



Revista de
Derecho
publico

El Surgimiento del Derecho Administrativo Global

Benedict Kingsbury
Nico Krisch
Richard B. Stewart

Contenido

Resumen.....	4
INTRODUCCIÓN:	
EL SURGIMIENTO INADVERTIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.....	5
LA ESTRUCTURA DEL ESPACIO ADMINISTRATIVO GLOBAL.....	8
A. Cinco Tipos de Administración Global.....	9
B. Los Sujetos de la Administración Global: Estados, Individuos, Empresas, ONGs, y Otras Colectividades.....	12
C. ¿Un Espacio Administrativo Global?.....	14
EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL QUE EMERGE.....	15
A. El Alcance del Derecho Administrativo Global.....	15
B. Las Fuentes del Derecho Administrativo Global.....	17
C. Mecanismos Institucionales para la Aplicación y el Desarrollo del Derecho Administrativo Global: una Taxonomía.....	19
1. <i>Las Instituciones Domésticas como Controles de la Administración Global.</i>	19
2. <i>Mecanismos Internos Adoptados por las Instituciones Globales para la Participación y "Accountability"</i>	21
3. <i>Disciplinas Globales sobre Administración Distribuida</i>	23
D. Características Doctrinarias del Derecho Administrativo Global: Principios y Requisitos emergentes.....	24
1. <i>Participación Procesal y Transparencia</i>	25
2. <i>Decisiones Razonadas</i>	26
3. <i>Revisión</i>	27
4. <i>Estándares Sustantivos: Proporcionalidad, Racionalidad de Medios-Fines, Evasión de Medios Restrictivos Innecesarios, Expectativas Legítimas</i>	28
5. <i>Excepciones: Inmunidades</i>	28
LAS BASES NORMATIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.....	29
A. Diversos Patrones de Orden Internacional y Diversos Conceptos Normativos del Derecho Administrativo Global.....	29
B. "Accountability" intra-régimen.....	31
C. Protegiendo Derechos.....	32
D. Implementando la democracia.....	34
E. ¿Quién está creando derecho administrativo global?.....	37
ESTRATEGIAS Y TEORÍAS DEL DISEÑO INSTITUCIONAL.....	38

A. Estrategias y caminos para el desarrollo del derecho administrativo global.....	38
1. Límites del traspaso de las herramientas del derecho administrativo doméstico.....	39
2. El enfoque "de abajo hacia arriba" ("Bottom-Up").....	40
3. El enfoque "de arriba hacia abajo" ("Top-Down").....	42
B. ¿Más allá de la analogía doméstica? Mecanismos alternativos de rendición de cuentas.....	43
LA TEORÍA POLÍTICA POSITIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.....	44
CONCLUSIONES.....	46

El Surgimiento del Derecho Administrativo Global¹

Benedict Kingsbury²

Nico Krisch³

Richard B. Stewart⁴

Resumen

Los modelos de gobernanza global que han surgido han sido moldeados por un poco evidente, pero importante y creciente, cuerpo de normas de derecho administrativo global. Este cuerpo de normas no se encuentra hoy en día unificado –de hecho, no es todavía un campo organizado en la academia o en la práctica. El Proyecto sobre Derecho Administrativo Global de la Facultad de Derecho de la New York University es un esfuerzo para sistematizar los estudios de los distintos marcos nacionales, transnacionales e internacionales que tiene relación con el derecho administrativo de la gobernanza global. A través de la utilización de ideas desarrolladas en las primeras fases de este proyecto, en este artículo emprendemos la tarea de identificar, de entre estas variadas prácticas, algunas pautas en común y conexiones lo suficientemente profundas y de largo alcance como para constituir el campo embrionario del derecho administrativo global. Señalamos algunos factores que incentivan el desarrollo de enfoques comunes, y de mecanismos de aprendizaje, de préstamo y mutuas remisiones, que contribuyen a un grado de integración en el campo. Notamos asimismo algunas restricciones importantes y razones perdurables para la no-convergencia. Comenzamos haciendo una evaluación en términos normativos de los pros y los contras de promover un campo unificado de derecho administrativo global, y de los pros y los contras de algunas posturas en particular dentro del campo.

Palabras claves

derecho internacional, derecho administrativo, derecho administrativo global, globalización, gobernanza global

Abstract

Emerging patterns of global governance are being shaped by a little-noticed but important and growing body of global administrative law. This body of law is not at present unified—indeed, it is not yet an organized field of scholarship or of practice. The Global Administrative Law Research Project at New York University School of Law¹ is an effort to systematize studies in diverse national, transnational, and international settings that relate to the administrative law of global governance. Using ideas developed in the first phases of this project, in this article we begin the task of identifying, among these assorted practices, some patterns of commonality and connection sufficiently deep and far reaching as to constitute an embryonic field of global administrative law. We point to some factors encouraging the development of common approaches, and to mechanisms of learning, borrowing, and cross-referencing, that are contributing to a degree of integration in this field. We also note some major constraints and enduring reasons for non-convergence. We begin to assess the normative case for and against promotion of a unified field of global administrative law, and for and against some specific positions within it.

Key words

international law, administrative law, global administrative law, globalization, global governance

INTRODUCCIÓN: EL SURGIMIENTO INADVERTIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Los modelos de gobernanza global⁵ que han surgido han sido moldeados por un poco evidente pero importante y creciente cuerpo de normas de derecho administrativo global. Este cuerpo de normas no se encuentra hoy en día unificado

–de hecho, no es todavía un campo organizado en la academia o en la práctica. El Proyecto de Investigación sobre Derecho Administrativo Global de la Facultad de Derecho de la New York University⁶ es un esfuerzo para sistematizar los estudios de los distintos marcos nacionales, transnacionales e internacionales que tiene relación con el derecho administrativo de la gobernanza global. A través de la utilización de ideas desarrolladas en las primeras fases de este proyecto, en este artículo emprendemos la tarea de identificar, de entre estas variadas prácticas, algunas pautas en común y conexiones lo suficientemente profundas y de largo alcance como para constituir el campo embrionario del derecho administrativo global. Señalamos algunos factores que incentivan el desarrollo de enfoques comunes, y de mecanismos de aprendizaje, de préstamo y mutuas remisiones, que contribuyen a un grado de integración en el campo. Notamos asimismo algunas restricciones importantes y razones perdurables para la no-convergencia. Comenzamos haciendo una evaluación en términos normativos de los pros y los contras de promover un campo unificado de derecho administrativo global, y de los pros y los contras de algunas posturas en particular dentro del campo. Este artículo se nutre de las publicaciones de los colaboradores en el proyecto y de otras personas en el área⁷ y busca llevar adelante a esta empresa colectiva; pero los resultados son sólo preliminares.

Subyacente al surgimiento del derecho administrativo global se encuentra el vasto incremento del alcance y formas de la regulación transgubernamental y de la administración diseñada a enfrentar las consecuencias de la interdependencia globalizada en áreas tales como la seguridad, las condiciones del desarrollo y la asistencia financiera a los países en desarrollo, la protección ambiental, la regulación bancaria

- 1 Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Gisela Paris y Luciana Ricart, LL.M. International Legal Studies, Facultad de Derecho New York University. Ver Benedict Kingsbury, Nico Krisch, & Richard B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 *Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005).
- 2 Profesor de Derecho Murry & Ida Becker y Director del Institute of International Law and Justice de la Facultad de Derecho de la New York University.
- 3 Becario Investigador Junior, Merton College, Oxford
- 4 Profesor Universitario, Profesor John E. Sexton y Director del Center on Environmental and Land Use Law de la Facultad de Derecho de la New York University.
- 5 *Nota de traducción:* Hasta hace poco no existía una palabra en castellano que reflejara exactamente la acepción de “governance” en inglés. Sin embargo, recientemente la Real Academia Española ha aceptado el uso del término “gobernanza” para referir a este concepto. Si bien en la literatura esta expresión todavía no está del todo difundida, la utilizaremos a lo largo de la presente traducción de acuerdo a la definición dada por la Real Academia Española en la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Lengua Española. Así, la definición de gobernanza consiste en el “arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía” y en la “acción y efecto de gobernar o gobernarse.” Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=gobernanza

- 6 Proyecto de Investigación sobre Derecho Administrativo Global, Institute of International Law and Justice de la Facultad de Derecho de New York University, en conjunto con el Center on Environmental and Land Use Law. Artículos de trabajo, una bibliografía y documentos del proyecto pueden ser encontrados en la página web del Instituto en http://www.iilj.org/global_adlaw. Esta página web también incluye vínculos a instituciones asociadas al proyecto, y a otros proyectos de investigación a lo largo del mundo en áreas relacionadas. Agradecemos por sus ideas y comentarios específicos a los diversos profesores, becarios visitantes y estudiantes que participaron en el proyecto, así como también a los participantes en la Conferencia de Hiroshima de la Sociedad Japonesa de Derecho Internacional, en un taller para profesores de la Facultad de Derecho de NYU, en un taller del Instituto de Derecho Global de NYU-Oxford en Merton College de Oxford University. Reconocemos con suma gratitud el apoyo financiero del Fondo de Investigación para Profesores Filomen D’Agostino y Max Greenberg, del Programa Hauser Global Law School, y de una subvención al IILJ de la Carnegie Corporation de New York.

- 7 Puede encontrarse una bibliografía extensa en *A Global Administrative Law Bibliography*, 68 *L. & Contemp. Probs.* 357 (Summer/Autumn 2005)

y financiera, el cumplimiento de las leyes, las telecomunicaciones, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual, los estándares laborales, los movimientos transfronterizos de poblaciones, incluyendo a los refugiados. Cada vez más, estas consecuencias no pueden ser adecuadamente afrontadas a través de medidas nacionales regulatorias y administrativas aisladas. Como resultado de ello, se han establecido diversos sistemas transnacionales de regulación o de cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de cooperación más informales, desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional al nivel global. Además, muchos de los detalles y de la implementación de dicha regulación se encuentran determinados por órganos administrativos transnacionales –incluyendo organizaciones internacionales y grupos informales de funcionarios– que desarrollan funciones administrativas pero que no están sujetos directamente al control de los gobiernos nacionales o a los sistemas legales domésticos o, en el caso de los regímenes basados en tratados, a los Estados parte del tratado. Estas decisiones regulatorias pueden llegar a ser implementadas directamente por el sistema global a actores privados o, aún más frecuentemente, a través de medidas de implementación a nivel nacional. Asimismo, es cada vez más importante la regulación por órganos privados internacionales que establecen estándares y por organizaciones híbridas público-privadas que pueden incluir, entre otros, representantes de empresas, ONGs, gobiernos nacionales, y organizaciones intergubernamentales.

Esta situación ha creado un déficit de la “accountability”⁸ en el creciente ejercicio del poder regulatorio transnacional, el cual ha comenzado a estimular dos tipos diferentes de respuestas: primero, la tentativa de extender el derecho administrativo doméstico a las decisiones regulatorias intergubernamentales que afectan a una nación; y segundo, el desarrollo de nuevos mecanismos de derecho administrativo a nivel global para enfrentar decisiones tomadas y reglas adoptadas dentro de los regímenes intergubernamentales.

Una cuestión un tanto distinta pero relacionada se da cuando las decisiones regulatorias por una autoridad doméstica afectan adversamente a otros Estados, a categorías determinadas de individuos u organizaciones, y son cuestionadas como contrarias a las obligaciones de ese gobierno bajo un régimen internacional del cual es parte. Frente a esto, una respuesta ha sido el desarrollo por los regímenes intergubernamentales de estándares de derecho administrativo y mecanismos a los cuales los administradores nacionales deben conformarse en aras de asegurar su cumplimiento y accountability adecuada con el régimen internacional. Para incrementar su legitimidad y efectividad, algunos órganos regulatorios no compuestos exclusivamente de Estados –órganos híbridos público-privados, y puramente privados– han también comenzado a adoptar procedimientos administrativos de toma de decisiones y de reglamentación.

Estos desarrollos nos llevan a definir al derecho administrativo global como aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban. Los órganos globales

8 *Nota de traducción:* no existe una palabra en español que refleje acabadamente el significado de “accountability”. El concepto que mejor refleja la acepción de “accountability” es rendición de cuentas. Por la familiaridad del término en inglés en las publicaciones sobre teoría democrática hemos dejado el término original en la traducción. Sin embargo, en otras formas del concepto a lo largo del texto en inglés, como “be held accountable” o “accountability mechanisms” a veces se utilizarán variaciones de la expresión “rendición de cuentas”.

administrativos incluyen órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica.

Al proponer tal definición, también estamos planteando que la mayor parte de la gobernanza global puede ser entendida y analizada a través de la acción administrativa: la reglamentación administrativa, el procedimiento administrativo que dirime intereses contrapuestos, y otras formas de decisiones y gestión regulatoria y administrativa. El derecho doméstico da por supuesto un sentido compartido de lo que constituye la acción administrativa, si bien puede ser definida primordialmente en sentido negativo –como actos estatales que no son ni legislativos ni judiciales– y si bien los límites entre estas categorías son difusos en los márgenes.⁹ Más allá del dominio del Estado, no prevalece tal consensuada diferenciación funcional; el paisaje institucional es mucho más variado que en el marco doméstico. Sin embargo, muchas de las instituciones internacionales y regímenes que se embarcan en la "gobernanza global" realizan funciones que la mayoría de los abogados iuspublicistas nacionales considerarían que tienen un carácter administrativo genuino: operan a nivel de conferencias diplomáticas altamente publicitadas y de redacción de tratados, pero en conjunto regulan y administran amplios sectores de la vida económica y social a través de decisiones específicas y de regulación administrativa. Creemos que conceptualmente

la acción administrativa puede ser distinguida de la legislativa en forma de tratados, y de la adjudicativa en la forma de ocasionales soluciones de controversias entre Estados u otras partes en disputa. Como en el marco doméstico, la acción administrativa a nivel global tiene elementos tanto legislativos como adjudicativos. Incluye la reglamentación administrativa, no en forma de tratados negociados por Estados, pero de estándares y de reglas de aplicación general adoptadas por órganos subsidiarios.¹⁰ También incluye decisiones informales tomadas al controlar e implementar regímenes regulatorios internacionales. Como una cuestión de demarcación provisoria, podemos decir que la acción administrativa global incluye la reglamentación administrativa la función adjudicativa, y otras decisiones que no son ni conclusión de tratados ni simple solución de controversias entre partes.¹¹

En este artículo, pretendemos desarrollar un enfoque de la acción administrativa global delineando y elaborando lo que creemos es el campo naciente del derecho administrativo global. Hacemos un estudio de los temas y desafíos más importantes de este campo naciente, y comenzamos a esquematizar los elementos de una agenda de investigación para su desarrollo posterior. Organizamos este artículo explorando, correlativamente, cinco tipos de cuestiones que son centrales a la práctica actual y al trabajo posterior: (1) cuestiones sobre los modelos básicos estructurales de la administración global, y cómo la variación entre ellos está modelando nuevos mecanismos de accountability; (2) cuestiones metodológicas y empíricas relacionadas con el alcance y las fuentes del derecho administrativo *global, los mecanismos de accountability, y los principios doctrinarios que actualmente existen o que surgen en la práctica*; (3) *cuestiones normativas sobre cómo justificar y defender dichos mecanismos*; (4) *cuestiones de diseño institucional en cuanto a cómo dichos mecanismos deberían ser diseñados para asegurar accountability sin comprometer indebidamente a la eficacia*; y (5) *cuestiones de teoría política positiva sobre el surgimiento y diseño de dichos mecanismos y qué factores pueden conducir a su éxito.*

9 Sobre el ejemplo alemán, ver Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (14th ed., 2002).

10 Algunas formas de toma de decisiones globales administrativas están íntimamente conectadas con la solución de controversias, sobre todo porque órganos cuasi-judiciales como el Órgano de Apelación del Órgano de Solución de Controversias de la OMC también desarrolla funciones regulatorias de supervisión importantes.

11 Ver Richard B. Stewart, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*, 68 *L. & Contemp. Probs.* 63 (Summer/Autumn 2005).

