeto individual a quien se quiere hacer responsable. La pregunta es, por una parte, si cabe la fundamentación de la responsabilidad individual de forma independiente de la responsabilidad del Estado; por otra, que guarda una relación directa con la anterior, si la vinculación del individuo con la norma cuya infracción es reprochada en el Derecho penal internacional es directa, o existe en función de su sujeción a la soberanía del Estado al que pertenece.

GIERHAKE se enfrenta a la cuestión, y su visión es solvente cuando explica el crimen internacional como negación del derecho en una comunidad jurídica internacional, porque solo la pena, en un plano abstracto, se configura como necesidad racional (*Vernunftnotwendigkeit*) que sigue a la ilicitud constituida por la quiebra de las normas de una comunidad jurídicamente constituida[13]; como GIERHAKE advierte, la cuestión se centra entonces en cuáles son los presupuestos de esa comunidad internacional, y acierta, según creo, cuando niega que exista una comunidad mundial asentada en una estructura constitucional sobre un "orden de paz jurídica", y cuando manifiesta sus dudas sobre la legitimidad de los tribunales penales existentes[14]. Señala PAWLIK que, con este planteamiento, no quedan justificadas las condiciones de ejecución de la pena concreta[15]. Pero no sólo esto: si la legitimación material de los crímenes internacionales se encuentra en la negación, aun parcial, de la vigencia universal de los principios jurídicos que comprenden las condiciones de posibilidad de la paz jurídica en el mundo[16], y este orden requiere una estructura constitucional (*Verfassungsstruktur*), no se explica ni la reacción penal estatal frente a estos hechos, ni la vinculación personal de los individuos a estos principios. GIERHAKE deja al descubierto, sin duda, la debilidad en los fundamentos del Derecho penal internacional; pero por eso es crucial una determinación específica de la posición del sujeto individual en el Derecho internacional, donde las decisiones, en principio, dependen de los Estados.

2. ¿Sólo los Estados son sujetos del Derecho internacional?

Tampoco podía imaginar LISZT, al titular un capítulo de su manual sobre Derecho internacional con esta frase que ahora cito en forma de interrogante, el condicionamiento que implicaría la articulación progresiva de normas, internacionales y nacionales, que exigen responsabilidad penal a sujetos individuales. Pero sí se había producido, en los años precedentes, la primera elaboración dogmática monista –no la primera manifestación del monismo[17]– del Derecho internacional sobre la base opuesta: el presupuesto de la primacía del Derecho internacional,

[13] GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts*, 2005, pp. 166-167.

[14] GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts*, 2005, pp. 295-296, p. 298.

[15] Para quien, de ser totalmente coherente con ese presupuesto, debería negarse el carácter de pena a la sanción del derecho penal internacional, según PAWLIK, *ZIS*, (1), 2006, p. 50.

[16] GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts*, 2005, p. 266.

[17] MÜNCH, «Wilhelm Kaufmann und der ursprüngliche Monismus», *Die Friedens-Warte*, (53), 1955/56, p. 117.

para Wilhelm KAUFMANN, era precisamente que los individuos son sujetos del Derecho internacional, porque en los tratados internacionales se determina también el estatus jurídico del individuo[18]. Esta vinculación es tan fuerte, que afecta también a los funcionarios en su calidad de órganos del Estado[19], y los delegados de los Estados en las comisiones internacionales no deben actuar según las instrucciones de su Estado que los envía, sino según el Derecho internacional y el fin de los convenios internacionales[20]. El mismo BELING, en una recensión crítica de la obra de KAUFMANN, dejaba claro que sus tesis sobre la primacía del derecho internacional derivaban de la premisa de que «los individuos y los órganos estatales, y no sólo los Estados, son sujetos del derecho internacional»[21].

Ciertamente, la doctrina ha apuntado hacia manifestaciones tempranas del monismo, anteriores a Wilhelm KAUFMANN, cuando se insinuaba el Derecho internacional como núcleo de protección de los derechos humanos[22].

a) HEFFTER, en las primeras ediciones de su obra sobre Derecho internacional europeo, trataba de modo genérico la cuestión del sujeto de derecho, después de indicar un listado de «sujetos a los que puede referirse el Derecho internacional»[23]: a partir de una exposición inicial sobre el individuo y sobre el contenido esencial de la libertad[24], definía al Estado y abordaba la cuestión de las relaciones entre Estados a partir de una delimitación de la soberanía de cada uno de ellos y de su igualdad[25]. Pero, propiamente, no desarrolló una teoría de los sujetos de derecho internacional, aunque las características que examinaba, como la extraterritorialidad o el derecho de intervención, contemplaban como sujeto a los Estados y no a los individuos[26]. Posteriormente, desarrollaba conceptualmente esta idea: sólo los Estados y sus soberanos pueden ser considerados sujetos de derecho directos del Derecho internacional, mientras que, en algunas relaciones en particular, pueden ser considerados sujetos de derecho indirectos sus súbditos y las personas que prestan servicio a aquéllos, y de forma privilegiada, los representantes diplomáticos; pero, propiamente, no reconocía que un individuo pudiera ser sujeto del Derecho internacional[27].

---

[18] KAUFMANN, *Die Rechtskraft des internationalen Rechts und das Verhältnis der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben*, 1899, p. 2

[19] KAUFMANN, *Die Rechtskraft des internationalen Rechts*, 1899, p. 13.

[20] KAUFMANN, *Die Rechtskraft des internationalen Rechts*, 1899, pp. 112 ss.

[21] BELING, «Wilhelm Kaufmann-Die Rechtskraft des internationalen Rechts und das Verhältniß der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben (Rezension)», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (42-6), 1900, pp. 280 s.; con anterioridad, en EL MISMO, *Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität: Beiträge zum Völkerrecht und zum Strafrecht*, 1896, p. 10.

[22] MÜNCH, *Die Friedens-Warte*, (53), 1955/56, p. 117.

[23] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart: auf den bisherigen Grundlagen*, 1844, § 12, p. 26: «el ser humano mismo; los estados individuales incluidos en el sistema jurídico común; los soberanos de los Estados y sus familias; y los pertenecientes a un Estado en relación con otros Estados». En la tercera edición (no he consultado la segunda, fechada en 1847) aparecen también los «agentes diplomáticos» (HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 3.ª ed., 1855, § 13, p. 29).

[24] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 1844, pp. 26 ss.

[25] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 1844, pp. 29 ss.

[26] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 1844, respectivamente, pp. 78 ss., 85 ss.

[27] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 6.ª ed., 1878, § 15, p. 35: indica que sólo en «cierta medida» podrían serlo; pero, en realidad, reproduce literalmente su referencia a los derechos de la persona a otro capítulo,

b) En BLUNTSCHLI existía, en sentido estricto, una concepción orgánica de los Estados, a los que atribuía cualidades propias de los individuos sobre la base de la naturaleza humana, y esto se explicaba en la introducción: «el Derecho internacional es el orden reconocido como jurídicamente necesario que regula las relaciones entre los Estados», los cuales, como «pueblos organizados, están formados por personas, y son ellos mismos personas como entidad colectiva unificada, es decir, cuerpos jurídicos vivos y dotados de voluntad, como los seres humanos individuales»; «la misma naturaleza humana, y por tanto la misma naturaleza jurídica, que cada pueblo y cada Estado tiene en sí, se puede encontrar también en otros pueblos y Estados», y como «nadie puede negarse a sí mismo esta naturaleza común, nadie puede dejar de reconocerla en los demás»[28]. Es cierto que, en su conclusión, afirmaba que «todos están obligados por su naturaleza humana común a respetarse mutuamente como seres humanos jurídicos», como «base firme y duradera de todo Derecho internacional». Sin embargo, esta visión es la concepción de un Estado «humanizado» o «antropomórfico» y no, en sentido estricto, que el individuo sea el destinatario de las normas. A eso no afecta, en sentido estricto, que BLUNTSCHLI desarrollase su idea del Derecho internacional sobre el principio de «protección de la libertad personal», al que sustancialmente se opondría la esclavitud, porque el presupuesto se encontraba precisamente en aquella concepción del Estado. En el mismo texto lo reconoce: la prohibición de la esclavitud es un límite de la soberanía de los Estados, que «no puede ejercerse de tal manera que se destruyan los derechos superiores y más generales de la humanidad, porque los Estados son organismos humanos y están obligados a respetar el derecho humano generalmente reconocido»; el Derecho internacional «garantiza una protección jurídica de los derechos humanos e internacionales de las personas pertenecientes a los Estados», pero eso no les convierte en sujetos del Derecho internacional[29], aunque puedan exigir su protección cuando los derechos humanos que garantiza el Derecho internacional son ignorados[30].

Es evidente que HEFFTER o BLUNTSCHLI contemplaban una cierta dimensión personal –esto es: en relación con la persona individual– del Derecho internacional, ligada a la perspectiva de los derechos de la persona y con la reafirmación de su libertad, y fundamentalmente a su garantía. Pero el sujeto individual no es aquí destinatario de las normas de derecho internacional, sino objeto de protección, precisamente porque sobre la idea de soberanía estatal no aparecía, en sentido estricto, un lugar reservado para las fuentes del Derecho internacional. Si se comparan los tratados de HEFFTER o BLUNTSCHLI con el de LISZT, cuya primera edición se separa menos de veinte años de la última edición del primero, y algo más de la del segundo, se observa un matiz

dedicado a «Las relaciones jurídico-internacionales de las personas privadas» (§§ 58 y 58 a, pp. 117 y ss); pero esto no es sino una confirmación de que no entiende que los individuos sean sujetos del Derecho internacional. Esta construcción se mantiene en la 7ª edición, preparada por GEFFCKEN (HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 7.ª ed., 1881, § 14, pp. 40-41; §§ 58 y 58 a, pp. 125 ss).

[28] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten*, 6.ª ed., 1878, pp. 1-2; en ese mismo sentido, cuando desarrolla su concepto del Derecho internacional, como se ha de ver a continuación en el texto.

[29] La garantía está fundada en el reconocimiento del Derecho internacional como «orden mundial» por el que los Estados se vinculan a «una comunidad jurídica de personas» (BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 59); pero «los Estados son las personas en el Derecho internacional» (p. 67) y, como «titulares y garantes del Derecho internacional», lo son «en el más elevado sentido de la palabra» (p. 69).

[30] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 69: «Die einzelnen Menschen sind keine völkerrechtliche Personen in diesem Sinne. Aber sie haben Anspruch auf den Schutz des Völkerrechts, wenn in ihrer Person die von dem Völkerrecht gewährleisteten Menschenrechte missachtet worden sind».

relevante: LISZT dedica su segundo capítulo a las fuentes del Derecho internacional[31] de forma sistemática; HEFFTER y BLUNTSCHLI, sin embargo, aluden a la existencia de «una coacción interna reconocida»[32] por los Estados o al «*consensum gentium*» o «la práctica y costumbres de los pueblos»[33], pero no de una forma sistemática.

Tal vez la diferencia se encuentra en el positivismo de LISZt, porque HEFFTER y BLUNTSCHLI hablan de un «derecho no escrito» consistente en «la moralidad de los Estados cristianos en un nivel mínimo»[34] o de «los principios eternos del derecho natural de los seres humanos o de la conciencia jurídica en progreso de las naciones civilizadas»[35], mientras que LISZT niega el carácter de fuente del Derecho internacional al «derecho natural en el sentido antiguo» o a «la filosofía del derecho o derecho natural en sentido moderno», porque «sólo la convicción jurídica de los Estados puede crear derecho»[36]. Ya JELLINEK, al asentar la idea del tratado internacional como un acto soberano[37], pretende desprender del Derecho internacional cualquier resquicio del derecho natural[38] y respalda la idea de que la fuente real del derecho internacional es, precisamente, la voluntad del Estado. En este contexto, LISZT asume las consecuencias de la denominada «teoría de la voluntad», que no es una voluntad cualquiera, sino la voluntad de quien ejerce la soberanía. No hay, en este aspecto, discrepancia con el núcleo sustancial de la idea de JELLINEK, que quiere desligarse de la analogía entre el derecho de los tratados internacionales y el derecho de obligaciones del derecho privado. Para JELLINEK, esta analogía no existe, y el derecho de los convenios internacionales se desarrolla sobre «principios jurídicos completamente independientes», que derivan de su «naturaleza objetiva»[39].

De todos modos, no siempre la reivindicación de una categoría propia de las fuentes del Derecho internacional pasa por la ruptura radical con el derecho privado. En aquellos momentos, casi de forma simultánea a la publicación citada de Wilhelm KAUFMANN –con un criterio radicalmente opuesto– y a la primera edición del manual de LISZT, TRIEPEL matizó esta idea de voluntad[40]: no la

[31] LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, 1898, pp. 6-9.

[32] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 7.ª ed., 1881, § 2, p. 5.

[33] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 65.

[34] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 7.ª ed., 1881, § 3, p. 6. En contra de una restricción de la vinculación del Derecho internacional a las «naciones cristianas», BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 61: «El Derecho Internacional vincula, como Derecho común de la Humanidad, a cristianos y musulmanes, a brahmanistas y budistas, a seguidores de Confucio y adoradores de las constelaciones, a creyentes y a no creyentes».

[35] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 66.

[36] LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, 1898, p. 8. También niega este carácter de fuente a la «política estatal»; y a «las leyes de desarrollo mediante las cuales (en la medida en que sea posible la investigación científica) se determina causalmente la formación y la historia de los Estados, como la ley de las fronteras naturales o de la extensión al mar».

[37] JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, p. 59: «El derecho a celebrar tratados entre Estados es ahora parte integrante del acto soberano».

[38] CATHREIN, «Die Grundlagen des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (10), 1916, pp. 1 ss., 4.

[39] JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, p. 52; se trata de «factores objetivos del tratado entre Estados y sus consecuencias lógicas, que son reconocidas por los Estados en las relaciones convencionales por el hecho de haber celebrado contratos entre sí» (pp. 50-51).

[40] TRIEPEL, *Volkerrecht und Landesrecht*, 1899, quien, en realidad, construye una teoría de las fuentes del Derecho internacional o, al menos, de la interacción entre las normas internacionales y las nacionales. TRIEPEL era discípulo de Karl BINDING; en el prólogo admite que su planteamiento es opuesto al de KAUFMANN, que acababa de publicar su

voluntad soberana de un Estado, sino «sólo una voluntad común de varios o muchos Estados, reunidos para formar una unidad de voluntad, puede ser fuente de derecho internacional»[41]. De hecho, despliega la idea de BINDING, aceptada por JELLINEK, de la contraposición entre tratado (*Vereinbarung*) y contrato (*Vertrag*)[42]. Los matices de TRIEPEL son una consecuencia lógica de la teoría de la voluntad en el sentido de BINDING, y, en principio, no modifican la idea la posición respecto de su destinatario: aunque las normas de Derecho internacional deriven de la «voluntad común» de varios Estados, es cada uno de estos Estados quien ha de respetarlas y, por tanto, destinatario de aquéllas. CARNAZZA AMARI, autor –casi el único– en que se apoya la distinción, enumeraba las diferencias entre tratado internacional y contrato en el derecho privado y, cuando alude a las existentes en el plano de «las personas a las cuáles se refiere», indicaba que los contratos obligan únicamente a las personas contratantes y a sus bienes, mientras que los tratados, aunque contraídos por los representantes de los Estados, «obligan a la nación entera y, por consecuencia, a todos los ciudadanos que la componen, y no sólo a las generaciones presentes, sino también a las futuras»[43].

