El derecho y la globalización desde abajo

Hacia una legalidad cosmopolita

Boaventura de Sousa Santos
César A. Rodríguez Garavito
(Eds.)

Fran Ansley
Luis Carlos Arenas
João Arriscado Nunes
Susana Costa
Peter P. Houtzager
Heinz Klug
Jane E. Larson
Marisa Matias
Marjorie Mbilinyi
Chandrika Parmar
José Manuel Pureza
Balakrishnan Rajagopal
Mary Rusimbi
Ronen Shamir
Shiv Visvanathan

Universidad Autónoma Metropolitana
Casa abierta al tiempo
Cuajimalpa

ANTHROPOS

El derecho y la globalización desde abajo : Hacia una legalidad cosmopolita / Boaventura de Sousa Santos y César A. Rodríguez Garavito, editores ; traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina. — Rubí (Barcelona) : Anthropos ; México : UAM-Cuajimalpa, 2007
351 p. ; 24 cm. — (Libros de la Revista Anthropos)

Tít. orig.: "Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality". Bibliografías
ISBN 978-84-7658-834-5

1. I. Santos, Boaventura de Sousa, ed. II. Rodríguez Garavito, César A., ed. III. Morales de Setién Ravina, Carlos F., tr. IV. Universidad Autónoma Metropolitana - Cuajimalpa (México) V. Colección

Título original: *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*
Traducciónde Carlos Morales de Setién Ravina

Primera edición en Anthropos Editorial: 2007

© Cambridge University Press, 2005
© de la traducción Carlos Morales de Setién Ravina, 2007
© Anthropos Editorial, 2007
Edita: Anthropos Editorial. Rubí (Barcelona)
www.anthropos-editorial.com
En coedición con la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa, México
ISBN: 978-84-7658-834-5
Depósito legal: B. 32.340-2007
Diseño, realización y coordinación: Anthropos Editorial (Nariño, S.L.), Rubí. Tel.: 93 697 22 96 Fax: 93 587 26 61
Impresión: Novagràfik. Vivaldi, 5. Montcada i Reixac

Impreso en España - *Printed in Spain*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en, o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Capítulo XI

Usos contrahegemónicos defensivos y de oposición del derecho internacional: de la Corte Penal Internacional a la herencia común de la humanidad

José Manuel Pureza

11.1. **Introducción**

Charles Chaumont identificó dos características principales del derecho internacional clásico, es decir, del «conjunto de normas y conceptos jurídicos que eran predominantes antes del fin de la guerra de 1914» (Chaumont 1970: 343). La primera era la «participación limitada en su proceso de creación», es decir, la naturaleza colonial y eurocéntrica del derecho internacional de la época. La segunda característica era el carácter formalista de la aparición y el cumplimiento de las normas legales internacionales, aparencia indiferentes a los contextos económicos, políticos y sociales en los cuales se producían. La convergencia de estos dos factores determinó, en opinión de Chaumont, una cierta identidad del derecho internacional como «sistema abstracto, como un conjunto de normas formales, desconectado de sus contenidos concretos» (Chaumont 1970: 343).

El derecho internacional clásico se configuró por una especie «de mezcla entre el cinismo y la desilusión» (Chaumont 1970: 345), dentro de la cual la fuerza de atracción de conceptos generales como el de solidaridad o el de cooperación servían principalmente como un disfraz para la acumulación de violencias, injusticias y explotaciones que constituían el verdadero contenido de la llamada sociedad internacional. Debería subrayarse que esta naturaleza formalista, que contempla el derecho como una formalización de las relaciones de poder entre fuertes y débiles, no ha sido abolida de la mano de la superación del derecho internacional clásico como producto histórico. De hecho, el siglo XX fue testigo del reemplazo progresivo de un orden liberal, descentralizado y oligárquico, por un orden social, institucionalizado y democrático (Pastor 1996: 84). Ese siglo también ha visto una transición de un derecho internacional que apuntaba a garantizar la coexistencia («cómo mantenernos pacíficamente separados») a un derecho internacional dirigido a ser un instrumento activo de cooperación («cómo unirnos activamente»). Sin perjuicio de estos cambios sustantivos, es de la mayor importancia reconocer la ambivalencia de esta retórica de innovación. La solidaridad y la cooperación pueden ser, o bien un camuflaje para las prácticas de dominación, o bien horizontes para una forma alternativa y auténtica de relaciones sociales dentro del sistema internacional.

Es precisamente en este punto que se hace extremadamente útil la pregunta sobre si sería posible que el derecho internacional tuviera un papel emancipatorio. En 1970, Chaumont ya había declarado que una de las contradicciones básicas del sistema legal internacional de aquellos días era la existente entre la primacía

del orden, como resultado de la paz, la seguridad y las relaciones amistosas entre Estados, y la aceptación de la revolución, como una expresión radical de autodeterminación. El mismo dualismo estratégico debería verse como una característica esencial del derecho internacional contemporáneo.

