

**DEL ESTADO-NACIÓN DE DERECHO AL ESTADO
DE DERECHO POSTNACIONAL:
ANÁLISIS DE LA TESIS DE L. FERRAJOLI
SOBRE LA DESNACIONALIZACIÓN
DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ***

J. Alberto del Real Alcalá

Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN: POSTNACIONALISMO Y ESTADO DE DERECHO



L análisis que se realiza en este trabajo de la propuesta de Ferrajoli sobre la *desnacionalización* de la *teoría de los derechos* puede ubicarse en el ámbito de las reflexiones contemporáneas sobre las propuestas que postulan *resitu*ar al Estado de Derecho en el *postnacionalismo*, y que persiguen la superación del nacionalismo: la consideración de que la etapa *nacional* de los Estados de Derecho y, consecuentemente también de sus sistemas jurídicos, es algo

* Este artículo se inserta en el ámbito del Grupo de investigación «Democracia y derechos» (SEJ 331) de la Junta de Andalucía-Universidad de Jaén. Asimismo se inserta en el ámbito del Proyecto de Investigación «Democracia, derechos humanos y nacionalismo» (BJU-2000-0261-C03-02) del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

que ha quedado obsoleto en nuestro mundo contemporáneo, por lo que procede su evolución hacia el *Estado de Derecho postnacional*. Estas propuestas que, expresa o implícitamente, tratan de evolucionar doctrinalmente el *Estado-nación de Derecho* hacia el concepto de *Estado de Derecho postnacional*, abogan por desnacionalizar la identidad colectiva, las instituciones de la Democracia y del Estado de Derecho y, en general, de todo lo que se incluye en el ámbito de *lo público*, por tanto, también el Derecho en un sentido genérico y los sistemas jurídicos en un sentido particular.

Sin embargo, una cuestión previa a la hora de poder identificar el Estado de Derecho postnacional es definir previamente en qué consiste el *postnacionalismo*. Para este cometido voy a hacer referencia muy breve, y solo a efectos de introducir el análisis de la tesis de Ferrajoli que es la tarea central de este artículo, a dos propuestas contemporáneas que desde ámbitos diferentes pueden claramente considerarse como «postnacionales» y que, en este sentido, de algún modo son susceptibles de aportar criterios útiles a la hora de identificar el *Estado de Derecho postnacional*. Estas propuestas de postnacionalismo han sido aportadas tanto por la tesis del *patriotismo en la Constitución* de Jürgen Habermas, que puede considerarse como paradigma de *lo postnacional*, como por el *laicismo identitario* de la Democracia según John Keane.

Así, por una parte, el postnacionalismo, como propuesta *desnacionalizadora* que contiene el discurso del «*patriotismo constitucional*» de Dolf Sternberger¹ y de Jürgen Habermas², tiene que ver con la identidad colectiva

¹ Véase D. STERNBERGER, *Patriotismo constitucional*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

² Véase J. HABERMAS, «Identidad nacional e identidad postnacional. Entrevista con J. M. Ferry» ID., *Identidades nacionales y postnacionales*, trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 111-121; ID., *Ciudadanía política i identitat nacional*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1993; ID., «Patriotismo de la Constitución en general y en particular», en ID., *La necesidad de revisión de la izquierda*, introd. y trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1991 y 1996, pp. 211-222; ID., «La hora de las emociones nacionales: ¿mentalidad republicana o conciencia nacional?», en ID., *La necesidad de revisión de la izquierda, op. cit.*, pp. 225 y ss.; ID., «Ciudadanía e identidad nacional», en ID., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introd. y trad. esp. de la 4.ª ed. rev. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 619-643; ID., «Inclusión: ¿Incorporación o integración? Sobre la relación entre nación, Estado de Derecho y Democracia», en ID., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. esp. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 107-135; ID., «El Estado nacional europeo. Sobre el pasado y el futuro de la soberanía y de la ciudadanía», en ID., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política, op. cit.*, pp. 81-105; ID., *Más allá del Estado nacional*, introd. y trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, 3.ª ed., Trotta, Madrid, 2001.

y el proceder a la reformulación de esta compleja cuestión según ha sido entendida habitualmente desde el Estado-nación de Derecho contemporáneo. Habermas propone que el Estado de Derecho y constitucional aborde estos problemas de forma diferente y, por lo tanto, que tome carácter postnacional, que consistiría en desligar la idea nacional –referente habitual de la identidad colectiva– de lo que es la Ley Constitucional. En lo que nos interesa aquí, hay que decir que la relevancia de lo que defiende el autor alemán tiene que ver no con abogar por una nueva identidad «nacional» sino precisamente por una identidad colectiva distinta que no sea nacional sino «postnacional», en razón de la pérdida de que en «el nacionalismo quedara drásticamente devaluado entre nosotros [los alemanes] como fundamento de la identidad colectiva. Y de ahí también que la superación del fascismo constituya la particular perspectiva histórica desde la que entre nosotros se entiende a sí misma una identidad postnacional, cristalizada en torno a los principios universalistas del Estado de Derecho y de la democracia»³. En consonancia con lo dicho, el autor alemán nos va a proponer, como única forma admisible de patriotismo, el que la Constitución sea el referente exclusivo del patriotismo, a modo de un *patriotismo postnacional*⁴.

Siendo el fin del patriotismo constitucional el «anclaje de los principios constitucionales en la conciencia jurídica de los ciudadanos democráticos»⁵, a partir de esta identidad colectiva postnacional a modo de patriotismo postnacional, Habermas deriva una nueva idea de *ciudadanía postnacional*, a modo de «una ciudadanía democrática que no se cierra en términos particularistas» de formas de vida *étnico-culturales*, y que pueda «preparar el camino para un *status* de ciudadano del mundo o una *cosmocidadanía*, que hoy empieza a cobrar ya forma en comunicaciones políticas que tienen un alcance mundial»⁶. La ciudadanía postnacional es defini-

³ J. HABERMAS, *Identidades nacionales y postnacionales*, *op. cit.*, pp. 116-118.

⁴ J. HABERMAS, *Identidades nacionales y postnacionales*, *op. cit.*, p. 114: «Para nosotros [los alemanes] no es nada nuevo el que la unidad de nuestra vida cultural, lingüística e histórica no coincida con la forma de organización que representa el Estado. Nunca fuimos uno de los Estados nacionales clásicos. Sobre el trasfondo de una historia de casi un milenio, los setenta y cinco años del Reich de Bismarck son un período bien corto. E incluso después, y aun prescindiendo de los alemanes suizos y de minorías alemanas de otros Estados, hasta 1938 el Reich alemán hubo de coexistir con Austria. En esta situación considero que para nosotros, los ciudadanos de la República Federal, un patriotismo en la Constitución es la única forma posible de patriotismo».