JELLINEK no se detiene en este punto, aunque, evidentemente, podríamos anticipar la respuesta, al menos en lo que podría entenderse como una dificultad para su tesis: el tratado internacional obliga a «todos los ciudadanos de la nación» porque éstos quedan sujetos a la soberanía del Estado que contrae la obligación. Los ciudadanos no son destinatarios directos de la norma, sino que lo son sólo como nacionales de un Estado. Precisamente el hecho de que la obligación afecte a generaciones futuras es una confirmación de esta tesis, porque es inaplicable una analogía con el derecho privado: en derecho privado, la transmisión de obligaciones a los herederos sólo afecta los bienes, sobre los que hay posibilidad de sucesión. Sin embargo, quien no había nacido cuando un tratado internacional fue ratificado, no queda obligado porque es "heredero" de quienes sí habían nacido, sino porque es nacional del Estado que contrajo la obligación. El destinatario de la norma es quien contrae la obligación, que fue el Estado, y es él quien, como soberano, impone la obligación a sus ciudadanos.

El matiz no es irrelevante: la sujeción directa a la norma sólo puede predicarse en una perspectiva cosmopolita, «comprometida con un ideal político concreto de un orden global bajo el cual todas las personas tienen derechos y deberes legales equivalentes, es decir, son conciudadanos de una república universal»[44]. Las palabras tampoco son una casualidad: Thomas POGGE hace esta afirmación definiendo un «cosmopolitismo jurídico» (*legal cosmopolitism*) –en realidad,

obra ese mismo año, y que, por coincidir en el tiempo, no había podido tomar en consideración en el texto (p. V).

[41] TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, p. 32.

[42] BINDING, *Die Gründung des Norddeutsches Bundes. Ein Beitrag zur Lehre von der Staatenschöpfung*, 1888, p. 70: « El tratado es la fusión de varias voluntades que son sustancialmente iguales». En JELLINEK, además, con un reconocimiento explícito sobre su relevancia en Derecho internacional, pues, al no existir un legislador sobre los Estados, el derecho vinculante, si no es la costumbre, es la declaración coincidente de varios Estados: «El tratado revela además su gran importancia en el Derecho Internacional. Dado que no existe un legislador situado por encima de los Estados, el derecho que vincula a la comunidad de Estados, cuando no se funda en la costumbre, solo puede nacer de un acuerdo común encaminado a una manifestación de voluntad coincidente» (JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, p. 195. Sobre lo indicado en el texto, TRIEPEL, *Volkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 50-53, con una referencia a JELLINEK: el contrato está referido a intereses contrapuestos; el acuerdo a intereses comunes o iguales, aunque precisa en la nota al pie que sería más correcto hablar de intereses iguales o unitarios.

[43] CARNAZZA AMARI, *Trattato sul diritto internazionale pubblico di pace*, 1875, p. 745.

[44] POGGE, «Cosmopolitanism and Sovereignty», *Ethics*, (103), 1992, p. 49.

cosmopolitismo político– centrado en derechos y deberes, que opone al «cosmopolitismo moral»[45]. Pero cosmopolitismo jurídico –o político– y moral no son mutuamente excluyentes, sino que uno y otro se asocian, o más bien, se necesitan mutuamente: este cosmopolitismo moral promueve «un status quo en la dirección de un orden global más cosmopolita»[46], lo que sólo puede ser entendido en un sentido político-jurídico.

3. El camino al cosmopolitismo kantiano

La relación entre definición de las fuentes del Derecho internacional y determinación del sujeto de derecho –del destinatario de las normas– es, por tanto, evidente, y por eso la contraposición entre Wilhelm KAUFMANN y TRIEPEL se sitúa en torno a esta cuestión. No obstante, una década después, el debate se reavivó de nuevo en un marco algo diferente, y a ello no es ajena la intervención de un crítico del positivismo tan relevante como Erich KAUFMANN, quien defendía, frente a la teoría de la voluntad, que el principio fundamental se encuentra en el derecho a la autoconservación o la supervivencia (*Selbsterhaltung*) de los Estados[47]. También frente a la teoría de la voluntad se manifestó VON BAR, con una sugerente tesis que sus mismos críticos denominaron –porque en ese aspecto se encontraba su base– «teoría de la naturaleza de las cosas»[48]: frente a la teoría de la voluntad, a la que acusaba de fomentar el «autoengaño» y la «falta de una idea superior rectora», reclamaba el reconocimiento de la «idea de humanidad», de modo que «toda norma del derecho internacional y todo comportamiento internacional propuesto y representado por cualquier parte debe estar sujeto al examen de si, con una aplicación y observación generales, la existencia floreciente y el desarrollo ulterior de toda la humanidad no sólo es posible, sino probable»[49]. CATHREIN, como en otros casos en los que, en el derecho, se debatía sobre fundamentos comunes o próximos con la ética, recogió el guante lanzado por VON BAR y, tras explicar brevemente su idea del derecho natural, afirmaba: «estos principios de derecho natural constituyen ahora la raíz y el fundamento no sólo del derecho estatal, sino también del Derecho internacional y de todo derecho en general», porque son «conocidos por toda persona sensata en cualquier situación», y «toda persona juzga las leyes, las guerras, los

[45] POGGE opta por un cosmopolitismo moral definido en los derechos humanos y, dentro de éste, la diferenciación entre cosmopolitismo institucional e interactivo, que son diferentes, pero compatibles (POGGE, *Ethics*, (103), 1992, pp. 50 ss.) y habla de un cosmopolitismo institucional fundado en los derechos humanos.

[46] POGGE, *Ethics*, (103), 1992, p. 49.

[47] KAUFMANN, Erich, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe*, 1911, p. 192. Esta idea desemboca en un límite a los tratados internacionales (KAUFMANN discrepaba de TRIEPEL, tal como se observa en su crítica en pp. 160 y ss), que es la cláusula *rebus sic stantibus*: «sólo pueden ser vinculantes en tanto la situación de poder y de intereses existente en el momento de su formalización no se haya modificado de tal manera que las condiciones esenciales del convenio sean incompatibles con la supervivencia de los Estados que se han comprometido en él» (p. 204).

[48] VON BAR, «Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (6), 1912/1913, pp. 145 ss. En este escrito, defiende la «naturaleza de las cosas» como fuente del Derecho internacional; «si se quiere describir históricamente: derecho natural» (pp. 154-155). En la crítica inmediata a la teoría, destaca SCHOEN, «Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (8-3), 1915, pp. 287 ss.; explícitamente sobre la «teoría de la naturaleza de las cosas», en la conclusión, en p. 321. El relieve que atribuyo a Erich KAUFMANN en este ámbito tiene su fundamento en el mismo texto de VON BAR, que examina detenidamente sus tesis, y contempla en ellas un regreso a la idea de la prudencia política en el derecho internacional (p. 152).

[49] VON BAR, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (6), 1912/1913, p. 158. El punto de partida de VON BAR es, aunque lo adopta citando a TOMASIO, llamativo: busca la idea de humanidad en concepciones de derecho natural próximas, o incluso idénticas, al derecho divino, porque «la divinidad, el derecho divino y el mismo derecho natural protegen a la Humanidad del egoísmo tanto de los individuos, como de pueblos o Estados concretos» (pp. 157-158).

contratos y todos los negocios jurídicos en general según este estándar, incluso si sabe poco o nada sobre las leyes estatales»[50]. Ni VON BAR, evidentemente en la perspectiva del derecho natural racionalista, ni CATHREIN, de modo explícito en su intento de recuperar el derecho natural clásico, desarrollaron más esta idea; pero hay un aspecto particular en CATHREIN que afecta a la cuestión que ahora es relevante: una fundamentación del Derecho internacional en la ley natural convierte en destinatario de esa norma al individuo, que puede juzgar la adecuación al derecho natural de instituciones como el convenio internacional –y, por tanto, de las reservas al convenio, o de la justificación de su incumplimiento– o de hechos instituyentes, como la guerra[51].

Estas visiones son, en cierto modo, cosmopolitas, en el sentido que quisiera dar ahora a la expresión: llamo visión cosmopolita de las normas a cualquier enfoque de las normas de Derecho internacional que contempla a los individuos como tales (no como agentes o representantes de un Estado), y no a los Estados, o no sólo a los Estados, como sus destinatarios. Sin embargo, son diferentes formas de cosmopolitismo, y no es casual que el fundamento racionalista de VON BAR coincida con la referencia a BLUNTSCHLI[52], que proporciona una pista al respecto: «la predisposición a la ciudadanía mundial (Kant) ya es visible, pero su desarrollo sólo es posible si se funda la organización política del mundo»[53]. La ciudadanía mundial, contemplada de esta forma, no era la «comunidad humana universal» de VITORIA, que se inspiraba en el iusnaturalismo clásico[54], sino el cosmopolitismo racionalista kantiano. Las consecuencias de esta visión iusnaturalista clásica se han de desarrollar posteriormente, al tratar la relación de la resistencia al tirano y su relación con el problema del destinatario de las normas en el Derecho penal internacional.

Regreso, no obstante, al iusnaturalismo racionalista y a la cita explícita de KANT por parte de BLUNTSCHLI. La lectura de KANT como defensa de una «ciudadanía mundial» debería matizarse, y, para ello, ha de fijarse la atención en la perspectiva del cosmopolitismo que he querido subrayar antes: el individuo como sujeto de normas que no son dictadas por el Estado que ejerce la soberanía. Por esa razón, quisiera exponer algunas ideas fundamentales sobre el tema en KANT, en la medida que resultan de interés para mi enfoque[55]. Existen dos referencias relevantes[56], en obras cuyo objetivo nada tenía que ver con la perspectiva jurídica del destinatario de las normas:

[50] CATHREIN, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (10), 1916, p. 8.

[51] D'ORS, *De la guerra y de la paz*, 1954, p. 87, en relación con la paz fundada en el pacto o en la victoria legítima, como fundamento de la justicia y estabilidad del nuevo orden.

[52] VON BAR, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (6), 1912/1913, p. 152: «la auténtica fuerza creadora es, por tanto, la convicción sobre el derecho, y no el contrato; éste último sólo hace evidente la convicción sobre el derecho, e indiscutible para quienes contraen la obligación». Con estas palabras intenta resumir lo que había indicado BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, pp. 64-65.

[53] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 69: «El individuo es, en primer lugar, como individuo, una persona privada; pero, en cuanto ciudadano de la comunidad y del Estado, participa de los derechos públicos de la comunidad y del Estado. Allí tiene derecho al Derecho privado; aquí, al Derecho público. También sus derechos humanos encuentran protección, en primer término, en el Estado y por medio de la administración de justicia del Estado. Sin embargo, su personalidad humana se extiende más allá del Estado».

[54] No hablo sólo de la «comunidad cristiana», sino que intento abarcar la tesis de VITORIA, y dejo de lado ahora la interesante polémica generada por Álvaro D´ORS en relación con VITORIA; D´ORS imputa a VITORIA «la destrucción de la idea de Comunidad Cristiana» mediante su sustitución por una «noción puramente racional, absolutamente neutra» (D´ORS, *De la guerra y de la paz*, 1954, pp. 132-133). Es posible que la imputación de D´ORS a VITORIA sea cierta, pero éste «no podía presentir» esta ruptura (D´ORS, *De la guerra y de la paz*, 1954, p. 133). Por tanto, la afirmación del texto no es tampoco incorrecta en la visión crítica de D´ORS: VITORIA no dejó de buscar el fundamento de sus tesis en el derecho natural clásico.

a) En la Crítica del juicio (1790), y cuando trata la cuestión del «último fin de la naturaleza como un sistema teleológico» (§ 83), indica que, aun en una sociedad civil donde sus miembros se sujetasen a sus limitaciones para evitar la destrucción de las libertades –acaba de referirse a la violencia legal para evitar esta destrucción–, «seguiría requiriéndose un todo cosmopolita (*ein weltbürgerliches Ganze*); es decir: sería necesario un sistema que incluya a todos los Estados que corren el riesgo de perjudicarse entre sí»[57].

b) Otra referencia indirecta aparece en la Religión dentro de los límites de la mera razón pura (1793), en una nota al pie en la que intenta establecer una analogía entre el fin de la «idea de unidad objetiva de la religión de la razón (Idee der objectiven Einheit der Vernunftreligion)»: al comparar lo que considera fragmentación de las religiones que inicialmente tienen la pretensión de universalidad, cita la ley de los estados, «tan lejos de un derecho internacional (Völkerrecht) general y poderoso»[58]. Inmediatamente, en el texto, se refiere a «este progreso constante –aunque inadvertido a los ojos humanos– del buen principio de lograr, en el género humano, un poder y un reino como ser común conforme a las leyes de la virtud, que reafirme la victoria sobre el mal y asegure la paz perpetua bajo su dominio»[59].

Más allá de estas referencias, las ideas de KANT en este punto comienzan a articularse en su respuesta a Moses MENDELSSOHN en Sobre el dicho común (Über den Gemeinspruch, 1793[60]): el objetivo general de la obra, que no es otro que mostrar que las afirmaciones teóricas son válidas en la práctica, es el idóneo para desarrollar esta idea. Por esa razón, es interesante su reflexión sobre la solución en un contexto en el que ningún Estado se puede considerar seguro frente a otros, de tal modo que esta situación «a menudo hace que la paz sea aún más opresiva y destructiva para el bienestar interno que incluso la guerra». El único medio de conseguir la paz es

[55] La utilización de la palabra cosmopolita o cosmopolitismo, no siempre en KANT tiene un sentido jurídico o jurídico-político, aunque el enfoque no es muy diferente: por ejemplo, en los Escritos precríticos, habla de lecturas «para cosmopolitas», pero en la frase anterior utiliza la expresión «cualquier ciudadano del mundo (Weltbürger)» (en 1776, KANT, «Aufsätze, das Philanthropin betreffend – Erster Aufsatz», en *Kants gesammelte Schriften*, t. II, 1905, p. 447), frecuente en KANT; o defendiendo que la implantación de cualquier plan educativo debería tener una perspectiva cosmopolita (KANT, «Pädagogik», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. IX, 1968, p. 448). Esta última cita no puede ser fechada, porque responde a las lecciones de pedagogía que publicó RINK en 1803, inmediatamente después de la muerte de KANT; pero se suele entender que, como estas lecciones las impartió aproximadamente desde 1770, podrían formar parte de las ideas precríticas.