Compartiendo la perspectiva no esencialista de Santos acerca del derecho y estando de acuerdo con él en la creencia de que un uso alternativo del derecho es posible, siempre y cuando se recurra al mismo como parte de una movilización política más amplia lo suficientemente fuerte como para permitir que las luchas sean politizadas antes de ser juridizadas (Santos 2002),[1] pretendo explorar en este capítulo dos sentidos diferentes del uso contrahegemónico de la legalidad internacional. Mi propósito es usar el derecho internacional para comprobar la hipótesis que plantea Santos de que la legalidad cosmopolita puede ser tanto defensora del *statu quo* jurídico como un vehículo para el cambio social radical. Este cruce de caminos es vital para la política jurídica internacional contemporánea. Partiendo de esta premisa, examinaré dos regímenes jurídicos internacionales diferentes: la jurisdicción universal para los crímenes contra la humanidad y la herencia común de la humanidad. Ello con el propósito de intentar captar similitudes y diferencias entre usos contrahegemónicos defensivos y de oposición del derecho internacional, que dan lugar a su vez a dos regímenes distintos dentro del derecho internacional.

Existen diferencias claras entre estos dos regímenes. El primero, que trata de los crímenes contra la humanidad y que incorporaría una fuerte dimensión institucional gracias a la Corte Penal Internacional, es una expresión de la tradición demoliberal y pretende sólo llevar las características estructurales de esa tradición a la esfera global. El segundo de los regímenes, el de oposición, a pesar de tener en común con el primero la referencia a la humanidad, genera una comprensión poswesfaliana* del panorama jurídico y político, y muestra una ambición por introducir un corte radical con los modelos jurídicos internacionales hegemónicos en el nivel normativo y político.

El principal objetivo de este capítulo es demostrar que también en el derecho internacional la intensidad de los usos contrahegemónicos del derecho difiere según los contextos concretos en los que puede verse la existencia de la hegemonía. Y también que los usos defensivos pueden tener una importancia extraordinaria, principalmente en aquellas ocasiones en las que existe una desvalorización general de los mecanismos regulatorios del derecho. Incluso un uso minimalista de la regulación jurídica internacional asume hoy en día una naturaleza contrahegemónica. Sin embargo, ello no quiere decir que el minimalismo se haya convertido en el único uso contrahegemónico del derecho que es posible dentro de un contexto neoliberal. Hay también espacio evidente para un uso de oposición del derecho internacional con carácter contrahegemónico en las relaciones internacionales contemporáneas.

---

1. Véase en este volumen el capítulo de Santos y Rodríguez Garavito.

* El «sistema de Westfalia» sería el sistema de relaciones internacionales que surgiría del reconocimiento de la soberanía e igualdad de los Estados en la esfera internacional, junto con la consagración de principio de no injerencia en los asuntos internos de otro Estado. Los internacionalistas ven el origen de estas características en la Paz de Westfalia, firmada en 1648. El autor define la potencialidad del uso contrahegemónico de oposición del derecho internacional como «poswestfaliana», es decir, como una situación en la que la soberanía de los Estados no determina el surgimiento de relaciones internacionales que les puedan obligar. Algunos autores hablan de un mundo poswestfaliano para referirse a la situación del Estado en el mundo actual, aunque es una posición no exenta de crítica. [*N. del T.*]

11.2. **El mantenimiento del *statu quo* como un fin contrahegemónico**

El Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional es la etapa final de un complejo proceso de internacionalización de la jurisdicción de los crímenes contra la humanidad. Ese proceso es ciertamente la dimensión más importante de la afirmación de los valores humanitarios en el derecho internacional. No es, por lo tanto, algo precisamente reciente. Sus orígenes se remontan a 1872 y a la propuesta que por entonces presentó el director del Comité Internacional de la Cruz Roja, Gustave Moynier, de crear un tribunal internacional para juzgar las violaciones a la Convención de Ginebra de 1864 sobre protección de los soldados heridos en combate. Esa idea, que fue retomada luego en la declaración de 28 de mayo de 1915 realizada por los Gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia con respecto a las masacres de la población armenia en Turquía (Clark 2001: 77), fue puesta en práctica sólo después de la Segunda Guerra Mundial mediante el estatuto que creó el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. El artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg definía los crímenes contra la humanidad como «el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con un crimen dentro de la jurisdicción del tribunal, constituyan o no una violación del derecho doméstico del país en el que se perpetraron».

El Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda y la antigua Yugoslavia siguió ese camino. La intensificación de este proceso, a finales de los años noventa, corresponde a un momento de bifurcación en la comprensión de las relaciones internacionales y sus prácticas dominantes. En palabras de Cassese (2003), nunca tuvo tanto atractivo político la tensión entre una visión de las relaciones internacionales grociana o kantiana como después del fin de la Guerra Fría.

La visión de Grocio se basaba en tres premisas básicas: *a*) los Estados son los únicos actores relevantes en la escena mundial; *b*) el respeto por la soberanía estatal es el valor fundamental de las relaciones internacionales; y *c*) las relaciones interestatales están fundadas en una lógica de reciprocidad, dentro de la cual cada Estado pretende maximizar sus propios intereses individuales y reconoce la legitimidad de sus socios a comportarse de la misma manera. Dentro de ese marco, la existencia de regímenes, reglas e instituciones es producto de la coincidencia entre los intereses de los Estados individuales. La ausencia de tal coincidencia implica una forma totalmente descentralizada (para cada Estado individual) de ejercitar los tres poderes clásicos: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Por otro lado, la perspectiva kantiana recogería tres características opuestas a las grocianas: *a*) los individuos tienen también un papel fundamental en sede internacional; *b*) los valores universalmente compartidos (paz, autodeterminación, respeto por los derechos humanos) dan lugar a derechos y obligaciones de la comunidad internacional en su conjunto; *c*) junto con la lógica de la reciprocidad, hay una lógica de *ordre public* emergente (aunque pueda ser de manera muy ambivalente).

El papel activo desempeñado por las ONG y varias otras formas distintas de activismo de los derechos humanos en la creación de la Corte Penal Internacional pareciera apoyar el punto de vista de Cassese. Según Glasius (2003), las ONG y las coaliciones de activistas han privilegiado cuatro estrategias. La primera sería un apoyo ideológico general, es decir, la diseminación de las opiniones favorables a la Corte entre sus miembros. La segunda, la producción de documentación especiali-

zada (artículos e informes en publicaciones académicas, y la organización de reuniones y conferencias) para darles información a algunos de los grupos más importantes e influir en ellos. La tercera estrategia supondría una vigilancia de todo el proceso de negociación interestatal, contribuyendo, por lo tanto, a la transparencia del proceso (por ejemplo, la coalición a favor de la Corte Penal Internacional puso en marcha un sistema de doce equipos de seguimiento que correspondían a las diferentes partes del proceso de negociación, entre cuyos métodos estaba mantener reuniones informativas con las delegaciones estatales propicias a los intereses de la coalición después de las reuniones a puerta cerrada o realizar sondeos «de voto virtual» sobre algunos aspectos cruciales del proceso). Finalmente, tendríamos la estrategia de apoyo directo o indirecto a los delegados y especialistas del Sur (por ejemplo, el programa de asistencia técnica organizado por la ONG, No Hay Paz Sin Justicia).

Esta fuerte intervención de las ONG de derechos humanos en la creación de la Corte Penal Internacional y la supuesta perspectiva kantiana de la que sería expresión sugerirían que estos cambios con respecto al tratamiento de los crímenes contra la humanidad constituyen un uso contrahegemónico del derecho internacional. Hay, sin embargo, varios aspectos dentro del Estatuto de Roma que evidencian la persistencia no sólo de una concepción teórica tradicional de la gobernanza internacional, sino también de una compresión hegemónica de la legalidad internacional. Lo primero se refleja en los límites que se imponen a la legitimidad procesal ante el Tribunal, en las precondiciones para el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal y en la adopción de un principio de complementariedad entre las jurisdicciones nacionales y la del Tribunal. Por otro lado, la lucha desplegada por las ONG para que se estableciera un fiscal independiente no fue lo suficientemente decidida como para evitar que al final se rechazara la posibilidad de realizar peticiones individuales ante el Tribunal. Sólo los Estados parte o el Consejo de Seguridad pueden referir al Fiscal la comisión de un crimen contra la humanidad (artículo 13), a menos que el propio Fiscal decida por sí mismo iniciar una investigación. También, en los casos iniciados por el Fiscal o por un Estado miembro se requiere la aceptación de la jurisdicción del Tribunal para iniciar el proceso, bien por el Estado en cuyo territorio ocurrió la conducta en cuestión, bien por el Estado del cual la persona acusada del crimen es nacional y al que se le requiere la entrega (artículo 12). En su conjunto, estas opciones procedimentales reflejan una visión bastante defensiva de la gobernanza global, en la cual los intereses que apoyan una visión conservadora de la soberanía estatal se oponen a la transferencia de poderes estatales importantes a mecanismos supranacionales.