⁵ J. HABERMAS, «Patriotismo de la Constitución en general y en particular», *op. cit.*, p. 211.

⁶ J. HABERMAS, «Ciudadanía e identidad nacional», *op. cit.*, p. 643.

da como «el ser ciudadanos de un Estado y el ser ciudadanos del mundo [pues ambos *status*] constituyen un *continuum* cuyos perfiles empiezan ya a dibujarse»⁷.

Desde un punto de vista jurídico, puede observarse que la consecuencia de la propuesta de Habermas es la «desregulación jurídica» respecto a la idea nacional y su «secularización» respecto de las instituciones públicas, a partir de «establecer un Estado de Derecho y anclar éste en una cultura política que, pese a todo, es más o menos liberal»⁸. Por lo que, en buena medida, esta «desregulación jurídica» puede constituir un rasgo identificador del Estado de Derecho postnacional frente al Estado de Derecho actual⁹, que sigue en mayor medida anclado en las tradiciones conceptuales del *Estado-nación de Derecho*.

Por otra parte, el postnacionalismo en la tesis de John Keane es una propuesta desnacionalizadora que aboga por el «laicismo identitario» del sistema democrático, y que tiene que ver asimismo con características que en buena medida se predicarían del Estado de Derecho postnacional. Hans Kohn ya habían adelantado propuestas cuya dirección apuntaba hacia el camino de la secularización identitaria de las instituciones¹⁰, sin embargo, contemporáneamente, esta tesis ha sido desarrollada por John Keane¹¹. Refiriéndola muy sintéticamente, el laicismo identitario de la Democracia que este autor defiende significa rechazar la tesis de la «unión entre *nación* y *sistema político*», que es una característica típica del Estado-nación de Derecho¹². El autor británico defiende la separación entre *nación* e *institu-*

⁷ J. HABERMAS, «Ciudadanía e identidad nacional», *op. cit.*, p. 643.

⁸ J. HABERMAS, *Identidades nacionales y postnacionales*, *op. cit.*, p. 116.; *vid.* LÓPEZ CALERA, N., «Derechos humanos y nacionalismo», en José Antonio LÓPEZ GARCÍA, & J. Alberto DEL REAL ALCALÁ, (eds.): *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 83-88; *vid.* asimismo, Antonio Enrique PÉREZ-LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

⁹ La descripción de los distintos modelos de Estado de Derecho puede verse en R. de ASÍS ROIG: *Aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson & Universidad de Jaén, Madrid, 1999.

¹⁰ Véase H. KOHN, *The Idea of Nationalism. A Study in its Origins and Background*, The Macmillan Company, New York, 1944; trad. esp., ID., *Historia del nacionalismo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1.ª ed. en esp., 1949, 1.ª reimpr. en esp., 1984.

¹¹ Véase J. KEANE, *Democracia y sociedad civil*, vers. esp. de A. Escotado, Alianza Editorial, Madrid, 1992; ID., «Nations, Nationalism and Citizens in Europe», *International Social Science Journal*, 46 (2), 1994, pp. 169-184; vers. esp., en ID., «Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, núm. 31, 1994, pp. 79-99.

¹² J. HABERMAS, «Inclusión: ¿Incorporación o integración? Sobre la relación entre nación, Estado de Derecho y Democracia», *op. cit.*, p. 111.

ciones democráticas, en base a la idea de que el nacionalismo «no es [ya] ningún presupuesto necesario para un proceso democrático»¹³. Esta propuesta postnacional aboga, entre otras cuestiones, por considerar que «la nacionalidad queda mejor comprendida [...] como una identidad perteneciente a la sociedad civil y no al Estado» y, por tanto, sea considerada «como una titularidad civil de los ciudadanos»¹⁴ y no de la nación.

En este trabajo voy a tratar de observar si la tesis de la *desnacionalización* de la *teoría de los derechos* de Ferrajoli tiene o no verdaderamente contenido *postnacional*, y, de ser así, si este contenido, además, es susceptible de ser útil de alguna manera a la hora de identificar el *Estado de Derecho postnacional*, y por tanto de aportar algún tipo de criterio que permita contrastarlo frente al *Estado-nación de Derecho* actual.

II. LA TESIS DE LA DESNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE L. FERRAJOLI: ¿HACIA EL ESTADO DE DERECHO POSTNACIONAL?

A consideración del Profesor de la Universidad de Roma, es en mayor medida a raíz del fenómeno de la inmigración cuando el vínculo entre la teoría de los derechos y las categorías nacionales que conlleva el Estado-nación de Derecho ha devenido más claramente en vínculo *incoherente* y *contradictorio*, y en *ineficacia* a la hora de la *realización* de derechos humanos para *todos*, si tenemos en cuenta el paradigma internacional contemporáneo que representa la universalidad de los derechos según la Carta de Naciones Unidas y la Declaración de Derechos del Hombre de 1948 y las de 1966. La tesis de Ferrajoli que aquí observamos tiene que ver, por tanto, con la relación entre *lo nacional* y la *teoría de los derechos*; concretamente con una de los aspectos más importantes de los *derechos* y del *Estado de Derecho*: me refiero a la dimensión de realización y efectividad de los derechos¹⁵.

¹³ J. KEANE, «Nations, Nationalism and Citizens in Europe», *International Social Science Journal*, 46 (2), 1994, pp. 169-184; vers. esp., ID., «Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, núm. 31, 1994, p. 88.

¹⁴ J. KEANE, «Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea», *op. cit.*, pp. 95-96

¹⁵ Sobre el concepto *integral* de derechos fundamentales en el que se incluye a la *eficacia* de los mismos como uno de sus componentes más importantes y que es defendido por el profe-

El contenido de la tesis de la *desnacionalización* de la *teoría de los derechos* por la que aboga el autor italiano comprende las siguientes tres premisas:

En primer lugar, el «constitucionalismo interno o estatal» como primera premisa de su tesis. El punto de partida de la argumentación de Ferrajoli son dos antinomias a las que ha dado lugar el cuestionamiento de los significados tradicionales de los conceptos de *soberanía* y *ciudadanía* que articulan aún hoy el Estado-nación de Derecho. Esta antinomia entre «soberanía, ciudadanía y derecho constitucional interno» tiene que ver con que «la historia de la soberanía, según la clásica definición de Bodino “*potestas legibus solutus*”, incorpora dos desarrollos paralelos y opuestos.» Por una parte, «la historia de la soberanía *interna*¹⁶ –relacionada con esta antinomia– supone su progresiva disolución [de esta soberanía] con la formación de Estados democráticos y constitucionales. [Mientras que] La historia de la soberanía *externa* comporta su progresiva concentración, proceso que alcanza su apogeo en la primera mitad de este siglo con las catástrofes de las dos guerras mundiales»¹⁷.