LA ESTRUCTURA DEL ESPACIO ADMINISTRATIVO GLOBAL

La conceptualización del derecho administrativo global presupone la existencia de una administración global o transnacional. Nosotros sostenemos que existe suficiente cantidad de administración global y transnacional como para poder identificar hoy en día un "espacio administrativo global" multifacético (un concepto al cual volveremos en breve), poblado de varios y diversos tipos de instituciones regulatorias administrativas y de varios tipos de entidades que son los sujetos de la regulación, incluyendo no sólo Estados sino también individuos, empresas, y ONGs. Pero esta visión es sin dudas debatible. Muchos abogados internacionalistas todavía ven a la administración mayormente como una extensión del Estado o excepcionalmente de entidades interestatales con un alto nivel de integración, como la Unión Europea. Bajo esta visión, que se complementa con lo que hasta ahora ha sido una concentración de los abogados administrativistas mayormente doméstica o de la UE, la acción internacional podría coordinar y asistir a la administración doméstica, pero dada la falta de un poder ejecutivo internacional y de su capacidad, no constituye acción administrativa de por sí. Esta visión, sin embargo, se contradice con el crecimiento rápido de regímenes regulatorios internacionales y transnacionales con componentes y funciones administrativas. Algunos de los regímenes regulatorios más densos han surgido en la esfera de la regulación económica: las redes y comités de la OCDE, la administración y los comités de la OMC, los comités del G-7/G-8, de las estructuras de cooperación anti-monopolio,¹² y la regulación financiera desarrollada por, entre otros, el FMI, el Comité de Basilea¹³ y Grupo de Acción Financiera Internacional. La regulación ambiental es en parte el trabajo de órganos administrativos no-ambientales como el Banco Mundial, la OCDE y la OMC, pero cada vez más se están estableciendo estructuras regulatorias

de largo alcance en regímenes especiales como el esquema de comercio de futuras emisiones y el Mecanismo de Desarrollo Limpio del Protocolo de Kyoto. La acción administrativa es un componente importante ahora de muchos regímenes de seguridad internacional, incluyendo el trabajo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de sus comités, y en campos relacionados como la regulación de la energía nuclear (la AIEA) o el mecanismo de supervisión de la Convención sobre Armas Químicas. Una breve reflexión sobre estos ejemplos, indica inmediatamente que el panorama extraordinariamente variado de la administración global es el resultado no sólo de amplias áreas de regulación y de las correlativas diferenciaciones funcionales entre instituciones, sino también del carácter multi-facético de la administración de la gobernanza global. En esta sección pretendemos proporcionar algunas herramientas conceptuales para organizar el análisis de estos fenómenos diversos identificando las diferentes estructuras y temas de la administración global y proponiendo la noción de un espacio administrativo global.

Este emprendimiento en algún punto se nutre de ciertas concepciones de la administración internacional y del derecho administrativo internacional que se desarrollaron a mediados del siglo diecinueve y cuyo uso se volvió frecuente en las décadas de 1920 y 1930. La idea de analizar la gobernanza transnacional como administración sujeta a principios de derecho administrativo particulares se encuentra, por ejemplo, en la obra de los reformadores sociales y constructores de instituciones de fines del siglo diecinueve, como la concepción de Lorenz von Stein del trabajo en salud pública internacional en términos administrativos.¹⁴ Este enfoque administrativo fue incitado por el auge de

¹² En temas de anti-monopolio (antitrust), ver Eleanor Fox, *International Antitrust and the Doha Dome*, 43 *Va. J. Int'l L.* 911, 925-32 (2003)

¹³ Para un análisis del Comité de Basilea, ver David Zaring, *International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations*, 33 *Tex. Int'l L.J.* 281, 287-91 (1998); ver también David Zaring, *Informal Procedure, Hard and Soft*, in *International Administration*, 5 *Chi. J. Int'l L.* 547 (2005)

las instituciones regulatorias internacionales, "uniones internacionales", que trataban temas tales como servicios postales, navegación, y telecomunicaciones, a veces con poderes importantes de reglamentación secundaria que no requerían ratificación nacional para tener fuerza legal.¹⁵ La cooperación de los actores administrativos domésticos que tenía lugar en el marco de estas uniones, y el rol central de los actores domésticos para el éxito de los regímenes en cuestión, llevó a algunos autores a adoptar una noción amplia de "administración internacional" que incluía tanto instituciones internacionales como actores administrativos domésticos cuando éstos realizaban acciones con repercusión transfronteriza.¹⁶ Estos enfoques exhaustivos, junto con la idea de los elementos administrativos en las relaciones exteriores, desaparecieron en la mayoría de los textos comunes de derecho internacional después de 1945,¹⁷ si bien se pueden encontrar significativas excepciones en la obra de Wilfred Jenks, Soji Yamamoto y algunos otros.¹⁸ Nuestra conceptualización de la administración global busca revitalizar la versión más amplia que yace detrás de esos enfoques previos.

A. Cinco Tipos de Administración Global

Se pueden distinguir cinco tipos principales de regulación administrativa globalizada: (1) administración por parte de organizaciones internacionales formales; (2) administración basada en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación entre funcionarios *reguladores* nacionales; (3) administración distribuida llevada a cabo por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos; (4) administración por acuerdos híbridos intergubernamentales-privados; y (5) administración por instituciones privadas con funciones regulatorias. En la práctica, muchas de estas capas se superponen o se combinan, pero nosotros proponemos esta selección de tipos ideales para facilitar investigaciones futuras.¹⁹

En la *administración internacional*, los actores administrativos principales son las organizaciones formales intergubernamentales establecidas por un tratado o acuerdo ejecutivo. Un ejemplo central es el Consejo de Seguridad de la ONU y sus comités, que adoptan legislación subsidiaria, toman decisiones vinculantes relacionadas a países en particular (mayormente en forma de sanciones), e incluso tienen incidencia directa sobre

14 Lorenz von Stein, *Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht*, 6 *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 395 (1882). Para una discusión sobre la historia temprana del campo, ver José Gascón y Marin, *Les transformations du droit administratif international*, 34 *Recueil des Cours* 4, 7-15 (1930); y, más recientemente, Christian Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln* (2001). Sobre Lorenz von Stein, ver Frank Schulz-Nieswandt, *Die Lehre vom öffentlichen Gesundheitswesen bei Lorenz von Stein* (1989).

15 See Ver Paul S. Reinsch, *International Administrative Law and National Sovereignty*, 3 *AJIL* 1 (1909); ver también Paul Négulesco, *Principes du droit international administratif*, 51 *Recueil des Cours* 579 (1935). Para una obra central que desarrolla un enfoque de derecho internacional privado sobre el derecho administrativo en cuestiones transfronterizas, ver Karl Neumeyer, 4 *Internationales Verwaltungsrecht* (1936).

16 Ver Pierre Kazansky, *Théorie de l'administration internationale*, 9 *Revue Générale de Droit International Public* 353, 360 (1902); ver asimismo Négulesco, supra nota 9, at 589-93. George Scelle, en los primeros dos volúmenes de su 'Précis de droit des gens' (1932 y 1934), esboza algunos aspectos de este enfoque, focalizándose en el doble rol de las agencias gubernamentales nacionales como actores nacionales y administradores de la acción internacional. Scelle tenía la intención de desarrollar este enfoque en un tercer volumen sobre derecho administrativo internacional. Ver Scelle, 1 *Précis de droit des gens* 69 (1932).

17 Se siguen identificando nociones tales como "uniones administrativas internacionales", en 2 *Encyclopedia of Public International Law* 1041 (Rudolf Bernhardt ed., 1995). Los "tribunales internacionales" de las organizaciones internacionales, y los mecanismos de control a

ellos asociados, han desde antaño tenido que lidiar con un limitado pero importante aspecto de la administración internacional relativo a los derechos de los empleados de estas organizaciones y a temas generales relativos al servicio civil internacional. La decisión del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo en *Bustani v. Organization for the Prohibition of Chemical Weapons* (Judgment No. 2232, July 16, 2003, disponible en <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/fulltext/2232.htm>), ejemplifica el rol importante que estos tribunales pueden llegar a jugar en ciertos casos. El tribunal aceptó algunos elementos de la queja de José Bustani por su despido del puesto de Director General de la OPCW, un despido que se dio a continuación de ciertas confrontaciones con los Estados Unidos sobre la inspección de instalaciones químicas bajo el régimen del OPCW; ver asimismo Ana Stani, *Removal of the Head of a Multilateral Organization--Independence of International Organization and Their Secretariat--Political Interference by Member State in the Operation of International Organization*, 98 *AJIL* 810 (2004).

18 C. Wilfred Jenks, *The Proper Law of International Organisations* (1963); Soji Yamamoto, *Kokusai gyosei no sonritsu kiban* ("The Positive Basis of International Administrative Law"), in 76:5 *Kokusaiho Gaiko Zasshi* ("The Journal of International Law and Diplomacy") 1 (1967); ver asimismo *International Administration: Its Evolution and Contemporary Applications* (Robert S. Jordan ed., 1971); y Hugo J. Hahn, *Control Under the Euratom Compact* 7 *A. J. Comp. L.* 23 (1958)

los individuos a través de las sanciones dirigidas y la lista relacionada de personas que se estima responsables de amenazas a la paz internacional. De modo similar, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha asumido varias otras tareas regulatorias y administrativas, como la determinación del estatuto de refugiado y la administración de campos de refugiados en muchos países. Otros ejemplos los constituyen la evaluación de los riesgos globales para la salud y la publicación de advertencias previas por parte de la Organización Mundial de la Salud, el hecho de que el Grupo de Acción Financiera Internacional evalúe políticas contra el lavado de dinero y aplique sanciones por la violación por Estados en particular de los estándares que éste ha adoptado, los mecanismos de cumplimiento con el Protocolo de Montreal bajo el cual órganos subsidiarios de carácter administrativo se ocupan del no cumplimiento de dichas normas por las partes del Protocolo, y los estándares de "buena gobernanza" establecidos por el Banco Mundial para ciertos países en desarrollo como condición para otorgarles ayuda financiera.

Por el contrario, las *redes transnacionales* y *los acuerdos de coordinación* se caracterizan por la ausencia de estructura de toma de decisiones vinculantes y por el predominio de una cooperación informal entre los reguladores estatales. Esta forma horizontal de cooperación puede, aunque no debe hacerlo necesariamente, ocurrir en el marco de un tratado. Por ejemplo, el Comité de Basilea reúne a los jefes de varios bancos centrales, fuera de la estructura de un tratado, para que puedan coordinar entre sí cuestiones tales como los requisitos de la cantidad de capital adecuado que deben poseer los bancos. Los acuerdos no son jurídicamente vinculantes pero pueden ser altamente efectivos. Otro ejemplo lo constituye la presión ejercida por los expertos de la OMC para el reconocimiento mutuo de normas regulatorias y de decisiones entre los estados miembros, estableciendo de esa forma una fuerte cooperación horizontal a través

de la cual los actos regulatorios de un Estado automáticamente cobran validez en el otro.²⁰ Los reguladores nacionales también han desarrollado, de manera bilateral, convenios para el mutuo reconocimiento de estándares nacionales regulatorios o procedimientos de conformidad y otras formas de coordinación regulatoria, como determinaciones de equivalencia regulatoria.²¹

En la *administración dispersa*, las agencias regulatorias domésticas actúan como parte del espacio administrativo global: toman decisiones sobre temas que generan preocupación a nivel extranjero o global. Un ejemplo es el ejercicio de jurisdicción regulatoria extra-territorial, por la cual un Estado busca regular una actividad que primordialmente se desarrolla en algún otro lado. En algunos casos, dicha regulación está sujeta a limitaciones substantivas e incluso a requisitos procedimentales establecidos internacionalmente, lo cual resulta evidente de la decisión de 1998 del Órgano de Apelación de la OMC en el caso Estados Unidos – Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón (Camarones-Tortugas).²² Sin embargo, incluso la administración doméstica sin efectos extraterritoriales inmediatos puede ser parte del espacio administrativo global, especialmente cuando se encarga de implementar un régimen

19 Sobre la combinación de los diversos niveles en la administración de la UE ver Sabino Cassese, *European Administrative Proceedings*, 68 L. & Contemp. Probs. 21 (Winter 2004); ver *asimismo* Giacinto della Cananea, *The European Union's Mixed Administrative Proceedings*, 68 L. & Contemp. Probs. 197 (Winter 2004); Edoardo Chiti, *Administrative Proceedings Involving European Agencies*, 68 L. & Contemp. Probs. 219 (Winter 2004).

20 Ver Sidney Shapiro, *International Trade Agreements, Regulatory Protection, and Public Accountability*, 54 Admin. L. Rev. 435, 453-57 (2002).

21 Ver Kalypto Nicolaidis & Gregory Shaffer, *Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government*, 68 L. & Contemp. Probs. 263 (Summer/Autumn 2005).

22 Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón*, WT/DS58/AB/R Doc. No. 98-3899 (Oct. 12, 1998) [de aquí en adelante, *Camarones-Tortugas*]; ver la discusión infra Parte III.C.3; ver también *Estados Unidos – Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero*, WT/DS248/AB/R (2003) [de aquí en adelante, *Estados Unidos Acero*].

internacional. Hoy en día, los reguladores nacionales en materia ambiental que se ocupan de la conservación de la biodiversidad o de las emisiones de gases del efecto invernadero forman a menudo parte de la administración global, como también de la puramente nacional: son responsables de implementar el derecho ambiental internacional para el logro de los objetivos comunes, y sus decisiones conciernen por lo tanto a los gobiernos (y al público) de otros Estados, así como también al régimen ambiental internacional que están implementando. Los acuerdos para el reconocimiento mutuo de estándares y certificaciones entre determinados reguladores nacionales pueden poseer también algunas de las cualidades de la administración distribuida, si bien las opiniones al respecto varían ampliamente en cuanto a cuál sería la mejor manera de comprender el mosaico de convenios de reconocimiento mutuo y enfoques cooperativos comparables.

El cuarto tipo de administración global es la *administración híbrida privada-intergubernamental*. Los órganos que combinan a actores privados y gubernamentales adoptan formas muy diversas y cada vez cobran mayor importancia. Un ejemplo es la Comisión del Codex Alimentarius, que adopta estándares de seguridad alimenticia a través de un proceso de decisión que hoy en día incluye una amplia participación tanto de actores no-gubernamentales como de representantes gubernamentales, y que produce estándares que adquieren un efecto cuasi-obligatorio a través del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) de la OMC. Otro ejemplo es el órgano regulador de las direcciones en Internet, Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), el cual fue establecido como un órgano no-gubernamental, pero que luego comenzó a incluir representantes gubernamentales que adquirieron poderes considerables, frecuentemente a través de su participación en el Comité Asesor Gubernamental del ICANN, a partir de las reformas de 2002.

Es difícil poder determinar cómo el derecho administrativo debe ser configurado o tornarse operativo en relación a dichos órganos. La participación de actores estatales, sujetos a las restricciones del derecho público nacional e internacional, en tanto que los actores privados no lo están y que incluso pueden tener deberes contradictorios como confidencialidad comercial, resulta en una amenaza de controles muy irregulares y potencialmente perjudiciales. Sin embargo, el desafío es importante y lo suficientemente notable como para que demos tratamiento a estos órganos híbridos como una categoría separada.