Sin embargo, una mirada más cercana a los actores concretos que defienden esta perspectiva grociana contra la perspectiva kantiana muestran que la línea de quiebre de esta disputa es mucho más política que técnica en su naturaleza. De hecho, lo que algunos países, como los Estados Unidos, critican al Estatuto de Roma es su intención de convertirse en una especie de poder judicial planetario con poderes efectivos, superando así la visión hegemónica de la gobernanza global como algo vacío de sustancia política y ética, y cuya única característica sería su forma mínima y sus contenidos mínimos (la llamada «gobernanza sin gobierno», mencionada por Santos y Rodríguez Garavito en su capítulo de este volumen).

Lo que está en juego es, por consiguiente, el debate sobre la propia gobernanza global. El concepto de gobernanza global es un concepto vacío. La Comisión sobre Gobernanza Global se refiere a él como «la suma de las muchas maneras en que los individuos y las instituciones, públicas y privadas, manejan sus asuntos co-

munes», no sólo usando la relaciones intergubernamentales, sino «involucrando también a las organizaciones no gubernamentales, los movimientos ciudadanos, las corporaciones multinacionales y el mercado global de capitales» (1995: 2-3). Este mismo énfasis en una mezcla entre mecanismos formales e informales está bien subrayado por Roseneau (1998: 29): «La gobernanza global no se refiere únicamente a las organizaciones e instituciones formales a través de las cuales se mantiene o no la administración de los asuntos internacionales», sino que incluye cualquier «sistema de gobierno en todos los niveles de actividad humana, de la familia a la organización internacional, en el cual la búsqueda de fines a través del ejercicio del control tenga repercusiones transnacionales». La supuesta neutralidad política de este concepto de gobernanza global y su pretendida distancia del concepto tradicional del gobierno se han usado para apoyar una expresión de la gobernanza global que sea adecuada para reducir al mínimo los obstáculos regulatorios a la globalización neoliberal. También es una tendencia importante en la política mundial contemporánea vaciar de sus competencias materiales a los mecanismos institucionales internacionales y reducirlos a lugares de ratificación formal de decisiones previamente adoptadas por fuera de los mismos. El «moverse hacia la creación de instituciones» de los años cuarenta y cincuenta se ha reemplazado por el «moverse a partir de las instituciones» desde los años noventa (lo que equivaldría a usar el establecimiento de mecanismos normativos transnacionales para promover la eficiencia, la estabilidad y el crecimiento como pilares valiosos de la gobernanza global y neoliberal). El escenario institucional y constitucional de la globalización neoliberal promueve la desinversión institucional y la conformidad con los regímenes universales de desregulación (Pureza 2002).

Sólo cuando la creación de la Corte Penal Internacional se sitúa contra este trasfondo ideológico y político asume un significado contrahegemónico. Y sólo contra ese trasfondo: la razón real para otorgarle ese significado contrahegemónico es que la alternativa hoy en día sería una inexistencia absoluta de relevancia ético-normativa de los crímenes contra la humanidad en el nivel internacional. Dentro de este contexto, la afirmación del *statu quo* demoliberal es en sí contrahegemónica. Las referencias simbólicas a las que recurren los partidarios de la Corte Penal Internacional son principalmente aquéllas del Estado de derecho y su fin estratégico es expandir el alcance de la tradición demoliberal a la esfera global. Debería destacarse que los cambios institucionales y normativos ya mencionados en relación con los crímenes contra la humanidad ocurren en un momento en el cual existe una tendencia hacia la globalización del Estado de derecho y la armonización de los modelos y prácticas judiciales. Santos (1999: 51) sugiere que esta tendencia es un elemento indispensable para la práctica de tres consensos que alimentan la globalización hegemónica: el consenso económico neoliberal, el consenso sobre el Estado débil y el consenso demoliberal. Dentro de este marco, los tribunales tienden a verse como mecanismos esenciales para la «buena gobernanza», como pilares necesarios para la salvaguarda de la seguridad como un valor básico de las economías y sociedades orientadas hacia el mercado. De cierta forma, la proliferación de tribunales internacionales, entre los cuales la Corte Penal Internacional sería sólo el principal ejemplo de esta tendencia, reproduce a escala internacional esa tendencia a la judicialización de los enfrentamientos políticos. Y el trasfondo ideológico es también demoliberal en su carácter. Como escribe Santos, «la globalización legal neoliberal en marcha está reemplazando la tensión altamente politizada entre regulación social y emancipación so-

