

# La paz a través del Derecho – Pretensiones fundamentales del orden jurídico, significado del Estado y de su soberanía\*

De Prof. Dr. Michael Köhler, Hamburg\*\*

## I. Introducción: reflexiones metodológicas y tesis

El observador externo debe ser precavido al momento de tomar posición frente a la situación interna de un país latinoamericano totalmente ajeno a él. Esto rige especialmente en virtud de las profundas divisiones sociales internas y de las situaciones con connotación de guerra civil que podrían tener sus raíces en el injusto histórico de la colonización violenta por parte de los “descubridores” europeos.<sup>1</sup> Por lo tanto, es aconsejable abstenerse de una valoración del “caso” en toda su complejidad empírica y más bien concentrarse en los argumentos jurídico-conceptuales de la propia tradición, de la historia del pensamiento europea. No obstante, su clarificación también puede ser útil a la hora de alcanzar acuerdos sociales [Selbstverständigung] en otros países: la rueda no tiene que ser inventada dos veces.

Reflexionar sobre “la paz a través del Derecho” [Frieden durch Recht] “en tiempos de transición” requiere por una parte una crisis interna que debe ser superada y por otra le otorga al Derecho una función esencial para ello. Esto implica ver el motivo fundamental del conflicto en un grave injusto o en la ausencia de Derecho, por ejemplo, en la intolerancia religiosa del “absolutismo teológico”, la cual fue posteriormente superada en Europa central en parte por el Derecho constitucional de la paz de Westfalia (1648), o en las diferencias en la distribución de la propiedad, en la “cuestión social” que se encuentra aún abierta en todo el mundo. Desde un punto de vista metodológico, el concepto del Derecho es útil no tanto en el sentido positivístico de Derecho legal vigente (que puede ser injusto), sino sobre todo en su significado prepositivo [vorpositiv], orientado por principios, el cual, dado el caso, también permite valorar de manera normativa las relaciones, los conflictos y las crisis existentes (suponiendo un conocimiento adecuado de la situación empírica). Al respecto se mostrará que la cuestión principal consiste en la regulación productiva de las causas primarias del conflicto básico y en su adecuada implementación por parte del Estado, por ejemplo, en la garantía de la libertad religiosa o en la devolución del territorio apropiado de forma injusta. Por el contrario, la pregunta sobre cómo se deben

“superar” [aufarbeiten] penalmente los delitos cometidos durante la crisis, durante la guerra civil, no se vuelve irrelevante, pero sí se relativiza.<sup>2</sup> Desde un punto de vista histórico, esto puede verse en el hecho que grandes acuerdos de paz (como la paz de Westfalia) contemplaron por lo general una amnistía bastante amplia para los delitos cometidos durante la guerra. El Derecho penal no es, por lo tanto, la materia primaria de un “cambio” duradero.

“La paz a través del Derecho” como guía de las siguientes reflexiones sostiene que la categoría prepositiva del Derecho no solamente posee una capacidad de rendimiento fundamental para la solución de los conflictos básicos, sino que la conecta al mismo tiempo con el concepto de Estado o de la formación del Estado (constitucionalización), siendo “Estado de Derecho” (o “República”) el término con el contenido más profundo. En lo que sigue, esto se analizará de forma breve tomando como punto de referencia sobre todo las teorías del Estado y del Derecho de *Thomas Hobbes* e *Immanuel Kant*. La fórmula de “la paz a través del Derecho” contradice, por lo tanto, cualquier tipo de análisis meramente instrumental. No se trata de una “estabilidad del sistema” coûte que coûte. Por el contrario, poco a poco se va cargando la paz jurídico-normativamente [rechtsnormativ]; en cierta medida se pueden ir viendo los pasos de la superación de la discordia, de la guerra civil. El desarrollo del concepto y de la realidad histórica deja tras de sí el estado negativo de la existencia destruida que es descrito por *Hobbes* como estado de la naturaleza o de guerra, ironizado por parte de *Kant* como un significado de la expresión “paz perpetua”<sup>3</sup> y que presenciamos todavía en la actualidad debido al uso inescrupuloso de armas altamente eficientes, especialmente en el caso de guerras civiles. Pero también debe ser superada la frágil “paz” de un mero armisticio con permanente disposición al combate, cuyo quebrantamiento a voluntad reside en la lógica del estado de guerra que todavía impera. Esto se lleva a cabo, en primer lugar, a través de la categoría jurídica del contrato vinculante de forma incondicional, el cual se ocupa inicialmente de las condiciones de un cese permanente de la violencia y luego de las causas del

\* Traducción de *Hernán Darío Orozco López*. Le agradezco al profesor *Köhler* sus valiosas observaciones y sugerencias respecto de la traducción.

\*\* El autor está muy agradecido con *Hernán Darío Orozco López* por la traducción del texto.

<sup>1</sup> No sin intentos de legitimación desde el punto de vista jurídico y de filosofía moral; vid. *Francisco de Vitoria*, De indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in barbaros relectiones, 1539, Vorlesungen über die kürzlich entdeckten Inder und das Recht der Spanier zum Krieg gegen die Barbaren, Siebeck Ausgabe, 1952, quien postula finalmente al Derecho de las misiones religiosas como la palanca del sometimiento; vid. *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, 2017, pp. 808 s., con más pruebas.

<sup>2</sup> Sobre la clasificación en la sistemática del delito vid. *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, pp. 446 ss., 559 ss.; vid. también *el mismo*, en: Schmidt (ed.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, pp. 57 ss.