En quinto y último lugar, muchas de las funciones regulatorias son llevadas a cabo por *órganos privados*.²³ Por ejemplo, la Organización Internacional para la Estandarización (ISO, por sus siglas en inglés) ha adoptado más de 13,000 estándares que armonizan reglas de producción y procesamiento a nivel mundial. En una menor escala, algunas ONGs han llegado a desarrollar estándares y mecanismos de certificación para productos que se comercian internacionalmente, como por ejemplo café comercializado equitativamente y madera de construcción cosechada de forma sostenible. Algunas empresas han establecido normas y marcos regulatorios en varias industrias, que abarca desde el sistema de notas de crédito de la Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interestatales Mundiales (SWIFT, siglas en inglés), a los estándares para la producción de aparatos deportivos de la Asociación de Trabajo Equitativo. En el derecho nacional, dichos órganos privados son típicamente tratados como clubes más que como administradores, a no ser que ejerzan poder público por delegación explícita. Pero en la esfera global, debido a la falta de instituciones públicas internacionales, éstos a menudo tienen mayor poder e importancia. Sus actos no son muy

²³ *Ver en general* The Emergence of Private Authority in Global Governance (Rodney Bruce Hall & Thomas J. Biersteker eds., 2002).

distintos en especie a muchas normas públicas intergubernamentales de carácter no vinculante, y frecuentemente pueden llegar a ser más efectivas. Sugerimos –aunque con cierta cautela– que los márgenes del campo de la administración global sean extendidos a las actividades de algunos de estos órganos no gubernamentales. El caso de ISO es un buen ejemplo: sus decisiones no sólo tienen impactos económicos considerables, sino que también son usadas en decisiones regulatorias por autoridades creadas en virtud de un tratado, como la OMC. Un ejemplo de un órgano regulatorio privado que está menos conectado con la acción estatal o inter-estatal es la Agencia Mundial Anti-Doping, una organización conectada con el Comité Olímpico Internacional, que aplica cuidadosamente estándares del debido proceso al tratar los casos de atletas que se sospecha han utilizado sustancias prohibidas, y que culmina en el sistema de apelación de la Corte Internacional de Arbitraje para el Deporte, órgano de carácter privado. Las propuestas de extender los enfoques del derecho administrativo a dichos órganos se topan con importantes problemas de índole normativo y práctico, a pesar de que estos problemas sean específicos de cada contexto en lugar de ser uniformes. Creemos que es deseable estudiar dichos órganos como parte de la administración global y localizar tanto similitudes como diferencias en los mecanismos de "accountability" desarrollados para los órganos públicos y privados.

B. Los Sujetos de la Administración Global: Estados, Individuos, Empresas, ONGs, y Otras Colectividades.

Desglosar la dicotomía doméstico-internacional puede llegar a tener repercusiones adicionales sobre el modo en el que concebimos a los sujetos de la administración global. En su concepción tradicional, los sujetos del derecho internacional eran los Estados. En forma similar, la "gobernanza global" es la disciplina que estudia el comportamiento de los Estados con

respecto a otros Estados. Sin embargo, cada vez más los programas regulatorios acordados en el plano internacional por los estados son llevados a cabo a través de medidas tomadas por los gobiernos a nivel doméstico para regular la conducta privada. La regulación coordinada de la conducta privada es a menudo el propósito mismo del proyecto internacional en campos como la regulación de la contaminación o de las prácticas financieras. En la teoría clásica, las medidas regulatorias domésticas constituyen la implementación por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales. Los actores privados son únicamente aludidos formalmente en la etapa de implementación, y ello es sólo una cuestión doméstica. Pero los reales destinatarios de dichos regímenes regulatorios globales son ahora cada vez más los mismos que en el derecho doméstico: a saber, los individuos (tanto como agentes morales y como actores económicos y sociales)²⁴ y las entidades colectivas como las sociedades comerciales y, en algunos casos, las ONGs.²⁵

Esta caracterización es aún más eficaz cuando los órganos internacionales toman decisiones que tienen consecuencias jurídicas directas para los individuos o las empresas sin ningún tipo de intervención para la acción del gobierno nacional. Como ejemplos de ello se pueden incluir la certificación de proyectos CDM por el Mecanismo de Desarrollo Limpio del Protocolo de Kyoto, las determinaciones del estatuto de refugiado de individuos llevadas a cabo por el ACNUR, y la certificación de ciertas ONGs por las Naciones Unidas como específicamente autorizadas para participar en sus procedimientos. La concepción

24 Ver Stewart, *supra* nota 5. La postura que mantiene que los individuos son los sujetos últimos de toda regulación legal ha sido mantenida por una de las tradiciones liberales de abogados internacionalistas. Ver, por ej., J.L. Brierly, *Règles générales du droit de la paix*, 58 *Recueil des Cours* 5, 47-52 (1936).

25 Para un enfoque precoz sobre las mismas líneas, ver Négulesco, *supra* nota 9, p. 604-05. Para tendencias que indiquen una similar conceptualización en la Unión Europea, incluyendo por las cortes de la UE, ver della Cananea, *supra* nota 13

de los actores privados como sujetos de la administración global se hace también evidente en mucha de la gobernanza regulatoria lograda a través de redes, en las cuales los reguladores nacionales llevan a cabo tanto un rol a nivel internacional, decidiendo en forma colectiva con sus contrapartes sobre requisitos regulatorios aplicables a las empresas privadas (por ejemplo, bancos comerciales), como un rol a nivel doméstico al implementar y hacer cumplir esas mismas normas a las empresas que están en su jurisdicción regulatoria. Esto es aún más evidente en el caso de los acuerdos de gobernanza privada como ISO, en donde la mayoría de los estándares son diseñados para la implementación por empresas privadas, incluso cuando también pueden ser implementados en el derecho nacional.

En otras situaciones, el objetivo del régimen internacional es lograr ciertos cambios deseados en la conducta privada imponiendo obligaciones regulatorias en los Estados y supervisando la manera en la cual los estados regulan a los actores privados sujetos a su jurisdicción. Estos acuerdos son similares a los modelos de gobernanza de múltiples niveles que han sido desarrollados para entender a la Unión Europea y al "espacio administrativo Europeo".²⁶ Entre algunos ejemplos se incluyen la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies en Peligro de Extinción (CITES, siglas en inglés), el Protocolo de Montreal relativo a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, la Convención de Basilea para el Control Transfronterizo de Residuos Peligrosos, y las Convenciones de la Organización Mundial del Trabajo (OIT). Los órganos internacionales administrativos responsables de promover y supervisar la implementación a menudo juegan un papel principalmente regulatorio, fuera de y en contra de la teoría clásica. En muchas oportunidades, los órganos administrativos en

cuestión han asumido una estructura corporativa mixta público-privada en la cual las empresas y las ONGs participan junto con los representantes de los Estados; esto se nutre del enfoque de larga data ejemplificado por la estructura corporativa tripartita de la OIT basada en la representación por parte de las delegaciones nacionales de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores.

Incluso en otras áreas, los Estados son los sujetos primarios de la regulación global, la cual es llevada a cabo para proteger o beneficiar a diversos grupos de individuos, actores económicos privados o intereses sociales. Algunos ejemplos de ello lo constituyen los estándares de "buena gobernanza" y de "rule of law"²⁷ y los estándares ambientales impuestos por agencias como el Banco Mundial como condición para proporcionar ayuda financiera a países en desarrollo, incluyendo la realización de evaluaciones de impacto ambiental para los proyectos de desarrollo.

Finalmente, en algunas áreas de administración regulatoria, como la seguridad internacional, todavía pisa fuerte la visión clásica en el sentido de que la gobernanza global se dirige hacia la conducta de los gobiernos hacia otros gobiernos, más que hacia actores privados. Sin embargo, incluso aquí la creciente privatización de las actividades de seguridad internacional, como el uso creciente de contratistas privados para llevar a cabo funciones estatales tradicionales como la ocupación militar de Irak, está comenzando a erosionar la visión clásica.²⁸

26 Ver Martin Shapiro, *The Institutionalization of European Administrative Space*, en *The Institutionalization of Europe* 94 (Alec Stone Sweet et al. eds., 2001); *Der europäische Verwaltungsraum* (Heinrich Siedentopf ed., 2004).

27 *Nota de traducción*: Tampoco existe en español un concepto idéntico que refleje la acepción del término "rule of law", si bien normalmente puede traducirse como "estado de derecho" o "imperio de la ley". Como en las ocasiones anteriores, hemos mantenido el concepto original en inglés por su uso frecuente en la literatura jurídica sobre el tema.

28 Ver Anna Leander, *Conditional Legitimacy, Reinterpreted Monopolies: Globalisation and the Evolving State Monopoly on Legitimate Violence*, COPRI Working Paper 2002/10, 18, en <http://www.ciaonet.org/wps/lea04.pdf>; Elke Krahmann, *Private Firms and the New Security Governance*, 5 *Conflict, Security and Development* (de próxima aparición en 2005); Peter W. Singer, *War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law*, 42 *Colum. J. of Transnat'l L.* 521 (2004).

Estos diversos ejemplos sugieren que las diferencias en los sujetos de los regímenes administrativos globales –en algunos casos individuos o empresas, en otros tanto Estados como actores de mercado, y en otros, Estados con distintos grupos de individuos, actores de mercado, ONGs, o intereses sociales como los beneficiarios, e incluso en otros casos los Estados solamente– dependerían de las diferencias en la materia, los objetivos de la regulación, y las características funcionales del problema a regular. Este es un tema de gran importancia para las investigaciones futuras.

C. ¿Un Espacio Administrativo Global?

Esta breve reseña de estructuras y ejemplos indica que ciertas funciones regulatorias de gran importancia no tienen más un carácter exclusivamente doméstico y se han tornado considerablemente transnacionales o globales. Esto es especialmente cierto en el área de la reglamentación, en la cual la acción genuinamente internacional se combina con acción por reguladores nacionales en redes de coordinación global que complementan, e incluso a menudo determinan, la acción doméstica, penetrando profundamente de esta forma en los programas y decisiones regulatorias domésticas. Además, cada vez en mayor cantidad de casos, las decisiones globales afectan directamente a individuos y empresas, como por ejemplo en las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU sobre las sanciones y las medidas anti-terroristas, las actividades del ACNUR, el Mecanismo de Desarrollo Limpio bajo el Protocolo de Kyoto, o en la incorporación casi-automática en el derecho doméstico de las decisiones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

Sin embargo, esto no da respuesta en forma concluyente a la pregunta de si debe reconocerse un espacio administrativo global separado o si es todavía posible e incluso preferible mantener la dicotomía clásica entre un espacio administrativo en las políticas nacionales por

un lado y la coordinación inter-estatal en la "gobernanza global" por el otro. Es cierto que lo global y lo doméstico se diferencian política y operativamente por varias razones. Sin embargo, los dos ámbitos están ya estrechamente entrelazados en muchas áreas de regulación y de administración. El auge de los programas regulatorios a nivel global y su integración en sus contrapartes domésticas significa que las decisiones de los administradores domésticos están cada vez más limitadas por normas substantivas y procedimentales establecidas a nivel global; de esta forma, la necesidad formal para la implementación doméstica ya no proporciona una independencia significativa de la esfera doméstica de la internacional. Al mismo tiempo, en algunos casos los órganos administrativos globales que toman esas decisiones gozan –de facto– de demasiada independencia y discreción como para ser considerados meros agentes de los Estados. Sopesar la importancia y trayectoria de esta interconexión es una cuestión de apreciación, sobre la cual las opiniones difieren. A nuestro parecer, los abogados internacionalistas ya no pueden fidedignamente argumentar que no existen déficit genuinos de democracia y legitimidad en la gobernanza administrativa global sosteniendo que los órganos regulatorios globales rinden cuentas a los Estados, y que los gobiernos de esos Estados rinden cuentas a sus electores y a las cortes. Los abogados administrativistas nacionales ya no pueden insistir en que una adecuada "accountability" para la gobernanza regulatoria global siempre puede ser lograda a través de la aplicación de los requisitos del derecho administrativo doméstico para las decisiones regulatorias domésticas. Nosotros sostenemos que las circunstancias actuales exigen un reconocimiento de un espacio administrativo global, distinto del espacio de relaciones inter-estatales gobernadas por el derecho internacional y del espacio regulatorio doméstico gobernado por el derecho administrativo doméstico, a pesar de abarcar elementos de cada uno de éstos.²⁹

Este espacio administrativo multifacético incorpora los cinco tipos distintos de órganos administrativos internacionales o transnacionales descritos anteriormente. En este espacio, existe una interacción compleja entre los Estados, los individuos, las empresas, las ONGs, y otros grupos o representantes de intereses sociales y económicos a nivel doméstico o global que son afectados o que de algún otro modo tienen un interés en la gobernanza regulatoria global. El espacio posee características distintivas y dinámicas que exigen un estudio y teorizaciones independientes tanto positivas como normativas. Estos esfuerzos deben necesariamente basarse en, pero al mismo tiempo trascender, tanto el derecho internacional tradicional como el derecho administrativo doméstico –un entendimiento presagiado en los trabajos del derecho administrativo internacional a principios del siglo veinte, pero abandonados desde entonces.³⁰ La autonomía relativa y el carácter distintivo de este espacio administrativo global, y sus órganos de toma de decisiones cada vez más poderosos, nos llevan a argumentar por el reconocimiento y desarrollo posterior a través de un derecho administrativo global de principios y mecanismos de “accountability” nuevos y claros. Dichos desarrollos tendrán como resultado práctico que los abogados que representen a los gobiernos, a las organizaciones internacionales, a las empresas, a los individuos, y a las ONGs afectadas por un número creciente de decisiones regulatorias, deberán familiarizarse con las instituciones y actividades dentro del espacio administrativo global y participar en la construcción de un derecho administrativo global para ayudar a gobernar dicho espacio.

Nuestro apoyo a la noción de un espacio administrativo global es el producto de la observación, pero también tiene inevitablemente implicaciones potencialmente políticas y otras implicaciones de tipo normativo. Por un lado, modelar a la gobernanza global en términos administrativos puede llevar a su estabilización y legitimación en formas que privilegien a los

que detentan el poder actualmente y a reforzar el dominio de concepciones de derecho y de gobernanza responsable del Norte y del Oeste. Por otro lado, ello también puede llegar a crear una plataforma para la crítica. Cuanto más evidente se torna la extensión del gobierno administrativo global (y encuadrar a la administración global en términos tradicionales de administración y regulación expone su carácter y extensión mucho más claramente que el uso de términos vagos como gobernanza/gobernabilidad),³¹ aún más resistencias y reformas encontrarán puntos de enfoque. Así, desde la perspectiva de los pequeños países en desarrollo, las instituciones regulatorias globales como la OMC, el FMI, el Banco Mundial y el Consejo de Seguridad de la ONU ya pareciera que los están “administrando” a voluntad de los países industrializados, que están sujetos en general a una regulación externa mucho menos invasiva. Encarar estos temas en términos administrativos puede llegar a poner de relieve la necesidad de idear estrategias para remediar las injusticias que se asocian con dichas desigualdades.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL QUE EMERGE

A. El Alcance del Derecho Administrativo Global

Entender a la gobernanza global como una forma de administración nos permite reformular

29 Para enfoques similares en la jurisprudencia de la UE, ver Cassese, *supra* nota 13, pp. 34-36

30 Para un enfoque que haga énfasis en las raíces tanto de derecho público como de derecho internacional para el derecho administrativo internacional, ver, por ej., Négulesco, *supra* note 9, at 592-99; see also Kazansky, *supra* note 10, at 365

31 Ver Michel Foucault, *Governmentality*, en *The Foucault Effect: Studies in Governmentality* 87 (Graham Burchell et al. eds., 1991); ver asimismo Christian Joerges, *The Turn to Transnational Governance and its Legitimacy Problems: The Examples of Standardization and Food Safety*, en <http://www.law.nyu.edu/kingsburyb/spring04/globalization/Joerges%20Draft4%CC20%CC20g%CC20Feb%CC20C.doc>.

muchas de las preocupaciones comunes sobre la legitimidad de las instituciones internacionales de un modo más específico y focalizado. Nos proporciona una distancia crítica útil sobre demandas de déficit democráticos de estas instituciones en general y a menudo demasiado extendidos.³² También desvía la atención de los académicos de la gobernanza global a varios mecanismos de "accountability" en la toma de decisiones administrativas, incluyendo en el derecho administrativo, que en los sistemas domésticos opera al lado, aunque no en forma independiente de, los procesos democráticos clásicos como las elecciones y el control parlamentario y presidencial. Esta investigación resalta de un modo útil hasta qué punto los mecanismos procedimentales de participación y de revisión, que se dan por supuestos en la acción administrativa doméstica, faltan a nivel global. Al mismo tiempo, la investigación acoge el desarrollo de procedimientos institucionales, de principios y recursos aunque no con el objetivo de construir una democracia global completamente hecha y derecha (que es hoy en día ilusorio).