cial con un concepto despolitizado de cambio social, cuyo único criterio es el Estado de derecho y la decisión judicial por un cuerpo judicial honesto, independiente, predecible y eficiente» (2002: 445). En resumen, debería decirse que el significado contrahegemónico de la Corte Penal Internacional es defensivo, puesto que su objeto es sólo imponer, en términos de gobernanza global, límites normativos y éticos mínimos a las actividades de los Estados y de otros actores internacionales. Es defensivo porque la estrategia demoliberal «asume la forma del Estado de derecho y se traduce en un vasto programa de concesiones liberales que pretenden expandir el ámbito y la calidad de la inclusión en el contrato social, sin amenazar con ello la estructura básica del sistema político y económico en vigor, es decir, el capitalismo y la democracia liberal» (Santos 2002: 441). La judicialización de las violaciones graves contra los derechos humanos básicos sigue precisamente este camino. El «paradigma de Nuremberg» (Pureza 2001: 134) adopta una visión deontológica del derecho internacional según la cual debe siempre entenderse que la responsabilidad por una situación política recae exclusivamente sobre los individuos y su comportamiento desviado. Por lo tanto, este paradigma de Núremberg canoniza un modelo de justicia retributiva que pretende establecer una verdad microscópica y descontextualizada de la cultura genocida dominante en fenómenos políticos complejos. En lugar de dar prioridad a un enfoque político que ponga de relieve las raíces políticas y sociales del entorno que favorecen esos crímenes, o a un esfuerzo de contextualización apoyado, por ejemplo, por «comisiones de la verdad», la Corte Penal Internacional y el paradigma de Nuremberg tienen un alcance mucho más limitado. Son una construcción contrahegemónica, pero bastante defensiva como tal.

11.3. **La emancipación a través de medios emancipatorios**

El régimen de la herencia común de la humanidad es tal vez la expresión más avanzada de la legalidad cosmopolita subalterna en el nivel internacional.[2] El primer paso hacia el concepto de herencia común partió del representante de Malta en las Naciones Unidas, Arvid Pardo, que en 1967 planteó la necesidad de adoptar algunos sistemas internacionales de regulación para los recursos naturales comunes (como el lecho marino profundo, la luna y otros cuerpos celestiales, y ciertos activos culturales y medioambientales). El derecho internacional contemporáneo sigue estrechamente las ideas planteadas por Pardo y asume el régimen de la herencia común de la humanidad en algunos tratados internacionales no consensuales, como la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, o el Acuerdo Internacional que Regula las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestiales, de 1979.

El núcleo de este régimen internacional legal implica una clara ruptura con el esquema regulatorio dominante para esos espacios y recursos. La legislación internacional tradicional de esas áreas era liberal y se construía como una herramienta del sistema internacional eurocéntrico de los tiempos modernos. Una combinación entre no apropiación y libre uso de los bienes comunes era el rasgo más importantes de este régimen de *res communis*. Ese régimen, que tenía antiguas raíces en el derecho roma-

2. Sobre el concepto de legalidad cosmopolita subalterna, véase Santos (2002: capítulo 9) y el capítulo en este volumen de Santos y Rodríguez Garavito.

no, se desarrolló por juristas internacionales durante la formación del derecho internacional moderno, es decir, en el interior del debate entre Estados que apoyaban la doctrina del mar cerrado (Portugal y España) y aquellos que apoyaban la doctrina del mar abierto (Holanda). Esa controversia crucial enfrentaba la expansión de la soberanía nacional de los Estados costeros con las garantías al libre uso de los océanos. El triunfo de la libertad de los mares puede verse como una señal primordial de la aparición de la modernidad y del capitalismo en la esfera internacional. De hecho, el balance entre la no apropiación y el libre uso es peculiar, ya que el primero se comprende como un mero instrumento del segundo. Ya Plauto ofrecía una imagen de esta situación en un curioso diálogo entre un esclavo y un pescador: el primero argumentaba que el mar era un bien de todo el mundo y el pescador estaba de acuerdo; pero cuando el esclavo concluía que todo lo que se encontraba en el mar era también de todos, el pescador respondía que el pescado que cogía en sus redes era definitivamente sólo de él.

Esta comprensión dominante de la *res communis* tiene todas las características esenciales de un régimen liberal. Igualdad formal ante la ley y desigualdad material eran las dos caras de la misma moneda. El libre uso de todos tenía su reverso en la consecuencia obvia de «primero en llegar, primero en comer». Aparte de eso, esta libertad tradicional de la doctrina del mar trataba los océanos como una mera ruta para la navegación y la libre circulación de mercancías, siendo el correspondiente derecho del mar sólo un «derecho de superficie» (Dupuy 1979). A partir de la conciencia creciente de la naturaleza tridimensional de los océanos como una reserva de riqueza, más que como mera confluencia de rutas marítimas, y también de los límites para la explotación de los recursos de los océanos, se ha forjado la crítica a esta corriente dominante liberal.