<sup>3</sup> Cfr. la descripción del estado de la naturaleza o de la guerra de *Hobbes*, Leviathan, stw-Ausgabe, 1984, Cap. 13, p. 96: “la vida del hombre es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta”. Vid. *Kant*, Zum Ewigen Frieden, Kants Werke, Werkausgabe stw, tomo 6, 1964, p. 195: “Inscripción en el letrero de una posada holandesa en el que estaba dibujado un cementerio”; sobre lo que sigue vid. el primer artículo preliminar de la paz perpetua: “Ningún tratado de paz que se haya celebrado con la reserva secreta sobre alguna causa de guerra en el futuro debe considerarse como válido” (p. 196).

conflicto, del déficit de Derecho originario [des ursprünglichen Rechtsmangels]. El reconocimiento recíproco de las partes del conflicto en la regulación vinculante y concertada de la materia del conflicto (por ejemplo la concesión de tolerancia religiosa o la compensación de pretensiones sobre propiedades o sobre el territorio) y la correspondiente prohibición de una salvedad interna (reserva mental) que consista en cuestionar nuevamente de manera arbitraria dicha regulación –esta obligación, en esa medida, incondicional (categórica)– constituyen el contrato y el inicio de la paz a través del Derecho (correcto), de la paz jurídica [Rechtsfrieden] entre las partes (personas, asociaciones, pueblos), empezando por los acuerdos de paz que le ponen fin a la guerra hasta los ordenamientos de paz sistemáticos-constitucionales.

Independientemente del desarrollo más profundo de las condiciones sustanciales de la paz jurídica – de acuerdo con la idea del Derecho humano, de los derechos fundamentales y los deberes básicos, del Derecho privado y de las formas de justicia – el segundo paso fundamental de la superación del conflicto básico es una organización jurídica objetivo-imparcial que logre imponer finalmente también de manera coercitiva la paz jurídica frente al posible arbitrio opuesto de una persona o de una de las partes del conflicto. El Derecho objetivo y el poder coercitivo frente a una manifestación subjetiva que lo contradice están vinculados de forma constitutiva; por ello una paz duradera a través del Derecho requiere también la organización jurídica externa, en primer lugar, en forma del Estado soberano. Apostarle solamente a la buena voluntad no basta, pues siempre hay que contar con diferencias en la interpretación, con intenciones basadas en los propios intereses y con la tendencia de las partes en conflicto a buscar la supremacía. Por otro lado, el significado del Estado soberano como instancia con poder coercitivo no se reduce a una relación instrumental externa. Como organización jurídica, él consiste siempre al mismo tiempo o en primer lugar en la prestación sustancial de superar la razón del conflicto de conformidad con principios jurídicos y de ello depende a la larga su capacidad para hacer cumplir las normas, su poder jurídico. La paz a la fuerza que el príncipe de *Machiavelli* impone a través de métodos extremadamente inescrupulosos para superar la guerra civil no basta por sí sola para superar de manera duradera el conflicto. Solamente con las armas no se puede alcanzar nada a largo plazo, “no es posible sentarse sobre bayonetas”, como comentó un famoso guerrero europeo que también tuvo que experimentarlo. Por consiguiente, *Jean-Jacques Rousseau* critica de forma concluyente el supuesto “derecho del más fuerte”.<sup>4</sup>

“La paz a través del Derecho” le apuesta – de acuerdo con la tesis general – a la fuerza regulativa de la categoría del Derecho orientada sustancialmente por principios prepositivos y a su coherente ejecución en la organización del Estado (soberano), por lo que esta no funge como una mera

fuerza externa, sino como un poder superior [Übermacht] legítimo y, por lo tanto, *à la longue* eficaz.

## II. La teoría de Thomas Hobbes: el Derecho del Estado absoluto

El primer pensador político de la modernidad del cual se pueden aprender las condiciones jurídicas básicas para la superación de guerras civiles devastadoras es *Thomas Hobbes* (1588-1679), nacido el día en que la gran armada española fracasó en su intento de invadir Inglaterra debido a las inclemencias del tiempo y a la agilidad de la flota británica. Con el trasfondo de la transición hacia la modernidad europea – el advenimiento de las ciencias naturales empírico-matemáticas y de un concepto de subjetividad empírica, referida completamente a la inmanencia, el cambio en la cosmovisión religiosa (secularización, división de confesiones y comienzos de tolerancia religiosa), las guerras civiles europeas, el descubrimiento y colonización de países no europeos – *Hobbes* formula de conformidad con el ideal empírico una teoría del Estado y del Derecho que parte de forma radical del sujeto empírico-racional. La persecución de la felicidad y del poder por parte de todos los sujetos explica tanto su tendencia al conflicto en el estado de la naturaleza como también la construcción de la paz jurídica por medio del Estado soberano absoluto que se deriva de la voluntad de todos. Con el trasfondo de la experiencia de la guerra civil, su análisis capta sin ningún tipo de ilusiones el egoísmo humano en su potencial negativo y destructivo y con ello también de forma bastante precisa los elementos (requisitos) empírico-racionales de su limitación. El polo opuesto criticado por esta nueva construcción son la teoría tradicional de la sociabilidad natural del ser humano que se remonta a *Aristóteles* y el orden del mundo antiguo interpretado teleológicamente que se basa en ella.<sup>5</sup>

El punto de partida es un derecho subjetivo: el “derecho a todo”<sup>6</sup> en virtud del sujeto empírico, radicalmente egoísta que aspira al bienestar y al poder. En caso de una pluralidad de sujetos de esas mismas características surge consecuentemente un estado de la naturaleza negativo de genuina conflictividad, de guerra “de todos contra todos”, bien sea latente o abierta y de larga duración. Se trata del “Derecho natural” de una sociedad desmoronada en la que cada uno (cada parte) es legislador, juez y ejecutor en propia causa. La paz es un concepto deficiente, definido por la ausencia temporal de conflictos actuales.