Sin embargo, en la historia de la soberanía interna, en el Estado liberal perviven elementos absolutistas del tipo de la concepción positivista legalista de la supremacía de la ley, la doctrina *democrática* de la omnipotencia del legislativo como agente de la soberanía popular, o la soberanía del Parlamento que fueron suprimidos por la idea de *Rechtstaat*. Siendo la doctrina democrática a la que se refiere Ferrajoli la «doctrina de la voluntad general» de Rousseau, frente a la que opondría la teoría jurídica del *garantismo*, y que «conlleva aquella el sacrificio de los derechos y de los intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos¹⁸, lo que permite verdaderamente supe-

sor G. Peces-Barba, véase G. PECES-BARBA, (con la colaboración de R. de ASÍS ROIG; C. R. FERNÁNDEZ LIESA & A. LLAMAS GASCÓN), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid y *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1999, pp.; sobre el concepto de los derechos, véase asimismo R. de ASÍS ROIG: *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.

¹⁶ Sobre el proceso de la soberanía *interna*, véase L. FERRAJOLI, «La soberanía en el mundo moderno», ID., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pról. de Perfecto Andrés Ibañez, trad. esp. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 138-144.

¹⁷ L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, pp. 173-174.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pról. de Norberto Bobbio, trad. esp. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, p. 884: «la doctrina de la voluntad general, tanto directa como

rar esta antinomia es el *Estado constitucional de Derecho*, desde la idea de que también el poder legislativo de la mayoría está sujeto a la Ley Constitucional¹⁹.

A raíz de que «los significados tradicionales de soberanía y ciudadanía han sido puestos en cuestión por la crisis total del Estado nación al que ambos están ligados, el autor italiano considera que es necesario rebasar el ámbito de validez y eficacia de la norma *nacional*: el significado de soberanía, «en tanto que designa la completa independencia del Estado de vínculos jurídicos internos y externos»; y el significado de ciudadanía, «en tanto que representa el *status* subjetivo de pertenencia a una comunidad política [nacional] dada»²⁰. Y el análisis de Ferrajoli que aquí observamos se sitúa en el ámbito de la *teoría de los derechos y del status jurídico de la ciudadanía (nacional)*²¹, muy relacionada a su vez con la idea de *soberanía*. La propuesta que nos hace va a implicar que la idea nacional, y particularmente el *status* de ciudadanía *nacional*, dejarían de ser un «pre-requisito» – como lo es actualmente – para la *realización* de los derechos humanos, dimensión que, sin duda, a su vez, constituye una de las más relevantes condiciones de *eficacia* de la Democracia.

En segundo lugar, otra de las premisas de la tesis de Ferrajoli es «la *des-estatalización y des-nacionalización* de los derechos». La antinomia descrita más arriba ha generado –considera– una segunda antinomia entre el

representativa, es una doctrina de la democracia *política* que resuelve solamente el problema de la legitimación formal de *quién decide*, es decir, de la investidura democrática de los sujetos titulares de los poderes de gobierno; y que, por lo demás, corre siempre el riesgo de resolverlo –cuando tal legitimación se asume, del mismo modo que en Rousseau, como un valor absoluto y exclusivo–.

¹⁹ L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, p. 174: Así, pues, «en las democracias constitucionales –afirma– no existen ya los poderes o sujetos absolutos y soberanos»; y añade: «La declaración francesa de derechos de 1789 y la constitución que la siguió cambiaron la naturaleza del estado y, con ella, el principio de soberanía interna. La división de poderes, el principio de legalidad y los derechos fundamentales representaban tantas limitaciones y, en última instancia, negaciones de la soberanía interna, que la relación entre el estado y el ciudadano se transformó en la relación entre dos sujetos con soberanía limitada». Y respecto a los elementos absolutistas en el Estado liberal entiende que «este elemento remanente [de absolutismo] se vio atenuado por la invención en nuestro siglo de constituciones rígidas y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes».

²⁰ L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Gerardo Pisarello, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fontamara, México DF, núm. 9, octubre de 1998, p. 173. Artículo que fue publicado originalmente en R. BELLAMY (ed.), *Constitutionalism, democracy and sovereignty*, Avebury, 1996.

²¹ Para Kelsen la ciudadanía consistía en un *status* definible como «el dominio de validez personal del orden jurídico estatal». Véase en este sentido, H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. de la 2.ª ed. alem. de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 293.

universalismo de los derechos fundamentales y su realización reducida y limitada al ámbito estatal-nacional a través de la categoría restrictiva de ciudadanía *nacional*; con la consecuente e insuficiente realización de aquellos en el contexto mundial, y que de manera más dramática ha puesto ahora de manifiesto la explosión de la inmigración²². Pero esta segunda antinomia no es sino una nueva puesta en cuestión del arsenal conceptual más relevante del *Estado-nación de Derecho*.

Aun cuando los derechos fundamentales (con la única excepción de los derechos políticos²³) fueron proclamados inicialmente en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 26 de agosto de 1789 como derechos «universales», y de las dos clases de *status* vinculados a los derechos fundamentales, éstos fueron reconocidos a *todos* en cuanto *personas* y no como *ciudadanos*²⁴, en verdad, dicha proclamación pudo ser así –según Ferrajoli– sin mayores costos, en tanto que no era verosímil ni previsible que los hombres y mujeres del Tercer mundo llegaran a Europa y que dichas declaraciones de principios se tomaran literalmente²⁵. Pero a partir del fenómeno actual de la migración, ese hecho ha ocurrido y ha puesto de manifiesto que los derechos humanos universales están reducidos a «derechos de *ciudadano*», es decir, a derechos vinculados a la *ciudadanía nacional*. En este sentido, en el teoría jurídica del *Estado-nación de Derecho*, la *subjetividad legal* (nacional-estatal) consiste en ser portador de derechos y la *ciudadanía* (nacional-estatal) implica que sólo pueden ejercerse derechos a través de la pertenencia nacional (o sea, de la *nacionalidad*), a una determinada comunidad

²² L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, p. 176.

²³ Sobre la configuración de los derechos políticos como derechos de la *ciudadanía*, véase L. FERRAJOLI, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en ID., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pról. de Perfecto Andrés Ibañez, trad. esp. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 100: «Existe tan sólo una clase de derechos –los *derechos políticos*– que son atribuidos por el artículo 6 [Declaración de 1789] al individuo en cuanto *citoyen*».

²⁴ L. FERRAJOLI, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», *op. cit.*, p. 99: «*Homme* y *citoyen*, persona y ciudadano, personalidad y ciudadanía, forman desde entonces [Declaración de 1789], y en todas las constituciones [...] los dos *status* subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: los derechos de la personalidad, que corresponden a *todos los seres humanos en cuanto individuos o personas*, y los *derechos de ciudadanía*, que corresponden en exclusiva a los *ciudadanos*».