Los países del Tercer Mundo han estado a la vanguardia de este movimiento crítico y exigen reemplazar la libertad no regulada de los mares por un régimen de no apropiación que se refleje en un conjunto de normas básicas positivas. La innovación exigida por estos países era, por lo tanto, que se invirtieran las prioridades entre las dos caras del régimen en la cosa común. Considerar seriamente el aspecto «*communis*» significa destacar la no apropiación como un fin autónomo y hacer que el uso libre sea efectivo *para todos*, con independencia de las diferencias económicas y tecnológicas. Dentro de este marco, el reparto equitativo se convirtió en el adagio del nuevo régimen, que retoma la idea de *bonum commune humanitatis* como una directriz política y ética para el desarrollo progresista del derecho internacional.

El significado contrahegemónico del régimen de la herencia común de la humanidad y su especificidad como una forma de derecho cosmopolita reside sobre todo en su capacidad para expresar en términos innovadores el principio de comunidad en el nivel legislativo internacional como algo opuesto a los principios del mercado y del Estado. Sus dos pilares normativos principales son los conceptos de humanidad transespacial indiferenciada y de humanidad transtemporal indiferenciada (Pureza 1998).

El primero de los conceptos supone la designación de toda la humanidad como propietaria y gestora de los espacios y recursos que cualifican como herencia común. Al oponerse radicalmente a la compresión liberal de la *res communis*, en la cual la máxima es «cada uno a lo suyo», este rasgo de identidad del régimen de la herencia común se opone también a cualquier estrategia de participación limitada, como la que se práctica, por ejemplo, en el contexto de la Antártida. Además, la unidad transespacial incluye también una estrategia de acción afir-

mativa: la inclusión *efectiva* de toda la humanidad en la gestión y el reparto de los beneficios de la herencia común exige una discriminación positiva a favor de los países más pobres, en lo que se refiere tanto a su presencia en los mecanismos de administración institucionales como en el reparto de los beneficios materiales obtenidos de la explotación de la herencia común.

La unidad transtemporal de toda la humanidad como concepto normativo incluye dos opciones fundamentales: la reserva de esos espacios y recursos para fines pacíficos, y la salvaguarda de los derechos y oportunidades de las futuras generaciones. La humanidad se percibe, por lo tanto, no sólo como la suma de sus miembros en la actualidad, sino también como la unidad biológica de distintas generaciones de hombres. Si se construye así el concepto de humanidad, el régimen de la herencia común incorpora un enfoque normativo a la doctrina intemporal del derecho: ya no es más una técnica para relacionar el presente con el pasado (muy frecuente en las reivindicaciones territoriales o en las normas de conflicto de leyes), sino más bien una forma de unir el presente y el futuro en términos de derechos y deberes comunes.

En su análisis de la equidad intergeneracional, Weiss (1989) identifica dos modelos opuestos. Por un lado, el modelo de la preservación le da absoluta prioridad al *statu quo* sobre cualquier tipo de cambio, puesto que su lema principal es que «la generación presente no consume nada; más bien ahorra todos sus recursos para las generaciones futuras y preserva el mismo nivel de calidad en todos los aspectos del medio ambiente» (1989: 22). Por el otro lado, el modelo de la opulencia ignora la degradación a largo plazo de los recursos, puesto que defiende que la generación presente debería consumir «todo lo que pueda hoy y generar tanta riqueza como sea posible, bien porque no hay certidumbre acerca de que lleguen a existir generaciones futuras, bien porque maximizar el consumo hoy es la mejor forma de maximizar la riqueza de las futuras generaciones» (1989: 23). Situado entre estos dos extremos, el principio de equidad intergeneracional implica la exigencia de una gestión restrictiva que combine la preservación con el cambio, con el propósito de salvaguardar las oportunidades de las futuras generaciones.

Con estos contenidos normativos, el régimen de la herencia común de la humanidad es, sin duda, una expresión avanzada de la legalidad internacional contrahegemónica. La campaña organizada por los países industrializados avanzados contra su incorporación formal en los tratados internacionales es una prueba clara de su naturaleza subalterna. Existe una similitud notable entre las estrategias seguidas por los países industrializados en relación con la Corte Penal Internacional y las que adoptan con respecto a la herencia común de la humanidad. En ambos casos, el objetivo principal de estos países ha sido atacar la columna institucional del régimen internacional correspondiente. Ello revela que su principal finalidad es la eliminación de los mecanismos de cumplimiento forzoso y la continuación del derecho internacional blando. Los casos recientes sobre las extraordinarias decisiones relativas a la paz y la seguridad adoptadas por fuera del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (por ejemplo, para Kosovo e Irak) confirman claramente esta afirmación.

