



Cátedra Jean Monnet
Derecho Administrativo
Europeo y Global



Centro de Estudios Europeos
Luis Ortega Álvarez

25
años

LOS SUJETOS DEL DERECHO PÚBLICO GLOBAL

Rosario Leñero Bohórquez
Preprint No. 1/20



Cátedra Jean Monnet
Derecho Administrativo Europeo y Global



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union

Jean Monnet Chair
EU Administrative Law in Global Perspective
574427-EPP-1-2016-1-ES- EPPJMO-CHAIR

LOS SUJETOS DEL DERECHO PÚBLICO GLOBAL

Rosario Leñero Bohórquez
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva
rolebo@uhu.es

Suggested citation: R. Leñero Bohórquez, *Los sujetos del Derecho público global*, 1/20 Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2020

Contenidos: I. Planteamiento general. II. La dimensión estatocéntrica del Derecho Internacional Público: una realidad que pervive con matices. III. La ampliación del catálogo de sujetos del Derecho Internacional Público. 1. Organizaciones internacionales. 2. El individuo. 3. Las organizaciones no gubernamentales. 4. Las empresas transnacionales. IV. Del Derecho Internacional Público al Derecho Administrativo Global: la identificación de administraciones globales. 1. Redes transnacionales de cooperación de autoridades nacionales. 2. Organizaciones privadas e híbridas. V. Algunas reflexiones finales.

I. Planteamiento general (*)

Para tratar de responder a la cuestión de cuáles sean los cambios que, por efecto de la globalización, se han operado en la nómina de sujetos relevantes para el Derecho Público en el plano internacional, se pueden adoptar dos perspectivas. Una toma en cuenta qué sujetos resultan jurídicamente habilitados para el ejercicio de facultades o derechos y/u obligados jurídicamente en el plano internacional. La segunda perspectiva, si bien coincide en parte con los resultados que arroja la primera, reduce el encuadre poniendo el foco en una cuestión más acotada. Se limita a indagar qué actores, dentro de los que operan en el plano internacional, realizan una actividad que pueda ser identificada como un ejercicio de poder con trascendencia para los intereses generales, razón por la cual han de ser disciplinados jurídicamente. La primera perspectiva es la del Derecho Internacional Público en su formulación contemporánea, es decir, sensible a la existencia de intereses que escapan a la soberanía de los Estados, ya sea por razones territoriales, logísticas o éticas. La segunda es la del denominado Derecho Administrativo Global, del que no se puede decir que sea una disciplina jurídico-positiva sino más bien un movimiento académico, una agenda de investigación, aunque con un innegable potencial para revisar las premisas desde las que hasta fecha reciente se ha abordado la ordenación jurídica internacional¹. De hecho, la “emergencia”² del sintagma “Derecho Administrativo Global” se produce como reacción a una insuficiencia: la de los cánones del Derecho Internacional Público clásico para aprehender jurídicamente la globalización.

Pero antes de entrar en esta cuestión, que se tratará en el apartado tercero de esta contribución, es necesario hacer referencia, siquiera sea de manera sintética, a cuál es el paradigma jurídico desde el que se formula el Derecho Internacional Público clásico y se determinan sus relaciones con las disciplinas jurídicas nacionales, particularmente con el Derecho Administrativo, en especial, en los países de cultura jurídica continental. Seguidamente, se esbozarán los cambios experimentados en la concepción de los sujetos de Derecho Internacional Público desde la segunda mitad del siglo XX, lo que permitirá el contraste con la perspectiva que adopta el Derecho Administrativo Global respecto a los sujetos. En este punto, se dispensará mayor atención a aquellas estructuras y organizaciones que han recibido una menor atención del Derecho Internacional Público y que, de hecho, quedan fuera de los análisis ortodoxos que se realizan desde esta disciplina.

II. La dimensión estatocéntrica del Derecho Internacional Público: un rasgo que pervive con matices

Como se señala en la contribución dedicada a la producción de normas en el mundo global, la modernidad jurídica, que encuentra su expresión en las constituciones

(*) Este texto se ha elaborado en el marco del proyecto del Plan Nacional de I+D *Administrative Law Beyond the State* (PGC2018-101476-B-I00).

¹ Para una valoración crítica de esta propuesta académica, v. M.M. Darnacullea Gardella (2016), “Derecho Administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 199, págs. 11-50.

² Empleo el sustantivo popularizado por los impulsores del Derecho Administrativo Global en el artículo seminal del movimiento: B. Kingsbury, N. Krisch y R. B. Stewart (2005) “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, págs. 15-61. La polisemia del término “emergencia” en español resulta especialmente oportuna puesto que no sólo describe la novedosa formulación de un conjunto de doctrinas o principios que aspiran a juridificar la globalización –significado del término inglés “*emergence*” – sino que también acierta a expresar la perentoriedad de esta tarea.

liberales y en las codificaciones decimonónicas, afirma el monopolio del Estado en la producción de Derecho. Esta afirmación, a su vez, fue posibilitada por el proceso de acumulación de poder público –cuya esencia es el uso legítimo de la fuerza- que protagonizan las monarquías europeas desde la Baja Edad Media, cancelando o absorbiendo de manera progresiva otras formas de ejercicio de poder público que operaban en sus territorios, proceso que los Estados surgidos de las revoluciones burguesas culminan desmontando el andamiaje de la sociedad corporativa. En el plano interno o doméstico, son los poderes del Estado (entendido en sentido amplio, en sus distintos niveles territoriales) los que mediante procedimientos formalizados producen normas jurídicas y quienes a través de órganos incardinados en el poder ejecutivo o en el poder judicial producen decisiones jurídicamente vinculantes³. De entre las fuentes del Derecho se afirma la supremacía de la ley, producto de la soberanía popular encarnada en cámaras representativas⁴. Otros posibles fenómenos normativos –cuya existencia no se niega- quedan fuera del Derecho, son meros hechos⁵. Sus enunciados, por tanto, carecen *a priori* del respaldo del aparato coercitivo estatal para lograr la ejecución de sus mandatos.

Este estado de cosas en la esfera interna tiene su exacta correspondencia en el plano externo. Los Estados, que protagonizaban el concierto internacional europeo desde la Paz de Westfalia, se exportan como modelo de organización política a los territorios que, desde finales del siglo XVIII, se incorporan a las relaciones internacionales como resultado de procesos de independencia o de descolonización. Del mismo modo que en el plano interno el Estado monopoliza la producción jurídica, las fuentes del Derecho Internacional Público requerirán el concurso de la voluntad estatal para su nacimiento, ya sea prestando su consentimiento explícito a un tratado o convenio internacional, o mediando su consentimiento implícito, adhiriéndose a una práctica internacional o, en su caso, no objetando de manera persistente a una práctica en vías de convertirse en costumbre internacional⁶. Las normas así producidas tendrán, a su vez, a los Estados como destinatarios exclusivos: se ocupan estrictamente de regular las relaciones entre los Estados, sean estas de coordinación o de conflicto, y serán éstos, a su vez, los únicos responsables de su ejecución. De este modo, en el primer Derecho Internacional Público se equiparan las nociones de *fuentes del Derecho en sentido subjetivo* –quién tiene jurídicamente reconocida capacidad para producir Derecho- y de *sujeto de Derecho* –

³ Sobre la diferenciación del poder administrativo del poder judicial, en particular con la aparición de la categoría del *acte administratif* como acto de *imperium* estatal distinto a la sentencia, v. L. Mannori y B. Sordi (2004) “Justicia y administración”, en M. Fioravanti (ed.) *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (traducción al español de M. Martínez Neira del original *Lo Stato moderno in Europa*, 2002), Madrid: Trotta, págs. 78-84.

⁴ Sobre la progresiva identificación entre derecho y ley, a la que la modernidad jurídica rendirá culto, v. P. Grossi (2003) *Mitología jurídica de la modernidad* (traducción al español de M. Martínez Neira del original *Mitologie giuridiche della modernità*, 2003), Madrid: Trotta, págs. 29-38.

⁵ Sobre la “extrajuridicidad” de los instrumentos normativos de autorregulación, v. por todos, M. Darnaculleta i Gardella (2005) *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons, pág. 431.

⁶ La concepción consensualista del Derecho Internacional Público encontró expresión nítida en la argumentación de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la sentencia del conocido caso Lotus: “Les règles de droit lient les États procédant donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs”, *Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, Serie A- Nº 10, 7 de septiembre de 1927 (puede consultarse en https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf, último acceso marzo 2019).

quién es destinatario de las facultades y obligaciones que contienen los enunciados normativos⁷.

Las dos principales disciplinas que regulan la actuación de los poderes públicos operarían, así, en esferas netamente separadas. En la esfera externa, el Derecho Internacional Público, disciplina la acción de los poderes públicos estatales en las relaciones con sus homólogos, que se despliegan en un plano horizontal. En la esfera doméstica, y en un plano vertical o de supremacía, el Derecho Administrativo disciplina la actividad que los Estados desarrollan a través de sus administraciones en sus relaciones con los ciudadanos. En principio, el Derecho Internacional Público sólo incidiría en el Derecho Administrativo de manera indirecta, al proporcionar los criterios para definir el ámbito de vigencia territorial de éste⁸.

Afirmar la dimensión estatocéntrica del Derecho Internacional Público no significa que el Derecho Internacional Público haya permanecido ciego a la existencia de intereses que trascienden el ámbito y la capacidad de gestión de los Estados. Para designar estas nuevas demandas de regulación desde el plano internacional se han acuñado diversas etiquetas: “interés público global”, “bienes jurídicos globales”, “orden público internacional”, “intereses comunitarios”, entre otras muchas. Entre los ámbitos que mejor ilustran estas necesidades normativas debe mencionarse, en primer lugar, la protección internacional de derechos humanos, por constituir uno de los primeros en los que se afirma la prevalencia de un interés que escapa a la disposición unilateral de los Estados. Otros ámbitos en los que se aprecia la tutela de intereses que trascienden los de los Estados individualmente considerados guardan relación con las amenazas de carácter global –el cambio climático, la inestabilidad financiera, la lucha contra el terrorismo-, cuyo combate supera la capacidad regulatoria de los poderes nacionales y requiere un esfuerzo cooperativo internacional⁹. En otro orden de consideraciones, también demanda una regulación internacional la ordenación de espacios que se reputan comunes por haber quedado históricamente al margen de la jurisdicción territorial de los Estados –alta mar, los fondos marinos, la Antártida o el espacio-, y que actualmente, en cambio, son accesibles gracias al desarrollo tecnológico¹⁰.

La asunción por el Derecho Internacional Público de estas necesidades está operando importantes cambios en las características y en la estructura de este ordenamiento. Así, de una parte, se está produciendo una progresiva extensión y

⁷ L. Pérez-Prat Durbán (2008), “Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional”, en V. Abellán Honrubia y J. Bonet Pérez (dirs.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público: los actores no estatales: ponencias y estudios*, Barcelona: Bosch, págs. 21-22.

⁸ H. J. Steiner (1981), “International Law. Doctrine and Schools of Thought in the Twentieth Century”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Amsterdam: North Holland, pág. 298.