²⁵ L. FERRAJOLI, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», *op. cit.*, p. 116. Sobre la historia de los derechos fundamentales en el siglo XVIII, véase G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ GARCÍA y R. de ASÍS ROIG (dirs.): *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II: Siglo XVIII, 3 vols., Dykinson e Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001.

política nacional²⁶, que es la que sigue todavía sustentando, hoy por hoy, a esta clase de Estado de Derecho, en el cual los derechos humanos en tanto «derechos *nacionales*» entran en contradicción con la concepción y aplicación como derechos universales de *todos los seres humanos*²⁷. En consecuencia, en opinión de Ferrajoli, la ciudadanía *nacional* ya no es, como sí lo fue en el origen del Estado moderno, el referente y fundamento de la igualdad²⁸ y de la *inclusión*. Todo lo contrario, se ha convertido en un factor de *exclusión y discriminación*²⁹. La conclusión de Ferrajoli es que «[e]l paradigma del viejo Estado soberano (Estado-nación) ha pasado a ser inadecuado y ha quedado obsoleto. El Estado es ya demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes»³⁰. Y ocurre además que, paradójicamente, la globalización ha acentuado la exigencia de diferenciación e identidad de los pueblos y minorías étnicas, generando nuevos conflictos³¹.

La solución de la antinomia es su propuesta de *desnacionalización* y consecuente *globalización* efectiva de los derechos para todos los seres humanos³². Propuesta que tiene que ver con la disolución del vínculo tradicional en

²⁶ L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, pp. 177-178; y añade, p. 177: «la soberanía [...] [fue] rebelándose finalmente como una categoría incompatible con el derecho [...] [cuya] crisis [de la soberanía] interna como externa comenzó en el momento en que entró en relación con el derecho».

²⁷ L. FERRAJOLI, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», *op. cit.*, p. 116: «En la época de la Revolución francesa y luego durante todo el pasado siglo y la primera mitad del presente [...] “persona” y “ciudadano”, de hecho, se identificaban. Los revolucionarios de 1789, cuando hablaban de *hommes*, pensaban evidentemente en los *citoyens* franceses y proclamaban los derechos fundamentales como *droits de l’homme* y no como *droits du citoyen* para atribuirles [...] mayor universalidad».

²⁸ L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, p. 176.

²⁹ L. FERRAJOLI, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», *op. cit.*, pp. 116-117.

³⁰ L. FERRAJOLI, «La soberanía en el mundo moderno», *op. cit.*, pp. 150-151.

³¹ L. FERRAJOLI, «La soberanía en el mundo moderno», *op. cit.*, pp. 150: «paradójicamente, han sido la rapidez y la multiplicidad de las comunicaciones lo que ha acentuado la exigencia de identidad de los pueblos, de las etnias, de las minorías y, al mismo tiempo, el valor asociado a las diferencias, poniendo en marcha conflictos étnicos disgregadores dentro de las fronteras de los Estados, y procesos inversos de integración nacional más allá de sus fronteras». Y añade: «Se va manifestando así el carácter efectivamente artificial y ficticio de los Estados, a menudo creados desde arriba, como muchos entre los más recientes, y siempre orientados, en todo caso, a la consolidación de las identidades de los pueblos con aspiración de someterlos a una unidad forzosa, y negando sus diferencias y sus identidades comunes».

³² La no correspondencia entre globalización y extensión correspondiente de los derechos, puede verse en J. DE LUCAS, «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (en el 50 aniversario de la Declaración del 48)», *Jueces para la Democracia*, núm. 32, julio de 1998.

el Estado-nación democrático entre *idea nacional*, *ciudadanía* y *derechos humanos*: «en el largo plazo –afirma–, debido a su insostenible y explosiva naturaleza, la antinomia entre la universalidad³³ de los derechos y la ciudadanía sólo se resolverá mediante la *superación de la ciudadanía* [nacional] y la *desnacionalización de los derechos humanos*». Por lo que: «Tomar en serio [...] [los] derechos significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía [nacional] como [idea de] “pertenencia” (a una comunidad estatal [nacional] determinada) y de su carácter estatal [nacional]»³⁴.

Y en tercer lugar, la tesis de Ferrajoli lleva a una determinada consecuencia, que es su tercera premisa: la *des-nacionalización* y *des-estatalización* del constitucionalismo, una de cuyas propiedades vendría a ser entonces la *ciudadanía postnacional*, que actuaría a su vez como fundamento de una *teoría postnacional de los derechos*. Según Ferrajoli, aun cuando al menos en el plano normativo la Carta de Naciones Unidas de 1945 y con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 posibilitaron llevar el orden internacional del estado de naturaleza al estado civil, y transformar el sistema contractual basado en relaciones bilaterales e iguales entre Estados soberanos en un verdadero orden jurídico de carácter supra estatal³⁵, la idea de ciudadanía nacional y de soberanía externa entran en contradicción con la universalidad de los derechos humanos que tales documentos proclaman. Habría, por tanto, que avanzar «hacia una ciudadanía universal»³⁶ frente a la actual «concepción estado-céntrica»³⁷ que de los

³³ Véase A. E. PÉREZ-LUÑO «La universalidad de los derechos humanos», en J. A. LÓPEZ GARCÍA y J. A. DEL REAL ALCALÁ (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, *op. cit.*, pp. 51-68

³⁴ L. FERRAJOLI, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», *op. cit.*, p. 117.

³⁵ Véase asimismo L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, pp. 177 y 178.

³⁶ L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, p. 181. Otra cuestión que plantea la tesis del autor italiano es si la *desnacionalización* de los derechos fundamentales en el ámbito estatal y su consiguiente constitucionalización *mundial* tendría carácter *procedimental* o *sustancial*. Véase en este sentido R. de ASÍS ROIG: «Democracia, Constitución y derechos», en J. A. LÓPEZ GARCÍA, J. A. DEL REAL ALCALÁ y R. RUIZ RUIZ, *La Democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 195-196.

³⁷ J. DE LUCAS, *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 71. Respecto al ámbito de la Unión Europea, entiende que el estatuto de una ciudadanía europea no podría ser sino una «ciudadanía postnacional», pues considera que «el problema de la ciudadanía europea, del descable estatuto de ciudadano europeo, que no puede ser sino ciudadanía “postnacional”, como la llama Rusconi, en línea con Habermas, pasa, en lo relativo a los extranjeros no comunitarios, por el escalón previo de la ciudadanía “local”, pero no puede detenerse ahí».

derechos humanos ofrece hoy el concepto de ciudadanía³⁸, en una dirección similar a lo que propone Javier de Lucas cuando defiende que la extensión de los derechos significa que éstos desborden los «círculos de exclusión» en los que se encierran, para hacer posible una noción de *ciudadanía* superadora de la ciudadanía nacional, una concepción *abierta* de la titularidad de los *derechos (ciudadanía cosmopolita)*³⁹, incluidos colectivos no nacionales como es el caso de la inmigración. En todo caso, superar esta antinomia –indica Ferrajoli– es reconducir al ámbito mundial los aspectos tradicionalmente estatales (nacionales) del constitucionalismo⁴⁰, no sólo en el reconocimiento de principios en los documentos internacionales sino también en sus concretas *garantías*⁴¹. Sin embargo, las leyes de inmigración han marcado el camino contrario al de la globalización de los derechos, llevando una vía restrictiva de derechos que conlleva «el riesgo tanto de minar [incluso] el diseño universalista de Naciones Unidas [así] como de deformar nuestras democracias a través de la creación de una regresiva identidad europea, cimentada en torno al “odio al otro” y a lo que Habermas ha denominado el “chauvinismo del bienestar”»⁴².