En este sentido, el derecho administrativo global reúne diferentes ramas del derecho que pertenecen a la administración global pero que han sido tratadas en forma separada por mucho tiempo, a menudo por razones conceptuales.³³ Incluye, como uno de sus componentes, al campo del "derecho administrativo internacional" de larga data, un término utilizado principalmente para denotar las reglas, procedimientos e instituciones a través de las cuales las organizaciones internacionales tratan las controversias laborales y otros asuntos internos. También incluye la interpretación específica de Kart Neumeyer y otros del "derecho

administrativo internacional" como el cuerpo de normas nacionales que rigen los efectos de los actos administrativos de un Estado extranjero en el sistema normativo del Estado.³⁴ Pero nuestra concepción del derecho administrativo global es mucho más amplia, y se aproxima al enfoque de 1935 de Paul Négulesco que percibe al derecho administrativo internacional como "una rama del derecho público que, al examinar los fenómenos legales que juntos constituyen la administración internacional, busca descubrir, especificar y sistematizar las normas que gobiernan esta administración."³⁵ En nuestro enfoque, el derecho administrativo global cubre en forma efectiva todas las reglas y procedimientos que ayudan a asegurar la accountability de la administración global, y se concentra en particular en las estructuras administrativas, en la transparencia, en los elementos participativos, en el procedimiento administrativo, en los principios de una toma de decisiones razonadas, y en los mecanismos de revisión.

Se deben observar con mucha cautela las analogías directas entre el derecho administrativo nacional y transnacional. Sin embargo, la sociología de la educación profesional jurídica que está dominada por la capacitación jurídica nacional implica que el proyecto del derecho administrativo global incluirá probablemente en la práctica, en su aspecto constructivo, esfuerzos para identificar, diseñar, y ayudar a construir estructuras transnacionales y globales para desempeñar funciones a lo sumo comparables a aquellas que el derecho administrativo cumple a nivel doméstico, y a reformar el derecho administrativo doméstico para permitirle ocuparse del carácter cada vez más global de la regulación. Las definiciones del derecho administrativo en Europa continental son en general taxonómicas

32 Ver Andrew Moravcsik, Is there a 'Democratic Deficit' in World Politics? A Framework for Analysis, 39 Government and Opposition 336 (2004).

33 Ver las complicadas diferencias conceptuales en Karl Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht: Völkerrechtliche Grundlagen, in 1 Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie 577, 577-81 (Karl Strupp ed., 1924); ver también Gascón y Marin, supra nota 8, p. 9-24.

34 Ver Neumeyer, supra nota 26; ver también Gerhard Hoffmann, Internationales Verwaltungsrecht, en Besonderes Verwaltungsrecht 781 (Ingo von Münch ed., 6th ed. 1982).

35 Ver Négulesco, supra nota 9, p. 593

más que normativas, y tratan el tema englobando a todas las normas que son vinculantes para los actores administrativos, excepto para aquellos de naturaleza constitucional.³⁶ Si fuera visto en esta forma taxonómica, el campo del derecho administrativo global podría englobar la totalidad de las normas globales que regulan la acción administrativa por los cinco tipos distintos de órganos administrativos descriptos anteriormente. Ello incluiría tanto el derecho sustantivo que define los poderes y límites de los reguladores, como los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia que define las condiciones bajo las cuales los órganos estatales pueden interferir con las libertades individuales.³⁷ La definición de Négulesco que ha sido referida precedentemente, así como varios de los enfoques tempranos sobre el derecho administrativo internacional, llegarían de hecho hasta ese punto).³⁸ Sin embargo, concebir el campo en términos tan amplios muy probablemente generaría una agenda de investigación inmanejable en esta etapa temprana de su desarrollo y ofuscaría los compromisos normativos que implica el trabajo en el derecho administrativo global, compromisos que deben ser formulados explícitamente para poder ser evaluados y refutados. Por lo tanto, el foco del derecho administrativo global no es el contenido específico de las reglas substantivas, sino el funcionamiento de principios existentes o posibles, de reglas procedimentales, de mecanismos de revisión y de otros mecanismos relativos a la transparencia, participación, toma de decisiones razonadas y a garantizar la legalidad en la gobernanza global.

36 Ver en general Maurer, *supra* nota 3. El estudio del derecho administrativo doméstico echa luz sobre las consecuencias normativas del tema así como también sobre sus funciones políticas. Históricamente, la función política no ha sido de ninguna manera la misma en diversos sistemas políticos: en el siglo diecinueve, el derecho administrativo ha surgido de diversas formas y por diversos motivos en sistemas democráticos como el del Reino Unido o de Estados Unidos más que en escenarios monárquicos frecuentes en la mayoría de la Europa continental. Estas diferencias en cuanto al origen y en las actitudes hacia el poder ejecutivo han tenido continuas repercusiones. Por lo tanto, una investigación de estas diversas tradiciones del derecho administrativo es de gran relevancia para el derecho administrativo global. Ver Peter L. Lindseth, *The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s*, 113 *Yale L.J.* 1341 (2004).

B. Las Fuentes del Derecho Administrativo Global

Las fuentes formales del derecho administrativo global incluyen las fuentes clásicas del derecho internacional público –los tratados, la costumbre y los principios generales– pero es poco probable que estas fuentes sean suficientes para justificar los orígenes y autoridad de la práctica normativa que ya existe en el campo. Los tratados sólo en muy raras ocasiones tratan temas de derecho administrativo. En la medida en que especifiquen principios de procedimiento administrativo, en general se dirigen a y son vinculantes sólo para los Estados, no las instituciones internacionales o las redes intergubernamentales de funcionarios nacionales. El derecho internacional consuetudinario es entendido todavía como formado primordialmente por la acción de los Estados y por lo tanto por el momento no incorpora del todo la práctica relevante de los actores no-estatales, como los órganos administrativos globales. Finalmente, el uso de los “principios generales de derecho” como fuente del derecho internacional, ha estado limitado principalmente a las necesidades internas de las instituciones internacionales o a normas sobre las cuales hay un alto grado de convergencia mundial. La aceptación de los principios generales en la práctica del derecho internacional formal ha sido baja y no es probable que se extienda rápidamente a los diversos y fragmentados contextos de la administración global.

Un mejor reflejo de las fuentes legales de las prácticas normativas existentes en la administración global podría basarse en una versión revitalizada del *ius gentium* que englobaría normas que emergen entre una gran variedad de actores y en escenarios muy diversos, en lugar de depender de un *ius inter*

37 Para un enfoque igualmente amplio, ver Tietje, *supra* nota 8.

38 Ver Kazansky, *supra* nota 10, p. 361; ver también Gascón y Marin, *supra* nota 8, p. 20 y *passim*.

gentes construido sobre acuerdos entre Estados.³⁹ Este enfoque reflejaría, hasta cierto punto, los procedimientos de redacción de normas en otras ramas del derecho más allá del Estado, como la *lex mercatoria*, basada en las prácticas de los actores comerciales a lo largo del mundo.⁴⁰ Sin embargo, las bases para un posible desarrollo de un *ius gentium* de la administración global son todavía dudosas. Si el propósito es que refleje no un enfoque de derecho natural sino uno basado en la práctica, esta incertidumbre constituye la base para determinar dichas normas y su status jurídico. El hecho de que los principios generales de derecho requieran una convergencia tan elevada de los sistemas jurídicos refleja un fuerte compromiso de integración y sirve para prevenir que un grupo de Estados se imponga por sobre otro. El *ius gentium*, por más atractivo que sea como categoría para el derecho administrativo global, también deberá enfrentar este desafío.

Sin embargo, incluso entre las fuentes tradicionales del derecho internacional público puede llegar a haber lugar para el desarrollo de normas relevantes al derecho administrativo global. En el caso del derecho de los tratados, podría adoptarse el enfoque desarrollado por la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH), la cual tuvo que enfrentar el problema de que la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) no vincula formalmente a las organizaciones internacionales o a la Unión Europea. La CtEDH exigió a los Estados miembros que se aseguren de que las instituciones a las cuales confieren poderes provean un nivel de protección equivalente a la protección otorgada por la CEDH. Si se aplicara dicho enfoque más ampliamente, se podrían proporcionar por lo menos una serie de estándares básicos para los órganos administrativos globales, pero ello no

resolvería los problemas de cómo transplantar o adaptar conjuntos complejos de normas domésticas a las instituciones transnacionales o inter-estatales, y menos aún el problema de aplicar estos principios a los órganos híbridos público-privados o a los puramente privados.

Un último problema en cuanto a las fuentes concierne el status del derecho doméstico. El derecho doméstico es la fuente del derecho que predomina en la administración doméstica y por tanto para las agencias administrativas nacionales que implementan el derecho global o actúan como parte de las estructuras administrativas globales, o ambas cosas. Las cortes nacionales pueden también ser el foro para encontrar un remedio efectivo cuando la acción de los órganos administrativos globales tiene incidencia directa en los particulares. A través de estos medios, el derecho doméstico puede ayudar a asegurar la "accountability" de la administración global; y una sutil arquitectura de "accountability" centrada en mecanismos domésticos puede ser un medio para reflejar los compromisos normativos variados de cada sociedad nacional y de esta forma acomodar la diversidad.⁴¹ Pero los mecanismos domésticos establecidos y operados de acuerdo a las preferencias locales no cumplirían las necesidades funcionales imperiosas para lograr un grado de uniformidad global en cuanto a principios y mecanismos, y de receptividad a las características particulares de ciertos regímenes administrativos globales. Los conflictos entre el derecho doméstico, en particular el derecho administrativo, y estas necesidades globales pueden llegar a ser difíciles de resolver a menos que se adopte un enfoque pragmático y temporal. Es demasiado pronto para saber cómo la aplicación regular y rigurosa del derecho doméstico a la participación nacional en órganos administrativos transnacionales o globales, o directamente a las decisiones de dichos órganos, afectaría el

39 Benedict Kingsbury, *The Administrative Law Frontier in Global Governance*, 99 *Proc. Am. Soc. Int'l L.* (de próxima aparición en 2005).

40 Ver, e.g., *Global Law Without a State* (Gunther Teubner ed., 1997).

41 Ver Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (2004).

funcionamiento de esos órganos.⁴² Si todos los participantes estuvieran sujetos a los diversos requisitos nacionales, tanto procedimentales como de fondo, los órganos tendrían una gran dificultad para lograr la uniformidad necesaria para una regulación y administración efectiva. La variedad de controles domésticos puede también llegar a obstaculizar la capacidad de los oficiales reguladores domésticos de participar en forma efectiva en la toma de decisiones globales regulatorias. Dado que la separación dualista tradicional entre lo doméstico y lo internacional no puede mantenerse en el espacio administrativo global integrado, la relación entre éstos requiere tanto un reajuste pragmático continuo como una re-teorización más profunda.

Incluso si se llegara a un acuerdo sobre identificar las fuentes formales del derecho administrativo global, en términos ya sea del derecho internacional tradicional o de un enfoque de un *ius gentium* revitalizado, es poco probable que pueda formularse un cuerpo de normas y principios definitivos y detallados que gobiernen al derecho administrativo global, ni siquiera en relación a acuerdos formales intergubernamentales. Ciertos instrumentos intergubernamentales escritos acerca de dichas normas se encuentran dispersos y son relativamente escasos, las prácticas de los órganos administrativos globales están fragmentadas y las normas formales domésticas varían considerablemente incluso si se verifica

cierta convergencia. Los acuerdos regulatorios híbridos y los privados no están directamente sujetos a muchas de estas reglas y principios y el status de los principios y prácticas jurídicas administrativas emergentes en relación a dichos sistemas híbridos y privados se encuentra mayormente indeterminado. Además, bajo un enfoque de *ius gentium*, es inevitable el desacuerdo sobre las prácticas de quiénes tener en cuenta o no para el surgimiento de una norma, y sobre qué tan consistente debe ser la práctica para generar una fuerte adhesión. ¿Debería la adopción (o la no adopción) de mecanismos de accountability en una institución internacional contar más hacia (o en contra) de una nueva norma que la adopción (o la no adopción) en una red informal inter-gubernamental o en una institución híbrida con participación privada? Dichas cuestiones de metodología requieren de mucho trabajo futuro.

C. Mecanismos Institucionales para la Aplicación y el Desarrollo del Derecho Administrativo Global: una Taxonomía.

1. Las Instituciones Domésticas como Controles de la Administración Global.

Dada la ausencia de mecanismos de "accountability" genuinamente internacionales en la mayoría de los regímenes administrativos globales, las instituciones domésticas han a menudo llevado la delantera en intentar controlar a la administración global. Ello es aún más evidente en algunos intentos de las cortes domésticas de establecer su jurisdicción sobre la acción de las instituciones internacionales. De este modo, en una decisión histórica del año 2000, la Corte Constitucional de Bosnia decidió que podía revisar ciertas decisiones de la Oficina del Alto Representante en Bosnia.⁴³ El Alto Representante derivaba sus poderes del Acuerdo de Dayton de

42 Ver Stewart, *supra* nota 5. Sobre la aplicación a la ratificación por parte de Estados Unidos del NAFTA y los Acuerdos de la OMC de la Ronda de Uruguay de los procedimientos de E.E.U.U. relativos a la evaluación de impacto ambiental, ver Matthew Porterfield, *Public Citizen v. United States Trade Representative: The (Con)Fusion of APA Standing and the Merits Under NEPA*, 19 Harv. Envtl. L. Rev. 157 (1995); James Salzman, *Seattle's Legacy and Environmental Reviews of Trade Agreements*, 31 Envtl. L. 501 (2001). Sobre el equilibrio que debe ser establecido en los procedimientos de derecho administrativo en las cortes de E.E.U.U. entre mantener las normas del derecho internacional y otorgar discreción a una agencia del gobierno de E.E.U.U. cuando las acciones de la agencia están en conflicto con una decisión de la OMC, ver Jane A. Restani & Ira Bloom, *Essay, Interpreting International Trade Statutes: Is the Charming Betsy Sinking?*, 24 Fordham Int'l L.J. 1533 (2001), quien sostiene que las cortes deben otorgar mayor discreción a la agencia si la agencia ha llevado a cabo procedimientos de noticia y comentario y otro tipo de garantías del debido proceso. Id. pp. 1543-45.

43 Ver *Caso U9/00 (Corte Constitucional de Bosnia-Herzegovina)* (Nov. 3, 2000) [de aquí en adelante *Case U9/00*] (la cual evalúa la Ley del Servicio Estatal de Frontera), párr. 9

1995 (el tratado de paz firmado luego de la guerra bosnia y respaldado por el Consejo de Seguridad) y de un anexo al Acuerdo, que establecía que el Alto Representante era el árbitro final.⁴⁴ Sin embargo, la Corte Constitucional decidió que, al actuar de facto como un oficial doméstico, más que como un oficial internacional, el Alto Representante no estaba por encima de la Constitución, y que sus actos podrían por consiguiente ser revisados.⁴⁵

En otra variante de este enfoque, algunos particulares en Europa han presentado demandas en las cortes domésticas cuestionando ciertas regulaciones de la UE que implementan las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En uno de estos casos, tres ciudadanos Suecos de descendencia somalí sostuvieron frente a la Corte Europea de Primera Instancia que por error y sin las garantías del debido proceso habían sido el blanco de las sanciones del Consejo de Seguridad y que las regulaciones de la UE que implementaban esta decisión eran en consecuencia ilegales.⁴⁶ La Corte Europea de Primera Instancia rechazó por razones limitadas su petición de protección provisional pero se reservó la decisión sobre el fondo.⁴⁷ Poco después, el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad decidió sacar de la lista a dos de los peticionarios y de establecer un procedimiento general, por el cual los individuos pudieran, a través de su gobierno nacional, presentar una demanda para ser sacados de la lista y que se les otorgue las razones por las cuales fueron incluidos en ella.⁴⁸

Estos dos ejemplos de participación de las cortes en controlar a las instituciones internacionales a instancias de litigantes que afirman la violación

de sus derechos procedimentales y sustantivos se comparan con los esfuerzos de las cortes domésticas de varios países de Europa desde los años 1970s para llevar un estricto control de las actividades de las Comunidades Europeas.⁴⁹ También pueden compararse con algunas decisiones de la CEDH que afirman los límites de la delegación de poderes a las organizaciones internacionales en aras a salvaguardar los derechos individuales. En varias decisiones, la Corte ha reconocido que los Estados parte de la CEDH a menudo no serían capaces de asegurar toda la protección prevista por la CEDH cuando participan en organizaciones internacionales, pero ha insistido en que deben asegurar aproximadamente un estándar de protección equivalente. Sobre esta base, el Tribunal Europeo ha, por ejemplo, calificado la participación de los Estados Miembros de la Unión Europea⁵⁰ y ha indicado una serie de consideraciones que ofician de límites a la inmunidad otorgada a la Agencia Espacial Europea en las cortes nacionales.⁵¹

44 Ver Acuerdos de Dayton, *supra* nota 2, Anexo 10, art. II; ver asimismo S.C. Res. U.N SCOR, 50th Sess. U.N. Doc./RES/1031, pp. 26-27 (1995).