⁹ Lo que no impide reconocer que, paradójicamente, los Estados tienen una cuota de responsabilidad en la generación de riesgos globales, pues en el origen de los mismos se encuentran también acciones u omisiones estatales que sentaron las condiciones favorables para su aparición. Piénsese en cómo la formación de grandes corporaciones financieras transnacionales, cuyos recursos superan los de muchos Estados y cuya quiebra puede desestabilizar la economía mundial, es el resultado de la liberalización de los flujos de capitales, operada progresivamente mediante la conclusión de tratados internacionales. Incluso las amenazas globales al medio ambiente no se explican exclusivamente por el desarrollo tecnológico, sino que también pueden ser favorecidas por dinámicas de competencia regulatoria entre los Estados para atraer inversiones extranjeras o favorecer la ubicación en sus jurisdicciones de actividades industriales mediante una relajación de la normativa de protección ambiental, en la seguridad de que las mercancías no encontrarán barreras a su circulación en un contexto de liberalización de los intercambios comerciales internacionales.

¹⁰ V. al respecto A. Blanc Altemir (1992), *El Patrimonio Común de la Humanidad*, Barcelona: Bosch, págs. 55-135.

densificación de las regulaciones materiales de Derecho Internacional Público, convirtiéndose éste en uno de los principales proveedores de contenidos para las legislaciones nacionales, en particular, para el Derecho Administrativo especial. De otra parte, por lo que hace a las fuentes del Derecho Internacional Público, la admisión de nociones como la de *ius cogens* (o normas imperativas de Derecho Internacional general)¹¹ o la creciente producción de normas de Derecho Internacional derivado mediante procedimientos decisorios en los que la regla de la mayoría desplaza a la de la unanimidad, entre otras manifestaciones¹², testimonian una cierta flexibilización –que no una desaparición- del dogma de la soberanía del Estado. Como no podía ser de otra forma, los cambios que se apuntan también se han dejado sentir en la determinación de los sujetos de Derecho Internacional Público.

III. La ampliación del catálogo de sujetos del Derecho Internacional Público

La teoría del Derecho suministra diversos criterios para la determinación de los sujetos dotados de personalidad jurídica. En este sentido, ya sea en virtud del criterio de la validez personal de una norma –conforme a la cual es sujeto aquél de cuya conducta una norma prevé que es contenido de derechos y obligaciones-, o en atención a la teoría de la responsabilidad –para la cual sujeto es quien puede plantear una reclamación y/o ser objeto de sanción en el plano internacional-¹³, puede decirse que hasta mediados del siglo XX los Estados constituían, en líneas generales, los únicos sujetos dotados de personalidad jurídica internacional¹⁴.

La característica homogeneidad de los miembros de la sociedad internacional se ha ido desdibujando a medida que el Derecho Internacional Público, en orden a garantizar los intereses comunitarios, globales o supranacionales a que antes se aludía, ha ido configurando mecanismos y estructuras que hacen posible que individuos, colectivos y organizaciones intervengan en la esfera internacional sin la mediación de los Estados. Lógicamente, se trata de una personalidad jurídica de carácter funcional, limitada a los concretos efectos acotados en cada norma. Por ello, tampoco existe un estatuto único de derechos y obligaciones para los sujetos de Derecho Internacional Público. Por otra parte, se trata de una subjetividad internacional de carácter derivado, forjada en instrumentos jurídicos formulados con el concurso de la voluntad de los Estados –básicamente, tratados internacionales-, quienes, de este modo, retienen la condición de sujetos originarios de Derecho Internacional Público. Y, por último, esta apertura no ha implicado, con carácter

¹¹ Art. 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el derecho de los Tratados, que determina la nulidad de un tratado que “esté en oposición con una norma de derecho internacional general”. Ésta, a su vez, se define como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. La interpretación más extendida de la noción de “comunidad internacional de Estados en su conjunto” sostiene que no requeriría la aceptación de todos los Estados existentes; v. A. Cassese (2012), “For an Enhanced Role of *Ius Cogens*”, en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford: Oxford University Press, págs. 164-165. Sobre el concepto de *ius cogens* y sus posibles efectos jurídicos, v., por todos, C. Tomuschat y J.-M. Thouvenin (2006), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers, y R. Kolb (2015), *Peremptory International Law – Jus Cogens. A General Inventory*, Oxford y Portland: Hart Publishing.

¹² Con carácter general, v. N. Krisch (2014), “The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods”, *The American Journal of International Law*, vol. 108, nº. 1, págs. 1-40.

¹³ Para una aproximación a estos criterios, v. J. A. Barberis (1984), *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid: Tecnos, págs. 17-26.

¹⁴ Esta afirmación requiere siempre ser matizada con la mención a la Santa Sede –que personifica, no al Vaticano como Estado, sino a la Iglesia Católica-, a la Orden de Malta y al Comité Internacional de la Cruz Roja, que tradicionalmente han gozado de reconocimiento como sujetos *sui generis* de Derecho Internacional Público.

general, una revisión del dogma del monopolio de los Estados en la producción y aplicación de las normas internacionales en la doctrina iusinternacionalista, si bien, desde posiciones más aperturistas se comienza a reconocer la condición de “agentes normativos” de algunos actores no estatales¹⁵.

Hecha esta consideración preliminar, en las páginas que siguen me ocuparé brevemente de esos otros sujetos de Derecho Internacional distintos a los Estados. Es preciso, no obstante, advertir que no todas las realidades a que se alude concitan idéntico consenso en la doctrina iusinternacionalista en cuanto al reconocimiento de su personalidad jurídica. Asimismo, he optado por dejar fuera de la relación a otros sujetos que cuentan con reconocimiento del Derecho Internacional, como los pueblos, por cuanto, en buena medida, reflejan una suerte de *status* transitorio en el proceso hacia la consecución de la estatalidad.

1. Organizaciones internacionales

El hito jurídico al que habitualmente se vincula el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales es la emisión por la Corte Internacional de Justicia de la Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949 sobre reparación por daños al servicio de las Naciones Unidas¹⁶. En ella, el tribunal con sede en La Haya afirmó que, en caso de daños sufridos por un agente al servicio de las Naciones Unidas en el desempeño de sus funciones, la organización como tal poseía capacidad jurídica para entablar una reclamación internacional contra el Estado responsable, ya fuera para exigir la reparación de los daños causados a la organización como a la víctima y a sus causahabientes. Para ello, fue preciso que la Corte reconociera que las Naciones Unidas poseían personalidad jurídica internacional, aunque la Carta no se pronunciara explícitamente al respecto. Sin embargo, la asignación de fines a la organización internacional y la atribución de derechos y obligaciones propios, distintos de los de los Estados que la componen, conducían a admitir la subjetividad internacional de las Naciones Unidas.

Ciertamente, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales no supone una ruptura con la dimensión esencialmente estatocéntrica del Derecho Internacional, puesto que aquéllas nacen por voluntad de los Estados. En todo caso, las organizaciones internacionales expresan un nuevo modo de ejercer la soberanía estatal que, más allá de la prestación del consentimiento en el momento fundacional, se encausa a través de la participación en los órganos de adopción de decisiones, conscientes los Estados de que, en el escenario actual, la soberanía no puede seguir entendiéndose como una libertad irrestricta para perseguir individualmente intereses propios¹⁷. Además, la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales es de carácter objetivo, esto es, se impone como una realidad a todos los Estados, tengan o no la condición de miembros de aquéllas.

¹⁵ L. Pérez-Prat Durbán (2008), “Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional”, cit., pág. 22.

¹⁶ Réparations des dommages subis au service des Nations Unides, avis consultatif, CIJ Recueil, 1949, págs. 178-186.

¹⁷ En palabras de A. Chayes y A. Handler Chayes, que van más allá de la participación estatal en organizaciones internacionales, “sovereignty no longer consists in the freedom of states to act independently, in their perceived self-interest, but in membership in reasonably good standing in the regimes that make up the substance of international life”; en A. Chayes y A. Handler Chayes (1995), *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge y Londres: Harvard University Press, p. 27.

La proliferación de organizaciones internacionales de muy diversas tipologías y estatutos, la multiplicación de los sectores en los que intervienen y la paralela expansión de sus estructuras burocráticas constituye uno de los rasgos característicos del panorama internacional contemporáneo. Ello ha traído consigo el establecimiento de nuevas relaciones que ya no sólo se entablan con los Estados, sino también con individuos (su propio personal, pero también la ciudadanía general cuando se reconoce el acceso directo de los individuos a órganos e instituciones internacionales o se atribuyen competencias a las organizaciones por las que resultan habilitadas para relacionarse directamente con los ciudadanos) y personas jurídicas de naturaleza privada (empresas, organizaciones no gubernamentales). La regulación de estas relaciones demanda nuevos enfoques de Derecho Internacional Público¹⁸, que, en cierta medida, lo aproximan a temáticas y problemas de los que tradicionalmente se ha ocupado el Derecho Administrativo en los ordenamientos nacionales.

2. El individuo

La admisión de la capacidad jurídica internacional del individuo, ya sea en sentido pasivo o activo, constituye el avance más significativo en la evolución del Derecho Internacional Público en el siglo XX. Se encuentra directamente vinculado al reconocimiento de la dimensión internacional de los derechos humanos, descrito gráficamente como un inadvertido caballo de Troya para la configuración puramente estatocéntrica del sistema de relaciones internacionales¹⁹.

Las primeras manifestaciones de la subjetividad internacional del individuo se producen con la exigencia de responsabilidad por crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial mediante la creación *ad hoc* de tribunales militares internacionales en Nuremberg (1945) y Tokio (1946) a iniciativa de las potencias vencedoras²⁰. La experiencia se repetiría medio siglo más tarde con el establecimiento de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), que, a diferencia de sus precedentes, se crearon por voluntad de la comunidad jurídica internacional expresada en sendas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas²¹. Un último avance tiene lugar con la superación del modelo de tribunales *ad hoc* con el establecimiento de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente, en virtud del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998²².

Por lo que hace a la protección de los derechos humanos, recordemos que históricamente se entendía como una cuestión carente de dimensión internacional, con la salvedad de que los afectados fueran nacionales de terceros Estados, en cuyo caso se abordaba como un conflicto diplomático que enfrentaba al Estado en el que se producía la agresión y al Estado de origen de la víctima. Más allá de la invocación ante los

¹⁸ En este sentido, destaca el desarrollo del denominado Derecho Internacional Institucional; v. por todos J. Klabbers (2002), *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁹ A. Bianchi (1997), "Globalization of Human Rights. The Role of Non-State Actors", en G. Teubner (ed.) *Global Law Without a State*, Burlington: Ashgate, pág. 182.

²⁰ Sobre la base jurídica para la creación de estos tribunales, v., por todos, V. Abellán Honrubia (2000), *La responsabilité internationale de l'individu*, La Haya/Londres/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, págs. 176-185; M. Torres López (2008), *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 33-45.

²¹ V. Abellán Honrubia (2000), *La responsabilité internationale de l'individu*, cit., págs. 185-188; M. Torres López (2008), *La responsabilidad internacional del individuo...*, cit., págs. 63-77.