[56] Aunque haré referencia a este texto, no creo que, desde el punto de vista de la determinación del sujeto, sea decisiva la referencia a una «situación general cosmopolita» en 1784, en *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (KANT, «Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, 1968, p. 26). Por el contrario, LEYVA, «Kant y el Cosmopolitismo en el debate contemporáneo», *Revista de Estudios Kantianos*, (8-2), 2023, p. 515, entiende que ésta es una «posición fuerte», que atenuaría con posterioridad; entiendo que esto implica, en la perspectiva del derecho, que el individuo sería sujeto y destinatario de las normas.

[57] KANT, «Kritik der Urteilskraft», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. V, 1968, p. 432.

[58] KANT, «Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 123, nota (*).

[59] KANT, «Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 124.

[60] Como es sabido, la obra (KANT, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, 1968, pp. 273 ss.) contiene tres respuestas sobre la relación de la teoría con la práctica: en la moral, a Garve; en el derecho público, a Hobbes; y en el derecho internacional, a Mendelssohn.

«un derecho internacional basado en leyes públicas dotadas de un poder al que todo Estado debe someterse (en analogía con las leyes civiles y estatales para personas individuales)»[61]. KANT, en este punto, pone su confianza en la naturaleza humana («dado que en ella todavía hay respeto por la ley y el deber») y mantiene que, «incluso desde una perspectiva cosmopolita, la afirmación permanece: lo que se aplica a la teoría por causa de la razón, también se aplica a la práctica»[62]. Es obvio que la idea de la que parte KANT es contractualista y sitúa como presupuesto un estado de naturaleza de los propios Estados[63]. El mismo año, en De la paz perpetua (Zum ewigen Frieden, 1793), explica la misma concepción del Derecho internacional en ese marco: lo deseable, «según la razón (…), para que los Estados[64], en sus relaciones entre sí, salgan del estado sin ley, que no contiene más que guerra», es que, en la renuncia «a su libertad salvaje (sin ley)», formen «un estado de naciones (*civitas gentium*)» en el que se sujeten a leyes públicas coercitivas; pero como «no quieren esto en absoluto y, por lo tanto, rechazan hipotéticamente lo que es correcto en teoría», el Derecho internacional (Völkerrecht) aspira a una «alianza para evitar la guerra», como «sustituto negativo» que detenga el «peligro constante» de que estalle[65] y que, mediante un «*status iuridicus*», permita salir del estado de naturaleza, aunque sin leyes coercitivas[66].

En todo caso, es en la Teoría del derecho de Die Metaphysik der Sitten (1797) donde Kant desarrolla sistemáticamente estas ideas, y aquí es necesario tomar en consideración su exposición de la teoría del Derecho internacional[67]. Como en la configuración del derecho público estatal, KANT contempla el punto de partida en el estado de naturaleza. Aquí se trata, no obstante, del estado de naturaleza entre Estados, «donde un Estado, como persona moral, considera frente a otro en estado de libertad natural, y en consecuencia también de guerra constante» (que define inmediatamente como «el derecho del más fuerte»). Por esa razón, el Derecho internacional tiene como misión «el derecho después de la guerra (…), la constitución de

[61] KANT, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 312.

[62] KANT, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 315.

[63] Aunque no de modo explícito, antes de *Über den Gemeinspruch*, está presente en *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (KANT, «Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 27).

[64] KANT está refiriéndose a Estados con una forma republicana (KANT, «Zum ewigen Frieden», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, 1968, p. 350: «toda legislación jurídica debe tener un fundamento – es el republicano»), porque sólo la Constitución republicana tiene legitimidad de origen, al haber surgido de la fuente pura del concepto jurídico (p. 351) y porque «es la única que se adapta plenamente a los derechos del pueblo» (p. 366).

[65] KANT, «Zum ewigen Frieden», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 357; la analogía con el estado de naturaleza de los individuos aparece ya en p. 355, con alguna matización: «sin embargo, en el caso de los Estados, conforme al Derecho internacional, no puede aplicarse precisamente lo mismo que, de acuerdo con el derecho natural, se aplica a los seres humanos en estado de naturaleza: "que deban salir de este estado" (pues, como Estados, ya poseen internamente una constitución jurídica (…)»; sobre la «unión federativa» propia del Derecho internacional, para evitar la guerra, también en p. 367.

[66] KANT, «Zum ewigen Frieden», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 357. A diferencia del contrato que constituye el estado civil-jurídico entre individuos; no rige el derecho público, sino sólo mero derecho privado.

[67] La tripartición Staatsbürgerrecht (*ius civitatis*), Völkerrecht (*ius gentium*) y Weltbürgerrecht (*ius cosmopoliticum*), aparece sistematizada, no obstante, en KANT, «Zum ewigen Frieden», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 349, nota (*), precisamente después de identificar el estado de naturaleza de los individuos y el de los pueblos: «Der Mensch aber (oder das Volk) im bloßen Naturstande benimmt mir diese Sicherheit und lädirt mich schon durch eben diesen Zustand». Sobre las consecuencias de este texto en relación con el derecho penal del enemigo, PÉREZ DEL VALLE, «Zur rechtsphilosophischen Begründung des Feindstrafrechts», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 515 ss.

una paz duradera»; pero también el «derecho a la guerra», el «derecho de la guerra» y derecho «por el que se obligan unos a otros a dejar la guerra»[68]. La propuesta es, como ha destacado con frecuencia la doctrina, una federación de Estados sin poder soberano alguno[69], en la que, evidentemente, el sujeto es el Estado. Sin embargo, la introducción de los individuos supera la mera analogía del estado de naturaleza, cuando afirma que el derecho internacional contempla, «no sólo una relación de un Estado contra otro en su conjunto, sino también de los individuos de uno contra los individuos del otro»[70].

Aparece entonces, frente a la figura del Derecho internacional (Völkerrecht), la del Derecho cosmopolita (Weltbürgerrecht). Subrayo la traducción literal de la expresión (derecho de los ciudadanos del mundo), aunque el propio KANT utiliza la expresión latina (*ius cosmopoliticum*)[71] por su significación en el tema que abordo ahora y porque, como se ha visto, la expresión «cosmopolita» había sido utilizada («en una perspectiva cosmopolita: in kosmopolitischer Rücksicht») por KANT ya antes, en 1793[72]. Quisiera también llamar la atención sobre otro aspecto: de nuevo, aquí, vuelve KANT a la analogía, en el «veto irresistible de la razón moral-práctica»: «no debe existir guerra, no entre tú y yo en estado de naturaleza, ni entre nosotros como Estados, que, aunque internamente estén en un estado jurídico, externamente (en su relación mutua) se encuentran en un estado sin ley, porque no es así como todos deberían buscar justicia»[73]. La referencia al «estado jurídico interno» lo es, indudablemente, al de los Estados como tales, que se han configurado sobre la base del principio general del derecho, que –aunque KANT no lo recuerda de forma explícita– está presente ahora: la posibilidad de subsistencia de diferentes máximas de sujetos libres bajo una ley general[74]. Ésta es la ley general del derecho: «actúa externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda subsistir con la libertad de todos los demás de acuerdo con una ley general»[75]. La aplicación del principio general del derecho a las

[68] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VI, 1968, pp. 343-344: el Derecho internacional tiene como misión «el derecho después de la guerra con él, la constitución de una paz duradera», pero, por esa razón, también el «derecho a la guerra», el «derecho de la guerra» y derecho «por el que se obligan unos a otros a dejar la guerra». A esta visión introductoria del § 53, añade la analítica de los §§ 54 y siguientes, a la que me refiero también en el texto.

[69] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 344: «die Verbindung doch keine souveräne Gewalt (wie in einer bürgerlichen Verfassung), sondern nur eine Genossenschaft (Föderalität) enthalten müsse»; por eso, requiere una renovación de tiempo en tiempo («Zeit zu Zeit») y un derecho *in subsidium* que evite la guerra real entre unos y otros.

[70] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 344.

[71] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 352.

[72] KANT, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 313.

[73] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 354.

[74] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, pp. 230-231. El principio no se limita al derecho privado, porque aparece en el § C de la Introducción a la teoría del derecho (*Metaphysik der Sitten*, p. 231). Sobre esta cuestión, PÉREZ DEL VALLE, «Pœna forensis y retribución. Propuesta para la restauración de una teoría», *InDret*, (3), 2020, pp. 229-230; sobre el argumento de HÖFFE respecto a la aplicación del principio general del derecho, en p. 229, nota 85. En realidad, es una muestra más de lo que KERSTING ha denominado «ennoblecimiento moral del derecho» (KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, 1984, p. 46), y que, según creo, anticipaba COHEN al afirmar que KANT aplicaba los «conceptos generales de la naturaleza y de la persona» de la teoría moral al Derecho (COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, 2.ª ed., 1910, p. 390).

[75] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, pp. 230-231. Sobre esta cuestión, PÉREZ DEL VALLE, *InDret*, (3), 2020, pp. 230-231.

relaciones entre Estados no implicaría sólo la evitación de la guerra, sino la sujeción a un «estado jurídico-internacional», de forma paralela al «estado jurídico-civil» de los ciudadanos.
Creo que cabe aventurar una hipótesis sobre la relación entre el Derecho internacional y el Derecho cosmopolita, que sería congruente con el contexto histórico de KANT y, sobre todo, con su visión del contrato social. Me apoyo aquí en la tripartición de estados con la que HRUSCHKA ha explicado la teoría de KANT sobre la propiedad[76] y que yo mismo he desarrollado tanto en relación con el concepto del derecho penal del enemigo como con la fundamentación retributiva de la pena en KANT[77]. En KANT, existen dos estados previos al estado jurídico-civil y no únicamente un estado civil contrapuesto al estado de naturaleza. Existe un estado de naturaleza intermedio más allá del estado de aislamiento individual: como en el estado jurídico-civil, «en efecto, también puede hablarse en estado de naturaleza de sociedades legítimas (por ejemplo: matrimonial, paternofilial, doméstica o cualesquiera otras) ante las cuales no está vigente ninguna ley a priori»[78]. Por tanto, puede pensarse en un estado de naturaleza del sujeto que no se integra en ninguna otra de las sociedades y en un estado de naturaleza del sujeto que sí vive en sociedades. Y en estas sociedades existen, para KANT, derechos subjetivos, aunque «no hay juez que decidiera en el caso de disputa sobre mi derecho»[79].

El paralelismo entre estado de naturaleza en los individuos y en los pueblos, que hasta ahora se ha mostrado como evidente, afecta también a esta tripartición. El Derecho internacional (Völkerrecht) sería el propio del estado pre-social entre los pueblos, en el que ningún juez rige las relaciones entre los pueblos, porque todos los Estados ejercen sus derechos subjetivos y, a través del contrato, evitan la guerra mediante el cumplimiento de estos compromisos. El derecho cosmopolita (*Weltbürgerrecht*), en cambio, es ya el propio del estado jurídico-civil, donde se sujeta a leyes una comunidad de Estados y no una mera federación; pero la comunidad está formada por los Estados, y son ellos los que se han de sujetar a las leyes: conceptualmente, el derecho cosmopolita es el derecho de «la posible unificación de todos los pueblos con vistas a determinadas leyes generales que rijan sus posibles relaciones»[80].

La analogía del estado de naturaleza apunta, no obstante, a la idea de que los sujetos del *ius cosmopoliticum* han de ser los mismos que lo son en estado de naturaleza, que es el estado de guerra o de permanente riesgo de guerra, o que lo son en el estado pre-jurídico: los Estados. La insistencia en la idoneidad de la forma republicana es también un factor que apunta en esa dirección y esto ha de ser entendido en el propio contexto de KANT. KANT entiende el derecho cosmopolita como un «derecho de ciudadanos del mundo» (*Weltbürgerrecht*), porque cada individuo es protegido por ese derecho. Pero ser sujeto de protección no significa ser titular de derechos y deberes en el sentido en que pueda considerarse sujeto del Derecho internacional. Por eso, la forma republicana, en el sentido en que la entiende KANT, es decisiva en la conformación del Derecho internacional y, si cabe, en mayor medida en el Derecho cosmopolita, porque esto

[76] HRUSCHKA, «Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes», *JuristenZeitung*, 2004, pp. 1085 ss.

[77] PÉREZ DEL VALLE, en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Jakobs-FS*, 2007, pp. 515 ss.; EL MISMO, «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», *Jahrbuch für Recht und Ethik, Strafrecht und Rechtsphilosophie*, (27), 2019, pp. 629 ss.

[78] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 354: «denn es kann auch im Naturzustande rechtmäßige Gesellschaften (z. B. eheliche, väterliche, häusliche überhaupt und andere beliebige mehr), von denen kein Gesetz a priori gilt».

[79] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, pp. 312-313: «es keinen Richter gibt, der in Falle eines Streits über mein Recht rechtskräftig entscheiden würde»; sobre esta cuestión, HRUSCHKA, *JZ*, 2004, p. 1086.

[80] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 354.

implica protección en los derechos de los individuos; pero también representación en la conformación de la voluntad del Estado, como sujeto activo.

La intuición de BLUNTSCHLI –quien, como se vio, quiso ver en KANT «la predisposición a la ciudadanía mundial»[81]– admite, al menos en una interpretación contextual, una cierta discusión; pero, en cualquier caso, marca algunos de los pasos más recientes en el debate. El argumento de que KANT no podía prever, por ejemplo, la existencia de tribunales penales internacionales, o incluso de la Corte penal internacional, que implica el enjuiciamiento de individuos, no añade ni resta relevancia a sus argumentos. Resulta imposible saber si, de preverlo, hubiera modificado sus conclusiones; pero sí puede afirmarse que la integración del contractualismo en su teoría del derecho de KANT y, sobre todo, su aplicación al Derecho público y al Derecho internacional, han marcado los pasos de la discusión posterior y actual.

4. Cosmopolitismo postkantiano

4.1. El escepticismo hegeliano

Sea la que fuere la interpretación que se pueda dar a los textos de KANT, su invocación, por parte de BLUNTSCHLI, no era en vano. Ciertamente, el contexto histórico europeo de fines del XIX no era –ni lo iba a ser a principios del XX– excesivamente propicio para el pensamiento cosmopolita. La inevitable –e inescindible– relación con la política y las relaciones internacionales constituía el respaldo para actitudes negacionistas, o cuando menos escépticas, sobre la capacidad del Derecho internacional para constituirse en derecho objetivo. Una imagen de esta cuestión fue el debate sobre la posibilidad de una analogía entre el contrato del derecho privado y el convenio en el derecho internacional. Pero incluso autores tan influyentes en aquellos momentos como Adolf LASSON o Eduard VON HARTMANN mostraban su recelo[82], porque en ellos pesaba la crítica al cosmopolitismo de HEGEL, fundado en la idea del Estado como individuo soberano[83]. Son dos los argumentos fundamentales de HEGEL: por un lado, el Estado soberano independiente es un fin en sí, en la realización de la autodeterminación humana, y cualquier renuncia a la independencia de un Estado sería no admisible[84]; por otro, la existencia de un «Estado mundial» es una

[81] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 69, en la cita que corresponde a la nota 53.