La solución de Ferrajoli es el *Estado de Derecho*, es la «única alternativa realista» capaz de enfrentarse a las graves controversias de hoy. Pero por las características que aquí hemos observado no se trata del clásico *Estado-nación de Derecho* sino que tiene más que ver con el *postnacionalismo*. De modo que si el constitucionalismo interno (estatal) es el punto de partida, el constitucionalismo global (mundial) es el punto de llegada en la argumentación de Ferrajoli⁴³; para él reconocer las antinomias analizadas

³⁸ L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, p. 179, y añade: «La principal laguna en el paradigma constitucional global del derecho internacional es un “sistema de garantías judiciales” en apoyo de la paz y de los derechos humanos.»

³⁹ J. DE LUCAS, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 51-52.

⁴⁰ En buena medida el constitucionalismo global por el que aboga el autor italiano no es sino la extensión al ámbito mundial de su teoría del *garantismo jurídico*. Véase en este sentido L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, p. 181. La conclusión que obtiene Ferrajoli de su análisis le lleva al autor a adherirse a la propuesta habermasiana de un *patriotismo en la Constitución*, en tanto que «el único fundamento democrático de unidad y cohesión en un sistema político es su Constitución y el tipo de lealtad que ella puede generar, el llamado “patriotismo constitucional”».

⁴¹ L. FERRAJOLI, «La soberanía en el mundo moderno», *op. cit.*, p. 152. Véase asimismo, A. E. PÉREZ-LUÑO, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

⁴² L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, p. 182.

⁴³ Véase D. HELD, *La Democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997, especialmente pp. 265 y ss. Este autor llega a una conclusión

«es reconocer la embrionaria constitución global [mundial, desnacionalizado] que ya existe en la Carta de Naciones Unidas y en los diversos pactos y declaraciones de derechos humanos. Implica ver la realidad desde el punto de vista de un constitucionalismo global [mundial] que ya ha sido formalmente establecido, incluso aunque carezca de garantías institucionales suficientes»⁴⁴. Y de ahí debe resultar una ciudadanía *universal*, fundamentada en «el nuevo paradigma de la primacía y garantía de los derechos humanos como condiciones para la paz mundial y la coexistencia», expresión de «las crecientes expectativas y el sentido común de los pueblos a medida que toman conciencia gradual del incremento de la interdependencia global.»⁴⁵ Por lo que la teoría de los derechos y sus garantías efectivas que acompañe al constitucionalismo global necesariamente tienen que ser concebidas como una teoría *postnacional* de los derechos; de otra manera, la tesis del constitucionalismo global puede mostrar incompatibilidades con una teoría de los derechos dependiente aún de lo nacional-estatal.

III. CONCLUSIONES

Una de las conclusiones que antes se ponen de manifiesto en el análisis observado es que el examen de los derechos a la luz de las conexiones de éstos con la idea nacional-estatal que reducen todavía las condiciones de su realización al círculo de lo nacional y estatal⁴⁶ es que, incluso desde el punto de vista *conceptual*, la *efectividad de los derechos* se encuentra aún hoy con grandes obstáculos de realización en el *Estado-nación de Derecho*. Y que precisamente es esta insuficiencia lo que exige transitar hacia un *Estado de Derecho postnacional* que, respecto al ámbito particular de los derechos, puede ser conceptualmente articulado en base a la propuesta de Ferrajoli que aboga por una teoría *desnacionalizada* de los derechos.

similar a través de la *reformulación* de la teoría democrática desde la perspectiva de la globalización, proponiendo un orden y una «Democracia cosmopolita» como estructura *transnacional* común a la Humanidad.

⁴⁴ Véase asimismo, L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, p. 178.

⁴⁵ L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, p. 183. Véase asimismo L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, pp. 851 y 880-881.

⁴⁶ La mutua imbricación entre la nación y el Estado puede verse en A. DE BLAS GUERRERO, *Nacionalismos y naciones en Europa*, Alianza Editorial, Madrid, 1.ª reimpr. de la 1.ª ed., 1995.

Hay que tener en cuenta que no necesariamente lo postnacional tiene que ir unido a la desregulación jurídica. Y de hecho hay autores que defienden el *universalismo* de los derechos pero no el postnacionalismo de la teoría de los derechos. Así, la propuesta de una ciudadanía *cosmopolita* pero no *postnacional* según la entiende Eusebio Fernández⁴⁷ se encontraría en esta dirección. Y aun cuando dicha propuesta no es óbice para que considere que «el ideal de la ciudadanía mundial es un ideal moral que mantiene una perspectiva cosmopolita», define «a la virtud ciudadana, fruto de esa doble ciudadanía, nacional y cosmopolita», como «*patriotismo cosmopolita*», o «la doble ciudadanía», según la cual la lucha por los derechos humanos debe utilizar los dos medios de actuación, el ideal cosmopolita y el sentimiento de identidad nacional, pues «se pueden, y se deben hacer coincidir ambos ideales»⁴⁸. Propuesta, que según E. Fernández, «revisaría la de L. Ferrajoli y quedaría así: “si queremos tomar en serio los derechos humanos fundamentales, debemos desvincularlos de la condición de ciudadanía nacional y conectarlos con la condición de ciudadanía-cosmopolita, pero hemos de valorar también la existencia de otro tipo de derechos y deberes derivados de la pertenencia a comunidades nacionales”. En ningún caso los derechos “nacionales” tendrán prioridad sobre los derechos “cosmopolitas”»⁴⁹. Ahora bien, este tipo de propuestas universalistas siguen ancladas al Estado-nación de Derecho.

⁴⁷ E. FERNÁNDEZ, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid, núm. 21, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 108-109. Sin embargo, para Eusebio Fernández, una ciudadanía cosmopolita no tiene por qué ser necesariamente postnacional: «la ciudadanía cosmopolita, en sentido exclusivo, plantea también, hoy por hoy, cuestiones culturales, políticas y sociales difícilmente superables», aunque «mis objeciones –nos dice– no son morales ni jurídicas». En su opinión, «la concepción de ciudadano del mundo *no sustituye* a la de ciudadano de un país sino que debe convivir con ella y en el caso de ciertos derechos, los más fundamentales o básicos, la debe preceder», defendiendo «la doble naturaleza de la ciudadanía», nacional y cosmopolita.