²² V., por todos, J. L. Gómez Colomer, J. L. González Cussac, J. Cardona Llorens (eds.) (2003), *La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar*, Valencia: Tirant lo Blanch; y A. Novak (2015), *The International Criminal Court. An Introduction*, Springer.

tribunales domésticos de instrumentos jurídicos internacionales para la protección de derechos humanos, la subjetividad internacional de los individuos se vincula a la creación de mecanismos de garantía que permiten a los titulares de derechos lesionados demandar o plantear reclamaciones ante instancias internacionales sin la intermediación estatal. Es el caso del sistema del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, particularmente tras la entrada en vigor en 1998 del Protocolo de Enmienda 11²³, que instituyó la jurisdicción obligatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y reconoció a los particulares legitimación activa para presentar una demanda en los mismos términos que a los Estados, una vez agotados los recursos internos existentes. Otro mecanismo digno de mención –aunque de potencia muy inferior al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y órganos homólogos, pues opera exclusivamente en el plano de la presión moral sobre los Estados- es el procedimiento para la presentación de comunicaciones de particulares víctimas de violaciones de derechos ante el Comité de Derechos Humanos establecido por el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, un tipo de garantía reproducida luego en numerosos tratados sectoriales para la protección de derechos humanos²⁴.

3. Las organizaciones no gubernamentales

De las organizaciones no gubernamentales se ha dicho que resultan expresivas de una incipiente sociedad civil internacional que se organiza para vigilar la protección de intereses que trascienden a los Estados, llegando a ser descritas incluso como “agentes autodesignados para la defensa del interés público”²⁵, ya sea por la retirada de los Estados de ciertos ámbitos o por las nuevas posibilidades que brindan las tecnologías de la información. Aunque con menor entidad que la posición jurídica reconocida a individuos, numerosos tratados también han contemplado la intervención de organizaciones no gubernamentales en ciertos procedimientos internacionales. Así, tempranamente el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 previó que organizaciones no gubernamentales pudieran ser consultadas por el Consejo Económico y Social en asuntos de su competencia. Más relevante resulta el *status* de organismos consultivos permanentes ante el Comité del Patrimonio Mundial del que gozan dos organizaciones no gubernamentales, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (*International Union for Conservation of Nature, IUCN*) y el Consejo Internacional sobre Monumentos y Sitios (*International Council on Monuments and Sites, ICOMOS*), en el marco de la aplicación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial

²³ Debe recordarse que inicialmente los individuos sólo podían presentar demandas por violaciones de los derechos del Convenio ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuya competencia en este punto era, además, facultativa. Los particulares, a su vez, carecían de legitimación activa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –cuya jurisdicción también era facultativa- por lo que la presentación de un caso para que el tribunal sentenciara quedaba en manos de los Estados parte o de la Comisión Europea de Derechos Humanos; v. J. A. Carrillo Salcedo (2001), *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, 2ª. ed, Madrid: Tecnos, págs. 127-134.

²⁴ V. D. McGoldrick (1994), *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford: Clarendon Press, págs. 120-246. Mecanismos de garantía de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados que, al igual que el Comité Internacional de Derechos Humanos, admiten la presentación de denuncias por los particulares se establecen también en las convenciones internacionales contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984); para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); o para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006), entre otros instrumentos internacionales.

²⁵ En palabras de J. Delbrück, ONGs como Greenpeace o Amnistía Internacional serían “self-appointed agents of the public interest”, v. J. Delbrück (2002) “Prospects for a “World (Internal) Law?” Legal Developments in a Changing International System”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 9, pág. 410.

Cultural y Natural de 1972²⁶. Asimismo, la remisión de informes e, incluso, la celebración de reuniones *ad hoc* con organizaciones no gubernamentales forma parte de la praxis habitual de los órganos de control establecidos por tratados de protección de derechos humanos tanto durante la elaboración de los informes sobre el grado de cumplimiento de los Estados, como tras su formulación²⁷.

Al margen de estos supuestos, merece destacarse la contribución de las ONGs a la formulación de normas de Derecho Internacional, por la creciente práctica de reconocerles un estatus formal de participantes en conferencias internacionales²⁸.

Sin embargo, pese a las múltiples evidencias y del significativo antecedente que supone el reconocimiento de personalidad jurídica internacional a organizaciones como la Orden de Malta o el Comité Internacional de la Cruz Roja²⁹, hasta fecha reciente la doctrina iusinternacionalista dominante no consideraba a las organizaciones no gubernamentales como sujetos de Derecho Internacional Público³⁰.

En cualquier caso y, con independencia del estatuto formal que se les reconozca en concretos tratados o en conferencias internacionales, las organizaciones no gubernamentales hace tiempo que superaron el papel de meros observadores en foros interestatales y encuentran su mayor protagonismo lo que se ha dado en llamar el plano “epistémico”, es decir, en la generación y difusión de información contribuyendo a la creación de una opinión pública internacional y condicionando de este modo la agenda internacional³¹, devenidas una suerte de “conciencia del mundo”³². Por esta vía y por la de su actividad de asesoramiento a gobiernos para el mejor cumplimiento de sus obligaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales han sido definidas como agentes para la ejecución cooperativa del Derecho Internacional Público, frente a la clásica ejecución coercitiva³³. Ello supone reconocer la eficacia del *soft power* que despliegan estas organizaciones e ineludiblemente aviva el debate sobre la legitimidad de

²⁶ Sobre el procedimiento de inscripción en la lista del Patrimonio Mundial y el papel de las organizaciones mencionadas, v. por todos, D. Zacharias (2008) “The UNESCO Regime for the Protection of World Heritage as Prototype of an Autonomy-Gaining International Institution”, *German Law Journal*, vol. 9, n.º 11, págs. 1833-1864.

²⁷ Así ocurre en las actividades del Comité contra la Tortura, en su redacción actual v. arts. 63 y 82 del Reglamento de la Comisión (CAT/C/3/Rev. 6, versión de 2014), en aplicación de Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Desde 2012 se reconoce un estatuto análogo a las organizaciones no gubernamentales –remisión de información, celebración de reuniones antes de la presentación de un informe sobre un Estado- en los procedimientos del Comité Internacional de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre la importancia del papel desarrollado por las ONGs como *amicus curiae* en los procesos ante el TEDH al amparo del art. 36.2 CEDH, v. L. van den Eyden (2013), “An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs Before the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31/3, págs. 271-313.

²⁸ L. Pérez-Prat Durbán (2008), “Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional”, cit., págs. 23-26.

²⁹ A.-K. Lindblom (2005) *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, págs. 63-74.

³⁰ Por todos, L. Oppenheim, citado como ilustración de la postura clásica por J. Delbrück (2002), “Prospects for a “World (Internal) Law?...” cit., pág. 412, nota 26.

³¹ A. Bianchi (1997), “Globalization of Human Rights...”, cit., págs. 188-190; N. Butha (2012), “The Role International Actors Other Than States Can Play in the New World Order”, en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia*, cit., págs. 73-74.

³² P. Willets (ed.) (1996) *The Conscience of the World'. The Influence of Non-Governmental Organisations in the UN System*, Londres: Hurst & Company.

³³ J. Delbrück (2002), “Prospects for a “World (Internal) Law?...” cit., págs. 426-427; L. Pérez-Prat Durbán (2008), “Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional”, cit., págs. 26-31.

su funcionamiento y organización, cuestiones que entroncan con los planteamientos del Derecho Administrativo Global.

4. Las empresas multinacionales

La personalidad jurídica internacional de las empresas multinacionales resulta aún más debatida. El Derecho Internacional Público económico nos proporciona ejemplos del reconocimiento de una limitada capacidad jurídica activa. Así, desde finales del siglo XIX y principios del XX la protección de la inversión extranjera con ocasión de la explotación de recursos mineros se arbitró a través de contratos celebrados entre empresas de terceros países y autoridades locales, contratos que configuraban un régimen específico y establecían como una de sus cláusulas de salvaguarda el recurso al arbitraje para la resolución de las controversias³⁴. En la actualidad es una garantía comúnmente prevista en los tratados para la protección de inversiones, ya posean carácter bilateral o multilateral, que sujetos privados –en la práctica, grandes empresas e inversores- resulten habilitados para plantear ante árbitros internacionales demandas para exigir responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones convencionalmente asumidas por los Estados signatarios³⁵. En no pocas ocasiones el arbitraje no se condiciona al agotamiento previo de los procesos judiciales internos. Destaca en este campo la actividad de arbitraje desarrollada por el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias en Materia de Inversiones, establecido en 1966 por un tratado internacional concluido al amparo del Banco Mundial³⁶, mecanismo al que remiten, entre otros, tratados tan relevantes como la Carta de la Energía. Existen, además, trabajos en marcha para avanzar hacia la institucionalización de una jurisdicción internacional en materia de inversiones que supere el marcado casuismo de los mecanismos de arbitraje³⁷. De llegar a formalizarse un tribunal multilateral internacional en materia de inversiones, redundaría en una normalización de la personalidad jurídica internacional de las empresas multinacionales.

Sin embargo, por lo que hace a la exigibilidad internacional de obligaciones jurídicas, el recorrido ha sido mucho más modesto, en especial si se compara con el estatuto que se aplica a los individuos desde mediados del siglo XX. Aunque el Derecho Internacional formula obligaciones cuyo cumplimiento, en esencia, atañe a las empresas,

³⁴ P.T. Muchlinski (1997) “‘Global Bukowina’ Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-making Community”, en G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, cit., págs. 88-89.

³⁵ Sobre las diversas modalidades que revisten las cláusulas de arbitraje, v. E. Fernández Masiá (2008), *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid: Marcial Pons, págs. 18-31.

³⁶ V. por todos, E. Fernández Masiá (2004), *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia: Tirant lo Blanch; C. H. Schreuer (2009), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press.

³⁷ La Unión Europea, en conexión con la conclusión de macrotratados de libre comercio, se ha convertido en uno de los principales valedores de la creación de un tribunal internacional en materia de inversiones, para lo que impulsa la celebración de un tratado bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). V. Directrices del Consejo a la Comisión, de 20 de marzo de 2018, para la negociación de una convención que establezca un tribunal multilateral para la resolución de disputas en materia de inversión (pueden consultarse en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>; último acceso, marzo 2019). Los trabajos del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI para la reforma de los sistemas de solución de controversias inversor-Estado pueden seguirse en https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state (último acceso, diciembre 2019). Sobre estas cuestiones, v. por todos, A. M. López Rodríguez (2017) “El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo”, *Cuadernos de Derecho Europeo*, n.º 57, ejemplar monográfico “La contribución de la UE a los grandes desafíos de la sociedad internacional”, págs. 29-68.

no se han arbitrado por el momento mecanismos internacionales para hacerlas efectivas de modo que, de acuerdo con el esquema clásico, su ejecución queda en manos de los Estados a través de lo que dispongan los ordenamientos domésticos. Por otra parte, dejando al margen de las iniciativas de autorregulación sectorial para la elaboración de códigos de conducta en el contexto de programas de responsabilidad social corporativa – de cuya eficacia justificadamente se duda–, los esfuerzos de Derecho Internacional Público para sujetar la actividad de las empresas transnacionales a unos mínimos principios hasta ahora sólo han cristalizado en disposiciones de *soft law*. Fueron pioneras las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, emitidas en 1976 y periódicamente actualizadas³⁸. Este documento ha sido interpretado como la expresión de lo que los Estados del primer mundo estaban dispuestos a aceptar en cuanto a regulación internacional de la actividad de las multinacionales, frente a otros planteamientos de mayor exigencia³⁹. No en vano, la elaboración de las Líneas Directrices por la OCDE se produjo casi en paralelo con una primera iniciativa en el marco de las Naciones Unidas, que resultó finalmente abandonada⁴⁰. No sería hasta el 2011 cuando se adoptaron los ‘Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos’ de la ONU, cuya implementación se promueve mediante la adopción de planes de acción nacionales impulsados por el Consejo de Derechos Humanos y, en el caso de la Unión Europea, también por la Comisión⁴¹.