[82] El peso de esta crítica es subrayado por CATHREIN, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* (10), 1916, p. 2.

[83] OSTRITSCH, «Hegels Kritik des Kosmopolitismus», en VIEWEG/ZABEL/EICHENHOFER/KIRSTE/PAWLIK (eds.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2022, pp. 234-235. Un aspecto fundamental es la concepción de «individuo» en la filosofía de HEGEL, como destaca OSTRITSCH (loc. cit., pp. 235-238), porque el estado, en HEGEL, tiene «individualidad», porque «el espíritu, como relación infinitamente negativa consigo mismo en la libertad, es asimismo esencialmente ser-para-sí, que ha asumido en sí la diferencia existente y, por tanto, es excluyente», y en esa determinación «tiene individualidad, la cual es esencialmente como individuo, y en el soberano como individuo real e inmediato» (HEGEL, *Grundlinien*, § 321). OSTRITSCH acude, con razón, a la idea de HEGEL sobre la singularidad (Einzelheit) y su relación con la individualidad (Individualität), que desarrolla sustancialmente, en la segunda parte de la Lógica, en relación con el concepto de individuo para la persona como ser vivo (HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, II, pp. 281 y ss); aunque, en todo caso, creo que la referencia directa a lo esencial del «ser-para sí» debe conducir también a esta misma idea en la primera parte de la Lógica (HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, I, pp. 92 y ss). Pero lo que interesa en este punto es lo autorreferencial del Estado (la persona individual también lo es) y, como en el caso de la persona individual, la relevancia del reconocimiento mutuo (HEGEL, *Grundlinien*, § 322: «Die Individualität, als ausschließendes Für-sich-sein, erscheint als Verhältnis zu anderen Staaten, deren jeder selbständig gegen die anderen ist»; posteriormente, en §§ 323 y ss, sobre la relación negativa y positiva respecto a otros Estados).

[84] En este sentido, OSTRITSCH, en VIEWEG/ZABEL/EICHENHOFER/KIRSTE/PAWLIK (eds.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2022, p. 237, con apoyo en HEGEL, *Grundlinien*, § 322 A, donde HEGEL críticamente, alude a

imposibilidad ontológica[85], porque cada Estado independiente es un individuo excluyente en su relación con otros Estados individuales. La independencia de cada Estado sólo puede hacerse visible como «relación (*Beziehung*) de otro», como «relación negativa» en «algo exterior»[86], que lo hace excluyente e imposibilita cualquier relación de dependencia o de carácter proporcional (*Verhältnis*) con otro[87], cuando la relación con un «Estado mundial» sólo podría entenderse de este modo[88].

Por esa razón, LASSON recoge, «a lo Hegel», una crítica de la figura teórica del pacto: por una parte, niega que pueda existir estado de naturaleza entre Estados como soberanos[89]; por otro, lo afirma de un modo muy particular y, además, no como hipótesis de trabajo, sino como una realidad[90]. Con sus deficiencias, el Derecho internacional trata de la posición del «Estado entre Estados», y ellos son los sujetos de derecho y los destinatarios de las normas.

Por otro lado, VON HARTMANN, también influido en este aspecto por HEGEL, sólo reconocía orden jurídico «en el Estado», y no, en sentido estricto, cuando falta «la garantía externa de un poder

---

quienes, «por deseos de globalidad», que hablan de «perder su independencia», y afirma que «conocen poco de la naturaleza de una globalidad y del sentimiento propio que un pueblo tiene de su independencia». Más adelante, con claridad: «el pueblo, como Estado, es el espíritu en su racionalidad sustancial y realidad inmediata y, por eso, el poder absoluto sobre la tierra; un Estado es, en consecuencia, respecto a los otros, independencia soberana» (§ 331).

[85] OSTRITSCH, en VIEWEG/ZABEL/EICHENHOFER/KIRSTE/PAWLIK (eds.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2022, pp. 237-238.

[86] HEGEL, *Grundlinien*, § 323. Se parte de una distinción, en los textos de HEGEL, de dos tipos de relación: relación como conexión o interacción (*Beziehung*) y relación como dependencia (*Verhältnis*). Sin este matiz, el argumento sería incomprensible.

[87] Fundamental aquí es, según creo, el paralelismo entre persona (que aparece en la primera parte de la filosofía del derecho de HEGEL, en el Derecho abstracto) y Estado (que surge en la tercera parte, en la Eticidad), y que explícitamente asume: «So wenig der Einzelne eine wirkliche Person ist ohne Relation zu anderen Personen (§ 71 u. sonst); so wenig ist der Staat ein wirkliches Individuum ohne Verhältnis zu anderen Staaten» (HEGEL, *Grundlinien*, § 323 A). Obsérvese la referencia explícita a los §§ 71 y ss, en el Derecho abstracto, que, por cierto, son el punto de arranque de la teoría de la pena: a partir del paso de la propiedad al contrato (§§ 71, 72 y ss) como coincidencia entre la voluntad especial y la voluntad del ser en sí (§ 81) y lo ilícito como «contraposición al derecho en sí y de la voluntad especial» (§ 81), y la fuerza, el delito y la pena (§§ 99 y ss). A este punto se llega desde el concepto de persona, ligado al de propiedad como «ámbito de libertad exterior» (HEGEL, *Grundlinien*, § 41) en el Derecho abstracto, que, como ya señalé hace tiempo (PÉREZ DEL VALLE, «La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel», en ZUGALDÍA/BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, 2024, pp. 625 ss.) no es ni mucho menos unívoco; y, desde luego, muy lejano a la interpretación simplista, muy frecuente, de la máxima «sé una persona y respeta a los demás como personas» (HEGEL, *Grundlinien*, § 36: «sei eine Person und respektiere die anderen als Personen»), que la muestra, a mi juicio erróneamente, como una versión del imperativo categórico de KANT. La aplicación de la idea de individualidad de la persona y su reconocimiento recíproco sobre el reconocimiento mutuo a los Estados confirma, a mi juicio, esta valoración.

[88] Esto es nuclear en la crítica al cosmopolitismo de KANT: una federación de Estados requeriría la unanimidad de la voluntad particular soberana de todos ellos (HEGEL, *Grundlinien*, § 333 A).

[89] Aunque, mediante la prudencia y en la consecución de intereses comunes, se crea un estado jurídico (LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, p. 394). Es cierto que HEGEL, explícitamente, se refiere a un «estado de naturaleza entre Estados»; pero si contempla la existencia del derecho internacional como vigente entre los Estados cuando dice que esta relación «tiene como principio su soberanía» (HEGEL, *Grundlinien*, § 333), lo hace porque «no hay pretor, árbitro supremo o mediador entre los Estados» (HEGEL, *Grundlinien*, § 333 A, precisamente en el contexto de la crítica a KANT a la que acabo de hacer referencia) y no porque contemple ese «estado de naturaleza» en sentido realista, en el sentido de HOBBES (OSTRITSCH, en VIEWEG/ZABEL/EICHENHOFER/KIRSTE/PAWLIK (eds.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2022, p. 243).

[90] LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, p. 395.

incondicional sobre las partes»[91]. Escéptico ante el cosmopolitismo[92], aborda la cuestión del sujeto del Derecho internacional de modo frontal: la persona moral del Derecho internacional es el Estado: no lo es el pueblo, que es un conglomerado de individuos «sin personalidad»[93]; no lo es el individuo, sino las relaciones de los Estados[94].

LASSON y VON HARTMANN eran coherentes en la lógica hegeliana: quien niega auténtica naturaleza de derecho objetivo al Derecho internacional, limita la subjetividad a quien ejerce la soberanía. Cuestión diferente, y no del todo clara, es que, con una radical comprensión del poder subjetivo de los Estados en la conformación de acuerdos o en el cumplimiento de normas consuetudinarias, pudiera afirmarse a estos Estados como destinatarios de normas, porque lo que se pone en duda es la existencia de una norma más o menos incondicional. Pero esto no excluye un internacionalismo no cosmopolita, y un derecho internacional fundado en el reconocimiento mutuo de los Estados[95]: aunque la ruptura de los tratados y la llegada de una guerra no pueda descartarse[96], incluso en la guerra existen «determinaciones del derecho internacional» que implican el «mantenimiento de la paz»: el respeto a los emisarios de otro Estado, a los no combatientes o a prisioneros[97]. En todo caso, se trata de normas cuyo destinatario es el Estado, que, en este punto, no discrepa sustancialmente del cosmopolitismo kantiano de la «federación de los Estados»; pero se separa en el reconocimiento de un límite sustancial que impide la admisión de cualquier vinculación a las normas que pase por alto la soberanía estatal.

4.2. Una reconstrucción del cosmopolitismo kantiano en HABERMAS y GÜNTHER

Sin embargo, puede hablarse de un cosmopolitismo postkantiano, ligado siempre a bases contractualistas, y siempre con la pretensión de vinculación personal del individuo a las normas del derecho internacional. Es cierto que la restricción de la idea cosmopolita de KANT, a la que antes hice referencia, estaba limitada por su propio contexto[98], y también lo es que, en ese contexto, hubiera sido poco realista la propuesta de una comunidad constituida por pueblos, más allá de los Estados particulares[99]. KANT pensaba en conflictos limitados entre Estados y no en guerras mundiales o en guerras civiles; pensaba en guerras limitadas por la técnica, que permitían separar tropas combatientes y población civil, y no en la guerra de guerrillas, de partisanos o en el terrorismo como instrumento de la guerra; pensaba en guerras con objetivos políticos limitados, y no en guerras de aniquilación o expulsión; y, desde luego, no pensaba en el enjuiciamiento de crímenes de guerra, ni siquiera como *ius post bellum*. Pero HABERMAS cree

[91] VON HARTMANN, «Princip und Zukunft des Völkerrechts», en *Gesammelte Studien und Aufsätze gemeinverständlichen Inhalts*, 3.ª ed., 1876, p. 127; EL MISMO, *Phaňomenologie des sittlichen Bewusstseins: Prolegomena zu jeder kuňftigen Ethik*, 1879, p. 498, especialmente en nota al pie.

[92] VON HARTMANN, en *Gesammelte Studien und Aufsätze gemeinverständlichen Inhalts*, 3.ª ed., 1876, p. 123.

[93] VON HARTMANN, en *Gesammelte Studien und Aufsätze gemeinverständlichen Inhalts*, 3.ª ed., 1876, p. 125.

[94] VON HARTMANN, en *Gesammelte Studien und Aufsätze gemeinverständlichen Inhalts*, 3.ª ed., 1876, p. 128: porque sólo afectan a las relaciones entre individuos, y desde un punto de vista ético, cuando los Estados acuerdan regular y determinar la lucha entre ellos (por ejemplo, intentando evitar brutalidades en la guerra).

[95] HEGEL, *Grundlinien*, §§ 331, 336.

[96] HEGEL, *Grundlinien*, § 334.

[97] HEGEL, *Grundlinien*, §§ 338-339.

[98] HABERMAS, «Kants Idee des Ewigen Friedens - aus dem historischen Abstand von 200 Jahren», *Kritische Justiz*, (28-3), 1995, pp. 293 ss.

[99] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 296.

posible «una reformulación, adecuada a los tiempos, de la idea kantiana de pacificación cosmopolita del estado de naturaleza entre los Estados»[100], y que presupone un orden normativo[101] basado en los derechos humanos, con una fundamentación jurídica, que refiere también a KANT y a su concepción del principio general del derecho, en una indiscutible preeminencia de la idea moderna del derecho subjetivo: el privilegio del derecho subjetivo sobre los deberes[102].

En HABERMAS, cualquier orden normativo jurídico requiere un «acto de autoconstitución»[103], que sería evidente cuando, como en la Unión Europea, existe una «soberanía compartida»[104] y, según creo, en la institucionalización de la comunidad internacional mediante amenazas de sanción, que induzcan a sus miembros a respetar el derecho, como sucede en el caso de la proscripción de la guerra de agresión en la Carta de Naciones Unidas[105]. GÜNTHER subraya aquí un aspecto crucial en cualquier orden normativo para HABERMAS y que es decisivo en aquella institucionalización: la exigencia de personas que pueden comprender y seguir las normas, y que están en condiciones de ser hechos responsables por infringirlas[106], en el sentido en que lo entiende Lon FULLER[107]. Por esa razón, una comunidad cosmopolita como comunidad de individuos sólo es posible si «se fundamenta para ellos la pertenencia no mediatizada a la asociación de ciudadanos del mundo libres e iguales»[108] y «la consecuencia más importante de un derecho que trasciende la soberanía de los Estados es la responsabilidad penal de personas individuales por crímenes cometidos al servicio del Estado y en la guerra»[109]. No es irrelevante que estas afirmaciones de HABERMAS pretendan responder a la crítica al cosmopolitismo de Carl SCHMITT, en su comentario al *Précis de droit des gens* de SCELLE[110], a quien acusa de moverse entre los polos individualismo y

[100] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 301.

[101] No utilizo de forma intencional la expresión «ordenamiento jurídico»/«orden jurídico», que entiendo reservada, no a un complejo de normas, sino de relaciones jurídicas reguladas por las normas, en el sentido de HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 2000, p. 410.

[102] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 312. La inmigración, en una sociedad cosmopolita, es un ejemplo: del derecho cosmopolita derivan deberes jurídicos, tanto para quienes llegan a un territorio que no es originariamente el suyo, como para quienes residen en ese territorio. Por esa razón, REINHARDT asienta la ciudadanía cosmopolita sobre dos pilares fundamentales en KANT: el derecho a la hospitalidad y el deber de evitar hostilidades (REINHARDT, *Migration und Weltbürgerrecht. Zur Aktualität eines Theoriestücks der politischen Philosophie Kants*, 2019, respectivamente, pp. 109 ss., 124 ss).

[103] HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, 1992, p. 668.

[104] HABERMAS, «Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen», *Der Staat*, (53-2), 2014, pp. 167 ss., 183. No obstante, reconoce en la Unión Europea «una democracia transnacional sin autorización para decisiones últimas», con la visión de la nacionalidad «intencional» y «artificial (no natural)» (HABERMAS, *Der Staat*, (53-2), 2014, pp. 174 ss.),

[105] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 302.

[106] GÜNTHER, «Geteilte Souveränität, Nation und Rechtsgemeinschaft», *Kritische Justiz*, (49-3), 2016, p. 328.

[107] FULLER, *The Morality of Law*, 1964, p. 162. Esta precisión de GÜNTHER no ignora que las exigencias de una concepción de «la comunidad de naciones y del Estado cosmopolita»no son sólo, institucionalización y de la asociación de «ciudadanos del mundo», sino también una «revisión de los conceptos básicos, necesaria en vista del carácter cambiante de las relaciones interestatales y la restricción normativa del ámbito de acción de los estados soberanos» (HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 305). Pero, según creo, entiende esta revisión de conceptos básicos estaría condicionada por la concepción de sujetos en el orden normativo que se señala en el texto

[108] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 303.