45 Caso U9/00, párr. 9. Ver Carsten Stahn, *International Territorial Administration in the Former Yugoslavia: Origins, Developments and Challenges Ahead*, 61 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 107, 158-59, 167-71 (2001).

46 Caso T-306/01 R. Aden v. Council of the Eur. Union, 2002 E.C.R. II-02387 (petición de medidas provisionales)

47 Orden del Presidente de la Corte de Primera Instancia del 7 de Mayo de 2002, en http://europa.eu.int/eur-lex/pri/end/oj/dat/2002/c_191/c_19120020810en00250026.pdf (última visita 25 de Marzo de 2005) (la cual rechaza la petición de medidas provisionales por no haber peligro en la demora).

48 Sobre los procedimientos generales del Consejo de Seguridad ver *Guidelines of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) for the Conduct of its Work*, Nov. 7, 2002 as amended April 10, 2003, en http://www.un.org/Docs/sc/committees/1267/1267_guidelines.pdf. Para un comentario sobre la decisión de retiro de nombres de la lista, ver Per Cramér, *Recent Swedish Experiences with Targeted U.N. Sanctions: The Erosion of Trust in the Security Council*, en *Review of the Security Council by Member States* 85, 94-95 (Erika de Wet & André Nollkaemper eds., 2003); ver también David Dyzenhaus, *The Rule of (Administrative) Law in International Law*, 68 *L. & Contemp. Probs.* 127 (Summer/Autumn 2005).

49 Ver Matthias Kumm, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, 36 *Common Market L. Rev.* 351 (1999).

50 Ver *Matthews v. United Kingdom*, App. No. 24833/94, 28 Eur. H.R. Rep. 361, párr. 32 (1999) (en donde se afirma la responsabilidad de carácter permanente de los estados partes a la Convención Europea sobre Derechos Humanos [de aquí en adelante Convención] luego de haber transferido ciertas competencias a una organización internacional, como las Comunidades Europeas, las cuales no están vinculadas directamente por la Convención).

Desde un punto de vista más convencional, las cortes domésticas han revisado decisiones de órganos administrativos globales de carácter privado. Aquí, se aplican las reglas del derecho internacional privado, incluyendo las normas que reflejan el orden público interno, y se presume que las cortes domésticas querrán ejercer jurisdicción. Por ejemplo, el régimen internacional para el deporte del Comité Olímpico Internacional y la conexas Corte Internacional de Arbitraje para el Deporte ha tenido que convencer a las cortes domésticas que sus decisiones sobre cuestiones de anti-doping alcanzaban los estándares del debido proceso para poder ser reconocidas en el derecho doméstico.

Las cortes no son para nada las únicas instituciones domésticas involucradas en lograr que la administración global esté sujeta a control por sus actos. En los Estados Unidos, por ejemplo, algunos funcionarios regulatorios federales proporcionan información y comentarios al participar en el establecimiento de estándares internacionales sobre ciertos temas.⁵² En tales casos, la participación de las personas interesadas en los procedimientos administrativos se mueve en una fase habitualmente considerada preparatoria. Ello asegura que la participación llegue a tiempo para afectar las negociaciones internacionales entre los reguladores que resultan en decisiones que serán luego implementadas en, o que influenciarán poderosamente, el derecho

regulatorio doméstico.⁵³ Del mismo modo, los parlamentos han en algunos casos comenzado a extender su control sobre la acción administrativa a la participación de los oficiales nacionales en las redes administrativas globales. Así, el Congreso de los Estados Unidos exige informes a las agencias regulatorias Americanas antes de manifestar su acuerdo con las recomendaciones de grupos regulatorios financieros, como el Comité de Basilea.⁵⁴ Hasta aquí, sin embargo, este tipo de esfuerzos han sido esporádicos y fragmentados. Se dejan llevar en general por controversias particulares, resultando en que ciertos problemas sean ignorados y otros encarados ampliamente. En algunos casos, varios comités legislativos, órganos judiciales y comités internacionales de encuesta pueden llegar a seguir todos la misma materia, en general acompañados por la atención de los medios, como ocurrió con las investigaciones llevadas a cabo desde 2003 en adelante sobre el Programa Petróleo por Alimentos de la ONU en Irak y las recomendaciones de reforma de procesos de gobernanza de la ONU que de ello surgieron. Muchos de los problemas jurídicos que afectan dicho control todavía no han sido encarados de un modo adecuado, incluyendo reglas sobre la admisibilidad en un proceso de la prueba obtenida en otro, reglas sobre inmunidades que son complejas y a menudo insatisfactorias, y principios de asignación y prioridad entre los procesos nacionales e internacionales. Las medidas nacionales a menudo tienen el (a veces intencional) efecto de obstruir un control efectivo de la gobernanza global. Si bien los controles nacionales juegan un rol positivo y crecientemente importante, todavía no existen patrones coherentes en el uso de las instituciones domésticas para controlar la administración por órganos transnacionales e internacionales.

2. Mecanismos Internos Adoptados por las Instituciones Globales para la Participación y "Accountability"

Frente a las críticas públicas y del gobierno, a los

51 *Waite and Kennedy v. Germany*, App. No. 26083/94, 30 Eur. H.R. Rep. 261, párr. 68 (1999) (en donde se sostiene que un "factor material" para determinar si la Convención permite a Alemania otorgar a la Agencia Europea del Espacio inmunidad ante las cortes alemanas es si los peticionarios tuvieron medios alternativos razonables para proteger sus derechos bajo la Convención). En este caso, la Corte halló que los peticionarios sí tenían a su disposición medios jurídicos alternativos en el proceso y por lo tanto confirmó el otorgamiento de la inmunidad, Id. párr. 73.

52 Stewart, *supra* nota 5

53 *Ver* Stewart, *supra* nota 5.

54 *Ver* Zaring, *Informal Procedure*, *supra* nota 7, p. 598

desafíos de las instituciones domésticas y a los esfuerzos realizados por los Estados participantes y por los administradores de los órganos administrativos globales de reforzar los controles sobre sus operaciones, los órganos administrativos globales han instituido sus propios mecanismos de accountability. El establecimiento por parte del Consejo de Seguridad de un procedimiento administrativo limitado para el listado y el des-listado de los individuos blanco de las sanciones por la ONU ilustra esta tendencia. Este procedimiento, adoptado en parte como respuesta al control efectuado por las cortes domésticas de la implementación a ese nivel de las decisiones de incluir a individuos en la lista, presenta graves problemas ya que a las personas que aparecen en las listas no se les facilita ningún tipo de derechos del debido proceso, sino que éstos deben apoyarse en su Estado de residencia o de nacionalidad para proteger sus intereses. Sin embargo, este procedimiento al menos incorpora algunos requisitos para una toma de decisiones razonada y de revisión del trabajo de los comités del Consejo de Seguridad, que normalmente se consideran a sí mismos órganos puramente políticos, no comparables en absoluto con agencias administrativas.⁵⁵

Un género innovador de mecanismos administrativos firmes lo ejemplifica el Panel de Inspección del Banco Mundial. El procedimiento del Panel fue inicialmente establecido en parte para mejorar el cumplimiento por parte del staff del Banco Mundial con las directivas internas, como las directrices del Banco para asegurarse de que los proyectos financiados con sus recursos sean ambientalmente seguros. Así, el procedimiento le permite a la Junta ejercer un control adicional de la administración diaria de la gestión del Banco. Pero el Panel también tiene una función muy importante para los individuos y grupos afectados

al proporcionarles un foro en el cual cuestionar el cumplimiento por parte del Banco Mundial con las políticas relacionadas con sus proyectos. El Panel sólo tiene el poder de emitir informes y recomendaciones, y no puede frenar o modificar los proyectos que no se conforman a las pautas. Además, las bases para dichos cuestionamientos se limitan a las alegaciones de no cumplimiento con las propias políticas del Banco Mundial y por lo tanto no se extienden al derecho internacional en general; pero esta limitación se ha desgastado en ocasiones y puede llegar a no perdurar. El modelo del Panel de Inspección ha sido adoptado, con variaciones que incluyen mayores poderes para promover un arreglo amistoso, en varios bancos de desarrollo regionales.⁵⁶

Algunas redes intergubernamentales también han avanzado hacia el establecimiento de una mayor transparencia en sus procedimientos y en la participación, un desarrollo llamativo para redes regulatorias cuya informalidad es a menudo su mayor ventaja. Por ejemplo, el Comité de bancos centrales de Basilea, abrió más ampliamente el proceso hasta adoptar el texto provisorio de un nuevo acuerdo de Basilea sobre la adecuación de capital (Basilea II), en el cual los comentarios de las partes interesadas eran bienvenidos.⁵⁷ Han tenido lugar desarrollos similares dentro de la OCDE luego de que la necesidad de una mayor legitimidad procedimental para su trabajo fuera puesta de relieve al fracasar el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones. En algunas áreas de su trabajo, la OCDE ha ahora instituido procedimientos de información y comentario y ha fomentado una mayor participación pública directa o a través de mecanismos en cada uno de los Estados miembros.⁵⁸ Otra organización

55 Ver Peter Gutherie, Security Council Sanctions and the Protection of Individual Rights, 60 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 491, 512-14 (2004).

56 Ver *Demanding Accountability: Civil-Society Claims and the World Bank Inspection Panel* (Dana Clark et al. eds., 2003); ver también *The Inspection Panel of the World Bank: A Different Complaints Procedure* (Gudmundur Alfredsson & Rolf Ring eds., 2001)

57 Ver Zaring, *Informal Procedure*, supra nota 7, p. 557

con procedimientos de información y comentario es la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE, por sus siglas en inglés), la cual desarrolla estándares para la salud animal aplicables bajo el Acuerdo MSF. El Grupo de Acción Financiera Internacional también acoge aportes externos en sus esfuerzos de redacción de normas y permite comentarios hechos por los gobiernos de las jurisdicciones que están sujetas a consideración para inclusión en la lista de los países y territorios que no cooperan y que por lo tanto están sujetos a alguna forma de sanciones.⁵⁹

El objetivo de reforzar la participación en la administración global ha sido cada vez más perseguido, si bien con resultados encontrados, a través de la inclusión directa de las ONGs en el proceso de toma de decisiones, por ejemplo dentro de la Comisión del Codex Alimentarius.⁶⁰ Las ONGs también han constituido en forma más o menos cooperativa sociedades de gobernanza regulatoria con empresas. En relación a ciertos estándares laborales y ambientales, por ejemplo, las empresas han intentado integrar a las ONGs en lo que previamente eran estructuras puramente autorregulatorias, en orden a mejorar la legitimidad de los estándares y de los mecanismos de certificación establecidos por estas estructuras.⁶¹ En algunos casos estos acuerdos han asumido un carácter híbrido, y operan bajo el patrocinio de órganos administrativos internacionales como las agencias de la ONU.⁶²

3. Disciplinas Globales sobre Administración Distribuida

El tercer mecanismo del derecho administrativo global emergente establece controles para la administración doméstica coordinada, o, en la terminología que introdujimos aquí, para el elemento distributivo en la administración global. Para asegurarse de que los reguladores domésticos actúen como participantes en el régimen global en lugar de hacerlo simplemente como actores nacionales, las agencias intergubernamentales promueven que las normas globales se apliquen no sólo a la sustancia de la regulación doméstica, sino también a los procesos de toma de decisiones seguidos por las agencias regulatorias domésticas cuando éstas aplican una norma global o cuando están sujetas a sus constricciones. De hecho, estos requisitos procedimentales les otorgan un rol adicional como agentes del régimen global relevante a los órganos y oficiales regulatorios domésticos y buscan hacerlos responsables de alguna forma por el cumplimiento con dicho régimen.⁶³ Estos requisitos están diseñados para proteger los intereses de otros estados, de individuos y empresas que están sujetos a la regulación así como también de los aún más amplios intereses sociales y económicos afectados por el régimen al proveerles con los medios procedimentales necesarios para asegurar la fidelidad de los reguladores domésticos a las normas administrativas globales diseñadas para proteger sus derechos o inquietudes.

La primera decisión del Órgano de Apelación de la OMC en el caso Camarones-Tortugas constituyó un destacado esfuerzo de promover la protección del Estado del foro a los intereses de los Estados extranjeros afectados.⁶⁴ El Órgano de Apelación

58 Ver James Salzman, *Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development*, 68 L. & Contemp. Probs. 189 (Summer/Autumn 2005).

59 Se encuentra disponible información sobre el Grupo de Acción Financiera Internacional en http://www.fatf-gafi.org/pages/0,2966,en_32250379_32237277_1_1_1_1_1,00.html.

60 Ver Comisión del Codex Alimentarius, ALINORM 03/25/3: Report of the Evaluation of the Codex Alimentarius and Other FAO and WHO Food Standards Work (2002).

61 Ver Harm Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets* (2004).

62 Ver John Ruggie, *Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection*, in *Taming Globalization: Frontiers of Governance* 93, 105-06 (David Held & Mathias Koenig-Archibugi eds., 2003).

63 Slaughter trata el doble carácter nacional y global de los roles de los funcionarios públicos nacionales en *A New World Order*, supra nota 34.

decidió que en orden a que las restricciones a las importaciones basadas en el proceso fueran sostenibles bajo las excepciones del Artículo XX del GATT, un estado debía demostrar que a los países y los productores extranjeros afectados les habían sido otorgadas algún tipo de garantías del debido proceso.⁶⁵ De este modo vemos cómo las normas internacionales requirieron al proceso administrativo doméstico refocalizar su búsqueda de "accountability" en orden a ayudar a asegurar que los reguladores domésticos tomen en cuenta a los distritos electorales externos relevantes.

Otros ejemplos de la OMC, incluyendo al GATS, también exigen cambios en los procedimientos administrativos domésticos. Por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, se ha introducido el modelo de las agencias regulatorias independientes; aquí el procedimiento sirve principalmente para implementar mejor los objetivos sustantivos que yacen detrás de la regulación global de las telecomunicaciones.⁶⁶ Esta es también la razón de ser detrás de la amplia revisión arbitral establecida en los tratados de inversión, a través del sistema del CIADI y del NAFTA. Bajo dichos mecanismos, los inversores pueden cuestionar la acción administrativa del estado anfitrión ante tribunales arbitrales internacionales si creen que sus derechos bajo el pertinente tratado de inversión han sido violados. Cada vez más las decisiones de estos tribunales han extendido limitaciones tanto procedimentales como sustantivas a los reguladores domésticos. Ello da a los inversores una herramienta muy poderosa que no siempre se equilibra con una participación suficiente de los intereses públicos y de otra índole. El control central de la administración doméstica por órganos regionales o globales también ocurre bajo los tratados de

derechos humanos. Usando un criterio basado en los derechos, la Corte de Europa de Derechos Humanos examina a la administración doméstica de conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos y ha también desarrollado una rica jurisprudencia sobre procedimientos administrativos domésticos, especialmente sobre mecanismos domésticos de revisión.⁶⁷

Probablemente para muchos países en desarrollo, los ejemplos más influyentes en esta categoría son las instituciones de Bretton Woods. Las políticas del Banco Mundial sobre buena gobernanza, ya sea que sean designados como "consejos" o como condiciones para otorgar ayuda financiera a países en desarrollo, han generado extensos códigos de principios y reglas para la organización y procedimientos para la administración doméstica –que abarca desde medidas para combatir la corrupción hasta prácticas que promueven una mayor transparencia y garantías procedimentales para los actores de mercado.⁶⁸ Dada la dependencia de muchos países de la ayuda y finanzas externas, estas normas del Banco Mundial han transformado, o están en el proceso de transformar, la administración doméstica en muchas partes del mundo. Algunas condiciones de carácter comparable impuestas por el FMI para otorgar ayuda financiera a países en desarrollo han tenido efectos similares.