Una iniciativa singular, en la medida en que no tiene a los Estados como destinatarios directos, es el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (*Global Compact*),

³⁸ La vigente versión de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales es de 2011; v. <http://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/> (último acceso, diciembre 2019). Se trata de un conjunto de recomendaciones sobre muy variados aspectos (medio ambiente, relaciones laborales, lucha contra la corrupción, y, desde 2011, derechos humanos) que los gobiernos de los países adherentes dirigen a las multinacionales activas o que tienen su sede en ellos. La implementación se realiza descentralizadamente, mediante el establecimiento en cada uno de los países adherentes de Puntos Nacionales de Contacto. En el caso de España tuvo lugar a través de la Orden PRE/2167/2014, de 11 de noviembre. Los Puntos Nacionales de Contacto actúan como mediadores en casos conflictivos planteados a petición de individuos u organizaciones localizados en cualquiera de los territorios donde las multinacionales de los Estados parte operen.

³⁹ P. T. Muchlinski (1997), “‘Global Bukowina’ Examined...”, cit., págs. 90, 95-96.

⁴⁰ Consistió en la formulación de un código de conducta para empresas multinacionales, finalmente abandonado en 1992; v. al respecto I. Seidl-Hohenveldern (1987), *Corporations In and Under International Law*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge: University of Cambridge/Grotius Publications Limited, pág. 13. Posteriormente, en 2003, la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos elaboró un borrador de ‘Normas sobre la Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos’, proyecto que tampoco fue aprobado por la Comisión de Derechos Humanos; sobre las razones que motivaron su no adopción v. N. Zambrana Tevar (2013), “Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, en F. J. Zamora, J. García Cívico y L. Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos, Cuadernos de Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, n.º 9, Madrid: Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, págs. 43-44.

⁴¹ Los Principios fueron inicialmente elaborados por el Representante Especial del Secretario General de la ONU para la cuestión de los derechos humanos, las empresas transnacionales y otras empresas (v. UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011; puede consultarse en <https://undocs.org/es/A/HRC/17/31>, último acceso, diciembre 2019). El Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas haría posteriormente suyos estos principios. Un análisis de su contenido en N. Zambrana Tevar (2013), “Los Principios rectores...”, cit., págs. 50-60. Sobre los planes para su implementación, v. C. Márquez Carrasco (2017), “Los planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos de os Estados miembros de la Unión Europea. Especial referencia al plan español”, en C. Márquez Carrasco, I. Vivas Tesón (eds) (2017), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 81-104.

promovido en 1999 por el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan⁴². El Pacto Mundial se alinea más bien con los planteamientos propios de la responsabilidad social corporativa – de hecho, “compite” con iniciativas de este tipo de origen privado- y postula la adhesión voluntaria de las empresas a una serie de principios básicos en el ámbito de los derechos humanos y laborales, la protección del medio ambiente y la lucha contra la corrupción, de cuyo grado de cumplimiento se da cuenta mediante la remisión de informes anuales que son objeto de publicación en el sitio web del Pacto Mundial.

El protagonismo de las iniciativas de Derecho blando, sin embargo, se ha visto alterado en 2014 con la puesta en marcha, también en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de un grupo de trabajo con el mandato de formular el que sería el primer ‘Instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos’⁴³. El hecho de que se dé curso a esta iniciativa mientras que, en paralelo, se desarrollan trabajos que discurren por la senda ya conocida del *soft law*, es indicativo de las tensiones y de las diversas sensibilidades que pugnan en el seno de un órgano de naturaleza intergubernamental como el Consejo de Derechos Humanos. Resta por ver si, a diferencia de otras iniciativas precedentes, esta vez culmina con la adopción de un tratado internacional⁴⁴.

La acusada asimetría entre la capacidad activa y pasiva de las empresas transnacionales en el plano internacional, por contraste con la posición de los individuos, conduce a que una mayoría de autores rechace por el momento considerarlas sujetos de Derecho Internacional Público. En este sentido, se argumenta que reconocerles ese estatus sin que les sea jurídicamente exigible en el plano internacional el cumplimiento de normas de protección de derechos humanos o de protección ambiental sólo redundaría en un fortalecimiento de su posición frente a los Estados⁴⁵. Lo cierto es que, con independencia de que sean o no considerados formalmente sujetos de Derecho Internacional Público, resulta innegable que las empresas multinacionales constituyen actores políticos de la mayor relevancia, con acreditada capacidad para orientar el curso de las negociaciones internacionales en aquellos ámbitos que puedan afectar a sus intereses⁴⁶. A ello coadyuva la transformación de los procesos productivos, fragmentados en fases que se localizan en distintas jurisdicciones, así como la creciente conquista de espacios de autorregulación propiciada por la retirada de los Estados.

IV. Del Derecho Internacional Público al Derecho Administrativo Global: la identificación de administraciones globales

⁴² V. <https://www.unglobalcompact.org/about> (último acceso, diciembre 2019). Sobre el origen y características de esta iniciativa, v. J. L. Blasco (2009), “El Pacto Mundial de las Naciones Unidas”, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 1, págs. 181-192.

⁴³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 26/9, UN Doc A/HRC/RES/26/9, de 25 de junio de 2014; puede consultarse en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement> (último acceso, diciembre 2019). Sobre la iniciativa, v. A. Guamán Hernández (2018), “Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la necesidad y la posibilidad de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (Binding Treaty)”, *Jueces para la Democracia*, n.º 92, págs. 113-122.

⁴⁴ Pueden seguirse los progresos del grupo de trabajo en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx> (último acceso, diciembre 2019).

⁴⁵ N. Butha (2012), “The Role International Actors Other Than States ...”, cit., págs. 74-75.

⁴⁶ P. T. Muchlinski (1997), “‘Global Bukowina’ Examined...”, cit., págs. 90-101.

Como se ha tratado en las páginas precedentes, el Derecho Internacional Público se mantiene fiel, aunque con ajustes, a la visión estatocéntrica que lo inspira desde la Paz de Westfalia. Sin embargo, la globalización cuestiona la primacía de los Estados como sujetos en el plano internacional. En efecto, la profunda interconexión de sistemas económicos, políticos, culturales, sociales, etc., que se quiere expresar con el término ‘globalización’⁴⁷ frente a la mera ‘internacionalización’, revela, no ya sólo un desajuste de los aparatos estatales para ordenar fenómenos globales desde el punto de vista territorial, sino también desde el punto de vista del dominio del conocimiento técnico y experto, como refleja el auge de los fenómenos de autorregulación, ya sea dirigida o no por los poderes públicos⁴⁸. Es decir, la globalización no sólo desdibuja las fronteras entre los Estados sino también los límites entre el sector público y el privado. Se asiste, así, a la reubicación en nuevos contextos institucionales de actividades y tareas que, al menos, para quienes participan de la cultura jurídica del *Civil Law*, tradicionalmente se localizaban intramuros de la organización estatal (o de organizaciones aledañas al Estado, como las universidades). De la mano de la globalización se acuña, precisamente, el término ‘gobernanza global’ con el que se pretende expresar la superación del modelo clásico de relaciones internacionales en el que los Estados-nación son las unidades básicas, por otro en el que se constata la concurrencia de sujetos privados y públicos, el predominio de las redes o el policentrismo, la flexibilidad o la informalidad, entre otras notas⁴⁹.

Las estructuras de gobernanza global tienen un enorme impacto sobre los Estados, e incluso, ocasionalmente, también sobre los individuos. Sin embargo, en no pocas ocasiones estas estructuras operan al margen, no ya del Derecho Internacional Público sino de cualquier Derecho. Es aquí cuando entra en escena el denominado Derecho Administrativo Global, que se formula con la pretensión de “domesticar” jurídicamente la globalización. El abordaje del problema por parte de los impulsores de este movimiento se caracteriza por un acusado pragmatismo, al que posiblemente no es ajeno el propósito de que la regulación producida en la esfera global gane en aceptación y eficacia. Desde el Derecho Administrativo Global se postula la necesidad de que las estructuras de gobernanza global rindan cuentas: esto es, se busca proyectar sobre ellas la noción de *accountability*⁵⁰, clave en el Derecho público anglosajón. Aunque su significado está lejos de resultar claro y unívoco, con carácter aproximado podría decirse que la idea de *accountability*, en tanto que criterio de legitimación del ejercicio de poder con un marcado componente procedimental, resulta más amplio y versátil que el principio de legalidad y, por esta razón, parece más adecuado para un contexto como el global en el que no opera el esquema intraestatal de división tripartita de poderes⁵¹.

⁴⁷ D. Goldman citado por J.-B. Auby, en *La globalización, el derecho y el Estado* (traducción al castellano de E. Guichot Reina, del original en francés *Le globalisation, le droit et l'État*, 2ª. ed. 2010), Sevilla: Derecho Global, 2012, pág. 37

⁴⁸ V., por todos, M. M. Darnaculleta i Gardella (2005), *Autorregulación y derecho público*, cit. *passim* y M.M. Darnaculleta i Gardella, J. Esteve Pardo e I. Spiecker gen. Döhmman (eds.) (2015), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.

⁴⁹ V. por todos, *passim* A. M. Slaughter (2004), *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, y M. Ruffert (2004) *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, Munich: Ed. Richard Boorberg, 2004, págs. 24-38

⁵⁰ Así, el Derecho Administrativo Global se integraría por “the mechanisms, principles, practices and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make”, en B. Kingsbury, N. Krisch y R. B. Stewart (2005) “The Emergence of Global Administrative Law”, cit., pág. 17.