[109] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 304.

[110] El comentario es sobre el *Précis de droit des gens*, que, en dos volúmenes, publicó Georges SCELLE en 1932 y 1934 respectivamente en Recueil Sirey, París, y reimpreso por Dalloz en 2008. Ya antes (también antes de los Tratados

universalismo, de modo que el individuo es directamente miembro de la comunidad internacional, pues «todo individuo es simultáneamente ciudadano cosmopolita (en el pleno sentido de la palabra) y ciudadano de un Estado»[111].

GÜNTHER da un paso en esta dirección, y concreta la idea de soberanía –como soberanía «compartida»– en su vinculación con los derechos fundamentales y su protección como presupuesto del derecho penal internacional: en una «asociación cosmopolita» de destinatarios de las normas, en su doble rol de ciudadanos de un estado nacional y de sujetos titulares de derechos fundamentales, la soberanía estatal implica la responsabilidad sobre la protección de los derechos fundamentales; en caso de que fuese necesaria, sobre esta base se justificaría la intervención humanitaria de la comunidad de los Estados; y, en caso de una infracción «masiva» de esos derechos, explicaría la aplicación de los tipos del derecho penal internacional[112].

No puede negarse a HABERMAS y a GÜNTHER el mérito de renovación –y, por ello, de actualización– del cosmopolitismo kantiano; pero la cuestión es si esta visión, que sitúa en el centro de atención la protección de los derechos, es resistente a la crítica hegeliana y, en los términos ya expresados, trasciende la soberanía estatal. El problema ha sido intuido por Ulrich BECK, cuando aboga por un «cosmopolitismo metodológico» para la sociología[113], porque su enfoque es «de arriba hacia abajo»[114]: en el «acto de autoconstitución» de la comunidad internacional, que quiere reconocerse en la Organización de Naciones Unidas o la Unión Europea, los actores son los Estados. Que las bases de ese acto se asienten en el reconocimiento o la protección de derechos humanos no significa que los sujetos de esas organizaciones internacionales sean los individuos; por el contrario, quienes las componen son los Estados, y son los Estados quienes, de ese modo, constituyen a sus ciudadanos en destinatarios de las normas. En una constitución «desde arriba», el ciudadano no puede ser sujeto del «acto de constitución»; y si no lo es, su posición no va más allá que la del sujeto de protección. GÜNTHER, en un intento –sin duda, brillante– de salvar una posición de destinatario de las normas, pretende una constitución de «abajo hacia arriba», en dos precisamente en función de las consecuencias[115]; pero ni la intervención humanitaria ni la sanción penal en los casos de lesiones masivas de los derechos humanos se explican sin el acto constitutivo en el que intervienen los Estados ejerciendo su poder soberano. La soberanía «compartida» depende de un acto constitutivo, y la universalidad del reconocimiento de los derechos humanos puede encontrarse detrás de estas consecuencias sólo si previamente existen actos estatales y, si proceden de organizaciones internacionales, únicamente porque hay Estados soberanos que las constituyen.

4.3. Sujeto del derecho internacional como sujeto de una guerra justa en FABRE (desde el estado de naturaleza en LOCKE).

---

de Locarno de 1925), SCELLE había abogado por una federación internacional con carácter universal como garantía de la paz, en SCELLE, «Die mögliche und wünschenswerte Entwicklung des Völkerbundes», *Die Friedens-Warte,* (23-7/8), 1923, pp. 233 ss.

[111] SCHMITT, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, 4.ª ed., 2003 (1.ª ed., 1938), pp. 21-22.

[112] GÜNTHER, *KJ*, (49-3), 2016, pp. 333-334.

[113] BECK, «Redefining the Sociological Project: The Cosmopolitan Challenge», *Sociology*, (46-1), 2012, p. 7.

[114] BECK, *Sociology*, (46-1), 2012, p. 12.

[115] GÜNTHER afirma la estabilización de la vigencia de los derechos humanos mediante la sanción penal de quienes detentan el poder público en una nación y establecen un derecho contrario a esos derechos (GÜNTHER, *KJ*, (49-3), 2016, p. 334).

También la cuestión del sujeto del Derecho internacional ha sido abordada por Cécile FABRE en una perspectiva novedosa: es sujeto del Derecho internacional quien puede desencadenar una guerra justa, y en este punto adquiere relevancia el individuo, como «unidad fundamental de la preocupación moral» en la perspectiva de las relaciones internacionales[116]. FABRE quiere ver un punto de partida de su tesis en la doctrina tradicional del Derecho internacional, y aquí no le falta razón: sin duda, en SAN AGUSTÍN, en SANTO TOMÁS DE AQUINO y en PUFENDORF está presente, como exigencia de una guerra justa, que quien la declara o decide iniciarla (*ius ad bellum*) ha de ser una autoridad legítima[117]. Por tanto, es autoridad legítima quien ha de juzgar si ciertos intereses están amenazados y, en consecuencia, quien puede decidir si se da esa situación excepcional en la que, por ejemplo, matar no será un delito[118]. FABRE, en esta perspectiva, entiende no sólo que tal posibilidad puede existir en ciertas organizaciones internacionales, sino también otras personas o grupos, tal como lo demostrarían las denominadas guerras de liberación, de las que se ha predicado la justificación propia de una guerra justa[119]. En ese contexto cosmopolita, no es coherente la restricción de la exigencia de autoridad legítima –entendida como autoridad política legítima– para el inicio de una guerra justa, pues esta facultad debería reconocerse a individuos y grupos de individuos, y no restringirse a organizaciones políticas con la capacidad de crear e imponer leyes en un determinado territorio[120].

Pero es claro que FABRE se inspira, explícitamente, en John LOCKE[121], y fundamentalmente en la afirmación de que «los individuos que actúan solos tienen el derecho de ir a la guerra contra beligerantes extranjeros ilegales». LOCKE, tras diferenciar el estado de naturaleza y el estado de guerra[122], afirma de inmediato: «y es la falta de ésta (de "*no common superior*") una apelación que da a un hombre el derecho a la guerra incluso contra un agresor, aunque éste esté en sociedad y sea un súbdito». El fin del párrafo es determinante: «la falta de un juez común con autoridad pone

[116] FABRE, «Cosmopolitanism, Just War Theory and Legitimate Authority», *International Affairs*, (84-5), 2008, pp. 963 ss. El punto de partida de FABRE se encuentra en unos principios éticos del cosmopolitismo moderno de las últimas décadas: «a) los individuos son las unidades fundamentales de la preocupación moral y deben ser considerados moralmente iguales entre sí; b) cualesquiera sean los derechos y privilegios que tengan los Estados, sólo los tienen en la medida en que sirvan a los intereses fundamentales de los individuos; c) los Estados no tienen una obligación mayor de respetar los derechos fundamentales de sus propios miembros individuales que de respetar los derechos fundamentales de los extranjeros» (p. 964)

[117] FABRE, *International Affairs*, (84-5), 2008, pp. 967-968. SANTO TOMÁS DE AQUINO -que recoge la doctrina de SAN AGUSTÍN, es fuente directa de la que parte VITORIA y, seguramente, fuente indirecta de PUFENDORF y GROCIO- indica las notas esenciales de la guerra justa: la autoridad del príncipe bajo cuyo mandato se hace la guerra, porque a él le compete la defensa del bien común; la causa justa, que supone que los atacados lo merezcan por alguna causa; y que sea recta la intención de los contendientes, lo que supone la intención de promover el bien o a evitar el mal. Autoridad legítima y guerra justa son, sin duda, elementos propios del inicio de la guerra, e interdependientes: la autoridad legítima es quien ha de ponderar las razones de la guerra justa a la hora de decidir si se desencadena (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, 1954, II-II, q. 40, a. 1). Sobre los criterios en SUÁREZ, ROMMEN, *Die Staatslehre des Franz Suarez SJ*, 1926, p. 297.

[118] FABRE, *International Affairs,* (84-5), 2008, p. 968.

[119] FABRE, *International Affairs,* (84-5), 2008, p. 968. El concepto de «guerras de liberación» aparece en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977.

[120] FABRE, *International Affairs,* (84-5), 2008, pp. 968-969, 975.

[121] FABRE, *International Affairs*, (84-5), 2008, p. 965.

[122] LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, 1988, lib. II, cap. III, § 19, p. 280: «Men living together according to reason without a common superior on earth, with authority to judge between them, is properly the state of Nature. But force, or a declared design of force upon the person of another, where there is no common superior on earth to appeal to for relief, is the state of war»; «and it is the want of such an appeal gives a man the right of war even against an aggressor, though he be in society and a fellow-subject».

a todos los hombres en un estado de naturaleza; la fuerza sin derecho sobre la persona de un hombre crea un estado de guerra tanto donde hay, como donde no hay, un juez común»[123]. Quedaría entonces pendiente el problema de la decisión sobre si se puede o no comenzar una guerra, y LOCKE la resuelve en el último apartado del capítulo: la cuestión de quién ha de juzgar si otro se ha puesto en estado de guerra contra mí, cuando no hay un juez común, sólo puede resolverse apelando al cielo, y «de eso yo solo puedo juzgar en mi propia conciencia, como responderé en el gran día al Juez Supremo de todos los hombres»[124]. Aquí se muestra una perspectiva diferente: el cosmopolitismo no es sino la ausencia de fronteras entre estado de naturaleza y estado civil de individuos y Estados. O, dicho en otras palabras: en LOCKE, el estado de guerra lo es en la medida que pone en riesgo a individuos y, por eso, existe también cuando afecta a comunidades de individuos.

En cualquier caso, creo que el intento de FABRE debe ser sometido a una crítica sobre su propio fundamento en LOCKE. En LOCKE, el estado de paz entre Estados es, en realidad, estado de naturaleza, y los acuerdos que se conforman entre Estados, que constituyen una prevención de la guerra, son «men living together according to reason without a common superior on earth», donde la conformidad a la razón es la única limitación, que, por cierto, puede romperse en el estado de guerra. LOCKE representa, en este punto, lo opuesto a KANT, para quien la paz, como se indicó, es consecuencia de la sujeción a un «estado jurídico-internacional», paralelo al «estado jurídico-civil» de los ciudadanos; y esta oposición se traduce en la imposibilidad de reconocer, una vez en estado de guerra, derechos y deberes y, por tanto, de ser sujeto de derecho en sentido estricto, e incluso de imponerle obligaciones y límites en las acciones de guerra. Lo determinante aquí es el estado de naturaleza, donde no hay posibilidad de reconocimiento de las exigencias de la guerra justa, porque sin autoridad legítima quedan invalidadas las demás; pero, sobre todo y en lo que ahora es de interés, el reconocimiento a individuos o a grupos de individuos de la facultad de declarar la guerra justa no supone declararlos destinatarios de norma alguna, porque ésta no existe en estado de naturaleza.

Pero, por otro lado, tampoco creo que FABRE, pese a la originalidad del planteamiento, logre escapar a la crítica hegeliana que devuelve siempre la pregunta sobre el destinatario de la norma a la soberanía estatal: amplía el sujeto a soberanos «impropios» sobre la base de la idea de autoridad legítima; pero esta ampliación sobre la idea de la «autoridad legítima» es consecuencia –y no presupuesto, a diferencia de la doctrina en el derecho natural clásico– de la teoría de la guerra justa. Las «guerras de liberación» son, en los términos del Derecho internacional, conflictos bélicos en los que una parte se enfrenta a «la dominación colonial», a «la ocupación extranjera» o a un «régimen racista»[125], y la otra parte en conflicto es el gobierno del Estado que coloniza, que ocupa el territorio extranjero o que rige en el régimen racista[126].

[123] LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, 1988, lib. II, cap. III, § 19, p. 280.

[124] LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, 1988, lib. II, cap. III, § 21, p. 282.

[125] En ese sentido, el ya citado Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, en su art. 1.4: «conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación».

[126] En todo caso, independientemente de que sea reconocido o no por la parte adversa. Cfr. el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 de 8 de junio de 1977, art. 43.1: «Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa». En mi intento de trasladar estas definiciones a las categorías de la «guerra de liberación» a las de la doctrina de la guerra justa, veo necesario proponer una

Sin embargo, pese a que FABRE acudía, en este punto, a la doctrina clásica de la guerra, la cuestión, cuando se abarca este concepto moderno de «guerras de liberación» en Santo Tomás de AQUINO, VITORIA o SUÁREZ, no es simplemente de guerra justa, sino que se ha de trasladar –porque es el marco de discusión sobre la justicia de la guerra– a otro ámbito: la resistencia contra el tirano. Sin embargo, en este punto, el principio de que la destitución del tirano procede por quien está instituido en autoridad pública[127] y sólo encuentra justificación en casos excepcionales[128], donde, de forma todavía más clara, la legitimación para acabar con la vida del tirano se justifica como una acción de defensa[129].

La tesis del tiranicidio abre, sin embargo, una nueva perspectiva, especialmente si se atiende a algunas reflexiones de VITORIA, quien, sin modificar sustancialmente los términos de SANTO TOMÁS DE AQUINO, añade la idea de guerra cuando se trata de combatir al usurpador: «la *res publica* puede hacer la guerra contra el tirano para defenderse de él; pero ya está en guerra con él, y todavía no ha terminado: luego, mientras dure esa guerra, es lícito a cualquier persona privada matarlo. Y no lo mata por autoridad privada, sino pública, porque la guerra no ha terminado»[130]. Si la reacción frente al tirano que ha usurpado el poder es una guerra, es una guerra justa, y ésta es la razón por la que cualquier persona privada puede matar al tirano, pero porque su acción lo es de defensa de la comunidad política frente al usurpador y no como una acción a título particular. La cuestión es, entonces, si de esa forma puede explicarse también la sujeción directa a leyes penales.

5. Proscripción de la tiranía y destinatario de la norma

5.1. *bellum contra tyrannum*

matización a la «ocupación extranjera» del art. 1.4 del Protocolo I: si quien se enfrenta a la ocupación es la autoridad que regía en ese territorio, el problema no se plantea como tal, porque un cae fuera del concepto general de guerra justa en la defensa contra el invasor.

[127] SANTO TOMÁS DE AQUINO mantiene que la perturbación de una tiranía no es sedición, porque el tirano gobierna según su interés particular, a no ser que «se altere de modo tan desordenado el gobierno del tirano (*quando sic inordinate perturbatur tyranni regimen*) que la multitud sometida sufra un perjuicio mayor por la perturbación consiguiente que por el propio régimen tiránico» (*Summa Theologiae*, 1954, II-II, q. 42, a. 2, ad 3). Por esa razón, afirma que «parece que más se debe proceder contra la crueldad de ellos por autoridad pública, que por presunción particular» (*De regno*, 1954, lib. I, cap. VI); o, lo que es lo mismo: sólo por quien está constituido en autoridad, con la única excepción del tirano *secundum regimen et titulum* y no por sujetos particulares. Esta distinción es admitida también por VITORIA (*Comentarios a la Secunda secundæ de Santo Tomás*, 1933, sobre q. 64, a. 3, n. 5, p. 287).