El segundo paso del análisis se refiere a la negatividad progresiva de ese estado de la naturaleza para todos los implicados; como sujetos egocéntrico-racionales lo consideran cada vez más como una contradicción, dicho de forma más precisa, como una contradicción colectiva en la búsqueda de la propia felicidad.<sup>7</sup> Precisamente aquí radica una primera forma de consenso que guía sus acciones. En

<sup>4</sup> Cfr. *Rousseau*, Du Contrat Social, I. 3., Oeuvres Complètes, Gallimard Ausgabe, tomo 3, 1964, p. 354: “El más fuerte nunca es bastante fuerte para ser siempre el amo si no transforma su fuerza en Derecho y la obediencia en deber”.

<sup>5</sup> Vid. *Hobbes*, De cive/Vom Bürger, Felix Meiner Ausgabe, 1959, pp. 126 s.; sobre la metodología de *Hobbes* y sobre lo que sigue en profundidad *Köhler* (nota 1), pp. 72 ss., 701 ss.

<sup>6</sup> Vid. *Hobbes* (nota 5), pp. 82 ss.

<sup>7</sup> Vid. *Hobbes* (nota 5), pp. 84 s.

virtud de un interés común y de una valoración racional arriban a normas contractualmente consentidas y abstractas para la búsqueda y aseguramiento de la paz. *Hobbes* las denomina con el término tradicional “ley natural” (*lex naturalis*)<sup>8</sup>. Desde un punto de vista sistemático se trata todavía de reglas previstas en el estado de la naturaleza (segundo nivel) por la racionalidad (*recta ratio*) común que tienen un contenido fundamental para la coexistencia de los diversos proyectos de vida: el considerarse mutuamente como el fundamento de la relación negativa, la renuncia al derecho a todo y la autolimitación recíproca, desde la concesión mutua de derechos hasta las primeras instituciones (resolución de conflictos de manera judicial-imparcial). La forma contractual se vuelve fundamental; sin embargo, todavía reducida a una fundamentación estratégico-racional, no como una obligación categóricamente incondicional (como luego en *Kant*).<sup>9</sup>

Finalmente, la reflexión motivada por el miedo considera que la determinación, valoración y aplicación privada del Derecho que aún queda en el estado de la naturaleza constituye una permanente contradicción (interna) vinculada con todo tipo de inseguridades, por lo que las relaciones pueden recaer una y otra vez en el estado de guerra. Por lo tanto, la *ratio* común reclama una voluntad uniforme de todos respecto de los “medios necesarios para alcanzar la paz y la propia defensa”, en consecuencia, un acto de voluntad colectivo (formulado como un contrato de sometimiento y de constitución estatal). En él todos renuncian a la determinación privada del Derecho así como a su ejecución arbitraria y autorizan un centro de voluntad [Willenszentrum] llamado “Estado”, una persona jurídica, representado por un Parlamento o un monarca, de tal caso que su “voluntad vale por la voluntad de todos los individuos, siempre que él decida sobre lo que es necesario para alcanzar la paz común”. De ahí que el Estado venga definido como “una persona, cuya voluntad es considerada en virtud del contrato de varios individuos como la voluntad de todos ellos, por lo que ella puede utilizar las fuerzas y capacidades de cada uno de ellos para la paz y protección comunes”.<sup>10</sup> Esto sucede principalmente a través de leyes públicas (civiles), en las cuales se formulan de manera vinculante las condiciones de la paz general en concretización de las leyes naturales. Al Estado, puesto que él tiene su origen en la renuncia y transmisión del poder jurídico de todos los individuos, le corresponde en relación con todos ellos el poder jurídico más grande, absoluto y completo (soberanía).<sup>11</sup> El concepto de soberanía es retomado en su significado originario en el Derecho romano y que *Bodin* transpuso posteriormente a la monarquía moderna, el cual consiste en formular el poder general de la paz jurídica [*allgemeine Rechtsfriedensmacht*]

<sup>8</sup> Vid. *Hobbes* (nota 5), pp. 85 ss.; traducir el siguiente concepto de la “*recta ratio*” con “razón” es confuso; mejor sería “entendimiento”.

<sup>9</sup> Cfr. con profundidad *Köhler* (nota 1), pp. 430 ss.

<sup>10</sup> Cfr. *Hobbes* (nota 5), pp. 124 ss., 128 s.

<sup>11</sup> Al respecto *Hobbes* (nota 5), p. 129; sobre ello en profundidad *Köhler* (nota 1), pp. 704 ss., 745 ss.

frente a la usurpación particular (privada) del Derecho. Así que aquí no entran en consideración cuestiones de la diferenciación interna (división del poder), del sujeto de la soberanía, de su delimitación internacional, sino aquel significado central de la concentración del poder y de la voluntad jurídica en el Estado que permite superar el estado de la naturaleza. Por lo tanto, el concepto abarca sobre todo las funciones fundamentales de la determinación objetiva del Derecho (legislativo), la aplicación en el caso concreto (ejecutivo) y la valoración en caso de controversias (poder judicial), finalmente también con la facultad de darle validez coercitivamente (por medio de la fuerza) frente al comportamiento delictivo.

¿Qué es lo que perdura de esta teoría especialmente para la superación de crisis internas tipo guerras civiles: “paz a través del Derecho”?

*Hobbes* analiza las condiciones empírico-rationales del tránsito de la decadencia persistente en el estado de la naturaleza hacia la búsqueda de la paz, lo que es explicado desde el mismo punto de vista de los intereses, sólo que ampliado estratégicamente por la autorreflexión. A pesar de que la antropología empirista resultará demasiado estrecha, el método analítico-constructivo ya determina elementos necesarios de la constitución del Estado y del Derecho que también deben ser observados para sacar a un ente estatal ya existente de la crisis de una guerra civil y reconstruir, ya sea también a un nivel reformado, la organización jurídica.