D. Características Doctrinarias del Derecho Administrativo Global: Principios y Requisitos emergentes.

Además de una variedad de mecanismos institucionales, el derecho administrativo

64 Ver Tortugas-Camarón, supra nota 16.

65 Id. para un comentario, ver Giacinto Della Cananea, Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law, 9 European Public Law 563 (2003); ver asimismo Sabino Cassese, Global Standards for National Administrative Procedure, 68 L. & Contemp. Probs. 109 (Summer/Autumn 2005)

66 Markus Krajewski, National Regulation and Trade Liberalization in Services 164-78 (2003).

67 Ver en general Henri Labayle et al., Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme, 11 Revue française de droit administratif 1172 (1995)

68 Ver Ngairé Woods Et Amrita Narlikar, Governance and the Limits of Accountability: The WTO, the IMF and the World Bank, 53 Int'l Soc. Sci. J. 569 (2001)

global abarca algunos principios y requisitos legales básicos de carácter tanto procesal como sustantivo. Debido a la fragmentación de la práctica en la administración global y al estado limitado del conocimiento integrado sobre él, no podemos aquí aventurar afirmaciones sobre los elementos doctrinales que gobiernan este campo en su totalidad. Pero pueden identificarse preliminarmente algunos candidatos, aún cuando su alcance puede ser limitado en la actualidad. Será una tarea central para investigaciones futuras demostrar el grado al cual estos y otros elementos de hecho se ven reflejados en la práctica administrativa global, y el grado al cual podrían ser aplicados o ser adaptados a las áreas de regulación internacional o transnacional, en las cuales el derecho administrativo es actualmente rudimentario o inexistente.

1. Participación Procesal y Transparencia

En el ámbito doméstico, el derecho de los individuos afectados a que sus opiniones e información relevantes sean consideradas antes de que se tome una decisión es uno de los elementos clásicos del derecho administrativo. Versiones de tal principio son cada vez más aplicadas en el gobierno administrativo global, según lo ilustran algunos ejemplos. En relación con la acción administrativa de un Estado que afecta a otro, el Órgano de Apelación de la OMC ha observado en el caso Camarones-Tortugas que los Estados Unidos no habían proporcionado a ninguno de los estados cuyas exportaciones de productos de camarón a los Estados Unidos habían sido acotadas por regulaciones administrativas domésticas de los Estados Unidos, con una "oportunidad formal de ser oído, o responder a cualquier argumento que se pueda hacer contra él," y requirió que los Estados Unidos proporcionaran los mecanismos para la participación procesal.⁶⁹ Con respecto a la acción administrativa de un órgano intergubernamental que afecta a Estados particulares, incluso los Estados no-miembro han tenido la oportunidad para el comentario antes de ser puestos en una

lista de eEstados no-obedientes por el Grupo de Acción Financiera Internacional.⁷⁰ Con respecto a individuos, la oportunidad de ser oído ha sido enfatizada en el reciente código Anti-Dóping del COI, en el cual los principios normativos del derecho administrativo se aplican para forzar la toma de decisión administrativa en un marco institucional privado. En cambio, en el contexto de las sanciones económicas del Consejo de Seguridad de la ONU contra los Estados pero que afectarán a los individuos y a grupos que viven o que hacen negocio dentro de esos Estados, no se ha establecido ninguna estructura para la participación de tales grupos potencialmente afectados antes de la toma de una decisión sobre sanciones, aunque en el caso especial de gente incluida en la lista para la congelación de activos bajo resoluciones contra el terrorismo, se ha instituido una forma limitada de cuestionamiento y revisión subsiguiente.

La participación en procedimientos administrativos globales no está confinada a los individuos o a los estados afectados por decisiones. En el área de establecimiento de estándares y de reglamentación administrativa, varios organismos, tales como la Comisión del Codex Alimentarius, han intentado incluir en su trabajo a ONGs que representen intereses sociales y económicos afectados.⁷¹ Los reguladores domésticos han comenzado también a notar los estándares propuestos que están siendo considerados en las negociaciones globales en las cuales participan. Sin embargo, los derechos de participación en la reglamentación administrativa han sido proporcionados sólo en un número limitado de casos y áreas.

69 Camarones-Tortugas, supra nota 16, en párr. 180 y sigs.

70 Ver Reporte del Grupo de Acción Financiera Internacional en Non-Cooperative Countries or Territories, en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/57/22/33921735.pdf>, párr. 41.

71 Steve Suppan, Consumers International's Decision-Making in the Global Market, Codex Briefing Paper (2004), en <http://www.tradeobservatory.org/library.cfm?RefID=36988>.

La transparencia en las decisiones y el acceso a la información son bases importantes para el ejercicio eficaz de los derechos de participación y de los derechos de revisión. También promueven "accountability" directamente, exponiendo decisiones administrativas y documentos relevantes al escrutinio del público y de sus pares. Cada vez más, organismos internacionales tales como el Banco Mundial, el FMI, y la OMC están respondiendo a la crítica del secreto de la toma de decisiones, proporcionando un acceso público más amplio a documentos internos. La participación de ONGs en la toma de decisiones, como en el ejemplo del Codex, es otro medio de promover transparencia. Las redes reguladoras, tales como el Comité de Basilea y el IOSCO, han desarrollado sitios web que contienen material abundante sobre toma de decisiones interna y la información y las consideraciones en los cuales se basan las decisiones. Medidas similares han sido tomadas por una variedad de redes reguladoras globales híbridas público-privadas, tales como las que se ocupaban de la certificación sustentable de silvicultura. Estos desarrollos son generalmente voluntarios para el régimen en cuestión. También ha habido algunos acuerdos internacionales que proporcionan transparencia tanto en el nivel de regímenes globales como de la administración doméstica, especialmente en la esfera ambiental. El acceso público a la información sobre las disposiciones de medio ambiente de la Convención de Aarhus, que se aplican tanto a las organizaciones internacionales como a los Estados que son parte, es un ejemplo importante.⁷² La OMC, el Banco Mundial, y el FMI son ejemplos de organismos internacionales que han desarrollado requisitos de transparencia para las administraciones nacionales.

2. Decisiones Razonadas

El requisito de proveer razones para las decisiones administrativas, incluyendo respuestas a los principales argumentos de las partes o de los comentaristas, ha sido extendido de la ley doméstica a algunas instituciones globales y regionales. La práctica internacional, fuera de los tribunales adjudicatorios es relativamente pequeña, en parte porque el número de decisiones tomadas por agencias administrativas globales que afectan directamente a personas particulares, aunque está en ascenso, todavía es limitado. La decisión en el caso "Camarones-Tortugas" y la jurisprudencia subsiguiente de la OMC son de importancia central para establecer principios de toma de decisiones razonada para la regulación administrativa global, al igual que la decisión del Consejo de Seguridad de requerir, por lo menos internamente, algún tipo de justificación de parte del país proponente antes de que se incluya a un individuo en las listas de los individuos cuyos activos deban ser congelados. De modo similar, en el régimen anti-doping global, una decisión escrita y razonada ha sido tomada como requisito para tomar medidas contra un atleta particular. En el área de reglamentación, sin embargo, el dar razones no parece haberse convertido en una práctica de los organismos administrativos globales, aunque algunas organizaciones las proporcionan para consolidar la aceptabilidad de su accionar para con los intereses afectados. El Comité de Basilea, por ejemplo, ha establecido un proceso dialógico basado en la web, desarrollando sus nuevos requisitos de adecuación de capital para los bancos; se exponen bosquejos, se invita a los comentarios, y el Comité da razones con respecto a bosquejos nuevos y revisados. La Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial ha seguido un procedimiento similar para la revisión de sus políticas de salvaguardias.

⁷² Convención sobre el Acceso a la Información, Participación Pública en la Toma de Decisión, y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, 25 de Junio, 1998, 38 I.L.M. 517 (entrada en vigor Oct. 30, 2001) [de aquí en adelante, Convención Aarhus].

3. Revisión

El derecho a que una decisión de un organismo administrativo doméstico que afecta los derechos de uno sea revisada por una corte u otro tribunal independiente está entre las características más extensamente aceptadas del derecho administrativo doméstico, y esto se refleja en cierta forma en la administración global.⁷³ El derecho a la revisión por autoridades nacionales fue mencionado en la decisión Camarones-Tortugas.⁷⁴ La aceptación de la importancia de la revisión se ve reflejada en el establecimiento del Panel de Inspección del Banco Mundial, y también en el derecho de apelación a la Corte de Arbitraje para el Deporte por decisiones de doping. Algunos instrumentos internacionales de derechos humanos tratan el acceso a una corte para desafiar decisiones perjudiciales como un derecho humano, como, por ejemplo, el artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 6 y 13 de la CEDH (aunque cada una de estas disposiciones circunscribe su operación de varias maneras).⁷⁵ En varios casos, los organismos europeos de derechos humanos han confirmado la importancia de este derecho con relación a decisiones administrativas por parte de organismos intergubernamentales. Según el artículo 6 y el artículo 13 de la CEDH, los Estados parte deben asegurarse de que los estándares procesales de las organizaciones internacionales de las cuales son miembros sean equivalentes a sus estándares domésticos. En cuanto a temas de empleo de personal, la mayoría de las organizaciones internacionales ha establecido mecanismos de revisión, a menudo involucrando tribunales independientes.

Hasta dónde el derecho de revisión es aceptado en diversas áreas de gobierno y con qué limitaciones, y qué mecanismos institucionales abarca en tales áreas, son todas preguntas sin resolver. A pesar de fuertes pedidos de mecanismos eficaces de revisión en varias áreas importantes, éstos no se han instituido. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad no ha podido establecer un organismo independiente para examinar sus decisiones sobre sanciones. Del mismo modo, el ACNUR ha aceptado hasta ahora solamente mecanismos internos de supervisión. Incluso en la administración transitoria de territorios tales como Bosnia, Kosovo, o Timor Oriental, las organizaciones internacionales no han estado dispuestas a aceptar el derecho de los individuos de obtener la revisión de las acciones de agencias intergubernamentales por ante cortes u otros organismos independientes con más poderes que ombudsmen.

4. Estándares Sustantivos: Proporcionalidad, Racionalidad de Medios-Fines, Evasión de Medios Restrictivos Innecesarios, Expectativas Legítimas

Especialmente cuando los derechos individuales son puestos en la vanguardia, se puede esperar que el derecho administrativo incorpore estándares sustantivos para la acción administrativa, como aquellos aplicados en un contexto doméstico--por ejemplo proporcionalidad, la relación racional entre medios y fines, el uso de medios menos restrictivos, o expectativas legítimas. La proporcionalidad es un tema central en la jurisprudencia de algunos regímenes internacionales de derechos humanos: en la CEDH, por ejemplo, la interferencia con muchos derechos individuales puede ser justificada, pero solamente si (entre otras cosas) la interferencia es proporcional al objetivo público legítimo perseguido.⁷⁶ El principio de proporcionalidad es reflejado también en algunas decisiones de cortes nacionales sobre gobierno global, tal como una decisión crítica de la corte alemana sobre de una decisión de la Federación Internacional

73 Para una temprana, pero breve discusión, ver Négulesco, *supra* nota 9, p. 684-86

74 Ver Shrimp-Turtle, *supra* note 16, párr. 180; y Estados Unidos -Acero, *supra* nota 16

75 Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Art. 14, 999 U.N.T.S. 171 (1966); Convención, Arts. 6, 13, abierta a la firma 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S. 221 (1955).

de Deportes en un caso de doping al imponer sanciones desproporcionadas.⁷⁷ Del mismo modo, restricciones que están en conflicto con las reglas generales de libre comercio bajo el GATT son permitidas solamente si cumplen ciertos requisitos diseñados para asegurar un ajuste racional entre medios y fines, y emplean medios que no son más comercialmente restrictivos que los razonablemente necesarios para lograr el objetivo regulatorio relevante. Con todo, en muchas otras áreas de la administración global, el uso de tales requisitos ha sido hasta ahora mínimo.⁷⁸

5. Excepciones: Inmunidades

Con respecto a la inmunidad de Estados extranjeros, las cortes nacionales hace tiempo han tomado cuenta de los intereses en conflicto de las partes privadas, particularmente excluyendo actividades puramente comerciales del ámbito de la inmunidad y así, por ejemplo, permitiendo la aplicación de contratos. La ley sobre inmunidades de organizaciones internacionales en cortes nacionales todavía no ha integrado tal gama de valores en competencia, aunque hay muestras fragmentarias de los principios de un cambio en esa dirección. En *Waite y Kennedy v. Alemania*,⁷⁹ los peticionarios ante la Corte Europea de Derechos Humanos se quejaron de una decisión alemana de la corte que rechazaba tratar el fondo

de la demanda laboral de los aspirantes contra la Agencia Espacial Europea (ESA) considerando que la ESA, como organización inter-gubernamental, había gozado de inmunidad para ser enjuiciada bajo ley alemana.⁸⁰ La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la decisión alemana de la corte no había violado el § 1 del artículo 6 (derecho del acceso a un tribunal) de la CEDH. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos aplicó un test de proporcionalidad y sopesó en el balance la posibilidad de de los peticionarios de recurrir a recursos internos dentro de la ESA, como así también posibles recursos contra empresas privadas que contratan para la provisión del trabajo de los peticionarios a la ESA. Este enfoque de balancear demandas de derechos humanos con demandas de inmunidad crea presiones para que tales agencias adopten los procedimientos alternativos adecuados para la vindicación de derechos humanos. En un caso más reciente, *Fogarty v. Reino Unido*, la Corte Europea de Derechos Humanos concluyó:

Las medidas tomadas por una Alta Parte Contratante que reflejan reglas reconocidas generalmente de derecho internacional público sobre inmunidad de estado no se pueden, en principio, considerar como imposición de una restricción desproporcionada del derecho de acceso a la corte, según lo incorporado al artículo 6 (1). Así como el derecho al acceso a las cortes es una parte inherente de la garantía de un juicio equitativo en ese artículo, algunas restricciones en el acceso se deben ver además como inherentes, un ejemplo es esas limitaciones generalmente aceptadas por la comunidad de naciones como parte de la doctrina de la inmunidad de estado.⁸⁴

76 CEDH, Art. 8 (1); *ver también* John Joseph Cremona, *The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, en *Recht Zwischen Umbruch und Bewahrung* 323 (Ulrich Beyerlin et al. eds., 1995).

77 *Krabbe v. IAAF et al.*, Oberlandesgericht Munich, 17 May 1995, citado en Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Ragozzi Et Giorgio Malinverni, *Opinión Legal sobre la Conformidad de Ciertas Provisiones del Borrador del Código Antidoping Mundial con Principios del Derecho Internacional Comúnmente Aceptados*, 32, 121 (2003), disponible en <http://www.wada-ama.org/rtecontent/document/kaufmann-kohler-full.pdf>

78 Para una visión útil ver Enzo Cannizzaro, *Il Principio della Proporzionalità nell'Ordinamento Internazionale* (2000).

79 *Waite y Kennedy v. Germany*, 30 Eur. H.R. Rep. 261 (1999).

80 *Id.* en párr. 73

81 *Id.*

82 *Id.* en párr. 59, 64, 66, y 70

83 *Fogarty v. United Kingdom*, App. No. 37112/97 34, Eur. H.R. Rep. 302 (2001).