[128] Los casos que prevé expresamente son dos: «si de derecho pertenece al pueblo el elegir Rey», donde «puede justamente deponer el que habrá instituido y refrenar su potestad, si usa mal y tiránicamente del poderío real»; y «si perteneciese al derecho de algún superior el proveer de Rey a algún pueblo, se ha de esperar de él el remedio contra la maldad de los tiranos» (SANTO TOMÁS DE AQUINO*, De regno*, 1954, lib. I, cap. VI).

[129] La justificación del tiranicidio, en SANTO TOMÁS DE AQUINO, es también excepcional, y se refiere al tirano que ha usurpado el poder. En los Comentarios a las Sentencias de Pedro Lombardo, a la justificación de Cicerón en relación con la muerte de Julio César, «por haber usurpado, como un tirano, los derechos del imperio (*qui quasi tyrannus jura imperii usurpaverat*)», responde que «Tulio se refiere al caso en que alguien se arroga el poder mediante la violencia, contra la voluntad de sus súbditos o incluso habiéndolos forzado a prestar su consentimiento, y cuando no existe recurso alguno a una autoridad superior ante la cual pueda juzgarse al usurpador; entonces, quien mata al tirano para liberar a la patria es alabado y recibe una recompensa» (*Super Sent.*, lib. 2, d. 44, q. 2, a. 2, ad 5). Aclaro que SANTO TOMÁS DE AQUINO se refiere a Cicerón como Tullius (Tulio).

[130] VITORIA, *Comentarios a la secunda secundae* (sobre q. 64, a. 3), p. 287: «Patet, quia respublica potest gerere bellum contra tyrannum ut defendat se ab illo; sed iam habet bellum cum illo, et nondum est finitum: ergo durante illo bello licet cuicumque privato homini occidere illum».

La respuesta a la cuestión precedente requiere, en primer lugar, una mirada a los tipos penales de crímenes internacionales, entendidos como grupos de casos que deberían ser castigados, y cuya división general -sin incidir en aspectos discutibles de la técnica legislativa del Estatuto de Roma (en adelante, ER), como algunos solapamientos de las diversas conductas típicas o las condiciones de procedibilidad que afectan especialmente al crimen de agresión- parece razonable desde el derecho natural clásico. También PASTOR MUÑOZ, aunque en la perspectiva del principio de legalidad en la aplicación del derecho por la Corte penal internacional, ha propuesto una fundamentación sobre bases del derecho natural[131]. En todo caso, crimen de agresión (art. 8 bis ER) o crímenes de guerra (art. 8 ER) son, en realidad, infracciones sustanciales y graves de las normas de *ius ad bellum* y de *ius in bello* que el derecho natural clásico enmarcaba dentro de la doctrina de la guerra justa y, por tanto, normas de ius cogens –en el sentido de SUÁREZ– cuyo destinatario es todo sujeto individual.

La dificultad para encuadrar los crímenes de genocidio (art. 6 ER) o de lesa humanidad (art. 7 ER) queda resuelta, a mi juicio, de forma indirecta: el desarrollo de la doctrina de la guerra justa hacia el *bellum contra tyrannum* puede solventar la cuestión. Las tesis sobre la deposición y muerte del tirano en el derecho natural clásico son, salvo algunos matices, bastante homogéneas[132], y en los términos de la guerra justa las expresa VITORIA: cuando el tirano lo es *propter defectum tituli*, la guerra para combatir deposición sería lícita si es «en utilidad de la *res publica*, y sin sedición ni peligro para la *res publica*, y habiendo esperanza acerca de la muerte del tirano»[133]. Se trata de una guerra justa porque lo es frente al tirano que ha usurpado el poder: la proscripción de la usurpación tiránica del poder es, por tanto, una norma universal, y la usurpación del poder por el tirano es una agresión a la comunidad política que autoriza una defensa con los límites que marca

[131] PASTOR MUÑOZ, «Why International Criminal Law Can and Should be Conceived With Supra-Positive Law: The Non-Positivistic Nature of International Criminal Legality», *Criminal Law and Philosophy*, (17-2), 2023, pp. 381 ss. Entiendo que la perspectiva es diferente, porque PASTOR MUÑOZ aborda la cuestión desde el principio de legalidad y no desde la legitimación material de la sanción penal de las conductas o desde el problema del destinatario de las normas; pero su tesis, precisamente desarrollada a partir de la «fórmula de Radbruch», encuentra su fundamento en el derecho natural en la aceptación de límites externos de la ley penal derivados del derecho natural (dignidad de la persona y verdad, de acuerdo con la idea de SILVA SÁNCHEZ, en pp. 398-399), y en el rechazo de un «paradigma de relativismo absoluto» en la definición de la ley suprapositiva que debería considerarse en la aplicación de la fórmula (p. 399).

[132] Dejo de lado el debate en relación con las tesis de MARIANA, *De rege et regis institutione*, 1611 (reimp. de la 2.ª ed., 1605; 1.ª ed., 1599) de quien siempre se ha defendido una mayor radicalidad en este aspecto, aunque no debería descontextualizarse del contexto histórico: la general convicción de que sus tesis, en las que proponía como ejemplo el regicidio de Enrique III de Francia (en las primeras ediciones, se citaba el nombre de Jacques Clement, el autor de los hechos: «*Iacobus Clemens nomine,(...), in sui ordinis Dominicano collegio theologiae operam dabat: cum cognito a theologis, quos erat circumspectatus, tyrannum iure interimi posse*», *De rege et regis*, p. 53), hubieran sido base para el regicidio de Enrique IV, muy próximo en el tiempo y posterior a la publicación y difusión en Europa de *De regis* (FONT OPORTO, «Suárez, Mariana y el tiranicidio: convergencias, divergencias y silencios estratégicos», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, (44), 2017, pp. 13 ss.). Más allá de esta valoración, lo cierto es que, cuando MARIANA amplía la posibilidad de muerte del tirano *ex parte exercitii*, lo hace al afirmar que el tirano con justo título que no ha depuesto su actitud pese a ser amonestado («*monendus in primis princeps erit atque ad sanitatem revocandus*»), pasa a ser un enemigo público que puede ser pasado por la espada («*principem publicum hostem declaratum ferro perimere*») y, por tanto, un usurpador (*De rege et regis*, pp. 59-60). Por tanto, no modifica las bases del juicio (tiranicidio del usurpador), sino la valoración (también es usurpador quien desoye la justa amonestación).

[133] Francisco de VITORIA*, Comentarios a la secunda secundae* (sobre q. 64, a. 3), p. 287, sobre esta limitación: «Dico ultimo, quod nihilominus est periculosum quod fiat sine tumultu et sine eo quod vergeret in damnum reipublicae. Unde oportet quod, omnibus pensatis, fiat, pensato commodo reipublicae, et sine seditione et periculo reipublicae, et habita spe de nece tyranni».

la propia subsistencia pacífica de quien puede defenderse, que es la comunidad, más allá de que la acción concreta pueda realizarse por un sujeto individual[134].

En esta perspectiva, proscripción de la tiranía (con el límite de la usurpación) y defensa de la *res publica* (con el límite del riesgo para su subsistencia y, por tanto, de la sedición) se fundan en el derecho natural, cuyo carácter vinculante no depende de su reconocimiento positivo. Por ello implican una norma dirigida al sujeto individual a quien prohíbe constituirse en tirano a la vez que habilita a su destitución, incluso con el uso de la fuerza. Cuándo la destitución del tirano no sólo implica una acción individual, sino comporta el riesgo de una guerra, es una pregunta que guarda relación con sus límites, porque sólo dentro de ellos puede afirmarse la guerra justa.

1.ª La primera cuestión requiere –frente a lo sostenido por FABRE– una separación entre la autoridad legítima para el inicio de la guerra y el destinatario de la proscripción de la tiranía, aunque la relación es ineludible: el tirano infringe la norma –no sólo por la usurpación, sino por el ejercicio tiránico del poder– y, por esa razón, está sujeto a ser destituido; en la medida que oponga resistencia, la destitución puede suponer una guerra, que sólo es justa si no constituye una sedición y, por tanto, si quien la inicia puede considerarse instituido en autoridad[135].

2.ª La segunda cuestión afecta a la definición del destinatario: la norma, como proposición prescriptiva, no se dirige únicamente hacia quien ejerce el poder (al tirano). Precisamente, lo que, en principio, aparece como una restricción (la deposición es posible en el tirano que usurpa por la fuerza el poder) muestra que la norma, que lo es de derecho natural, no tiene una limitación en los sujetos y vincula a todo sujeto individual, a quien prohíbe la usurpación.

3.ª La tercera cuestión ha de referirse a la extensión de los destinatarios: cómo puede extenderse la legitimación de la fuerza más allá del propio tirano y frente a quienes colaboran en el ejercicio tiránico del poder. Una respuesta positiva deriva, precisamente, del derecho natural de defensa frente a cualquier tirano, también a quien gobierna en virtud de un título legítimo, pero ejerce el poder de forma tiránica[136]: que, sin usurpación, se restrinja la posibilidad de destitución, no niega la existencia de la norma que proscribe formas tiránicas del ejercicio del poder, puesto que son consideradas agresiones que fundamentarían la defensa.

A mi juicio, la justificación del *bellum contra tyrannum* proporciona, en la perspectiva del derecho natural, un fundamento para la vinculación individual a la norma en la perspectiva del Derecho penal internacional, siempre que la infracción de normas esenciales que constituyen los crímenes internacionales se identifique con el significado del ejercicio tiránico del poder: si la resistencia al tirano puede justificar la resistencia de los súbditos, y en ocasiones la destitución

[134] La acción individual es, por tanto, un ejercicio del derecho de resistencia, que la doctrina alemana reconoce, desde su positivización constitucional en el art. 20.4 GG («Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist»), como una causa de justificación en el derecho penal, pero precisamente con estos límites: se dirige contra una intervención que pretende la eliminación del orden constitucional; y con la imposibilidad de acudir a otro recurso. Cfr. GUSY, «Über die strafrechtliche Bedeutung des politischen Widerstandes», en BEMMANN/MANOLEDAKIS (eds.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates: Griech.-Dt. Symposion für Strafrecht u. Verfassungsrecht*, 1986, pp. 47-50.

[135] Esta delimitación de las exigencias de la destitución mediante una guerra, que deriva de la posibilidad de vinculación de sujetos individuales a la norma que proscribe la tiranía, niega una identificación sin matices entre guerra justa y «guerra de liberación», a la que alude FABRE, y a la que ya me he referido anteriormente.

[136] Francisco de VITORIA, *Comentarios a la secunda secundae* (sobre q. 105, a. 2; sobre la retención del derecho natural a defenderse, sobre q. 64, a. 3, n. 5).

del tirano y hasta su muerte, y si cabe una guerra justa contra el tirano, éste queda sujeto al castigo por los hechos concretos –las «graves injusticias»– que constituyen el proceder de la tiranía.

La pregunta sobre quién ha de castigarlos surge de inmediato. Lo cierto es que la doctrina clásica restringe a los propios súbditos –con carácter general, como se ha indicado, a quienes están instituidos como alguna autoridad– la posibilidad de resistencia y, por tanto, a quienes forman parte de la propia comunidad política que ha estado sujeta a la tiranía[137]. Son, por tanto, los jueces de esa comunidad política quienes han de juzgar al tirano, a quienes infringieron esas normas esenciales. ¿Qué legitima entonces un enjuiciamiento internacional? En primera instancia, desde luego, no hay legitimación posible. Tal vez éste es el punto en que la respuesta del Estatuto de Roma, cuando atribuye a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional un carácter complementario de las jurisdicciones de los Estados, expresa acertadamente su legitimación. De hecho, la Corte aplica derecho de los Estados, no sólo por una visión monista en la que el tratado internacional ratificado se convierte en derecho nacional, porque eso sería insuficiente para garantizar las obligaciones adquiridas en el propio Estatuto. El hecho de que la jurisdicción sea complementaria respecto a la de las jurisdicciones nacionales, tal como se define en el art. 1 ER y se desarrolla en el art. 17 ER, presupone este principio: son los jueces del Estado quienes tienen la competencia originaria para enjuiciar los hechos.

Cuestión diferente es la fundamentación de este carácter complementario, que no puede ser explicado por razones meramente prácticas. Interés moral en la persecución y «justicia natural», en los términos definidos por LUBAN, son los presupuestos de legitimación del castigo por un tribunal internacional. Pero este interés moral se ha de remitir, necesariamente, a una comunidad internacional: la «justicia natural» en la respuesta penal, que no es otra cosa que la justicia de los castigos y del proceso por el que se impone, y el interés moral, requieren la remisión al *ius gentium* en el sentido del derecho natural clásico, como derivación de los primeros principios[138], y muy especialmente en el sentido desarrollado por SUÁREZ: el *ius gentium* está referido a relaciones jurídicas de Derecho internacional privado y de Derecho internacional público, de modo que no puede ser exclusivamente un derecho entre Estados, sino que afecta a las personas que forman parte de las distintas comunidades políticas; y el propio *ius gentium* limita la soberanía de los Estados, que sólo es suprema *in suo ordine.* Por esa razón, y aunque el poder de juzgar al tirano es de los jueces de cada Estado (en la medida que es un poder *in suo ordine),* no hace imposible el enjuiciamiento desde fuera del Estado, cuando converge el interés de la *communitas gentium*.

Sin embargo, no todos los problemas quedan resueltos: la concurrencia de la responsabilidad de sujetos individuales con la responsabilidad del Estado puede condicionar de forma particular la responsabilidad individual, porque no puede olvidarse que las decisiones de las que deriva la responsabilidad estatal son adoptadas por sujetos individuales[139], y porque el peso de las

[137] Esto resulta evidente en el derecho de resistencia reconocido en la Ley Fundamental de Bonn: como indica JAKOBS, su positivización en la GG limita el derecho a los alemanes –no a los extranjeros, aunque sí se extiende a quienes tienen la autorización para el uso de la fuerza, como la policía y las fuerzas armadas– y a la defensa del orden constitucional alemán (JAKOBS, *AT*, 1991, nm. 15/14).

[138] FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2.ª ed., 2011, p. 296 (notas al capítulo X.7), donde desarrolla a SANTO TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologiae*, 1954, I-II, q. 95, a. 4 ad 1 y II-II, q. 57, a. 3 ad 3).

[139] Esto resulta más que evidente en el caso que suele citarse como punto de arranque de la responsabilidad individual en el Derecho penal internacional: la acusación contra el Kaiser, en el art. 227 del Tratado de Versalles,

relaciones de poder dentro del Estado –que no puede considerarse siempre y sin más irrelevante– podría tener un efecto de selección sobre los hechos y los sujetos que son perseguidos y castigados.