De acuerdo con *Hobbes*, esto solamente puede ser posible si finalmente se crea o se restablece un centro de voluntad “Estado” con soberanía (poder jurídico absoluto). Sin embargo, ello requiere que *todos* los sujetos, especialmente todas las partes relevantes de la guerra civil, renuncien incondicionalmente al poder jurídico privado, que lo hagan todos y de manera completa. Los pactos particulares no son suficientes;<sup>12</sup> en el mejor de los casos ellos pueden ser constelaciones de transición todavía en el estado de la naturaleza. Ese carácter absoluto es ineludiblemente necesario para la paz de todos, pues de otra manera una de las partes se reservaría el derecho de retornar al estado de la naturaleza, mientras los otros renuncian a ello; se trataría de una contradicción elemental y adicionalmente de un riesgo inaceptable para los que renuncian unilateralmente, a saber: el riesgo de ser sometidos o eliminados de acuerdo con la lógica maquiavélica, *Hobbes* diría incluso que sería una estupidez. De *Hobbes* se puede aprender igualmente el requisito de la convergencia empírica de intereses hacia la paz, hacia la renuncia común al poder que corresponde finalmente al hastío de la guerra por parte de todos los involucrados.

Este lado externo de la renuncia motivada empírico-rationalemente a favor del Estado soberano tiene, no obstante, requisitos de contenido que ya se manifiestan en la fórmula del Estado y que tienen que ser establecidos desde la fundamentación expuesta. Dicho de manera resumida, el Estado, sus leyes tienen que garantizar la protección personal y de la propiedad, el bienestar (“bien común”) para todos,

<sup>12</sup> Cfr. *Hobbes* (nota 5), pp. 125 s., 128.

esto es, igualdad jurídica. En esta medida *Hobbes* puede ser considerado como un precursor del Estado de Derecho y de un Estado comprometido con el bienestar social.<sup>13</sup>

La concepción de *Hobbes* se comporta por lo tanto de manera crítica no sólo frente a las antiguas identificaciones metafísicas, sobre todo teológicas, y a la pretensión política de carácter universal de la iglesia romana, la cual es rechazada por tratarse de una especie de “Estado dentro del Estado” que pone en peligro la paz y que por lo tanto debe cederle el puesto al régimen religioso del Estado. Dicho planteamiento implica también una crítica profunda a las desigualdades entre las clases sociales, dirigida contra las oligarquías y su instrumentalización del “Derecho” y del Estado,<sup>14</sup> puesto que al basarse en el sujeto individual que racionalmente aspira a la realización personal, en esta medida en un sujeto básicamente igual, se llega con cierta naturalidad a la función del Estado y del Derecho de garantizar las condiciones generales para la subsistencia, también desde el punto de vista de que las desigualdades no sean demasiado grandes, ya que ellas podrían poner en peligro la estabilidad.<sup>15</sup> Desde un punto de vista histórico, esta teoría corresponde con la praxis estatal de monarcas excepcionales de la época de la ilustración que estaba dirigida a la seguridad jurídica general en sentido vasto, marcando el ejemplo a seguir el rey Enrique IV de Francia, quien le prohibió a los nobles, bajo la amenaza de una fuerte pena, causarle daño arbitrariamente a la gente común y cuya política económica generó, por lo menos de manera modesta, una prosperidad general.

*Hobbes* ha sido fuertemente criticado debido a su absolutismo. En efecto, su concepción no es la última palabra en el ámbito de la teoría del Estado, la cual finalmente tiene que volver al principio de la libertad subjetiva, general (autonomía). Pero aquí importa su aporte perdurable, sobre todo porque puede ser integrado de manera productiva en soluciones más amplias. *Hobbes* no enseña tiranía o despotismo, tampoco la ontología de un “sistema” carente de sujeto como la actual teoría de los sistemas. Por el contrario, el sujeto humano en su búsqueda de inmanente realización personal es el principio y las condiciones de su posibilidad de

realización sobre todo en las relaciones intersubjetivas, las reglas jurídicas y finalmente el Estado soberano son los criterios de la estabilidad interna. Sin embargo, *Hobbes* considera, de manera similar a *Spinoza* sin caer en ilusiones,<sup>16</sup> que los seres humanos “así como ellos son” necesitarían de un marco estatal-autoritario de leyes jurídicas externas para poder contener su egoísmo y su tendencia al conflicto. Él concluye que debido a la persecución de los propios intereses ellos no podrían darse al mismo tiempo las leyes, por lo que tendrían que transferir de manera irrevocable su facultad para juzgar y su poder a los representantes del Estado. El Estado absoluto, autorizado de manera unilateral (obligado sólo moralmente), debe estar facultado en virtud de la seguridad general a intervenir de manera discrecional en la libertad de expresión, en las relaciones de propiedad y debe decidir sobre todo en cuestiones de religión. Esto tendrá que ser corregido en la base desde el concepto ampliado del sujeto libre que constituye las propias leyes. No obstante, su reducido concepto del ser humano como un análisis realista es válido no solamente para su propia época, sino que se vuelve actual una y otra vez en los casos de una recaída en el estado de la naturaleza de situaciones internas de crisis, cuando dominan el egoísmo, la maldad y la búsqueda de la supremacía. Por ello *Hobbes* acentúa el momento del poder [Machtseite] del Estado y del Derecho.