⁵¹ Resulta ilustrativa la siguiente afirmación de R. B. Stewart: “[A] U.S.- style administrative law at the level of international regulatory regimes requires a relatively high degree of institutional differentiation,

En todo caso, con carácter previo al análisis de los mecanismos que permitan la rendición de cuentas debe determinarse a qué actores les sería exigible. Posiblemente aquí radica la principal aportación del Derecho Administrativo Global. Como hemos visto, la apertura de la nómina de sujetos de Derecho que contempla el Derecho Internacional Público no ha implicado –salvo por lo que hace a las organizaciones internacionales- una revisión de cuáles sean los actores a los que se les reconoce la condición de poderes en el plano internacional, condición que sigue vinculada, de manera mediata o inmediata, a los Estados. Frente a esta visión clásica, el Derecho Administrativo Global, aparcando apriorismos, sostiene la posibilidad de analizar la llamada gobernanza global en términos de “acción administrativa”. De este modo, se defiende la existencia de un “espacio administrativo global”⁵², diferenciado tanto del espacio de coordinación interestatal propio del Derecho Internacional Público como del ámbito doméstico dominado por el Derecho Administrativo⁵³, en el que se apreciaría el ejercicio de funciones en gran medida asimilables a las que desempeñan las administraciones en la esfera interna. Así, estos autores identifican funciones administrativas normativas (*rulemaking*) en las que incluirían tanto la producción formalizada de normas jurídicas –con la excepción de los tratados, propios del Derecho Internacional Público- como de disposiciones que, sin encontrar encaje en el sistema de fuentes comúnmente aceptado, poseen aspiración normativa y un indudable impacto en la configuración de contenidos en el Derecho interno (estándares internacionales). También se caracteriza como función administrativa la toma de decisiones (*adjudication*) por las que se dirimen conflictos entre intereses globales y que no se corresponden con las controversias interestatales propias del Derecho Internacional.

Partiendo de estas premisas, el Derecho Administrativo Global, como parte de su agenda de investigación, aspira a cartografiar las estructuras y organizaciones que operan “administrando” en la gobernanza global. A tal efecto, los impulsores proponían una taxonomía básica con cinco tipos básicos de administraciones internacionales⁵⁴, entendidas en clave funcional más que subjetiva:

- 1) Las organizaciones internacionales formalmente constituidas mediante tratado o acuerdos internacionales, de entre las que destacan la actividad desplegada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con afectación tanto a Estados como, directamente, a individuos.
- 2) Las redes transnacionales y los acuerdos de coordinación entre autoridades nacionales con competencia en un determinado sector que, a diferencia de las organizaciones internacionales, carecen de potestades legalmente vinculantes y se desenvuelven en un contexto de cooperación informal. Constituyen uno de los tipos de agentes más relevantes de la gobernanza global, a pesar de lo cual, salvo contadas excepciones, han sido desatendidos por el Derecho Internacional Público. Por esta razón volveremos sobre ellos en un apartado posterior.

legalization, and complexity, which is often but not always associated with a statutory-regulatory approach to regulation” [el subrayado es mío], en R. B. Stewart (2005) “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pág. 103. Sobre la conveniencia de la apertura a otras fórmulas de *accountability* distintas al principio de legalidad para legitimar la regulación internacional, v. también pág. 105.

⁵² B. Kingsbury, N. Krisch y R. B. Stewart (2005) “The Emergence of Global Administrative Law”, cit., págs. 17-18.

⁵³ B. Kingsbury, N. Krisch y R. B. Stewart (2005) “The Emergence of Global Administrative Law”, cit., págs. 25-27.

⁵⁴ B. Kingsbury, N. Krisch y R. B. Stewart (2005) “The Emergence of Global Administrative Law”, cit., págs. 20-23.

- 3) Administraciones de naturaleza híbrida que, a diferencia de las redes mencionadas previamente, combinan en su estructura la participación de sujetos de carácter público y privado. Como ocurre en el caso anterior, han quedado al margen de los análisis clásicos de Derecho Internacional Público.
- 4) Administración por sujetos enteramente privados con funciones regulatorias, ya posean un origen gremial o técnico o bien se constituyan como organizaciones no gubernamentales en ámbitos de interés ético (desde la protección ambiental al comercio justo), a las que el Derecho Internacional Público no les reconoce un estatus de poder.
- 5) Un supuesto peculiar de administración internacional es lo que los impulsores del Derecho Administrativo Global denominan “*distributed administration*”⁵⁵ y que se correspondería con administraciones nacionales con capacidad para adoptar decisiones en ámbitos de interés global (como cuando adoptan decisiones de alcance extraterritorial, por ejemplo, si condicionan procesos de fabricación que se desarrollan en otras jurisdicciones al determinar los requisitos para la comercialización en su territorio de determinados productos). También incluyen las actuaciones que una administración nacional despliega dentro de sus fronteras, aún sin alcance extraterritorial, con el propósito de dar cumplimiento a compromisos adquiridos en el plano internacional. En este caso, la administración nacional actuaría como un componente dentro de una estructura administrativa de alcance global, en el que los aparatos burocráticos nacionales actúan como organizaciones vicarias de la autoridad global, de modo análogo a como la Unión Europea se sirve de las administraciones de los Estados miembros para la ejecución del Derecho europeo.

Este abordaje funcional del fenómeno administrativo en el ámbito global se asemeja a otros análisis que reconocen modalidades de regulación global que desbordan los planteamientos canónicos sobre fuentes del Derecho (vinculados de un modo u otro a la prestación de consentimiento estatal, como se ha señalado). Así, Bütthe y Mattli realizan una clasificación de tipos de regulación global en atención a dos criterios: de una parte, la naturaleza pública o privada de los sujetos reguladores, y de otra, la existencia o no de dinámicas de mercado en la formulación de instrumentos regulatorios (entendiendo por dinámicas de mercado, la existencia de una “oferta” de instrumentos regulatorios diversos que entran en competencia en un ámbito global no armonizado)⁵⁶. De este modo, distinguen regulaciones públicas no de mercado (como la celebración de tratados internacionales, la formulación de instrumentos de Derecho Internacional derivado por organizaciones internacionales o la producción de estándares por redes transnacionales de autoridades estatales de alcance global) y de mercado (la diversidad de regulaciones nacionales o, en los casos de integración regional, internacionales, en un contexto en el que los operadores económicos pueden elegir establecerse en aquellas jurisdicciones que ofrezcan un marco regulatorio más favorable a sus intereses), frente a regulaciones privadas no de mercado (cuando un sujeto privado “monopoliza” en el nivel global la regulación de un determinado sector, como ocurre con los dominios de internet) y de mercado (si existen varias regulaciones privadas en competencia, como ocurre con la producción de estándares en materia de responsabilidad social corporativa).

Partiendo de estas consideraciones preliminares y siguiendo la clasificación propuesta por Kingsbury, Krisch y Stewart interesa ahora realizar una breve

⁵⁵ B. Kingsbury, N. Krisch y R. B. Stewart (2005) “The Emergence of Global Administrative Law”, cit., págs. 22-23.

⁵⁶ T. Bütthe y W. Mattli (2011) *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton: Princeton University Press, págs. 18-32

aproximación a aquellas formas de “administración internacional” que o bien carecen de la consideración de sujetos de Derecho Internacional o bien la posición que aquel les reconoce dista de reflejar fielmente su trascendencia para la gobernanza global.

1. Redes transnacionales de cooperación de autoridades nacionales

Las redes transnacionales integradas por autoridades nacionales con competencia de regulación y supervisión sobre un determinado sector constituyen estructuras de cooperación horizontal características de la globalización. Con el uso del término red para la descripción de este tipo de cooperación se pretende subrayar la relevancia de la comunicación y de la información en el funcionamiento de estas estructuras, si bien poseen un diseño más simple que el de otras redes que operan en el entorno global.

Las redes transnacionales de cooperación de autoridades nacionales pueden surgir en distintos contextos institucionales y organizativos⁵⁷, presentar un variable grado de formalización e institucionalización y desarrollar diversas funciones, tanto jurídicamente vinculantes como no vinculantes. En este sentido, desde el punto de vista contextual, las redes transnacionales de cooperación pueden establecerse al amparo de un tratado internacional, cuya aplicación requiera la creación de una estructura estable para encauzar la colaboración, o en el marco de las exigencias derivadas de la pertenencia a una organización internacional. Pero, junto a estos supuestos, los ejemplos más notables que proporciona la gobernanza global vienen representados por redes creadas a iniciativa de las propias instituciones nacionales que las integran, al margen de estructuras e instrumentos de Derecho Internacional.

Establecidas inicialmente con el humilde propósito de facilitar el intercambio informal de experiencias entre supervisores, estas redes han evolucionado hacia la fijación de consensos regulatorios en sus ámbitos de gestión. Ilustran la emergencia espontánea de este tipo de redes, basadas en la cooperación transnacional de las autoridades nacionales, los tres sectores de referencia para la supervisión financiera -el bancario, el mercado de valores y los seguros- en los que se ha producido desde la década de los ochenta del pasado siglo una notable armonización internacional de la regulación gracias a la producción de estándares desarrollada por tres redes globales: el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO, por su acrónimo en inglés) y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS, por su acrónimo en inglés). Aunque presentan un diverso grado de formalización jurídica -IOSCO e IAIS son asociaciones privadas constituidas conforme al Derecho nacional del país en el que tienen su sede, en tanto que el Comité de Basilea es enteramente informal- y de apertura -IOSCO e IAIS tienen una amplia membresía mientras que el Comité de Basilea a pesar de las ampliaciones experimentadas, se mantiene fiel a su diseño original como un club de acceso restringido-, todas estas redes tienen en común no haber nacido al amparo de organizaciones internacionales ni haber sido creadas por impulso de sus gobiernos. A pesar del bajo nivel de institucionalización de estas redes, la penetración final de sus estándares en el ordenamiento jurídico positivo, no sólo en los de las autoridades miembros sino también en los de terceros Estados, ha sido muy elevada, lográndose un mayor grado de convergencia normativa en el ámbito de la regulación financiera que en otros en los que operan organizaciones internacionales clásicas. Esa convergencia, más allá de los éxitos

⁵⁷ Una clasificación de redes de autoridades en función del contexto institucional en que se crean en A. M. Slaughter (2001) “The Accountability of Government Networks”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 8, págs. 355-359.

logrados por estas redes “persuadiendo” de la bondad de sus propuestas regulatorias⁵⁸, se ha visto apuntalada en la última década por las decisiones adoptadas en las sucesivas cumbres del G20 a partir de la última crisis financiera. Así, desde el 2008 su trabajo viene marcado por la agenda del G20 y se ha reforzado la implementación de los estándares mediante un complejo entramado para la evaluación que involucra tanto a organizaciones financieras internacionales (Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial) con ocasión de la prestación de asistencia financiera a los Estados, como a las propias redes mediante el desarrollo de mecanismos de evaluación por pares⁵⁹. Uno de los ejemplos más recientes de este mismo fenómeno está representado por la última reforma del régimen de poscontratación de los mercados de valores que, vehiculada a través del Derecho de la Unión Europea, ha recepcionado los Principios para las Infraestructuras del Mercado Financiero⁶⁰, un conjunto de estándares elaborados por un Comité técnico de la IOSCO junto a otra red transnacional de cooperación de bancos centrales, el Comité de Pagos y Sistemas de Liquidación (CPSS, por su acrónimo en inglés)⁶¹.