84 *Id.* en 314, párr. 36

Esto reconoce que el derecho internacional público exige algunas restricciones en las protecciones remediadoras de derechos humanos, pero la referencia al concepto de proporcionalidad afirma que las inmunidades tradicionales pueden llegar a dejar de ser absolutas.⁸⁵

6. Excepciones: ¿Regímenes especiales para ciertas áreas temáticas?

En el derecho administrativo nacional, no todos los mecanismos de "accountability" se aplican a la gama entera de agentes administrativos domésticos. Excepciones, o por lo menos estándares más bajos, se aplican comúnmente, por ejemplo, a las materias de seguridad nacional y a las decisiones de los bancos centrales. Se debe ser cuidadoso en la consideración del grado al cual tales excepciones deben ser replicadas en la administración global. En materia de seguridad, el régimen de sanciones del Consejo de Seguridad ha establecido estándares mínimos de participación, ofrecimiento de explicaciones y revisión, pero no ha dejado de lado enteramente las demandas de mecanismos más fuertes de "accountability". En cuanto a los bancos centrales, el Banco Central Europeo ha estimulado la discusión transnacional sobre el equilibrio entre "accountability" e independencia. En el área relacionada de supervisión bancaria, el Comité de Basilea ha realizado ya esfuerzos significativos para una participación más amplia, y las legislaturas nacionales han comenzado a presionar para obtener informes de los participantes nacionales en varios regímenes reguladores intergubernamentales antes de que estos participantes convengan cualquier nueva recomendación. Reflejando las enormes variaciones a través de diversos arreglos globales gubernamentales, la práctica actual es altamente heterogénea. Incluso en una sola organización con áreas de interés múltiples tal como la OCDE, diversos estándares de apertura procesal prevalecen en diversas áreas temáticas, reflejando a menudo las respectivas culturas en las diversas

áreas temáticas frecuentes en administraciones nacionales.⁸⁶

LAS BASES NORMATIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Los participantes ya sea en el estudio o en la construcción del derecho administrativo global reconocen que estos son proyectos normativos, y no simplemente un ejercicio taxonómico o la promulgación de soluciones técnicas prácticas a los problemas definidos y aceptados presentados por la administración regulatoria global. Pero las bases normativas potenciales son tan variadas como sus contrapartes de prácticas administrativas:

A. Diversos Patrones de Orden Internacional y Diversos Conceptos Normativos del Derecho Administrativo Global

Diversos patrones de orden internacional sostienen diversos (a veces mutuamente incompatibles) marcos normativos para el derecho administrativo global, así como también para el derecho internacional clásico y para la institucionalización internacional en general.⁸⁷ Algo de tracción en estos patrones variantes puede ser obtenida empleando la terminología de la Escuela Inglesa de relaciones internacionales, que distingue tres patrones diversos de orden internacional: pluralismo, solidarismo, o cosmopolitanismo. El pluralismo interestatal es el patrón típico del derecho internacional tradicional,

85 Ver Iain Cameron, UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights, 72 *Nordic J. of Int'l L.* 159 (2003).

86 Ver Salzman, *supra* nota 35; ver también Dyzenhaus, *supra* nota 41

87 Ver Benedict Kingsbury, Omnilateralism and Partial International Communities: Contributions of the Emerging Global Administrative Law, 104 *Kokusaiho Gaiko Zasshi* ("The Journal of International Law and Diplomacy") 1 (2005).

con tratados, instituciones internacionales, y la administración internacional limitada a las áreas del acuerdo entre los estados. Consecuentemente, los conflictos valorativos importantes no son resueltos y los poderes de implementación son conservados por cada Estado en forma individual más que centralizada. El solidarismo interestatal considera el profundizar lo poderes para las instituciones internacionales y la administración global basada en valores compartidos, con la cooperación todavía basada en la negociación interestatal pero con los Estados comprometidos en mantener el sistema global y las varias decisiones que produce, aún cuando estos estén en conflicto con cálculos de interés a corto plazo. El cosmopolitanismo considera el gobierno global que no es esencialmente el resultado de negociaciones interestatales, pero se nutre también de las redes fronterizas de los agentes civiles de la sociedad, las instituciones de privadas y reguladoras de medios, y de los mercados. Estos tres patrones son tipos ideales simplificados.⁸⁸ Los elementos de cada uno de ellos aparecen en alguna parte en la mezcla de la práctica internacional en la mayoría de los temas. Pero típicamente, uno de estos modelos es entendido por los participantes como predominante y como formador de las dinámicas principales de áreas temáticas particulares. Así, el control de armamentos y el desarme son tradicionalmente áreas altamente pluralistas, la Corte Penal Internacional es un proyecto solidarista, y la administración de las temas deportivos globales es primariamente cosmopolita. Estas condiciones del orden internacional no son tanto descripciones objetivas, sino declaraciones de entendimiento de los participantes, cuyos acercamientos e interacciones son formados por lo que ellos entienden es la dinámica prevaleciente.

Estos diversos modelos de orden internacional se pueden yuxtaponer a tres diversos conceptos normativos del papel del derecho administrativo global: "accountability" administrativa interna, protección de derechos privados o de los derechos de Estados, y promoción de la democracia.⁸⁹ El primer concepto normativo para el derecho administrativo global, "accountability"⁹⁰ administrativa interna, se enfoca en asegurar la responsabilidad de los componentes subordinados o periféricos de un régimen administrativo al centro legitimador (tanto legislativo como ejecutivo), especialmente a través de la protección de la legalidad de la acción administrativa. Este concepto acentúa funciones organizacionales y políticas e integridad del régimen más bien que cualquier normatividad sustantiva específica, convirtiéndolo en un modelo potencial para un orden internacional, particularmente uno pluralista que carezca de un consenso fuerte en normas substantivas. El segundo concepto normativo es liberal y orientado hacia los derechos individuales: el derecho administrativo protege los derechos de individuos y de otros agentes civiles de la sociedad, principalmente a través de su participación en procedimientos administrativos y a través de la disponibilidad de revisión para asegurar la legalidad de una decisión. Puede también ser ampliado a la protección de los derechos de Estados. El tercer concepto ve el papel del derecho administrativo global como promotor de democracia. El derecho administrativo nacional en muchos países tiene un componente democrático: asegura la rendición de cuentas de los administradores hacia el parlamento asegurando su conformidad con los estatutos y circunscripciones económicas y sociales más amplias con la participación pública en procedimientos de toma de decisiones

88 Para estos tipos ideales, ver Andrew Hurrell, *International Law and the Making and Unmaking of Boundaries*, in *States, Nations, and Borders: The Ethics of Making Boundaries*, 275, 278-87 (Allen Buchanan and Margaret Moore eds., 2003); Benedict Kingsbury, *People and Boundaries: An "Internationalized Public Law" Approach*, in *States, Nations, and Borders* 298, 299-302

89 Para un concepto normativo similar detrás del derecho administrativo doméstico, ver Eberhard Schmidt-Assmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (2d ed. 2004).

90 El concepto es cronológico en términos del desarrollo evolucionario del derecho administrativo nacional y práctico en términos de la necesidad de una administración global.

administrativas. Estos tres conceptos se bosquejan aquí simplemente para delinear orientaciones generales en el debate. Un tratamiento completo de temas normativos requeriría una discusión mucho más extensa sumamente de más complejas y matizadas posiciones, muchas de las cuales no encajan muy bien en estos tres arquetipos simples.

B. "Accountability" intra-régimen

El primer concepto del derecho administrativo global es el menos exigente a nivel normativo de los tres: toma una orden como dada e intenta simplemente asegurarse de que los diversos componentes y agentes dentro de esa orden realicen sus papeles asignados y se conformen con la ley interna del régimen. Sobre esta base, la justificación para el derecho administrativo es meramente funcional: es un instrumento para mantener y para asegurar la cohesión y el funcionamiento sano de un orden institucional que se justifica independientemente.

Cualquier régimen administrativo global depende para su funcionamiento de la acción coordinada de diversos componentes y agentes, tanto internacionales o transnacionales como domésticos, y requiere así mecanismos para asegurar que cada uno de ellos realice los papeles asignados de acuerdo con las normas del régimen. Estos mecanismos implicarán generalmente una cierta manera de vigilar los límites de la delegación y de la conformidad con las reglas que emanan del centro. El Panel de Inspección del Banco Mundial puede ser analizado de esta manera como un medio para que el Consejo Ejecutivo controle la gerencia y como un medio para que la gerencia central controle a los encargados operacionales. El Órgano de Solución de Controversias de la OMC también funciona hasta cierto punto como mecanismo para afirmar y para ayudar a hacer cumplir reglas del régimen global contra administraciones repartidas, domésticas. Del mismo modo, la aparición de reglas europeas

en procedimientos administrativos del Estado miembro, permitiendo la participación en y la revisión judicial de las decisiones administrativas del Estado miembro, ha permitido a ley europea ser afirmada y ser hecha cumplir más fácilmente contra reguladores domésticos recalcitrantes.⁹¹

Este elemento de la administración global refleja hasta cierto punto mecanismos domésticos tales como el control ejercido sobre agencias federales por la Oficina de Gerenciamiento y Presupuesto de los Estados Unidos (OMB, por sus siglas en inglés), pero también refleja una tendencia importante en el desarrollo del derecho administrativo en muchos países europeos en el siglo diecinueve.

En el orden global, especialmente uno organizado bajo un concepto pluralista, los Estados pueden ser vistos como el centro y como que tienen un interés vital en vigilar los límites de cualquier delegación a la administración global. Los mecanismos domésticos, incluyendo mecanismos del derecho administrativo diseñados para controlar organizaciones intergubernamentales o transnacionales, pueden realizar esta función de vigilancia en cuanto utilizan los términos de cualquier delegación como la base para los test de legalidad. Un papel similar podría ser desempeñado por los organismos internacionales que revisan la acción de organizaciones internacionales. Pocos de esos organismos de revisión funcionan en un nivel global: la principal instancia general de revisión sigue siendo la jurisprudencia episódica de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de los actos de organizaciones internacionales, una jurisprudencia que continúa dejando algunos temas sin resolver, incluyendo la capacidad de la Corte de revisar la acción del Consejo de Seguridad por referencia a la Carta de

91 Ver, por ejemplo, Johannes Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts* (1997).

92 Ver en general José E. Alvarez, *Judging the Security Council*, 90 A.J.I.L. 1 (1996); Ver también B. Martenczuk, *The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?*, 10 E.J.I.L. 517 (1999).

la ONU o a otras reglas del derecho internacional.⁹² la Unión Europea, tal revisión es una función del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ECJ, por sus siglas en inglés), aunque sólo se realiza renuementemente.

Un enfoque del derecho administrativo global que acentúa la legalidad y se enfoca en la revisión como un medio de control por los actores centrales sobre agencias y actores subordinados o periféricos, es adaptable a diversos enfoques del orden internacional, y puede satisfacer así una variedad amplia de formas de administración global. Cabe en formas institucionales muy densas de administración internacional sobre una base cosmopolita, así como en formas de cooperación cercana en órdenes solidaristas –es decir, entre los Estados que comparten un sistema fuerte de valores comunes. Pero tiene una función importante también en los sistemas pluralistas, en los cuales las instituciones administrativas comunes son meramente tenidas en cuenta para solucionar problemas de colaboración o coordinación. En todas ellas, las definiciones de centro, de subordinado o de periferia, y de delegación y supervisión, variará. Pero todas tienen que hacer frente a problemas de "accountability" y control internos del régimen, y el derecho administrativo puede contribuir enfoques útiles a tales problemas.

C. Protegiendo Derechos

La segunda tendencia de metas normativas para el derecho administrativo global, la protección de derechos, realiza presuposiciones normativas más fuertes, pero todavía satisface varios y diversos conceptos del orden internacional si la noción de derechos es entendida ampliamente. En todas las concepciones de derecho administrativo, los derechos en cuestión serán ordinariamente aquellos sostenidos por los sujetos directos de regulación, sean éstos Estados, individuos, empresas, o en algunos casos, ONGs. Como en el derecho administrativo doméstico, la posibilidad

también existe que los derechos de terceras personas pertenezcan a personas o a grupos afectados más indirectamente por decisiones regulatorias.

La justificación más común basada en derechos individuales de la necesidad de un derecho administrativo global se basa en un concepto de derechos individuales y de la idea asociada del "rule of law" o "estado de derecho" o "imperio de la ley".⁹³ La violación administrativa de los derechos individuales –con la imposición de sanciones, responsabilidades, determinaciones desventajosas de estatus, denegaciones de licencias solicitadas u otros– requiere generalmente una audiencia anterior para la persona afectada, razones específicas que lo justifiquen, y la posibilidad de revisión por un organismo independiente. Bajo tal enfoque, se presume que es irrelevante quién interfiere con los derechos: ya sea un regulador doméstico o un organismo administrativo internacional.⁹⁴ Esta línea de la justificación parece ser la base de varios organismos que emergen de la práctica en derecho administrativo global, especialmente en los casos en los cuales la administración global actúa directamente sobre los individuos. Así, la demanda para que el Consejo de Seguridad permita una cierta forma de debido proceso a los individuos enumerados como blancos de las sanciones refleja la idea de protección de derechos, al igual que la insistencia de las cortes nacionales con respecto al debido proceso cuando comentan respecto del régimen de anti-doping transnacional. Las cortes constitucionales nacionales han insistido además en la centralidad de la protección de los derechos individuales en sus interacciones con el ECJ sobre la protección de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas.

93 Ver nota de traducción, *supra* nota 27, Nota de traducción:

94 Ver Dyzenhaus, *supra* nota 41.

Abogar por el derecho administrativo global basado en razones de protección de los derechos individuales presupone una priorización de valores liberales, a ser alcanzados quizás en una sociedad global cosmopolita que se base en la centralidad del individuo. Pero tal concepto es posible también en una sociedad no-cosmopolita, solidaria internacional, con un énfasis fuerte en derechos humanos –y algunos sostienen que con la aparición de los derechos humanos en el derecho internacional universal, la sociedad internacional ha alcanzado ya tal estadio. Si la sociedad global ha alcanzado de hecho tal estadio, la construcción de un derecho administrativo global sobre tales premisas no sería controversial; solamente la interpretación de los derechos individuales y del "rule of law" podría ser controvertida.⁹⁵ Pero en una sociedad internacional pluralista, en la cual los derechos humanos no se protegen del todo o sólo se protegen de forma mínima, la base social para un derecho administrativo global basado en derechos individuales está en gran parte ausente. El problema de los derechos individuales en tal orden es particularmente apremiante porque los Estados con una base liberal fuerte estarán poco contentos con una administración global que no respete principios básicos del "rule of law", mientras otros Estados pueden objetar las medidas de derecho administrativo de protección de derechos individuales, especialmente en relación a administraciones domésticas. Una vez que la regulación, e incluso la disposición, de funciones gubernamentales importantes llega a ser transnacional o internacional, el problema de órdenes sociales diversos en diversas naciones y regiones llega a ser central. Puesto que ninguno de los Estados que participan puede exigir que sus propias ideas gobiernen exclusivamente las instituciones globales, estas instituciones parecen amenazar la manera propia de cada Estado de organizar al estado y a la sociedad. En una orden pluralista, este problema es agudo porque las

diferencias entre órdenes sociales son altas; en un orden solidario, su notabilidad dependerá del grado de desacuerdo sobre la interpretación de valores comunes.