En todo caso permanece válida la soberanía del Estado como el poder jurídico superior, absoluto para asegurar la paz general, puesto que la voluntad privada, la voluntad particular de personas y asociaciones (grupos religiosos, de intereses afines etc.), no puede conservar la facultad de legislar o de ejercer poder, sino que tiene que ser relativizada de igual manera y en forma general. Este elemento negativo es indiscutible; es adoptado por *Rousseau* y por *Kant* como ineludible. En este sentido la soberanía está ligada de forma indisoluble con el Derecho y el Estado como organización jurídica objetiva. Quien quiera negarlo, tiene que negar la necesidad racional de la coacción frente al injusto, con lo que, no obstante, termina sucumbiendo a ilusiones respecto de una organizabilidad de las sociedades pragmática o ético-moral, libre de la fuerza (coactiva) externa.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> El Capítulo XIII de *De cive* (nota 5), pp. 204 ss., sobre los deberes (morales) del soberano es pasado por alto en gran medida. Partiendo del “bien común” dicho capítulo contiene una sistemática de amplias medidas jurídico-administrativas para la protección de las condiciones de vida.

<sup>14</sup> Ironizando sobre todo la crítica a las desigualdades en la propiedad y su garantía por parte del Estado, vid. *Rousseau*, *Discours sur l'inégalité/Diskurs über die Ungleichheit*, Segunda Parte, Ausgabe Schöningh UTB, 3. ed. 1993, pp. 214 s.: “unámonos”, le dicen los propietarios a los desposeídos; vid. también crítico frente al latifundio (desde su propia perspectiva) *Kant*, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, Werke (nota 3), pp. 151 s., una crítica que correspondía a los esfuerzos contemporáneos de una reforma agraria en el marco de la emancipación de los campesinos.

<sup>15</sup> Vid. *Hobbes* (nota 5), pp. 205 s., 210.

<sup>16</sup> Cfr. *Spinoza*, *Tractatus politicus/Politischer Traktat*, Cap. II, §§ 1 y ss., 17, Wolfgang Bartuschat (ed.), 2. ed. 2010, p. 13 ss., 29 (construyendo el Derecho radicalmente primero desde la perspectiva del poder; al respecto aclaradora la introducción crítica de *Bartuschat* pp. XVII ss.).

<sup>17</sup> Así el libro, en sí meritorio, de *Loick*, *Kritik der Souveränität*, 2012, pp. 310 ss. (“teoría crítica sin soberanía”), quien reduce la soberanía a la coacción estatal, finalmente con ayuda de la teoría del discurso de *Habermas*, pero yendo aún más lejos quiere separar del todo al Derecho del necesario momento coactivo. Esto conduce a una (dicho con respeto: ingenua) invocación del cumplimiento voluntario, pero inseguro de los resultados del discurso. Además se desconoce el carácter fundamental prediscursivo del Derecho de la libertad exterior. Si bien es cierto que la mayoría de los ciudadanos respetan en amplios ámbitos el

Desde un punto de vista constructivo, el tránsito hacia la organización jurídica Estado y su soberanía es entonces necesario para la superación del estado de la naturaleza en el que las voluntades particulares están en conflicto. Igualmente necesario es que el sometimiento bajo la soberanía estatal se lleve a cabo de forma general e igual para todos, pues en caso contrario perdura el estado de la naturaleza, la contradicción elemental, con la tendencia a generalizarse nuevamente de manera negativa: quien no fue tan “estúpido” de entregar unilateralmente las armas, puede desempolvarlas en cualquier instante.

Este concepto tiene una capacidad de rendimiento analítica considerable. Ya clarificada la condición principal de la paz interna duradera, el Estado, la situación puede ser diferente en los procesos históricos concretos. De los extremos de un Estado soberano perfecto y de un caótico estado de la naturaleza de voluntades particulares opuestas se diferencia una transición en la que luego de desigualdades temporales se va construyendo la soberanía paso a paso. La construcción de una paz jurídica requiere por lo menos que el proceso histórico esté orientado a una renuncia general e igual del poder jurídico a favor del Estado soberano así como una posibilidad de realización concreta. Sobre todo en el caso de graves crisis internas de una sociedad, en las guerras civiles, está abierta al principio la cuestión de la soberanía. Así por ejemplo, en la guerra de los treinta años se trataba fundamentalmente también de la pregunta si al final se llegaría a una monarquía universal (católica) o a un sistema de Estados soberanos y especialmente de cómo debería estar constituido el antiguo Imperio Alemán en Europa central. De la mano de la metodología hobbesiana se podrían continuar averiguando los fundamentos empíricos del proceso de formación de soberanía estatal o de su restablecimiento luego de una crisis. Aquí se concluye sólo con la tesis que la soberanía es un concepto existencial del poder decisorio que se impone fácticamente<sup>18</sup> [des machtvoll-faktisch sich durchsetzenden Entscheidens]. Desde el punto de vista empírico-político esto es sin lugar a dudas un elemento esencial de una fundamentación que, sin embargo, no puede ser reducida a ello.

Con lo anterior también se hace visible el déficit de la metodología empirista (o decisionista). A la pregunta sobre

---

ordenamiento desarrollado y culto de un Estado de Derecho por rectitud, por convergencia de intereses y por lo tanto libres de coacción inmediata. Sin embargo, ello no excluye aún en el mejor de los Estados el arbitrio contrario a las normas estatales hasta llegar al comportamiento delictivo como una posibilidad vinculada al ser-humano y ni que decir de la dificultosa constitución jurídica desde el estado de la naturaleza (el tema de *Hobbes* aquí tratado). – Sobre la integración categórica de Derecho y poder coactivo frente al injusto en virtud de la contradicción externa de las acciones vid. *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, tomo 8, Werkausgabe-stw, 1997, *Rechtslehre*, Einl. §§ D, E, pp. 338 ss.; vid. también *Köhler* (nota 1), pp. 108 ss., 158 ss.