⁴⁸ Véase, E. FERNÁNDEZ, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, *op. cit.*, p. 117. Sobre las bases clásicas modernas del cosmopolitismo y del Estado nacional, su compatibilidad o incompatibilidad, puede verse J. A. DEL REAL ALCALÁ, «Estado mundial cosmopolita y Estado nacional: Kant vs. Meinecke», en A. CASTRO; F. J. CONTRERAS; F. LLANO y J. M. PANEA. *A propósito de Kant*, prólogo de A. E. Pérez Luño, 2.ª edición, corregida y aumentada, Editorial Grupo Nacional de Editores, Sevilla, 2004, pp. 307-340.

⁴⁹ E. FERNÁNDEZ, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, *op. cit.*, pp. 110 y 113, en la que desde su óptica, la expresión «patriotismo cosmopolita», patriotismo es el sustantivo y cosmopolita el adjetivo: «Aún quedan algunas cosas por aclarar de por qué, en la expresión “patriotismo cosmopolita”, “patriotismo” es el sustantivo. La explicación creo que hay que buscarla en un dato verificable en la vida de cada individuo y que vendría determinado por *la idea de pertenencia a una comunidad*».

Sin embargo, en un sentido general a la hora de identificar al Estado de Derecho postnacional sí parece que habría que hablar de desregulación jurídica, en el sentido de la desvinculación de lo nacional de todo el ámbito público e institucional de la Democracia, ámbito del que forma parte el Derecho, y por tanto, la desconexión entre idea nacional y Ordenamiento jurídico de la Democracia. De hecho, desde el punto de vista de los Ordenamientos jurídicos particulares, las propuestas postnacionales tienen el efecto de que la teoría jurídica del *Estado-nación de Derecho* pueda desprenderse de (y rebasar de este modo) los conceptos y dogmas relacionados con *lo nacional* que siguen articulándolo. Dogmas que, a su vez, son una de las causas de la reducción de la *eficacia* de los derechos exclusivamente al ámbito interno (nacional) de los Estados. Y habitualmente el efecto de *desconexión* se puede conseguir desligando –desde el punto de vista normativo y conceptual– al Ordenamiento jurídico de este tipo de *categorías nacionales* que aún hoy sustentan al Estado-nación. Así, desde la perspectiva de las normas del Derecho, la no afectación de dichas categorías nacionales al contenido de las normas jurídicas supondrá que habitualmente las propuestas *postnacionales* tengan que ver con la desregulación jurídica, y adquieran, por tanto, dicho carácter *desregulativo*.

Ahora bien, ¿es realmente la propuesta de Ferrajoli de «desnacionalizar» los derechos humanos una propuesta «desregulativa» y «postnacional», en el sentido de que desvincula la teoría de los derechos de lo que es el contenido de las normas jurídicas nacionales y de las categorías de lo nacional que las sustentan?

Como se ha podido observar a lo largo de este trabajo, sería difícil negar que la propuesta de L. Ferrajoli no es desregulativa o postnacional en gran medida, pues precisamente desvincula los conceptos, dogmas y categorías sobre lo nacional en las que se apoya todavía el *Estado-nación democrático*, de un ámbito conceptual particular –sin duda, de lo más relevante– de la teoría jurídica y de los sistemas jurídicos nacionales, como es la *teoría de los derechos*. Además, la argumentación del italiano concluye con la propuesta de disolver este tipo de vínculos clásicos del Estado-nación democrático, abogando por *des-ligar* los derechos fundamentales del anclaje nacional que todavía hoy, a pesar del proceso mundial de globalización, sigue vigente en el constitucionalismo interno (estatal-nacional).

Posiblemente habría que decir que la tesis de italiano aquí analizada no es tan claramente *desregulativa* y postnacional como lo son las tesis de

Habermas o Keane. Ello radicaría en la aparente contradicción que puede deducirse del significado que el autor atribuye a su concepto de «desnacionalización» de los derechos humanos. En primer lugar, en su artículo «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», el «concepto de *desnacionalización*» de los derechos humanos tiene carácter desregulativo porque se está refiriendo necesariamente al ámbito *estatal*, que es donde tiene presencia *lo nacional*; aunque también al mismo tiempo reivindica la *normación* de los derechos humanos en el nivel mundial-global⁵⁰. Su propuesta de globalización de los derechos puede sintetizarse en: *desregulación* nacional de los derechos + *normación* mundial de los mismos. Y en segundo lugar, por el contrario, en su artículo «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», nos dice que «tomar en serio estos derechos [humanos] significa [...] desvincularlos de la ciudadanía como “pertenencia” (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Y desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supraestatal –en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional– y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados»⁵¹. Aquí parece entenderse que la «desnacionalización» no consiste en la desregulación –en el ámbito estatal– sino, muy al contrario, en una doble «normación»: *normación* nacional + *normación* mundial de los derechos humanos.

En conclusión, en mi opinión, la tesis de Ferrajoli conserva el carácter *desregulativo* y *postnacional* más cuando se refiere al «fundamento», la «legitimación» y la «titularidad de ejercicio» de los derechos humanos, que respecto a otros aspectos de éstos, pues en los aspectos referidos sí que persigue *des-ligar* los derechos del ámbito *nacional* (estatal), y claramente rebasar dicho nivel normativo, con el fin de llevarlos al ámbito *mundial* (constitucionalismo *global*, necesariamente desnacionalizado) y allí poder ser concebidos como «derechos supraestatales» (supranacionales), rompiendo el marco reductivo actual de su articulación como «derechos nacionales», que es lo que ahora son en mayor medida. Sin embargo, este carácter desregulativo no lo predica Ferrajoli del ámbito de las *garantías* de los derechos⁵², que mantiene (*normativamente*) en la vertiente *nacional-estatal*

⁵⁰ L. FERRAJOLI, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía...», *op. cit.*, p. 181.

⁵¹ L. FERRAJOLI, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», *op. cit.*, p. 117.