5.2. Una dimensión vertical: concurrencia de responsabilidad estatal y responsabilidad individual

Cualquier lectura histórica de la conformación del Derecho penal internacional pone su acento en la responsabilidad individual: desde la propuesta de Moynier, a la que ya he hecho referencia, y que se centraba en la constitución de tribunales ad hoc para cada conflicto bélico, pasando por las exigencias de responsabilidad individual derivadas del Tratado de Versalles y que afectaban de forma especial al inicio de la guerra y a su imputación al Kaiser (por tanto, a lo que hoy llamaríamos crimen de agresión) y a los juicios de Nuremberg y Tokio, con la adición de los crímenes contra la Humanidad. Pero esto debe ser sometido a un análisis crítico: es discutible que, con carácter previo al reconocimiento de la responsabilidad penal individual en el Derecho penal internacional, estuviera claramente definida la responsabilidad de los Estados por los crímenes internacionales.

En mi opinión, las bases de la responsabilidad estatal por crímenes internacionales no estaban asentadas de forma previa a las propuestas de tribunales penales internacionales para personas individuales. Es más: el mismo Moynier justifica su idea del tribunal internacional ante el fracaso de una propuesta anterior[140], en la que apelaba a los estados a una tipificación de delitos fundados en infracciones esenciales del derecho de la guerra[141] –que hoy denominaríamos derecho humanitario bélico, y por la que cada estado castigaría a sus súbditos– y que, a su juicio, fue totalmente desoído: la evidencia de la escasa implicación de los estados («le peu d'empressement qu'ont montré la plupart des gouvernements a faire des lois») y el pronóstico negativo («rien fait prévoir que cette lacune doive être prochainement comblée») le llevan a la conclusión, sólo dos años más tarde, de la necesidad de un tribunal internacional que exija responsabilidad individual[142], tal como he indicado antes. Pero si los gobiernos de los Estados fueron reacios a la tipificación de delitos de guerra, era precisamente porque el Derecho internacional, tras la Convención de Ginebra, tampoco ofrecía ni los presupuestos ni las consecuencias requeridos cuando, en su ámbito, se hubieran cometido hechos que constituyesen infracciones de la Convención. La responsabilidad individual en el Derecho penal internacional aparece, en principio, como la única exigencia de responsabilidad real, lo que precisamente ha permitido que se deje de lado, al menos en parte, la responsabilidad de los Estados. Si se quiere superar esta situación, no hay otra alternativa que una consideración global de la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado, entendiendo que la responsabilidad del Estado trasciende la individual de sus gobernantes y comprende, en los sistemas constitucionales modernos, una responsabilidad colectiva que, tal vez, no puede ser independiente de la responsabilidad moral de

por «offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités», con la previsión de un tribunal internacional formado por cinco jueces en representación de Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. La ofensa a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados de la que era acusado era el inicio de la guerra y, por tanto, un crimen de agresión, del que se le responsabilizaba como sujeto individual.

[140] SEGESSER, «Plus pragmatique que visionnaire: Gustave Moynier, la guerre franco-prussienne et les infractions au droit de la guerre», *Revue d'histoire du XIXe siècle*, (60), 2020, pp. 172-173.

[141] MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève*, 1870, pp. 305-306.

[142] MOYNIER, *Bulletin international des societes de secours aux militaires blesses*, (11), 1872, p. 125.

los individuos. La proposición de Karl JASPERS sobre una responsabilidad colectiva[143] sólo puede ser correctamente interpretada en su vinculación a la responsabilidad moral individual[144], porque, de otro modo, dejaría de considerarse lo que constituye una contribución, como interacción, a la «obra común»[145].

Si se distingue entre la responsabilidad *ex ante* (answerability) y la responsabilidad *ex post* (liability) en relación con la infracción de una norma, es ésta última la que interesa: cuáles son las consecuencias del incumplimiento de la norma (*ex post*), y esto, ciertamente, se complica con la interacción de diferentes variables, que van desde la identificación del agente (Estados, individuos y/o organizaciones internacionales) al tipo de respuesta (reparación coercitiva, medidas de vigilancia o pena como castigo), lo que motiva la coexistencia de diferentes regímenes de responsabilidad[146]. Pero lo relevante en este momento es la responsabilidad penal –la pena como castigo– por crímenes internacionales. El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en relación con la responsabilidad de los Estados («Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts»), aprobado en 2001, no se refiere directamente a los crímenes internacionales, aunque evidentemente estos se integran entre los «wrongful acts» que generan responsabilidad; pero, en los proyectos previos, sí había sido contemplada como tal la «infracción de obligaciones internacionales que fueran esenciales para la protección de la comunidad internacional». Ciertamente, la inclusión de un requisito de reconocimiento del crimen por parte de la comunidad internacional añadía una cierta sofisticación al concepto, tal vez innecesaria[147]. Pero no es esto lo decisivo: el aspecto cardinal en el crimen internacional se encuentra, como se ha indicado, en las normas de ius cogens. Aunque no toda violación de normas de ius cogens supone un crimen internacional[148], los crímenes internacionales son siempre violaciones de las normas de ius cogens, porque lo son únicamente en la medida que infringen deberes que afectan a intereses esenciales de la comunidad internacional con eficacia erga omnes. Esta referencia a las normas de ius cogens como fuente no es irrelevante, y, como ha demostrado PASTOR MUÑOZ, condiciona necesariamente la configuración del principio de legalidad[149]. Pero, en cualquier caso, la imputación individual y la imputación a la organización estatal no se hallan desvinculadas, sino en una relación de reciprocidad[150]. De hecho, no es irracional plantear como hipótesis la necesidad de exigencia de responsabilidad estatal –o de los grupos que pueden ser considerados como agentes– y, por

[143] JASPERS, *Die Schuldfrage. Von der politischen Haftung Deutschlands*, 4.ª ed., 2020 (1.ª ed., 1946), pp. 57 ss.

[144] PÉREZ DEL VALLE, «Jaspers revisitado. Prolegómenos sobre la responsabilidad en Derecho penal internacional», en GARCÍA MOSQUERA/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/LUZÓN PEÑA (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal*, 2024, pp. 133 ss., 143.

[145] PEREIRA GARMENDIA, *Responsabilidad por los delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad*, 2016, p. 453.

[146] CRAWFORD/WATKINS, «International Responsibility», en BESSON/TASIOULAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, 2010, pp. 283 ss., 284.

[147] PELLET, «Can a State commit a crime? Definitely, yes!», *European Journal of International Law*, (10-2), 1999, pp. 425 ss., 428.

[148] ACOSTA ESTÉVEZ, «Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, (11), 1995, pp. 3 ss., 19, 22.

[149] PASTOR MUÑOZ, «Was bleibt übrig von dem Gesetzlichkeitsprinzip in dem Völkerstrafrecht? Zugleich ein Beitrag über die Leistungsfähigkeit der Radbruchschen Formel», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (104), 2018, pp. 455 ss., quien entiende, con razón, que una concepción del principio de legalidad que da entrada al derecho suprapositivo es menos problemática en tribunales internacionales que en los sistemas legales domésticos. También, PASTOR MUÑOZ, *Criminal Law and Philosophy*, (17-2), 2023, p. 401.

[150] PEREIRA GARMENDIA, *Responsabilidad por los delitos atroces*, 2016, p. 385.

tanto, se sancionen, cuando se han cometido crímenes previstos en el Estatuto o en los delitos contemplados en los Códigos penales nacionales como lesiones de las normas de la comunidad internacional.

En todo caso, para aceptar esta hipótesis es necesario contemplar también las consecuencias, puesto que «resulta imprescindible la existencia de mecanismos institucionalizados que, con criterios jurídicos, determinen cuándo existe un crimen internacional y qué sanciones son aplicables al mismo, como reacción de la comunidad internacional en su conjunto»[151]. Esta mirada a las consecuencias, si se considera la propia calificación del crimen como algo especialmente grave, y cualificado en relación con cualquier acto ilícito estatal en el Derecho internacional, ha de ser represiva: por tanto, no puede reducirse a la mera obligación de hacer cesar la situación ilícita o a la reparación, sino que ha de comprender sanciones[152]. Pero, aunque estas consecuencias no están previstas en ningún texto, ni siquiera puede hablarse de sanciones que pudieran ser aceptadas de acuerdo con la costumbre internacional.

5.3. Una dimensión horizontal: el carácter selectivo «interno» de la jurisdicción penal internacional

Con frecuencia, el sistema de jurisdicción penal internacional es criticado por su carácter selectivo, que se considera muy superior al que se manifiesta en los derechos penales nacionales[153]. Por lo general, se hace referencia a este carácter selectivo cuando se quiere llamar la atención sobre los casos en los que la Corte penal Internacional ha desarrollado procesos y, sobre todo, los ha completado, puesto que se trataría siempre de casos en los que «no eran de temerse costes políticos demasiado grandes» y o bien «después de la caída o la derrota militar del régimen responsable de la comisión de los crímenes», o bien cuando se trataba de Estados débiles[154], como en el caso de investigaciones que afectaban sustancialmente a países africanos. Una parte muy relevante de la doctrina considera que esta faceta es el «problema más sensible» del derecho penal internacional, precisamente porque quiere resaltar su «carácter pedagógico», y deja de lado esta aplicación selectiva cuando se refiere a que sólo «se juzga un puñado de personas» o «unos cuantos episodios emblemáticos»[155]. PASTOR lo señala de forma explícita: «dirige su acción únicamente contra los responsables de los hechos localizados en la cúspide de la jerarquía del aparato criminal enjuiciado»[156].

En efecto, las investigaciones y las decisiones de los tribunales internacionales renuncian, en cierto modo, a ser exhaustivas en la búsqueda de personas responsables, y se centran en determinados sujetos cuya sanción penal, precisamente por su posición respecto de los hechos, adquiere una dimensión simbólica que se considera decisiva. Para distinguir entre estos dos aspectos de la aplicación selectiva del derecho penal internacional, puede denominarse a la primera, que hace referencia a la limitación referida a la denominada «justicia de los vencedores»

[151] CARRILLO SALCEDO, *El derecho internacional en un mundo en cambio*, 1984, p. 162.

[152] ACOSTA ESTÉVEZ, *AEDI*, (11), 1995, p. 2.

[153] PASTOR, «Contradicciones actuales del Derecho penal internacional», en GIL GIL/MACULÁN (eds.), *Intervención delictiva en Derecho penal internacional*, 2013, p. 58.

[154] WERLE/BURGHARDT, «El futuro del Derecho penal internacional», *Revista Penal*, (31), 2013, pp. 258 s.

[155] DAMAŠKA, «What Is the Point of International Criminal Justice?», *Chicago-Kent Law Review*, (83), 2008, pp. 360-361.

[156] PASTOR, en GIL GIL/MACULÁN (eds.), *Intervención delictiva en Derecho penal internacional*, 2013, p. 58, nota 9.

o a la debilidad de los estados que se sujetan a la jurisdicción de la Corte, aplicación selectiva «externa», y a la que limita su eficacia a personas concretas con una posición simbólica determinante, aplicación selectiva «interna».

La diferencia entre la limitación «externa» y la limitación «interna» no es irrelevante: que la jurisdicción internacional aparezca como una justicia impuesta por quien ha vencido –evidentemente, cuando ha sido posterior a un conflicto bélico, como en el caso de Nuremberg o Tokio– o que sólo alcance a Estados más o menos débiles, puede ser comprendido como una mera limitación fáctica. La limitación «externa» –es decir, que condiciona al sistema penal desde el exterior– no deja de ser una «trivialidad criminológica», porque en cualquier persecución penal se agregan ciertas prácticas de selección que hacen que no sólo sea considerada la relevancia y el merecimiento penal del hecho[157], aunque entraña el riesgo de poner en cuestión algunos presupuestos de aplicación del Derecho penal internacional; pero lo importante no es si hay una limitación selectiva, sino qué limitación y en función de qué criterios se adopta[158]. Por eso, el carácter selectivo «externo» de la jurisdicción internacional en sentido propio puede suponer una deficiencia no deseable en su desarrollo y en su eficacia, e incluso puede llegar a poner en tela de juicio la razón de su propia existencia.

Sin embargo, el hecho de que la jurisdicción internacional, cuando se declara competente sobre un caso, limite su acción a ciertos dirigentes en función de su visibilidad, y deje de lado el juicio de otros responsables de los hechos que han colaborado con aquéllos, sólo puede ser entendido como una limitación normativa, que tiene una implicación conceptual y supone que la jurisdicción internacional tiene una naturaleza fundamentalmente simbólica. Esta limitación selectiva «interna», a la que hago referencia, puede mostrar incoherencia del sistema que se pretende construir: si todo individuo es destinatario de las normas y la exigencia de responsabilidad penal individual es consecuencia primordial de esa premisa, carece de sentido la restricción de los responsables a quienes han desempeñado funciones directivas en los hechos que se juzgan. Pero, sobre todo, es incongruente la exclusión de cualquier proceso penal –desde luego, ante la jurisdicción internacional, y, de facto, también ante la jurisdicción nacional del Estado competente– de quienes han desempeñado tareas subordinadas en hechos cuya trascendencia no puede ser negada.

Con la alusión a un «derecho penal simbólico» no queda resuelto el problema, al menos en su acepción original, en tanto que sólo simula eficacia jurídica[159]. Aquí, simbólico significaría

[157] KÖLBEL, «Die dunkle Seite des Strafrechts: Eine kriminologische Erwiderung auf die Pönalisierungsbereitschaft in der strafrechtswissenschaftlichen Kriminalpolitik», *Neue Kriminalpolitik*, (31-3), 2019, pp. 257-258.

[158] No obstante, en ocasiones se define como reducción selectiva «externa» a algo que sólo de forma impropia puede ser considerado selección: la denuncia de un sesgo político-económico en la tipificación de crímenes internacionales, al apartar de su foco de atención delitos graves que afectan al mundo financiero o al medio ambiente (KÖLBEL, *Neue Kriminalpolitik*, (31-3), 2019, p. 259; también BURCHARD, «(Völker-)Strafrecht im Zeichen der Erschütterung ordnungskonstitutiver Gewissheiten», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (103-2), 2020, p. 196). Este sesgo no es una selección sobre la aplicación del derecho penal internacional, sino sobre su propia constitución, y no es este problema el que ha de ser tratado ahora, porque las limitaciones constitutivas no implican selección en la persecución, sino delimitación de los grupos de casos que han de considerarse crímenes internacionales. En sentido estricto, hablar de carácter selectivo en estos últimos casos, más allá del debate sobre lo legítimo de las pretensiones, añade confusión a un terreno poco clarificado de por sí.