<sup>18</sup> Cfr. extremadamente reduccionista *Schmitt*, *Politische Theologie*, 2. ed. 1934.

las condiciones de contenido de la paz jurídica general, de la organización jurídica Estado y su soberanía, *Hobbes* no da una respuesta completa con la fórmula general del contrato estatal. Sin embargo, ello es necesario para un adecuado análisis de la posibilidad de alcanzar la paz en el caso de una guerra civil. Si por ejemplo las relaciones anteriores en un “Estado” estaban dominadas por una oligarquía de latifundistas que oprimían a los pequeños campesinos y a los antiguos esclavos o siervos, todavía está por construirse un verdadero Estado que les garantice a todos igual libertad y autonomía privada. Precisamente esa condición fundamental no se puede garantizar con la mera renuncia al poder como momento negativo. La reducción empirista a la renuncia y concentración de poder yerra, por lo tanto, la base jurídico-categorial de la soberanía. ¿Por qué razón debe integrarse la voluntad particular en la voluntad general? Sin una respuesta a esta pregunta no hay prácticamente ningún buen motivo para hacerlo y más allá de una descripción empírica de procesos históricos no es posible hacer una valoración o señalar un camino, por ejemplo si los campesinos que han sido oprimidos y se han rebelado no tienen ningún motivo para retornar a un Estado que sigue siendo oligárquico o si ellos lo hacen solamente de manera forzada o como consecuencia de una violencia brutal (como en el caso de las guerras de los campesinos en Europa), es decir, sin que exista una verdadera estabilidad duradera. La pregunta conduce entonces más allá de *Hobbes* hasta el principio del Estado de Derecho y su soberanía que se constituye y estabiliza a partir de criterios jurídico-liberales sustanciales.

### III. El principio jurídico liberal: el Estado de Derecho y su soberanía

El desarrollo jurídico-liberal continúa desde el punto de vista de la teoría de las ideas e histórico-práctico, a saber unido a una válida crítica de *Hobbes* por parte de *Spinoza*, *Rousseau* y *Kant*. Este último culmina el desarrollo de la ilustración europea al tiempo de las revoluciones liberales a finales del siglo XVIII. A continuación se pondrán de relieve los avances en relación con la concepción de *Hobbes*.

La idea fundamental elaborada con base en una crítica también de *Hobbes* es la siguiente: el concepto empirista del sujeto preocupado únicamente por sí mismo, por su bienestar inmanente, es demasiado unidimensional para captar de manera adecuada el ser humano y en cierta medida también para concebir las condiciones de la búsqueda de la felicidad, sobre todo en el marco de su relación con los demás sujetos en el mundo. Por el contrario, al ser humano le es inherente desde el principio un vínculo espiritual con el todo de la existencia, lo cual comprende la consideración de la subjetividad ajena y de las condiciones naturales de la existencia humana, independientemente de los propios intereses. De manera crítica frente a *Hobbes*, *Rousseau* resaltó en su antropología este aspecto en el marco del sentimiento moral de la compasión,<sup>19</sup> considerándolo como

---

<sup>19</sup> Cfr. *Rousseau* (nota 14), Primera Parte, pp. 141 s.: *Hobbes* no habría notado otro principio (opuesto al egoísmo): “la aversión innata a ver sufrir el prójimo [...] compasión”.

una forma primitiva de los deberes de auxilio en el caso de necesidad existencial ajena. *Kant* desarrolla finalmente en las “críticas de la razón” una lógica de máximas y principios de acción prácticos que supera la reducción racional-empirista, formula el vínculo originario con el todo de la existencia racional de la humanidad en el imperativo categórico y determina con ello la base desde la cual se fundamenta y limita la búsqueda de la felicidad por parte de los sujetos en forma de pretensiones jurídicas frente a los demás. Esta ampliación crítica de la fundamentación es bastante significativa, pues ella se opone a la reducción empirista (utilitarista), hasta nuestros días ampliamente difusa, de la orientación del ser humano en el mundo y de las relaciones intersubjetivas: lo bueno éticamente y el Derecho no pueden ser confundidos con el interés.

Aquí no se puede explicar en detalle la fundamentación kantiana con todas sus necesarias ampliaciones.<sup>20</sup> Su fuerza se muestra en un concepto del Derecho diferente de la ética del bien que puede ser fundamentado como un postulado incondicional de la razón, como un imperativo categórico. La ley jurídica requiere que los sujetos sean en igual medida centros de voluntad autónomos (libres) que puedan perseguir de manera autónoma sus propias concepciones del bienestar, sus proyectos de vida éticos y sus convicciones religiosas. Pero como ellos no coinciden por sí mismos en el espacio externo e interpersonal de su accionar se hace necesario un principio objetivo que regule, abra y limite – independientemente de los contenidos éticos y pragmáticos – el ámbito del comportamiento externo de conformidad con formas del ejercicio de la libertad recíproco-generales e iguales: el Derecho.<sup>21</sup>

De su desarrollo sistemático se desprende un orden de derechos de libertad generales que son al mismo tiempo derechos de igualdad y a los que corresponden deberes básicos (de la autoafirmación como persona, del respeto de los demás, del tránsito hacia una organización jurídica, en especial hacia el Estado). Se pueden nombrar el derecho humano de una libertad de acción general de conformidad con leyes co-constituidas por los propios sujetos, diferenciado de acuerdo con la propiedad sobre sí mismo [Selbstbesitz] (vida, integridad corporal, libertad de acción) y las libertades de expresión de la personalidad, también el derecho privado de las formas recíproco-generales de posesión y apropiación (por cierto en un tono crítico frente al injusto de la acumulación histórica unilateral en detrimento de los menos favorecidos). Esto no puede y tampoco necesita ser analizado aquí de forma extensa. En una comparación sistemática con *Hobbes* se debe resaltar que la relación preestatal entre las personas y (al interior de) las asociaciones ya está estructurada de acuerdo con principios con contenido

jurídico, en principio incluso de naturaleza liberal-general. A diferencia de *Hobbes*, el estado de la naturaleza es, por lo tanto, un estado de juridicidad en el que, sin embargo, el Derecho aún no está lo suficientemente desarrollado y asegurado.