⁵² Sobre el sentido que atribuye a las garantías, véase L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, p. 852.

y asimismo reivindica en el plano *mundial* (*doble garantía normativa*); aunque aquí puede también plantearse el problema de la indeterminación jurídica de dichas garantías a la hora de la aplicación del Derecho⁵³. Por lo que podemos llegar a la conclusión de que en la tesis de Ferrajoli, aun cuando él se adhiere a la propuesta mucho más determinadamente postnacional y «desregulativa» del patriotismo constitucional de Habermas, no se da una des-vinculación total entre derechos humanos y ámbito nacional, sino que únicamente la desconexión parece que llega a producirse respecto de algunas categorías de lo nacional. De modo que a pesar de no ser tan determinante como otras propuestas, la teorización del autor italiano contiene una verdadera *desnacionalización* (conceptual y normativa) de la *teoría de los derechos*, y en tal sentido, su tesis puede considerarse una propuesta *postnacional* –desde el punto de vista filosófico-político– aunque no tan intensamente *desregulativa* –desde el punto de vista teórico-jurídico– como la que representan las tesis postnacionales de Habermas o Keane. Pero en todo caso, y en definitiva, lo que sí podría afirmarse es que el concepto de soberanía, el tipo de ciudadanía y la teoría de los derechos por lo que aboga Ferrajoli son *universales y postnacionales*.

Es más, las soluciones que plantea Ferrajoli a la hora de superar las antinomias que constata en la actual teoría de los derechos tiene que ver con las características que serían predicables de un Estado de Derecho postnacional. De modo que de considerarse que las propuestas de Habermas y de Keane aportan en sí algún tipo de criterio definidor y descriptor del Estado de Derecho postnacional (la *identidad colectiva postnacional*, la *ciudadanía postnacional*, *Democracia postnacional*), entonces también debería apreciarse que la propuesta *desnacionalizadora* de la teoría de los derechos de Ferrajoli ha de ser ubicada asimismo dentro del conjunto teórico-doctrinal desde el que definir y describir *lo postnacional* en el Estado de Derecho.

Por último, afirmar que el fundamento de lo definitorio del *Estado de Derecho postnacional* tiene mucho que ver con el ideal del *Estado cosmopo-*

⁵³ Sobre la indeterminación del Derecho véase, T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000; y del mismo autor ID., «El Derecho es necesariamente vago», trad. de J. Alberto del Real Alcalá, *Derechos y Libertades*, núm. 12, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, enero-diciembre, 2003, pp. 179-189, y asimismo, C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del Diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Università degli Studi di Milano, Milano, 1999. Respecto a la indeterminación del Derecho en el ámbito de la Ley Constitucional véase, J. A. DEL REAL ALCALÁ, «Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional», *Derechos y Libertades*, núm. 11, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, enero-diciembre, 2002, pp. 223-250.

lita de I. Kant⁵⁴. En mayor o menor medida, directa o indirectamente, en todas estas propuestas postnacionales se encuentra presente la filosofía kantiana⁵⁵ de la *La paz perpetua* en torno a la posibilidad de un *ius cosmopolitanum* (*weltbürgerrecht*) y un Estado mundial cosmopolita (*weltbürgerlich*)⁵⁶.

⁵⁴ Immanuel KANT: *La paz perpetua* [1795], pres. de Antonio Truyol y Serra, trad. de Joaquín Abellán, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 27-30.

⁵⁵ Véase al respecto, F. H. LLANO ALONSO, *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, núm. 25, Dykinson, Madrid, 2002.

⁵⁶ Véase I. KANT, *La paz perpetua* [1795], pres. de Antonio Truyol y Serra, trad. de Joaquín Abellán, Tecnos, Madrid, 1989. Según Kant (p. 14), «el estado de paz entre los hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra [...] en el que si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser *instaurado*». El primer artículo definitivo de un tratado que instalara una paz perpetua (p. 15) es que «la constitución civil de todo Estado debe ser republicana». «La constitución republicana (p. 15) es aquella establecida de conformidad con los principios, 1.º de la libertad de los miembros de una sociedad (en cuanto hombres), 2.º de la dependencia de todos respecto de una única legislación común (en cuanto súbditos) y 3.º de conformidad con la ley de la igualdad de todos los súbditos (en cuanto ciudadanos): es la única que deriva de la idea del contrato originario y sobre la que deben fundarse todas las normas jurídicas de un pueblo.» El segundo artículo definitivo para la paz perpetua (p. 21) es que «el derecho de gentes debe fundarse en una *federación* de Estados libres». «Los pueblos (p. 21) pueden considerarse, en cuanto Estados, como individuos que en su estado de naturaleza (es decir, independiente de leyes externas) se perjudican unos a otros por su mera coexistencia y cada uno, en aras de su seguridad, puede y debe exigir del otro que entre con él en una Constitución semejante a la Constitución civil, en la que se pueda garantizar a cada uno su derecho. Esto sería una federación de pueblos que, sin embargo, no debería ser un Estado de pueblos. [Pues] Habría en ello, no obstante, una contradicción porque todo Estado implica la relación de un superior (legislador) con un inferior (el que obedece, es decir, el pueblo) y muchos pueblos en un Estado vendrían a convertirse en un solo pueblo, lo cual contradice la hipótesis (nosotros hemos de considerar aquí el derecho de los *pueblos* en sus relaciones mutuas en cuanto formando Estados diferentes, que no deben fundirse en uno solo)». «Los Estados con relaciones recíprocas entre sí (pp. 25-26) no tienen otro remedio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el de consentir leyes públicas coactivas, de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes), y formar un *Estado de pueblos* (*civitas gentium*) que [...] abarcaría finalmente a todos los pueblos de la tierra. Pero si [...] no quieren esta solución [...] en este caso el *raudal* de los instintos de injusticia y enemistad sólo podrá ser detenido, en vez de por la idea positiva de una *república mundial*, por el sucedáneo negativo de una *federación* permanente y continua en expansión». El tercer artículo definitivo para la paz perpetua (p. 27) es que «el derecho *cosmopolita* debe limitarse a las condiciones de la *hospitalidad universal*». «Se trata [...] de *derecho* y no de *filantropía*, y *hospitalidad* (*Wirthbarkeit*) significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro. [...] mientras el extranjero se comporte amistosamente [...] no puede el otro combatirlo hostilmente. [...] [es] un *derecho de visita*, derecho a presentarse a la sociedad, que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra [...] no teniendo nadie originariamente más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra». «De esta forma (pp. 28) pueden establecer relaciones pacíficas partes alejadas del mundo, relaciones que se convertirán finalmente en legales y públicas, pudiendo así aproximar al género humano a una constitución cosmopolita». En todo caso, (p. 30) «la idea de un derecho cosmopolita no resulta una representación fantástica ni extravagante, sino que completa el código no escrito del [i] derecho político [estatal] y del [ii] derecho de gentes [internacional] en un [iii] derecho público de la humanidad, siendo un complemento de la paz perpetua, al constituirse en condición para una continua aproximación a ella».