[159] HASSEMER, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (9-12), 1989, pp. 553 ss. Críticamente, en la medida que la justificación «simbólica» de ciertos tipos penales podría servir para ocultar determinados presupuestos dogmáticos, PETERS, «Symbolisches Strafrecht?», *Juristische Rundschau*, (8),

castigar sólo a quien tiene un inequívoco carácter representativo, y la quiebra de la igualdad ante la ley: se castiga a una figura cuya función en la infracción penal tiene un indiscutible papel representativo. La solución, necesariamente, ha de pasar por el enjuiciamiento de todos los responsables de un hecho, y aquí el carácter complementario de la jurisdicción internacional debería ofrecer ciertas garantías: sólo la exigencia a los Estados del enjuiciamiento ulterior de sujetos subordinados a quien fue juzgado por la Corte penal internacional mostraría coherencia en el sistema de sanción.

6. Conclusión

A mi juicio, estos obstáculos a la coherencia del sistema de Derecho penal internacional sólo pueden ser resueltos en un marco de discusión que contemple el sujeto como destinatario de normas y que tome en consideración los límites de la soberanía estatal como derivados de la propia naturaleza de la comunidad política. Creo haber mostrado, por una parte, que no es posible resolver la primera cuestión dejando de lado la cuestión de las fuentes y del destinatario de las normas en el Derecho internacional; y que tampoco es posible en la defensa de visiones cosmopolitas que no pueden superar el escollo de la soberanía estatal. Pero un sistema penal no puede ser meramente contractualista si no reconoce una soberanía ilimitada, porque no puede estar sujeto exclusivamente, en su fundamentación, a la voluntad de las partes que lo integran, porque la idea misma de la voluntad lo relativiza hasta cuestionar la idea del castigo. KANT lo percibió así desde un primer momento y asoció el derecho penal al imperativo categórico para salvar el contrato; y el mismo KANT, como he explicado antes, acudió al cosmopolitismo de una «federación de Estados» que, evidentemente, no podría construir un sistema penal más allá de lo convenido entre ellos y, por tanto, ausente de la nota esencial de la necesidad moral del castigo. Por eso GIERHAKE puede hablar de necesidad racional y no de necesidad moral, aunque la necesidad moral es, en mi opinión, necesidad de la razón práctica.

Mi propuesta, que apunta hacia una idea de bien común de la comunidad internacional, encuentra su base en la teoría de la guerra justa y, sobre todo, en el engarce de ésta con la de la destitución del tirano. En mi opinión, el pensamiento de SUÁREZ y, fundamentalmente de VITORIA –que trasladaban en este punto, con fidelidad, el pensamiento de SANTO TOMÁS DE AQUINO, aunque la incidencia de VITORIA es la que más se ha tomado en consideración– explica la relación entre sujeto y norma en el Derecho internacional, y los presupuestos de la infracción. Cuando la pena es una expresión del *bellum contra tyrannum*, porque la proscripción de la tiranía es la norma que se infringe, no sólo se establece fundamento para el castigo, sino que, también, quedan legitimadas las condiciones de su ejecución concreta. Es evidente que esto no es una garantía de acierto, porque es posible una inadecuada delimitación de lo que constituye la tiranía por parte de los sujetos que adoptan decisiones, que son los Estados; pero sin esta base, las deficiencias en su legitimación dificultan, aun con buenas intenciones, un desarrollo adecuado del Derecho penal internacional. No obstante, esto no es un intento de abrir un frente de debate que muy pocas veces ha sido frecuentado.

7. Bibliografía

ACOSTA ESTÉVEZ, «Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, (11), 1995, pp. 3-22.

2020, p. 419.

AMBOS, «¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y Derecho*, (68), 2013, pp. 5 ss.

———, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. por Malarino, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005.

VON BAR, «Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (6), 1912/1913, pp. 145 ss.

BASSIOUNI, «The Proscribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Protection of Human Rights», *The Yale Journal of World Public Order*, (9), 1982, pp. 193 ss.

BECK, «Redefining the Sociological Project: The Cosmopolitan Challenge», *Sociology*, (46-1), 2012, pp. 7-12.

BELING, «Wilhelm Kaufmann-Die Rechtskraft des internationalen Rechts und das Verhältniß der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben (Rezension)», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (6(42)), 1900, pp. 280 ss.

———, *Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität: Beiträge zum Völkerrecht und zum Strafrecht*, Schletter (Franck & Weigert), Breslau, 1896.

BINDING, *Die Gründung des Norddeutschen Bundes. Ein Beitrag zur Lehre von der Staatenschöpfung*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1888.

BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten*, 6.ª ed., C. H. Beck, Nördlingen, 1878.

BOISTER, «Treaty Crimes, International Criminal Court?», *New Criminal Law Review*, (12-3), 2009, pp. 341 ss.

BURCHARD, «(Völker-)Strafrecht im Zeichen der Erschütterung ordnungskonstitutiver Gewissheiten», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (103-2), 2020, pp. 189 ss.

CARNAZZA AMARI, *Trattato sul diritto internazionale pubblico di pace*, V. Maisner e Compagnia, Milano, 1875.

CARRILLO SALCEDO, *El derecho internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1984.

CATHREIN, «Die Grundlagen des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (10), 1916, pp. 1 ss.

COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, 2.ª ed., Bruno Cassirer, Berlin, 1910.

CRAWFORD/WATKINS, «International Responsibility», en BESSON/TASIOULAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 283-298.

DAMAŠKA, «What Is the Point of International Criminal Justice?», *Chicago-Kent Law Review*, (83), 2008, pp. 329 ss.

D'ORS, *De la guerra y de la paz*, Rialp, Madrid, 1954.

FABRE, «Cosmopolitanism, Just War Theory and Legitimate Authority», *International Affairs*, (84-5), 2008, pp. 963-976.

FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.

FONT OPORTO, «Suárez, Mariana y el tiranicidio: convergencias, divergencias y silencios estratégicos», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, (44), 2017, pp. 13 ss.

FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven/London, 1964.

GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

GÜNTHER, «Geteilte Souveränität, Nation und Rechtsgemeinschaft», *Kritische Justiz*, (49-3), 2016, pp. 321 ss.

GUSY, «Über die strafrechtliche Bedeutung des politischen Widerstandes», en BEMMANN/MANOLEDAKIS (eds.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates: Griech.-Dt. Symposion für Strafrecht u. Verfassungsrecht*, Luchterhand, Hagen, 1986, pp. 45 ss.

HABERMAS, «Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen», *Der Staat*, (53-2), 2014, pp. 167 ss.

———, «Kants Idee des Ewigen Friedens - aus dem historischen Abstand von 200 Jahren», *Kritische Justiz*, (28-3), 1995, pp. 293 ss.

———, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.

VON HARTMANN, *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins: Prolegomena zu jeder künftigen Ethik*, Carl Duncker, Berlin, 1879.

———, «Princip und Zukunft des Völkerrechts», en *Gesammelte Studien und Aufsätze gemeinverständlichen Inhalts*, 3.ª ed., Carl Duncker, Berlin, 1876, pp. 121 ss.

HASSEMER, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (9-12), 1989, pp. 553-558.

HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 7.ª ed., ed. de Geffcken, E. H. Schroeder, Berlin, 1881.

———, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart: auf den bisherigen Grundlagen*, E. H. Schroeder, Berlin, 1844.

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970 (obra original de 1821).

———, *Wissenschaft der Logik*, t. I, 1812; t. II, 1816, Johann Leonhard Schrag, Nürnberg, 1812/1816.

HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 2000.

HRUSCHKA, «Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes», *JuristenZeitung*, 2004, pp. 1085 ss.

IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024.

———, «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica», *InDret Penal*, (1), 2021, pp. 229 ss.

JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991.

JASPERS, *Die Schuldfrage. Von der politischen Haftung Deutschlands*, 4.ª ed., Piper, München, 2020 (1.ª ed., 1946).

JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Freiburg im Breisgau, 1892.

———, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, A. Hölder, Wien, 1880.

KANT, «Pädagogik», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. IX, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 437 ss. (obra publicada en 1803, datada aproximadamente 1770-1780).

———, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VI, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 203 ss. (obra de 1797).

———, «Zum ewigen Frieden», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 341 ss. (obra de 1795).

———, «Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VI, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 1 ss. (obra de 1793).

———, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 273 ss. (obra de 1793).

———, «Kritik der Urteilskraft», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. V, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 165 ss. (obra de 1790).

———, «Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 15 ss. (obra de 1784).

———, «Aufsätze, das Philanthropin betreffend – Erster Aufsatz», en *Kants gesammelte Schriften*, t. II, Georg Reimer, Berlin, 1905, pp. 445 ss. (obra de 1776).

KAUFMANN, ERICH, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1911.

KAUFMANN, WILHELM, *Die Rechtskraft des internationalen Rechts und das Verhältnis der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben*, F. Enke, Stuttgart, 1899.

KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1984.

KÖLBEL, «Die dunkle Seite des Strafrechts: Eine kriminologische Erwiderung auf die Pönalisierungsbereitschaft in der strafrechtswissenschaftlichen Kriminalpolitik», *Neue Kriminalpolitik*, (31-3), 2019, pp. 249 ss.

LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, J. Guttentag, Berlin/Leipzig, 1882.

LEYVA, «Kant y el Cosmopolitismo en el debate contemporáneo», *Revista de Estudios Kantianos*, (8-2), 2023, pp. 505-527.

VON LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, O. Haering, Berlin, 1898.

LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, ed. de Laslett (1.ª ed., 1690 [1689]), Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

MARIANA, *De rege et regis institutione*, Typis Wechelianis, apud haeredes Ioannis Aubrii, Mainz/Hanau, 1611 (reimp. de la 2.ª ed., 1605; 1.ª ed., 1599).

MOYNIER, «Note sur la creation d'une institution judiciaire internationale propre a prevenir et a reprimer les infractions a la Convention de Geneve», *Bulletin international des societes de secours aux militaires blesses*, (11), 1872, pp. 122 ss.

———, *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, Joël Cherbuliez, Paris, 1870.

MÜNCH, «Wilhelm Kaufmann und der ursprüngliche Monismus», *Die Friedens-Warte*, (53), 1955/56, pp. 117 ss.

NIDA-RÜMELIN, «Zur Philosophie des Kosmopolitismus», *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, (13-2), 2006, pp. 231 ss.

NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2.ª ed., trad. por Böhmer, Siglo XXI, Buenos Aires, 2019.

———, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven, 1996.

OSTRITSCH, «Hegels Kritik des Kosmopolitismus», en VIEWEG/ZABEL/EICHENHOFER/KIRSTE/PAWLIK (eds.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, pp. 229 ss.

PASTOR, «Contradicciones actuales del Derecho penal internacional», en GIL GIL/MACULÁN (eds.), *Intervención delictiva en Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 55 ss.

PASTOR MUÑOZ, «Why International Criminal Law Can and Should be Conceived With Supra-Positive Law: The Non-Positivistic Nature of International Criminal Legality», *Criminal Law and Philosophy*, (17-2), 2023, pp. 381 ss.

———————, «Was bleibt übrig von dem Gesetzlichkeitsprinzip in dem Völkerstrafrecht? Zugleich ein Beitrag über die Leistungsfähigkeit der Radbruchschen Formel», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (104), 2018, pp. 455 ss.

PAWLIK, «Rezension-Katrin Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (1), 2006, pp. 49 ss.

PELLET, «Can a State commit a crime? Definitely, yes!», *European Journal of International Law*, (10-2), 1999, pp. 425 ss.

PEREIRA GARMENDIA, *Responsabilidad por los delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2016.

PÉREZ DEL VALLE, «Jaspers revisitado. Prolegómenos sobre la responsabilidad en Derecho penal internacional», en GARCÍA MOSQUERA/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/LUZÓN PEÑA (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal*, BOE, Madrid, 2024, pp. 133 ss.

———————, «La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel», en ZUGALDÍA/BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 625 ss.

———————, «Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos», en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (eds.), *Liber amicorum. Derechos humanos y derecho penal. Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 323 ss.

———————, «Pœna forensis y retribución. Propuesta para la restauración de una teoría», *InDret*, (3), 2020, pp. 214 ss.

———————, «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (27), 2019, pp. 629-647.

———————, «Zur rechtsphilosophischen Begründung des Feindstrafrechts», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Carl Heymanns, Köln, 2007, pp. 515 ss.

PETERS, «Symbolisches Strafrecht?», *Juristische Rundschau*, (8), 2020, pp. 414-420.

POGGE, «Cosmopolitanism and Sovereignty», *Ethics*, (103), 1992, pp. 48 ss.

REINHARDT, *Migration und Weltbürgerrecht. Zur Aktualität eines Theoriestücks der politischen Philosophie Kants*, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 2019.

ROMMEN, *Die Staatslehre des Franz Suarez SJ*, Volksvereins Verlag, Gladbach, 1926.

SCELLE, *Précis de droit des gens*, t. I-II, Dalloz, Paris, 2008 (reimp. de la edición de Recueil Sirey, 1932-1934).

———————, «Die mögliche und wünschenswerte Entwicklung des Völkerbundes», *Die Friedens-Warte*, (23-7/8), 1923, pp. 233 ss.

SCHMITT, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, 4.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2003 (1.ª ed., 1938).

SCHOEN, «Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (8-3), 1915, pp. 287 ss.

SEGESSER, «Plus pragmatique que visionnaire: Gustave Moynier, la guerre franco-prussienne et les infractions au droit de la guerre», *Revue d'histoire du XIXe siècle*, (60), 2020, pp. 163 ss.

TOMÁS DE AQUINO, *De regno*, Corpus Thomisticum, Textum Taurini 1954 editum [Disponible en: https://www.corpusthomisticum.org/orp.html]. Traducciones contrastadas con *Del gobierno de los príncipes (De regimine principum)* [Disponible en: https://tomasdeaquino.org/del-gobierno-de-los-principes-de-regimine-principum/].

———, *Summa Theologiae*, Corpus Thomisticum, Textum Taurini 1954 editum [Disponible en: https://www.corpusthomisticum.org/sth0000.html]. Traducciones contrastadas con *Suma Teológica (edición bilingüe)* [Disponible en: https://tomasdeaquino.org/suma-teologica-bilingue/].

———, *Scriptum super Sententiis*, Corpus Thomisticum, Textum Parmae 1856 editum [Disponible en: https://www.corpusthomisticum.org/snp0001.html].

TOMUSCHAT, «Von Nürnberg nach Den Haag», *Die Friedens-Warte*, (70), 1995, pp. 143 ss.

TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1899.

VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundæ de Santo Tomás*, t. V, qq. 89-140 (de iustitia et fortitudine), ed. de Beltrán de Heredia, San Esteban, Salamanca, 1935.

———, *Comentarios a la Secunda secundæ de Santo Tomás*, t. III, qq. 57-66 (de iure, de iustitia et aliis), ed. de Beltrán de Heredia, San Esteban, Salamanca, 1933.

WERLE, «Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (109), 1997, pp. 808 ss.

WERLE/BURGHARDT, «El futuro del Derecho penal internacional», *Revista Penal*, (31), 2013, pp. 247-261.