En el caso del régimen de la herencia común de la humanidad, esta estrategia antiinstitucional ha sido más visible en la negativa de los principales poderes a aceptar la creación en la práctica de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, contemplada por la Parte XI de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Esa institución tendría poderes legales inusualmente

efectivos para controlar las actividades de los Estados y las compañías privadas en el lecho marino. Los países del Primer Mundo han mostrado su preferencia por un tipo de autoridad pasiva, ratificadora, en contraste con la posición de los Estados del Tercer Mundo, que preferirían un modelo institucional supranacional, claramente inspirado por la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Tras haber derrotado a los países del Tercer Mundo, que llegaron incluso a establecer un sólido diseño institucional para la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, los países ricos y el capital transnacional comenzaron una fuerte campaña contra la Autoridad que concluyó con la firma de un acuerdo internacional que impedía que entrase en vigor la Parte XI de la Convención de 1982, y en donde se producía una neutralización completa de los poderes regulatorios originales de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. Todas las políticas progresistas establecidas en la Convención, como el monopolio del control de la Autoridad Internacional sobre las actividades que usaran el lecho marino, los límites a la extracción de minerales con el propósito de compensar a los productores en tierra firme, la transferencia de tecnología, etc., han sido vaciados de contenido y «no se aplicarán». Han sido reemplazados por el cumplimiento de «principios comerciales razonables», como la prohibición de los subsidios; la eliminación de la discriminación entre minerales derivados del lecho marino y de otras fuentes; la prohibición del uso de aranceles y barreras no arancelarias; y la adquisición de la tecnología minera para la extracción del fondo marino «en términos comerciales razonables y justos, y en condiciones de mercado libre». Una vez más, la principal contradicción la podemos encontrar entre una interpretación solidaria, intervencionista y que busca la regulación efectiva a través del derecho internacional, y un *laissez faire* liberal orientado hacia el mercado.

Hasta ahora, he intentado mostrar que, después de todo, la intensidad de los usos contrahegemónicos del derecho internacional se encuentra bastante condicionada por la intensidad de la resistencia que oponen las fuerzas hegemónicas. Cuando el fin sustantivo es la equidad intrageneracional e intergeneracional, esas fuerzas prefieren la naturaleza tradicionalmente «blanda» del derecho internacional sobre un orden legislativo que goce de mecanismos institucionales para el cumplimiento forzoso. Por ello, no debería sorprendernos que el alcance efectivo contrahegemónico de los regímenes internacionales se erosione mediante todo tipo de formas de resistencia hegemónica.

Observando los dos casos a los que me ha referido anteriormente, los crímenes contra la humanidad y la Corte Penal Internacional, por un lado, y el de la herencia común de la humanidad y la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, por otro, debo subrayar que solamente una pequeña parte de su proyecto transformativo inicial se ha puesto en práctica, debido a la resistencia de los países hegemónicos y de las élites económicas. Dentro de este contexto, los usos de oposición contrahegemónicos del derecho internacional pueden terminar asumiendo un carácter defensivo. El caso del régimen de la herencia común de la humanidad ilustra bastante bien esta dinámica de la contrahegemonía a la baja.

Las diferentes construcciones del régimen jurídico de la herencia común de la humanidad revelan una trayectoria en la cual se pueden detectar dos fases distintas. Para diferenciarlas, asumo como criterio la intensidad del contraste dentro de la lógica territorialista dominante. Llamo estas dos fases *las dos eras de la herencia común de la humanidad*.

La primera era incluye todos los intentos por construir un diseño institucional y normativo que regulase los bienes comunes de la humanidad que habían permanecido fuera de las ambiciones territoriales expansivas de los Estados nacionales, como eran el espacio exterior y el fondo marino. Por lo tanto, su característica común era su localización fuera de los territorios controlados por los poderes soberanos o la jurisdicción estatal. Su clasificación como herencia común de la humanidad pretendía subrayar que eran los restos que habían quedado tras el proceso de apropiación de todo el espacio geográfico por los Estados. La discrepancia entre el proyecto inicial de Malta, que pretendía clasificar todo el espacio oceánico como herencia común de la humanidad, y el crecimiento actual de la dinámica de apropiación (de la plataforma continental, del mar territorial y, sobre todo, la ampliación de las zonas económicas exclusivas) ilustra claramente esta visión. De hecho, sólo una parte mínima del océano (el lecho marino profundo) se ha mantenido como bien común en la Parte XI de la Convención de 1982. La consistencia de los componentes institucionales y normativos del régimen de la herencia común de la humanidad lo convierte en un emblema del uso contrahegemónico del derecho internacional. Sin embargo, su carácter de oposición como régimen contrahegemónico va de la mano de su valor residual en términos espaciales (una isla de resistencia dentro de un océano de propiedad privada).