Se ha señalado que la preferencia por el establecimiento de redes informales de cooperación entre autoridades de los Estados –porque los Estados, aquí, siguen siendo protagonistas, si bien en un formato alejado del modelo clásico de representantes diplomáticos plenipotenciarios que actúan bajo la dirección gubernamental⁶²- frente a la creación de organizaciones internacionales, se explicaría porque facilitan en mayor grado que el actor dominante imponga el modelo regulatorio propio⁶³. Por otra parte, tratándose de sectores técnicamente complejos, se ha asociado el entorno de trabajo cooperativo que proporcionan las redes a una mejor gestión y difusión del conocimiento necesario para la adopción de decisiones en estos ámbitos, en los que la fase normativa y la aplicativa no resultan fácilmente distinguibles⁶⁴.

⁵⁸ Una persuasión lograda gracias a una actividad de divulgación global de sus estándares que, en el caso del Comité de Basilea, ha llegado a ser descrita como proselitismo, v. D. Zaring (1998) “International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations”, *Texas International Law Journal*, vol. 33, n.º. 2, pág. 291 y (2005) “Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, n.º. 2, págs. 551, 572, 583-585.

⁵⁹ Para una visión integral de la compleja gobernanza global de los mercados financieros, v. M.M. Darnaculleta Gardella y M.A. Salvador Armendáriz (2010), “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, *Revista de Administración Pública*, n.º 183, págs. 139-177; y M. De Bellis (2012), *La regolazione dei mercati finanziari*, Milán: Giuffrè Editore, en especial págs. 2-240.

⁶⁰ Sobre la peculiar articulación del sistema de fuentes en este sector, v. M. M. Darnaculleta Gardella y R. Leñero Bohórquez (2017), “Las fuentes del derecho en el sistema de la poscontratación del mercado de valores: internacionalización y autorregulación regulada”, en A. Martínez Florez, F. J. Garcimartín Alférez y J. A. Recalde Castells, *La reforma del sistema de poscontratación en los mercados de valores*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 107-156.

⁶¹ Este Comité fue redenido en septiembre de 2014 Comité de Pagos e Infraestructuras de Mercado (*Committee on Payments and Market Infrastructures, CPMI*) y está integrado en la actualidad por altos funcionarios de 28 bancos centrales, entre los que no se cuenta el Banco de España, aunque sí el Banco Central Europeo. Sobre sus orígenes, v. <https://www.bis.org/cpmi/history.htm> (último acceso, diciembre 2019)

⁶² Se ha hablado de “Estado desagregado” en su proyección exterior por A.M. Slaughter (2004), *A New World Order*, cit., págs. 12-15.

⁶³ K. Raustiala (2012), “The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Network and the Future of International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, n.º. 1, 2002, págs. 1-92, en especial, págs. 51-55.

⁶⁴ Aunque no referidas específicamente a las redes de autoridades supervisoras, v. las reflexiones de K. H. Ladeur (1997) “Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept”, *European Law Journal*, vol. 3, n.º. 1, págs. 33-54, en especial, pág. 46.

La eficacia alcanzada por estas redes no oculta las dudas que, desde una perspectiva jurídico-pública, suscitan su creación y funcionamiento, en especial, en el caso de las establecidas a iniciativa de los organismos nacionales que las componen y que no traen causa de un tratado o de una organización internacional. En gran medida, la controversia deriva de la falta de encaje de las redes transnacionales en las categorías que maneja el Derecho Internacional Público, tanto por lo que hace a los sujetos reconocidos como a los instrumentos internacionales de carácter normativo. Esta falta de reconocimiento en el plano del Derecho Internacional Público tiene una derivada inmediata en el Derecho interno que, ahogado a los presupuestos del Derecho Internacional, carece de previsiones –o las que contiene no captan la trascendencia de la participación de las autoridades nacionales en estas estructuras- para preservar, en términos globales, los equilibrios institucionales que construyen las constituciones nacionales y, con ello, las exigencias del principio de legitimación democrática⁶⁵. Todo esto se materializa en que estas redes han estado funcionando al margen del Derecho público, pese a adoptar disposiciones de enorme relevancia práctica.

Se ha querido paliar ese vacío en el plano internacional con la propuesta de aplicación de principios de Derecho Administrativo como el de transparencia, la apertura de los procedimientos o el deber de motivación de las decisiones⁶⁶, que de manera progresiva se han ido incorporando, primero a la praxis y luego, a las disposiciones internas que disciplinan la organización y el funcionamiento de estas redes⁶⁷. En el plano del Derecho interno y, aunque no todos los ordenamientos reflejen el mismo desinterés⁶⁸, en líneas generales se aprecia que las redes de autoridades nacionales producen un debilitamiento de la posición preeminente del gobierno en la dirección política, un efecto que, si bien ya se deriva del fenómeno de la agencialización en sectores de la acción administrativa, se intensifica por la participación de estas entidades en estructuras transnacionales⁶⁹. En el caso de las redes productoras de estándares, la fuerza de los consensos regulatorios alcanzados, aunque no se traduzca en compromisos jurídicamente exigibles, desvirtúa seriamente la función constitucional de los parlamentos y de los procesos legislativos⁷⁰. Por otra parte, cuando entre la red transnacional y el nivel

⁶⁵ C. Möllers (2005), “Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 65, págs. 379-380.

⁶⁶ Por todos, v. A. Van Aaken (2007) “Transnacionales Kooperationsrecht in der Finanzmarktaufsicht”, en C. Möllers, A. Vosskuhle y C. Walter (eds.): *Internationales Verwaltungsrecht: eine Analyse anhand von Referenzgebiete*, Tübingen: Mohr Siebeck, págs. 249-250.

⁶⁷ Lo ilustra la evolución del procedimiento de elaboración de estándares del Comité de Basilea de 1975 a 2013, v. R. Leñero Bohórquez (2014) “El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el Derecho Público”, en M.A. Salvador Armendáriz (dir.), *Regulación bancaria: Transformaciones y Estado de Derecho*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 224-236.

⁶⁸ Así, el Derecho interno de EE.UU. sí contempla la participación de sus autoridades en materia bancaria y monetaria en las redes transnacionales, articulando mecanismos de coordinación y de seguimiento de sus trabajos, v. R. Bismuth (2010) “The Independence of Domestic Financial regulators: An Underestimated Structural Issue in International Financial Governance”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, n.º 1, págs. 99-100. Por el contrario, en el caso de España, las leyes que disciplinan la actividad supervisora del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se limitan a señalar que estos organismos pueden hacer suyas así como desarrollar, complementar o adaptar las “guías” que aprueben los organismos o comités internacionales activos en sus ámbitos, obviando la trascendencia de la estandarización internacional: v. el art. 54.3 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y el art. 21.4 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

⁶⁹ C. Möllers (2005) “Transnationale Behördenkooperation...”, cit., pág. 375.

⁷⁰ M.M. Darnaculleta Gardella y R. Leñero Bohórquez (2014) “Crisis financiera y crisis democrática: La regulación financiera internacional mediante redes de supervisores”, en A. Recalde Castells, I. Tirado y

nacional se interpone, además, una organización de integración regional con competencias normativas en el sector en el que opera la red, a los problemas anteriores se añaden los que se derivan de la infrarrepresentación –o incluso ausencia- en la red de los Estados que integran la organización, así como de la propia organización como un todo⁷¹.

Un cierto remedio a estos problemas, en ausencia de institucionalización y juridificación de las redes en el plano internacional, como el que provee su inserción en el entramado de organizaciones internacionales⁷², pasa por un tratamiento específico en los ordenamientos internos de este fenómeno, que contemple la habilitación expresa a las agencias nacionales para participar en negociaciones internacionales con miras a la consecución de consensos regulatorios, así como un esquema de control parlamentario basado en comparecencias regulares que permita una monitorización de la marcha de aquellas⁷³.

2. Organizaciones privadas e híbridas

La asunción por organizaciones privadas de tareas antaño monopolio de las autoridades públicas no es un hecho privativo del ámbito global. La autorregulación social, cuyo germen se encuentra implícito en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, ha desbordado el marco contractual para proyectarse sobre ámbitos en los que intereses colectivos que trascienden los de los partícipes en la autorregulación resultan afectados⁷⁴. Las razones que impulsan la autorregulación social, incluso en culturas jurídico-públicas que afirman el monopolio estatal del ejercicio de poder público, han sido extensamente expuestas por la academia, vinculándose generalmente a la complejidad técnica y volatilidad de numerosos sectores de la vida contemporánea, para los que la actuación jurídica formalizada desde instituciones públicas no es capaz de proporcionar una adecuada respuesta regulatoria. Una incapacidad que, por otra parte, también es resultado del triunfo de planteamientos políticos de corte ultraliberal que, postulando un replegamiento del Estado, han propiciado su descapitalización financiera y humana. Desde la sociología política, la teoría de sistemas ha proporcionado un marco para analizar los fenómenos de autorregulación privada y su conexión con el sistema jurídico, conceptualizado como uno más de los subsistemas sociales que se definen por su especialización funcional⁷⁵.

A.B. Perdices Huetos (eds.) *Crisis y reforma del sistema financiero*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pág. 194.

⁷¹ Problema evidenciado con la recepción en el Derecho de la UE de los estándares del Comité de Basilea antes de que el Banco Central Europeo, a raíz del establecimiento del Mecanismo Único de Supervisión, pasara a ser institución miembro del Comité, v. R. Leñero Bohórquez (2014) “El Comité de Basilea como poder público global...”, cit., págs. 246-247.

⁷² Es el caso de las Agencias Europeas de Supervisión, creadas en 2009 en el marco del Sistema Europeo de Supervisión Financiera, que, inspiradas en el modelo de las redes transnacionales de supervisores financieros de ámbito global, se establecen en la UE plenamente juridificadas en su organización y funcionamiento, v. M.M. Darnaculleta Gardella (2012) “Las respuestas de la Unión Europea a la crisis financiera global. Especial referencia a la nueva arquitectura europea de regulación y supervisión de los mercados financieros”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 325, págs. 25-36.

⁷³ R. Leñero Bohórquez (2014) “El Comité de Basilea como poder público global...”, cit., págs. 240-245.

⁷⁴ F. Cafaggi (2016), “Transnational private regulation: regulating global private regulators” en S. Cassese (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, pág. 213.

⁷⁵ V., por todos, las reflexiones y la amplia bibliografía sobre la materia citada por M. Darnaculleta i Gardella (2005), *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons, págs. 62-74.

La globalización ha contribuido de manera decisiva a la intensificación y a la expansión de la autorregulación privada, especialmente –aunque no en exclusiva- en el ámbito económico. La liberalización del flujo de mercancías y de capitales y el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación han operado la integración de los mercados, alumbrando un tipo de operadores económicos transnacionales que demandan -a ciertos efectos, ya que no renuncian a las ventajas que pueda eventualmente proporcionarles el arbitraje regulatorio- la generación de ordenamientos no segmentados territorialmente, con sus propios mecanismos de aplicación y de resolución de controversias.