Lo importante para el problema aquí analizado es lo que resulta de ello – en la idea crítico-normativa – para el concepto de Estado como organización jurídica. Él se define, ya sea en una forma aún deficiente, como Estado de Derecho, dicho con las palabras de *Kant*, como una “unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas”.<sup>22</sup> En contra de *Hobbes*, con ello se pone de relieve que los derechos subjetivos fundamentales como la libertad de expresión y la propiedad de la persona sobre sí misma están fundamentados de forma recíproco-general y ya antes del Estado, por lo que lo obligan como organización jurídica. La prestación del Estado, por lo tanto, no se encuentra definida completamente por una “estabilidad del sistema” general bajo la cual se podría subordinar a discreción (“ponderando”) el estatus del individuo. Por el contrario, en la idea del Derecho está otorgarle a cada quien su derecho y no actuar injustamente frente a nadie. Por ello *Hobbes* estaría equivocado al sostener que el Estado no estaría obligado frente a sus ciudadanos por los derechos de libertad naturales y, por consiguiente, no podría inflingirles ningún tipo de injusto (de lo cual hay que diferenciar la pregunta adicional si, en qué sentido y bajo cuáles requisitos a las personas les asiste en contra del injusto estatal, más allá de la protesta, un derecho a la resistencia violenta).

La profundización de la fundamentación, el significado fundamental del concepto liberal del Derecho para la organización jurídica Estado, penetra también en la fórmula de la fundación del Estado. La unión bajo leyes jurídicas es necesaria para superar las inseguridades y faltas de claridad presentes en el estado de la naturaleza caracterizado por la determinación particular del Derecho, para superar entonces una contradicción de la razón con múltiples causas negativas en el ámbito práctico-fáctico. El acto fundacional consiste formalmente en dos elementos, en principio de igual manera en *Hobbes*, *Rousseau* y *Kant*. De forma negativa se requiere la renuncia completa a la determinación del Derecho y al poder de carácter privado-particular. A ello corresponde, de forma afirmativa, la fundación de un centro de voluntad que a diferencia de *Hobbes* no es otro sujeto y tampoco está autorizado a actuar independientemente de la voluntad jurídica de los sujetos/ciudadanos. Con *Rousseau* es más bien la voluntad general-unida de todos como instancia de leyes

<sup>20</sup> Al respecto vid. *Wolff*, en: Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 137 ss.; *Zaczyk*, *Selbstsein und Recht*, 2014, pp. 27 ss., 62 ss.; *Köhler* (nota 1), Cap. 1-5.

<sup>21</sup> Vid. la definición de *Kant* (nota 17), p. 337: “El Derecho es [...] el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser conciliado con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”.

<sup>22</sup> Vid. *Kant* (nota 17), p. 431; sobre la idea de la justicia legal perfecta vid. p. 432 (“sencillamente no actúa injustamente en contra de nadie”). En relación con la siguiente crítica a *Hobbes* vid. de nuevo expresamente el escrito “Über den Gemeinspruch” (nota 14), pp. 161 ss. Vid. *Spinoza* (nota 16), p. 65, quien superando en parte el empirismo concibe la finalidad del Estado desde el derecho del individuo como una determinación racional, aunque no del todo libre de contradicciones (al respecto *Bartuschat* [nota 16], pp. XXIII ss).

generales, las cuales se dan los mismos sujetos y solamente por ello tienen un carácter vinculante incondicional, lo que puede sellar de manera productiva la superación del estado de la naturaleza.<sup>23</sup> En cuanto al contenido, la voluntad jurídica general está vinculada (de forma más clara de lo que enseña *Rousseau*) a los sujetos como instancias del Derecho de acuerdo con sus calidades prepositivas y jurídico-liberales, especialmente al derecho humano, los derechos fundamentales de libertad e igualdad, los cuales le indican por lo tanto el sentido a la voluntad general legisladora (independientemente de la forma estatal o de representación): el Estado es voluntad jurídica “unida” de hombres libres.

El progreso frente a *Hobbes* es notable. La pregunta del para qué de la superación del estado de la naturaleza por medio de la organización jurídica Estado es respondida frente a cada sujeto con un contenido jurídico-liberal. La necesaria renuncia general al poder privado se fundamenta, en relación sistemática con el cese general de la determinación particular del Derecho, en la constitución de una voluntad general legisladora y constituyente en la que cada uno participa tanto en sus requisitos categoriales como también en el acto de la formación concreta de la voluntad jurídica general. La exigencia básica de abandonar el estado de la naturaleza en el que domina la arrogación privada (despótica) del Derecho sólo es fundamentable y a la larga realizable en razón del aumento cualitativo y de la garantía de los derechos de libertad generales. La perspectiva central del poder y su unificación desarrollada por *Hobbes* y *Spinoza* es finalmente redondeada por esta fundamentación orientada por los Derechos subjetivos: la renuncia al poder por parte de los individuos y la supremacía del Estado se basan en su realidad, la cual consiste en garantizarle a cada uno sus derechos subjetivos por medio de la voluntad jurídica unida y, por lo tanto, reunir en sí el poder de todos los individuos.

En relación con la situación actual se debe poner especialmente de relieve que *Kant* (al igual que *John Locke*, sin embargo, sobre una base metódica poco convincente) también incluye en este proceso de superación o legitimación las relaciones de propiedad del Derecho privado, por lo que critica fuertemente el latifundio y el colonialismo.<sup>24</sup> No debe

considerarse que la apropiación originaria ya está históricamente concluida, sino que tiene que ser corregida de conformidad con el principio de la originaria propiedad común de la tierra y sus bienes por parte de la humanidad. En ello radica finalmente la idea de una legitimidad de la adquisición y de un orden justo en el que todos tengan acceso a la sustancia productiva; de esta independencia jurídico-privada y al mismo tiempo civil resulta la capacidad para legislar independientemente de la voluntad ajena, la posibilidad de la república democrático-representativa.