Y es muy especialmente la tesis que aquí hemos observado de Ferrajoli una de las que más claramente constituye una reformulación actualizada en el ámbito del paradigma constitucional de aquella filosofía kantiana, a partir de un concepto kantiano del Derecho y del Estado, en el que éstos adquieren carácter «neutral» para con los planes de vida de los individuos, y cuyo fundamento es el concepto –asimismo kantiano– sobre la «autonomía de la voluntad»⁵⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ASÍS ROIG, Rafael de: *Aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson y Universidad de Jaén, Madrid, 1999.
- *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.
- «Democracia, Constitución y derechos», en José A. LÓPEZ GARCÍA, J. Alberto DEL REAL ALCALÁ y Ramón RUIZ RUIZ: *La Democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 187-197.
- DE BLAS GUERRERO, Andrés: *Nacionalismos y naciones en Europa*, Alianza Editorial, Madrid, 1.ª reimpr. de la 1.ª ed., 1995.
- DE LUCAS MARTIN, Javier: *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992.
- *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.

⁵⁷ Véase I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. y notas de A. Cortina Ors y J. Conill San, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, pp. 38-39. A este respecto, el concepto de Derecho según KANT, que como idea forma parte tanto del contrato social entre individuos como del contrato social cosmopolita, se caracteriza por tres propiedades: Una, el Derecho «afecta [...] –nos dice el filósofo alemán– sólo a la relación externa y ciertamente práctica de una persona con otra, en tanto que sus acciones como hecho, pueden influirse entre sí (inmediata o mediatamente)». Dos, el Derecho «no significa [una] relación de arbitrio con el deseo del otro (por tanto, con la mera necesidad) (*Bedürfnis*), como en las acciones benéficas o crueles, sino sólo con el arbitrio del otro». Tres, «en esta relación recíproca del arbitrio no se atiende en absoluto a la materia del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere [...] sino que sólo [atiende a] [...] la forma de la relación de arbitrio de ambas partes, en la medida en la que se considera únicamente como libre, y sin con ello, la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal.» «Por tanto –en palabras de Kant– el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad.» Un estudio de las características del Estado mundial cosmopolita kantiano puede verse en J. A. DEL REAL ALCALÁ, «Estado mundial cosmopolita y Estado nacional: Kant vs. Meinecke», *op. cit.*, pp. 307-340.

- «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (en el 50 aniversario de la Declaración del 48)», *Jueces para la Democracia*, núm. 32, julio, 1998.
- DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto: «Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional», *Derechos y Libertades*, núm. 11, Universidad Carlos III de Madrid y *Boletín Oficial del Estado*, enero-diciembre, 2002, pp. 223-250.
- «Estado mundial cosmopolita y Estado nacional: Kant vs. Meinecke», en Alfonso CASTRO; F. J. CONTRERAS; Fernando LLANO; José M. PANEA: *A propósito de Kant*, prólogo de A.E. Pérez Luño, 2.^a edición, corregida y aumentada, Editorial Grupo Nacional de Editores, Sevilla, 2004, pp. 307-340.
- ENDICOTT, Timothy: *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- «El Derecho es necesariamente vago», trad. de J. Alberto del Real Alcalá, *Derechos y Libertades*, núm. 12, Universidad Carlos III de Madrid y *Boletín Oficial del Estado*, enero-diciembre, 2003, pp. 179-189.
- FERNÁNDEZ, Eusebio: *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid, núm. 21, Dykinson, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pról. de Norberto Bobbio, trad. esp. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995.
- «Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Gerardo Pisarello, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fontamara, México DF, núm. 9, octubre de 1998, pp. 173-184; publicado originalmente en Richard BELLAMY (ed.): *Constitutionalism, democracy and sovereignty*, Avebury, 1996.
- «La soberanía en el mundo moderno», en ID., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pról. de Perfecto Andrés Ibañez, trad. esp. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 125-175.
- «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en ID., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pról. de Perfecto Andrés Ibañez, trad. esp. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 97-123.
- HABERMAS, Jürgen: «Identidad nacional e identidad postnacional. Entrevista con J. M. FERRY», en ID., *Identidades nacionales y postnacionales*, trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 111-121.
- *Ciudadanía política i identitat nacional*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1993.
- «Patriotismo de la Constitución en general y en particular», en ID., *La necesidad de revisión de la izquierda*, introd. y trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1991 y 1996, pp. 211-222.

- «La hora de las emociones nacionales: ¿mentalidad republicana o conciencia nacional?», en ID., *La necesidad de revisión de la izquierda*, introd. y trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1991 y 1996, pp. 225 y ss.
 - «Ciudadanía e identidad nacional», en ID., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introd. y trad. esp. de la 4.ª ed. rev. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 619-643.
 - «Inclusión: ¿Incorporación o integración? Sobre la relación entre nación, Estado de Derecho y Democracia», en ID., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. esp. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 107-135.
 - «El Estado nacional europeo. Sobre el pasado y el futuro de la soberanía y de la ciudadanía», en ID., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. esp. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 81-105.
 - *Más allá del Estado nacional*, introd. y trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, 3.ª ed., Trotta, Madrid, 2001.
- HELD, David: *La Democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997.
- KANT, Immanuel: *La paz perpetua*, pres. de Antonio Truyol y Serra, trad. de Joaquín Abellán, Tecnos, Madrid, 1989.
- *La metafísica de las costumbres*, trad. y notas de A. Cortina Ors y J. Conill San, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.
- KEANE, John: *Democracia y sociedad civil*, vers. esp. de A. Escotado, Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- «Nations, Nationalism and Citizens in Europe», *International Social Science Journal*, 46 (2), 1994, pp. 169-184; vers. esp., en ID., «Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, núm. 31, 1994, pp. 79-99.
- KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. de la 2.ª ed. alem. de Roberto J. Vernego, Editorial Porrúa, México, 1993.
- KOHN, Hans: *The Idea of Nationalism. A Study in its Origins and Background*, The Macmillan Company, New York, 1944; trad. esp., en ID., *Historia del nacionalismo*, Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1.ª ed. en esp., 1949, 1.ª reimpr. en esp., 1984.
- LÓPEZ CALERA, N.: «Derechos humanos y nacionalismo», en José Antonio LÓPEZ GARCÍA y J. Alberto DEL REAL ALCALÁ (eds.): *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 83-88.

- LUZZATI, Claudio: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del Diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Università degli Studi di Milano, Milano, 1999.
- LLANO ALONSO, Fernando H.: *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, núm. 25, Dykinson, Madrid, 2002.
- PECES-BARBA, Gregorio: (con la colaboración de Rafael de ASÍS ROIG, Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA y Ángel LLAMAS GASCÓN), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid y *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1999.
- PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y ASÍS ROIG, R. de (dirs.): *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II: Siglo XVIII, 3 vols., Dykinson e Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.
- «La universalidad de los derechos humanos», en José A. LÓPEZ GARCÍA y J. Alberto DEL REAL ALCALÁ (eds.): *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, op. cit., pp. 51-68.
- STERNBERGER, Dolf: *Patriotismo constitucional*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