La iniciativa pública no puede colmar las demandas de regulación global (tampoco aspira a ello). En su lugar, se asiste al desarrollo de la autorregulación privada, más potente en la esfera internacional donde los subsistemas sociales en los que se gesta no compiten con una organización política que aspire a monopolizar la producción normativa. No obstante, la confianza en la autorregulación privada internacional, particularmente en sus manifestaciones normativas, no necesariamente es expresiva de una capitulación de los poderes públicos en el ámbito técnico. Puede, también, obedecer a una estrategia para sortear los obstáculos de índole política que plantearía la negociación de instrumentos de Derecho Internacional público o la consecución de acuerdos en el seno de organizaciones internacionales. Como ocurre en el plano doméstico, también en el plano internacional los poderes públicos pueden intervenir en la autorregulación privada fomentándola, atribuyéndole efectos públicos en virtud de tratados o normas de Derecho Internacional secundario, transformando su naturaleza y, en su caso, fijando el marco de la autorregulación privada con el establecimiento de pautas organizativas y procedimentales, para garantizar su alineación con los fines públicos. Todas ellas son manifestaciones, en distinta intensidad, del fenómeno denominado “autorregulación regulada”⁷⁶. Con todo, no pueden desconocerse las dificultades que presenta la regulación del contexto de la autorregulación en el ámbito internacional⁷⁷.

Resultaría imposible en esta contribución dar cuenta de manera completa y sistemática de la variada tipología de organizaciones privadas de autorregulación que operan en el ámbito global. En su lugar, señalaré algunos criterios, de entre los muchos posibles, empleados para el análisis de una realidad abigarrada, con especial referencia a algunos ejemplos particularmente significativos. En primer término, desde la perspectiva de las funciones, en el ámbito global encontramos manifestaciones de autorregulación normativa, declarativa y resolutoria⁷⁸. Las organizaciones privadas de estandarización internacional constituyen ejemplos de autorregulación normativa⁷⁹. La *Organización Internacional de Estandarización* (ISO, por su acrónimo en inglés) en el campo de la normalización técnica y la *International Accounting Standards Board* (IASB) en el de la estandarización de las reglas contables se cuentan entre los ejemplos más conocidos y estudiados. En ambos casos, en sus respectivos sectores monopolizan la producción de estándares, que encuentran reflejo en los ordenamientos positivos a través de diversas técnicas. La actividad de las agencias de calificación crediticia en el ámbito financiero,

⁷⁶De nuevo, v. por todos, M. Darnaculleta i Gardella (2005), *Autorregulación y derecho público...* cit., págs. 83-88, 336-341.

⁷⁷ Por todos, v. M. M. Darnaculleta Gardella (2015), “Autorregulación normativa y Derecho en la globalización”, en M.M. Darnaculleta Gardella, J. Esteve Pardo, y I. Spiecker gen. Döhmman (coords.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons, pág. 202.

⁷⁸ Sobre las diversas manifestaciones, v. M. Darnaculleta i Gardella (2005), *Autorregulación y derecho público...* cit., págs. 350-366.

⁷⁹ Sobre ello, v. M. M. Darnaculleta Gardella (2015), “Autorregulación normativa y Derecho en la globalización”, en M.M. Darnaculleta Gardella, J. Esteve Pardo, y I. Spiecker gen. Döhmman (coords.), *Estrategias del Derecho...*, cit., págs. 197-216.

en la actualidad un oligopolio global, o las certificaciones de alcance global en el sector industrial de productos, procesos y servicios o de buenas prácticas éticas o ambientales que efectúan numerosas entidades constituyen, por su parte, manifestaciones de autorregulación declarativa. Por último, ejemplifica la autorregulación resolutoria el arbitraje internacional en el ámbito comercial, ya tenga lugar en un contexto institucionalizado (como en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo) o no; y en el ámbito deportivo (Tribunal de Arbitraje Deportivo).

Desde el punto de vista organizativo las entidades de autorregulación privada adoptan diversas formas jurídicas de Derecho privado, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado en el que fijan su sede. Así, entre las entidades sin ánimo de lucro predominan las asociaciones, forma característica de las organizaciones de naturaleza gremial, así como las fundaciones. También se emplean formas de Derecho mercantil, cuando la actividad de autorregulación se presta como un servicio de naturaleza económica en un contexto de mercado. Aunque la tipología de formas jurídicas sea limitada en número y se aprecie un uso de las mismas transversal a diversos sectores de regulación, el diseño organizativo plasmado en los respectivos estatutos y, sobre todo, el diseño de los procedimientos de toma de decisiones puede resultar muy variado. Entre los factores condicionantes pueden mencionarse la naturaleza inclusiva o restringida de la entidad, la mayor o menor necesidad de equilibrar intereses de una diversidad de colectivos o la diversa trascendencia política que reviste una decisión que se presenta formalmente como técnica⁸⁰.

No son, por tanto, ajenos al diseño organizativo y procedimental el origen o génesis de las distintas entidades, con variable grado de influencia o de intervención de los poderes públicos (Estados y organizaciones internacionales) en su establecimiento y/o consolidación como actores globales. Un rasgo característico de algunas de las más relevantes organizaciones privadas de estandarización es que, si bien su origen responde exclusivamente a la iniciativa privada, su posición actual es resultado de decisiones de los poderes públicos. Así, en el campo de la estandarización contable, la *International Accounting Standards Committee* (IASC), antecedente del IASB, nace en 1973 como una asociación estrictamente profesional, de membresía muy restringida y de predominio anglosajón, con la finalidad de producir estándares que permitieran la comparabilidad de la información contable de las empresas y, con ello, su cotización en bolsas extranjeras (fundamentalmente, en la Bolsa de Londres)⁸¹. Su posición monopolística, sin embargo, obedece, en primer término, al aval de su trabajo desde la década de los noventa del pasado siglo por la IOSCO (red transnacional de autoridades supervisoras de mercados de valores) y por el G7 (órgano informal intergubernamental)⁸². Ello trae consigo un rediseño organizativo que comporta la sustitución del IASC por el IASB en 2001, y una apertura de sus órganos a sujetos privados más allá de la profesión contable interesados en la armonización de estas reglas⁸³. Posteriormente, la Comisión Europea y la *Securities Exchange Commission* en EE.UU. propiciarían la convergencia internacional de sus normas contables con los estándares propuestos por el IASB⁸⁴, arrastrando con ello a otras

⁸⁰ F. Cafaggi (2016), “Transnational private regulation...”, cit., págs. 216-217.

⁸¹ V. <https://cdn.ifrs.org/-/media/feature/about-us/our-history/1973-iasc-agreement.pdf?la=en> (último acceso, diciembre 2019).

⁸² M. de Bellis (2012), *La regolazione dei mercati finanziari*, cit., págs. 41-42; T. Büthe y W. Mattli (2011), *The New Global Rulers...*, cit., págs. 70-71.

⁸³ M. de Bellis (2012), *La regolazione dei mercati finanziari*, cit., págs. 44-46.

⁸⁴ Sobre la convergencia de las normas contables en Europa, v. J. M. Gondra Romero (2004), “El nuevo rumbo del derecho de balances europeo: las opciones que se abren al legislador español”, *Revista de*

muchas jurisdicciones. La trascendencia adquirida por los estándares del IASB y el papel que habrían de cumplir en el contexto de la reforma de la regulación financiera tras la crisis de 2008 explicarían que su actividad se situara bajo el paraguas institucional de la *International Financial Reporting Standards (IFRS) Foundation*, creada en 2009 y que integra, a través del *Monitoring Board* -órgano de la fundación ante el que el IASB rinde cuentas-, a representantes de comités de la IOSCO, de la Comisión Europea y de autoridades nacionales con competencias de supervisión financiera y de los mercados de valores de algunas de las principales economías del mundo⁸⁵. De este modo, pese a su génesis como organismo privado, IASB se inserta en la actualidad en una organización de naturaleza híbrida.

La ISO, establecida en 1947 como resultado de la fusión de dos organizaciones preexistentes –una de matriz continental europea y otra anglosajona-⁸⁶, no se integra en un contexto institucional híbrido que permita a las autoridades públicas “tutelar” los resultados de la estandarización, lo que no significa que permanezcan ajenos a su trabajo y que no se pongan en marcha otras estrategias para influir en el proceso. En los cientos de comités técnicos a través de los cuales se articula el trabajo de la ISO, tienen un protagonismo muy acusado los organismos y entidades de normalización técnica de un amplísimo número de Estados, siendo cada uno de ellos portador de una distinta tradición institucional en este campo: hay países en los que el protagonismo ha correspondido a organizaciones profesionales o gremiales; en otros la normalización –particularmente, en el ámbito de la seguridad industrial- quedaba en manos de autoridades o entidades integradas dentro del sector público⁸⁷. En todo caso, la ISO es una organización enteramente privada y los gobiernos y administraciones nacionales, como tales, no son miembros de la ISO ni participan en sus órganos. La necesidad de asociarse a nivel internacional con el fin de lograr una armonización de los estándares técnicos perseguía, inicialmente, facilitar el intercambio de productos a nivel global. Sin embargo, desde fechas muy tempranas, la ISO asumió también el papel de incorporar en sus estándares requisitos alineados con fines públicos, como la seguridad y la protección del medio ambiente. La asunción de esta función es lo que la condujo a su consolidación como regulador global, que se produjo, de una parte, con la adopción a partir de 1985 del “Nuevo Enfoque” por las autoridades de la entonces CEE como estrategia para armonizar los requisitos de fabricación y comercialización de productos⁸⁸, y, de otra parte, con la firma del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, negociado en la Ronda Uruguay de 1986 a 1994, que se integra entre los contenidos del tratado por el que se constituyó la OMC⁸⁹. En ambos casos, los estándares de la ISO se configuran como

Derecho de Sociedades, n.º 23, págs. 19-47; R. García Llana (2006), “Las Normas Internacionales de Contabilidad adoptadas por la Unión Europea. Génesis, adopción por la UE e implantación en España”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 13, págs. 38-48. Sobre la convergencia en EE.UU., v. T. Büthe y W. Mattli (2011), *The New Global Rulers...*, cit., págs. 1-2, 72, si bien el esfuerzo de convergencia se habría frenado desde 2017, en el contexto de la presidencia de Trump.

⁸⁵ M. de Bellis (2012), *La regolazione dei mercati finanziari*, cit., págs. 46-49; la composición actual puede consultarse en <https://www.ifrs.org/groups/ifrs-foundation-monitoring-board/#members> (último acceso, diciembre 2019).

⁸⁶ T. Büthe y W. Mattli (2011), *The New Global Rulers...*, cit., págs. 130-132.

⁸⁷ Por todos, v. M. Tarrés Vives (2003), *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 122-131.

⁸⁸ M. M. Darnaculleta Gardella (2005), *Autorregulación y derecho público...* cit., págs. 114-118 y la bibliografía allí citada.