Las situaciones que incluyo en la segunda era de la herencia común de la humanidad tienen en común la aplicación de los principios básicos de la equidad intrageneracional e intergeneracional a los recursos culturales y medioambientales, y a los bienes que se encuentran localizados dentro de la jurisdicción espacial de los Estados. Los espacios y los bienes clasificados como herencia común según la Convención de la Unesco sobre el Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972 son ejemplos de esta nueva generación de la herencia común de la humanidad. En estos casos, la referencia territorial, ya tenga un valor dominante o ya residual, cesa de ser el trasfondo común en el que tiene lugar la lucha entre los usos del derecho hegemónicos y contrahegemónicos. El régimen de la herencia común de la humanidad se introduce y actúa ahora en el interior de la fortaleza de la soberanía territorial estatal, y su importancia reside precisamente en el cambio profundo que representa para la orientación general del ejercicio de esa soberanía.

Lo relevante en esta segunda era del régimen de la herencia común es la transformación radical de la lógica y los límites de la acción estatal en lo que se refiere a estos activos y recursos. La lógica territorialista, expresada, bien a través de la soberanía territorial de los Estados individuales, bien a través de la gestión común de los territorios que no han sido objeto de apropiación, cesa de ser el elemento definitorio del régimen. El nuevo énfasis se coloca en la gestión de estos espacios y activos. El elemento fundamental de esta segunda era de la herencia común es, por consiguiente, la noción de función social y ecológica de la soberanía, entendida como una especie de extensión planetaria de la función social y ecológica de la propiedad individual. La exigencia de un cambio radical ideológico y jurídico-político de los pilares básicos del orden internacional cesa de existir y se reemplaza por un fin mucho más limitado: la reforma general de la forma en la cual se ejercita la soberanía en todo el mundo, sin que existan objetos políticos privilegiados o actores políticos privilegiados. Es cierto que lo que había emergido previamente como una forma obvia de oposición del uso contrahegemónico del

derecho internacional se ha diluido y se ha convertido en una defensa del *statu quo* político. Sin perjuicio de esto, debería reconocerse que esta estrategia defensiva tiene en sí algún potencial transformativo y debe considerarse por ello como un elemento contrahegemónico dentro del sistema mundial contemporáneo.

Desde sus orígenes, el derecho internacional ha sido siempre un instrumento ambivalente. Su relación con el poder internacional ha sido siempre dual: por un lado, se ha establecido para expresar, en términos jurídicos, las preferencias de los países más poderosos; por el otro, se ha establecido para poner límites al comportamiento internacional de esos mismos países.

Esta dialéctica entre derecho y poder ha sido permanente en la historia del sistema interestatal moderno. La aparición de los pueblos, de los Estados del Tercer Mundo y de los movimientos sociales transnacionales como actores cruciales en la escena internacional durante el siglo XX ha situado esta dialéctica en un contexto político e ideológico nuevo. La legalidad y la legitimidad son, más que nunca, instrumentos excepcionales que deben usarse por las fuerzas contrahegemónicas en su lucha por una comunidad internacional más decente y equilibrada. El carácter defensivo que asumen actualmente los usos de esos instrumentos es una sólida evidencia del alcance real que tiene la hegemonía en el orden mundial contemporáneo.

Referencias bibliográficas

CASSESE, A. (2003), «A Big Step by International Justice». *Crimes of War Project Magazine* (www.crirnesofwar.org).

CHAUMONT, C. (1970), «Cours Général de Droit International Public». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haya* (1970-1) 129: 333.

CLARK, R. (2001), «Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court». En *The Rome Statute of the International Criminal Court:* A *Challenge* to *Impunity,* editado por M. Politi y O. Nesi. Aldershot: Ashgate.

COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE (1995), *Our Global Neighborhood.* Nueva York: United Nations.

DUPUY, R. J. (1979), *L'océan partagé.* París: Pédone.

GLASIUS, M. (2003), «How Activists Shaped the Court». *Crimes of War Project Magazine* (www.crimesofwar.org).

PASTOR RIDRUEJO, J.A. (1996), *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales.* Madrid: Tecnos.

PUREZA, J.M. (1998), *O patrimônio comum da humanidade: humo a um direito internacional da solidariedade?* Porto: Afrontamento.

— (2001), «Da cultura da impunidade á judicialização global». *Revista Crítica de Ciências Sociais* 60: 121-139.

— (2002), «Towards a Post-Westphalian International Solidarity». *Eurozine* (www.eurozine.com), 26 de abril.

ROSENAU, J. (1998), «Governance in a Globalizing World». En *Re-Imagining Political Community: Studies in Cosmopolitan Democracy,* editado por D. Archibugi. Cambridge: Polity Press.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1999), «The GATT of Law and Democracy: (Mis)trusting the Global Reform of Courts». En *Globalization and Legal Cultures,* editado por J. Feest. Oñati: IISL.

— (2002), *Toward a New Legal Common Sense.* Londres: Butterworths.

WEISS, E.B. (1989), *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity.* Tokyo: UN University.