#### IV. Conclusión: ¿Qué significa “la paz a través del Derecho”?

De las anteriores consideraciones sobre las condiciones de una “paz a través del Derecho” con la que se supera una grave crisis interna, una guerra civil, se desprende que la fundamentación jurídico-estatal ha ampliado la base. Por lo tanto, los criterios de análisis están fundamentados no solamente empírico-funcionalmente, sino también jurídico-categorialmente.

Las guerras civiles o las graves crisis internas de naturaleza similar surgen típicamente como consecuencia de déficits estructurales básicos que pueden ser definidos como defectos jurídicos, como contradicciones básicas del ordenamiento jurídico (especialmente por ejemplo desigualdades en la propiedad). Con ello corresponde un funcionamiento deficiente de la organización jurídica Estado como por ejemplo el despotismo, el gobierno de una clase social o la oligarquía. En el caso de guerras civiles ello se manifiesta como una pérdida de soberanía más o menos amplia.

Si el restablecimiento de la paz interna requiere la reconstrucción de la soberanía estatal, de acuerdo con la metodología contractualista de la fundamentación del Estado esto significa, como primera medida, que todos los centros de poder que entran en consideración, todas las partes del conflicto, deben renunciar de igual manera a la determinación particular del Derecho y someterse al orden legal estatal o, por lo menos, que el proceso de paz debe estar dirigido a ello. Por el contrario, el sometimiento y desarme de una sola de las partes es una profunda contradicción que hace probable la recaída en el estado de guerra, sobre todo cuando esa asimetría no es solamente un paso táctico de carácter intermedio para llegar finalmente a un sometimiento general, sino que persiste en el tiempo. Desde un punto de vista empírico, la reconstrucción del Estado puede entonces variar de forma de conformidad con la situación específica, al principio puede estar marcada incluso por un régimen autoritario.

Sin embargo, una verdadera “paz a través del Derecho” requiere, más allá de ello, que se subsanen los déficits fundamentales del ordenamiento jurídico-estatal que constituyen las causas estructurales de la división interna. En consideración entran especialmente desigualdades socio-

en cuenta a sus habitantes para nada”. – Sobre la fundamentación kantiana del Derecho privado y de la teoría de la justicia vid. en detalle *Köhler* (nota 1), Cap. 5 y 6.

<sup>23</sup> Cfr. *Rousseau* (nota 4), p. 361: En el instante del Pacte social entra en lugar de las diversas personas una colectividad (jurídica) compuesta por sus miembros, la cual obtiene a través del acto de asociación su unidad, su yo común, su vida, su voluntad. – Vid. luego *Kant* (nota 17), p. 434: el acto constitutivo del Estado es, de acuerdo con la idea, el contrato originario, “según el cual todos en el pueblo renuncian a su libertad exterior, para recobrarla inmediatamente como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado”; en lugar de la libertad carente de leyes en el estado de la naturaleza entra la libertad (sin merma) de conformidad con leyes que surgen de la propia voluntad legisladora; sobre la consecuencia de la soberanía popular, p. 432.

<sup>24</sup> Sobre la crítica vid. *Kant* (nota 14) así como *el mismo*, (nota 3), pp. 214 s., sobre la injusticia de la colonización de otros países por parte de los Estados europeos: “no tomaron

económicas elementales y una distribución inequitativa de la propiedad con una indignante miseria de la gran mayoría, sobre todo en antiguas colonias. Sin la reparación de esas asimetrías en la estructura básica, por ejemplo el latifundio por un lado y una miseria en masa por el otro con la correspondiente forma estatal oligárquica, no será posible una reconstrucción con carácter duradero. El país en cuestión continúa siendo, por lo menos en algunas regiones, un polvorín de injusticias y violencia cotidianas que coinciden con la ausencia o corrupción de un Estado obligado en sí a la realización del Derecho.

Los elementos liberales y jurídico-estatales (republicanos) del ordenamiento jurídico que promueven de manera profunda la superación del estado injusto en tiempos de crisis se encuentran finalmente en una estrecha relación con el momento del poder estatal y sus posibilidades de ejecución. Entre más coherente se desarrolle este lado categorial-liberal será también más grande el poder estatal en virtud de la renuncia por parte de los ciudadanos y/o partes del conflicto que conciben el Derecho legal republicano como una condición general del desarrollo individual de la libertad en condiciones de seguridad. Por consiguiente, no basta apelar de forma abstracta al deber, sin duda fundado, de abandonar el estado de la naturaleza, sobre todo cuando ello proviene de actores que son partidarios de una concepción despótica del Estado.

La pacificación duradera de una guerra civil requiere entonces una renuncia general de todas las partes a favor del poder soberano del Estado, el cual tiene su fundamento en las relaciones garantizadas de manera categórica-jurídica, es decir, en la reparación coherente de los déficits estructurales básicos causantes del conflicto. Este círculo de condiciones jurídicas y de poder entrecruzadas hace especialmente difícil superar a través de reformas los defectos jurídicos o los aspectos injustos de las estructuras estatales existentes hasta ese momento así como el deslumbramiento ideológico de las partes en conflicto que sostienen dichas estructuras. La ardua crisis interna, la guerra civil, es también un colectivo “descenso al infierno del autoconocimiento”.<sup>25</sup> Para alcanzar la paz a través del Derecho se necesitan políticos especialmente capaces que se caractericen por comprender adecuadamente el contexto en el que convergen la justicia y la técnica del poder.

---

<sup>25</sup> Cfr. *Kant* (nota 17), p. 576.