⁸⁹ V. T. Büthe y W. Mattli (2011), *The New Global Rulers...* cit., págs. 136-138; y M. Tarrés Vives (2015), “El papel de las organizaciones de normalización internacional en el contexto de la seguridad y el comercio de productos” en M.M. Darnaculleta Gardella, M.M., J. Esteve Pardo, y I. Spiecker gen. Döhmman, (coords.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, cit., págs. 137-153.

referentes, ya sea para presumir la conformidad de productos y servicios con los requisitos esenciales establecidos en el Derecho comunitario, o para presumir que una regulación estatal, cuando se aparta de ellos, establece una barrera al comercio. El reconocimiento de la ISO desborda sin embargo el ámbito propio de los mercados supranacionales, puesto que sus normas son también incorporadas a los ordenamientos nacionales, mediante la técnica de la remisión estática o dinámica, sustituyendo el ámbito de decisión propio de los parlamentos y los gobiernos en sectores técnicamente complejos, pero no por ello políticamente neutros. Pues bien, el refuerzo global de la ISO ha propiciado dos efectos de signo diverso pero que guardan una lógica de dependencia. De una parte, el modelo de autorregulación normativa de base privada cubre espacios de regulación cada vez más amplios, en términos sectoriales y territoriales, propiciando una retirada de la regulación pública incluso en aquellos países en los que la normalización técnica se realizaba desde instancias estatales; de otra parte, el interés de las autoridades nacionales por que el resultado de la estandarización internacional se aproxime todo lo posible a los estándares vigentes en sus respectivas jurisdicciones les lleva a inducir procesos de coordinación o fusión entre organismos de normalización nacionales e incluso la creación de organismos en un nivel intermedio regional para garantizar una única voz en la ISO, que mejore las posibilidades de influir en el resultado final⁹⁰.

Un tercer ejemplo de regulador global que se instituye como una organización privada que integra a actores públicos y privados (empresas, técnicos y científicos) lo constituye la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN por su acrónimo en inglés). En este caso, el impulso para su creación partió de un poder público nacional: la decisión del gobierno norteamericano bajo la presidencia de Clinton de proceder a la privatización del sistema de nombres de dominio, para lo que se instó a la comunidad de internet a crear un ente de autorregulación suficientemente representativo al que la administración americana pudiera transferir la gestión⁹¹. De este modo se constituye ICANN en 1998 como una organización sin ánimo de lucro conforme al Derecho del Estado de California, para la gobernanza tecnológica del ciberespacio, articulándose sus relaciones con el gobierno de EE.UU. a través de un memorando de entendimiento⁹². ICANN se diseña, en coherencia con la infraestructura a la que sirve, como una compleja red de coordinación de distintos operadores (gestores de extensiones de dominio, comercializadores de nombres de dominio, etc...) que se integran en un sistema privado descentralizado de alcance global, en el que también se da participación a la comunidad técnica, a los usuarios y, en general, a la sociedad civil. No obstante, el Gobierno de los Estados Unidos a través de su Departamento de Comercio ha conservado una posición preeminente en la gestión de elementos clave para el funcionamiento de internet⁹³, a pesar de la apariencia de intergubernamentalidad que persigue el establecimiento en 1999 del Comité Asesor Gubernamental (GAC, por su acrónimo en inglés), como cauce de participación de Estados y organizaciones internacionales en el funcionamiento de la ICANN. Observado en contexto, el modelo de gestión del sistema

⁹⁰ Es paradigmático el papel de la Comisión Europea para el establecimiento en 1961 del Comité Europeo de Estandarización con el propósito de crear un homólogo europeo de la ISO. Una mejor representación de los intereses de cada jurisdicción en los procesos de estandarización internacional se asociaría a modelos jerárquicos y centralizados de normalización nacional según Bütthe y Mattli, lo que explicaría una posición más favorable de la UE en este terreno, v. T. Bütthe y W. Mattli (2011), *The New Global Rulers...* cit., págs. 146-147, 151-158.

⁹¹ J. von Bernstoff (2004), "The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case in Point" en C. Joerges, I.-J. Sand y G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford/Portland: Hart Publishing, págs. 262-263.

⁹² V. <https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/icann-mou-1998-11-25-en> (último acceso, diciembre 2019).

⁹³ J. von Bernstoff (2004), "The Structural Limitations of Network Governance..." cit., págs. 265.

de nombres de dominio y números posee una naturaleza híbrida, si bien la presencia pública no es en absoluto representativa de la totalidad de intereses concernidos. Las críticas a la falta de legitimidad del modelo de gobernanza tecnológica que encarna la ICANN han sido, pues, una constante desde su creación, sin que, por el momento, y a pesar de las reformas emprendidas a partir de 2014, se haya dejado atrás un sistema marcadamente orientado a preservar la posición de dominio de EE.UU. en la gestión de una infraestructura estratégica⁹⁴.

El problema que evidencia ICANN no se da en otras organizaciones globales cuyo establecimiento se impulsó desde contextos institucionales multilaterales. Es el caso de la Comisión del *Codex Alimentarius*, creada en 1963 por la FAO y la OMS con el encargo de elaborar un programa conjunto de normas alimentarias. Si bien se discute si constituye propiamente un modelo híbrido de regulación global o si posee más bien naturaleza intergubernamental, lo cierto es que la participación de actores privados cumple una función esencial modelando la negociación y facilitando la adopción de los estándares por consenso⁹⁵. Con una evolución parecida a las normas ISO, las normas del *Codex Alimentarius* han adquirido un inusitado protagonismo a partir de 1995, con la aprobación de los acuerdos sobre aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias y sobre obstáculos técnicos al comercio de la OMC, que las considera normas de referencia internacional en materia de seguridad alimentaria. La Comisión del *Codex Alimentarius*, desde el punto de vista de su representatividad, organización y funcionamiento, reúne un mayor número de elementos y garantías que refuerzan su legitimidad⁹⁶, lo que sin duda se explica por haber sido creada en un contexto jurídico internacional formalizado.

En otras ocasiones, se reproducen en el ámbito global fenómenos de colaboración público-privada que se encuentran también en el plano interno, como ocurre en el campo deportivo, en el que conviven organizaciones estrictamente privadas –como las federaciones deportivas internacionales– con organizaciones híbridas, como la Agencia Mundial Antidopaje (WADA, por su acrónimo en inglés), en cuya estructura se encuentran representados el movimiento olímpico, los deportistas y los Estados y se financia a partes iguales por el Comité Olímpico Internacional y los gobiernos⁹⁷.

Son muchos más los ejemplos que podrían traerse para ilustrar la emergencia de organizaciones privadas e híbridas como protagonistas de la gobernanza global sobre los que, al igual que ocurre con las redes transnacionales de cooperación de autoridades, se proyectan demandas de mayor transparencia, de un mejor diseño organizativo y procedimental que permita la participación de todos los actores involucrados, de motivación de las decisiones, etc. Principios que han sido asumidos en variable grado y que deparan valoraciones muy diversas en cada sector y organización. Con todo, los análisis críticos coinciden en desmentir una de las premisas sobre la que se ha asentado la delegación de poder regulatorio desde instancias públicas a organizaciones globales privadas e híbridas: su supuesto carácter apolítico, técnico y neutro. Por el contrario, la apuesta por delegar poder en estas organizaciones es fruto en sí misma de un determinado

⁹⁴ Un balance crítico de la reforma de ICANN en 2014 por M. Robles Carrillo (2018), “La reforma de la Corporación para la Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN): Un análisis en términos de legitimidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, n.º 2, págs. 155-181.

⁹⁵ R. Afonso Pereira (2008), “Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission”, *German Law Journal*, vol. 9, n.º 11, págs. 1697-1698. Sobre el proceso de elaboración de estándares del *Codex*, v. págs. 1698-1702.

⁹⁶ R. Afonso Pereira (2008), “Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate?...”, cit., págs. 1706-1712.

⁹⁷ L. Casini (2009) “Global Hybrid Public-Private Bodies: The World Anti-Doping Agency (WADA)”, *International Organizations Law Review*, vol. 6, págs. 421-446.

planteamiento político. Y las dinámicas que se desencadenan, sobre todo con ocasión de los procesos de armonización internacional mediante la producción de estándares, son esencialmente políticas: no se trataría propiamente de consensuar el mejor modelo regulatorio sino de lograr que el consenso se produzca en torno a un modelo que se aproxime lo más posible al propio⁹⁸. Esto explicaría por qué los poderes públicos, estatales o internacionales, continúan, de un modo u otro, presentes.

V. Algunas reflexiones finales

La vocación sistemática de esta aproximación a las organizaciones que, junto a los Estados, participan de los procesos de gobernanza global dista mucho de reflejar con fidelidad una realidad que posee un enorme grado de complejidad, que muta con gran rapidez y que genera espontáneamente dinámicas de cooperación muy diversas. En la actualidad no es posible considerar aisladamente los sujetos que forman parte del espacio jurídico global, porque se encuentran, como se ha comprobado, estrechamente interrelacionados entre sí, principalmente a través de sus respectivos ámbitos materiales, dando lugar a una enorme sectorialización de la regulación a nivel global y dificultando una apreciación ponderada de la totalidad de intereses afectados.

Sobre esta compleja realidad, el denominado Derecho Administrativo Global, mediante la identificación de fenómenos de administración internacional, ha tenido la virtud de haber puesto el foco sobre actividades que revisten notas de ejercicio de autoridad y que, hasta ahora, merced a la estrecha concepción de los sujetos de Derecho Internacional Público, habían quedado en gran medida al margen de cualquier intento de juridificación.

El Derecho Administrativo Global desafía planteamientos jurídicos muy arraigados, al menos para los países de tradición jurídica continental. Justificadamente se ha cuestionado si nos encontramos propiamente ante Derecho, si es verdaderamente administrativo e incluso si posee carácter global⁹⁹. Desde luego, el Derecho Administrativo Global maneja un concepto de administración en clave funcional, no confinada a las fronteras nacionales, que trasciende la división entre público y privado y que no se inserta en una estructura tripartita de división funcional del ejercicio del poder. Emplear notas institucionales propias del ámbito doméstico para identificar “administración” en la gobernanza global carece de sentido, pero sí se ha considerado útil extender la aplicación de un acervo de principios y valores decantados en las tradiciones nacionales con objeto de poner límites al ejercicio del poder.

En sentido crítico, no obstante, es posible preguntarse si con ello no se da carta de naturaleza a una serie de organizaciones cuya actividad se legitima por referencia al cumplimiento de una serie de parámetros de débil juridicidad. Es decir, si más que la formulación de límites jurídicos efectivos, el Derecho Administrativo Global no habría ofrecido una narrativa legitimadora de fenómenos con demasiadas aristas, contribuyendo a hacer más “presentables” mecanismos de ejercicio de poder muy alejados de lógicas de funcionamiento democrático y que se saldan con un reforzamiento de los poderes ejecutivos nacionales –que suelen encontrar en estas estructuras globales una vía para esquivar contrapoderes internos- y con la entronización de modelos que, bajo un ropaje de expertocracia, encubren decisiones de indudable trascendencia política.

⁹⁸ T. Büthe y W. Mattli (2011) *The New Global Rulers...*, cit., pág. 11. Específicamente, sobre la estandarización contable, J.M. Gondra Romero (2004), “El nuevo rumbo del derecho de balances europeo...”, cit., pág. 21.

⁹⁹ M.M. Darnaculleta Gardella (2016), “El Derecho Administrativo Global...”, cit., págs. 47-48.