Ya se han presentado conflictos y dificultades similares con respecto a medidas de derecho administrativo de protección de los derechos e intereses económicos de empresas y de otros agentes económicos en la economía de mercado global; estas medidas representan una faceta distinta de valores liberales. Algunos ejemplos incluyen medidas de protección del inversionista y remedios arbitrales en tratados de inversión. Un reclamo exitoso de un inversionista bajo NAFTA de expropiación por regulaciones ambientales mexicanas, y una demanda arbitral pendiente de una compañía multinacional de servicio de agua contra Bolivia para la cancelación de su licencia, han suscitado una amplia controversia.⁹⁶ La ejecución de derechos de propiedad intelectual en Estados miembro de la OMC por parte de firmas multinacionales conforme a los TRIPS está creando controversias similares.⁹⁷

Con todo, una descripción del derecho administrativo global basada en derechos individuales puede también tomar una trayectoria distinta: puede basarse en los derechos de Estados. En este enfoque, las herramientas del derecho administrativo protegerían los derechos de los Estados, y podrían servir, por ejemplo, para asegurar que los agentes administrativos no sobrepasen sus poderes en relación a los terceros Estados, o que no excedan sus capacidades en relación a los Estados miembro. Este enfoque se puede basar en la necesidad de vigilar las capacidades de agentes administrativos. Puede ser que sea expresado a través de procedimientos dirigidos a reforzar reglas jurisdiccionales: hasta cierto punto, los mecanismos internacionales clásicos de solución de controversias realizan esta función, pero también lo hace la solución de controversias en la OMC, en cuanto proporciona protecciones contra el ejercicio de la jurisdicción

95 *Id.*

exorbitante por los reguladores nacionales. Las decisiones en el caso "Camarones-Tortugas", que conceden derechos de participación a los Estados en procedimientos administrativos extranjeros, podrían caer en esta categoría.⁹⁸ También han surgido otros mecanismos específicos, como por ejemplo los intentos del Grupo de Acción Financiera Internacional de consultar con los Estados no miembro antes de tomar medidas contra ellos.⁹⁹ En cuanto a la vigilancia de capacidades en una forma vertical más que horizontal, las discusiones sobre la revisión del Consejo de Seguridad y de la acción de la UE indican caminos posibles. Desde la perspectiva de los derechos, tal revisión parece ser menos vigilante de una delegación de poderes que la protección de los derechos de los Estados contra la usurpación, aunque ambas dimensiones estarán a menudo presentes.

Un enfoque del derecho administrativo global basado en los derechos del estado se podría construir sobre un concepto de un orden internacional pluralista, concediendo derecho a los Estados como un medio para acomodar la diversidad y proporcionar limitaciones a la acción colectiva necesaria para alistar la participación de los Estados. Desde las perspectivas de algunos Estados, estos derechos estarían basados en teorías colectivistas; para otros, podrían ser derivados en última instancia de los derechos individuales. Enmarcado de esta manera, un concepto de derecho administrativo global basado en los derechos de los Estados puede estar algo limitado, pero bien adaptado a un orden pluralista. Incluso en órdenes cosmopolitas o solidarios con valores comunes fuertes y un

compromiso con los derechos humanos, los derechos de los Estados pueden ser útiles en la organización de la representación de individuos o de los intereses sociales y económicos del grupo en el nivel global. Son entonces comparables a los derechos de entidades o de estados locales en un sistema federal como expresiones tanto de la utilidad administrativa como de la diversidad cultural dentro de la mayor entidad. En una sociedad cosmopolita o solidaria, tal encuadre puede coexistir fácilmente con una justificación en base a los derechos individuales, como ocurre generalmente en sistemas federales o en la Unión Europea.

D. Implementando la democracia

El tercer concepto, normativamente el más exigente, se referiría a ideales democráticos al determinar la necesidad, el funcionamiento, y las posibilidades del derecho administrativo global. Este concepto de la función normativa del derecho administrativo global se puede interpretar de muchas maneras.

Algunos autores enfatizan las maneras en las cuales el derecho administrativo doméstico sirve a la democracia asegurando adherencia administrativa a los estatutos parlamentarios y proporcionando transparencia y participación del público en la regulación administrativa. Estas formas pueden variar dependiendo de los sistemas legislativos implicados: por ejemplo, entre los requisitos de participación pública, el derecho administrativo de los Estados Unidos de América acentúa obligaciones ejecutadas judicialmente de agencias para considerar adecuadamente los varios intereses sociales y económicos afectados por sus decisiones, y proporcionar una justificación razonada para las opciones políticas que hacen. Tal justificación tiene que incluir respuestas a las visiones y a los comentarios enviados por los representantes de esos intereses a través de los mecanismos públicos de participación. Esta concepción judicializada de participación pública,

96 *Ver Metalclad Corp. v. Mexico*, 40 I.L.M. 55, párr. 33. (NAFTA/ICSID (AF), 2001; *Ver también Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Caso No. ARB/02/3, pendiente ante el Tribunal CIADI.

97 Graeme B. Dinwoodie and Rochelle Cooper Dreyfuss, *International Intellectual Property Law and the Public Domain of Science*, 7 J. Int'l Econ. L. 431 (2004)

98 *Ver Cassese*, supra nota 13.

99 *Ver el sitio web del Grupo de Acción Financiera Internacional*, supra nota 52

sin embargo, encuentra expresión limitada en muchos otros sistemas nacionales.¹⁰⁰ Los sistemas democráticos nacionales varían en sus medios de hacer operativo el control democrático, y divergen así en sus maneras de manejar la discreción que la administración eficaz requiere. Algunos utilizan controles parlamentarios o ejecutivos, tales como sistemas de control centralizados que empleen análisis de costos y beneficios; otros confían en expertos, en procedimientos del derecho administrativo, y en la revisión judicial. A pesar de estas diferencias, sin embargo, el derecho administrativo en todas estas jurisdicciones está centralmente preocupado en asegurar democracia.

Algunos sostendrían que el derecho administrativo global debe servir estas mismas funciones para las administraciones que funcionan transnacional o internacionalmente. Esta idea de un papel democrático del derecho administrativo global se puede mencionar fácilmente, pero encuentra un número de problemas serios de definición y de puesta en práctica. Primero, es dudoso que la sociedad internacional esté hoy en día lo suficientemente de acuerdo sobre los estándares democráticos como para utilizarlos como la base de una administración común, global. En segundo lugar, el modelo doméstico del derecho administrativo se funda en una estructura institucional particular, basada en un cuerpo central y democrático creador de derecho y en las leyes que decreta. Un sistema similar de democracia global representativa es abogado hoy por algunos,¹⁰¹ pero es visto generalmente como ilusorio o aún peligroso.

Las cortes de revisión independientes, que son centrales al derecho administrativo doméstico, también están en falta en el nivel global. Así, un derecho administrativo global tendría que ser construido en base a argumentos muy diversos: tendría que democratizar la creación internacional de derecho de modo que el aseguramiento de la legalidad de la acción administrativa pueda promover la accountability democrática; o tendría que construir procedimientos administrativos que puedan cargar por sí solos la carga democrática.¹⁰² Hasta ahora, sin embargo, ambas opciones hacen frente al problema fundamental de que faltan las teorías democráticas convincentes para la esfera global. Si los modelos electorales u otros de representación directa fallan, la mayor parte de lo que queda es recomendaciones de diversas formas de democracia participativa o deliberativa,¹⁰³ y estos apenas han resuelto los problemas de definir "al público" que se supone debe gobernar o ser representado globalmente,¹⁰⁴ o de diseñar los mecanismos por los cuales la participación o la deliberación global pueden ocurrir de hecho.¹⁰⁵ Formas de experimentalismo democrático, quizás adecuadas a la Unión Europea,¹⁰⁶ generalmente necesitan encajar, por lo menos hasta cierto punto, en un ambiente estable y bien desarrollado de instituciones democráticas. Mientras que la deliberación en instituciones reguladoras puede proporcionar buenos resultados,¹⁰⁷ sin más es poco probable que provea la unión con el público que sería necesaria para que adquiera credenciales democráticas.¹⁰⁸ Tales formas de tecnocracia deliberativa pueden ser suficientes

100 Para diferentes concepciones y tradiciones de derechos participativos y su desarrollo en la Unión Europea, ver Francesca Bignami, *Three Generations of Participation Rights before the European Commission*, 68 L. & Contemp. Probs. 61 (Winter 2004). Para los diferentes enfoques sobre la participación en la regulación administrativa, ver Theodora Th. Ziamou, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe* (2001).

101 Ver Richard Falk & Andrew Strauss, *Toward Global Parliament*, 80 Foreign Aff. 212 (2001).

102 Para un problema a similar en el contexto de la UE, ver Renaud Dehousse, *Beyond Representative Democracy: Constitutionalism in a Polycentric Polity*, in *European Constitutionalism Beyond the State* 135 (Joseph H.H. Weiler & Marlene Wind eds., 2003).

103 Ver Robert L. Howse, *Transatlantic Regulatory Co-operation and the Problem of Democracy*, en *Transatlantic Regulatory Co-operation* 469, 478-80 (George A. Bermann et al. eds., 2000).

104 Ver la crítica en Ruth Grant & Robert Keohane, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, IILJ Working Paper 2004/7, 14, at <http://iilj.org/papers/2004/2004.7%20Grant%20Keohane.pdf>

105 Ver, por ejemplo, Jürgen Habermas, *The Postnational Constellation* (Max Pensky trans. & ed., 2001).

106 Ver Charles Sabel & Jonathan Zeitlin, *Networked Governance and Pragmatic Constitutionalism: The New Transformation of Europe* (manuscrito sin publicar, en archivo con los autores).

107 Ver Joerges, *supra* nota 24.

si la administración regulatoria global no implicó opciones y conflictos distributivos importantes.¹⁰⁹ Pero en tanto la administración regulatoria global se intensifica, se están haciendo más evidentes temas de distribución importantes y están siendo controvertidos más extensamente en muchos campos. No es sorprendente, entonces, que la cuestión de una teoría democrática para la administración global necesite urgentemente de una respuesta convincente, pero es poco probable conseguir una pronto.

Con todo, un concepto de derecho administrativo global que realce la democracia puede no depender de una teoría democrática hecha y derecha para el nivel global. En este sentido, Anne-Marie Slaughter ha sugerido que muchos problemas de responsabilidad democrática podrían ser solucionados si la administración global funcionara principalmente bajo la forma de redes del gobierno, en las cuales los funcionarios nacionales participantes podrían ser puestos democráticamente a rendir cuentas a sus públicos respectivos a través de instituciones domésticas.¹¹⁰ Ella sostiene que asegurar tal rendición de cuentas al público doméstico es probablemente más fácil en el caso de redes que en organizaciones internacionales formales, basadas en tratados, que tienen autonomía eficaz mucho mayor. La búsqueda de tal "accountability" exige el consolidar mecanismos domésticos, incluyendo la extensión y el desarrollo de mecanismos domésticos de derecho administrativo para gobernar la participación de funcionarios nacionales en la toma de decisiones administrativas globales. Esta estrategia puede realzar de hecho cierto tipo de legitimidad

democrática, pero su eficacia al hacer eso será limitada probablemente de maneras importantes por la dinámica práctica de la toma de decisión en redes intergubernamentales. Además, dado que la administración global funciona a través de algunos otros tipos importantes de instituciones además de redes intergubernamentales, esta estrategia proporcionaría solamente una solución parcial. Finalmente, y más fundamentalmente, mientras que tal estrategia está bien adaptada a un patrón pluralista de orden internacional porque ata la responsabilidad para la toma de decisiones global de nuevo a las instituciones legales y políticas separadas de cada Estado participante, por las mismas razones puede operar realmente contra el logro de conceptos solidaristas o cosmopolitas de la administración internacional.

Quizás, entonces, sería recomendable que el derecho administrativo global persiga un enfoque menos ambicioso y más pragmático. Podría, por ejemplo, reconocer que bajo las circunstancias actuales, no hay una base democrática satisfactoria disponible para la administración global pero que las estructuras administrativas globales sin embargo deben ocuparse de problemas que las democracias nacionales no pueden solucionar por sí mismas. En esta situación no ideal, el derecho administrativo global puede tomar medidas pragmáticas hacia una inclusión más fuerte de intereses sociales y económicos afectados a través de mecanismos de participación y revisión abiertos a las ONGs, las empresas, y a otros agentes civiles de la sociedad, así como Estados y organizaciones internacionales. Pero, tales pasos no logran representar al público sobre una base equivalente a los mecanismos electorales domésticos y no podrán así justificar el ejercicio de la autoridad administrativa sobre una base completamente democrática. Y para cada paso, la construcción de un derecho administrativo global con metas democráticas tendría que valorar de nuevo los costos y las ventajas de una participación amplia, integrando así experiencia práctica en el desarrollo gradual de la responsabilidad pública.

108 Ver la crítica relevante en Martin Shapiro, "Deliberative," "Independent" Technocracy v. Democratic Politics: Will the Global Echo the E.U.?, 68 L. & Contemp. Probs. 341 (Summer/Autumn 2005)

109 Sobre la falta de notabilidad de muchas áreas de regulación de la UE en este contexto, ver Andrew Moravcsik, supra nota 25, en 25-26; ver también Fritz Scharpf, *Governing Europe: Effective and Democratic?* (1999).

110 Ver Slaughter, supra nota 34.

Bajo un enfoque aún más limitado, el derecho administrativo global podría dejar de lado la meta de democratizar la administración global y enfocarse en los otros papeles justificatorios discutidos previamente, controlando la periferia para asegurar la función integral de un régimen, protegiendo los derechos, y construyendo mecanismos significativos y eficaces de rendición de cuentas para controlar abusos de poder y para asegurar valores del "rule of law". Por consiguiente, el mejor curso de acción mientras tanto puede ser agrupar cuestiones de democracia (consolidando cualidades y tendencias democráticas en cuanto fuere viable), y centrarse en lograr objetivos limitados pero no obstante más importantes.¹¹¹ Si esto es factible o de hecho deseable, sin embargo, es una pregunta central y abierta en el desarrollo posterior del derecho administrativo global.

E. ¿Quién está creando derecho administrativo global?

Muchos de los mecanismos que emergen del derecho administrativo global provienen de iniciativas del norte u occidentales, y cualquier tentativa de justificar la necesidad de tal cuerpo de derecho debe hacer frente así al desafío del prejuicio intelectual y político. Este desafío puede presentarse en dos formas, una de las cuales se refiere a los ideales normativos subyacentes.

Los modelos del derecho administrativo usados en este ensayo y a través del proyecto son de origen europeo y americano, y están conectados con el surgimiento del Estado liberal y la expansión de sus actividades reguladoras y administrativas en la última parte del siglo diecinueve y primera parte del siglo veinte.¹¹² Así, la transferencia de estos modelos al espacio administrativo global puede parecer implicar un orden liberal para esa esfera, a expensas de maneras algo diversas de ordenar la sociedad que existen especialmente en Asia y África. Pero no todas las bases normativas del derecho administrativo global están conectadas con un modelo liberal de sociedad. Los enfoques que se centran en el control del intra-régimen y

en proteger los derechos de los Estados pueden del mismo modo aplicarse a un orden no-liberal. Sin embargo, para justificar un concepto más exigente del derecho administrativo global (y uno más agradable a las visiones democráticas), es poco probable que la confianza sólo en estos dos enfoques sea suficiente; en su lugar, las justificaciones se deben basar probablemente, en una forma u otra, en derechos civiles individuales, derechos económicos, y democracia, reflejando en algún modo conceptos solidaristas o cosmopolitas de orden internacional. Con todo, incluso una forma limitada de tal reconceptualización podía hacer frente a desafíos políticos: un orden internacional basado en derechos individuales o económicos puede estar demasiado cerca de conceptos occidentales, liberales como para ser universalmente aceptable. Acentuar el papel de organización de la soberanía estatal puede probar ser superior haciendo frente al desafío de la diversidad.¹¹³

Un desafío primordial consistirá así en aprender sobre y determinar el grado al cual los conceptos comunes de derechos individuales o económicos y de democracia pueden servir como base para el derecho administrativo global; puede ser que conceptos más exigentes del derecho administrativo supranacional tengan que ser limitados a los organismos administrativos que funcionan en regiones o sectores que comparten una suficiente profundidad de valores comunes.¹¹⁴ Por otra parte, será necesario investigar conceptos alternativos de derecho administrativo en otros modelos de la sociedad, que pueden ser operacionalizados en instituciones similares a las del derecho administrativo occidental,

111 Ver Grant Et Keohane, supra nota 96

112 Nosotros tratamos aquí a las tradiciones del derecho administrativo europeo y americano y sus derivados como parte de una familia, lo cual, sin embargo, no significa restarle importancia a las diferencias entre varias tradiciones.

113 Ver Benedict Kingsbury, Sovereignty and Inequality, 9 E.J.I.L. 599 (1998).

114 Para tal propuesta ver Jürgen Habermas, Der gespaltene Westen (2004).

aunque ellos tienen una base normativa distinta. En este caso, el derecho administrativo global puede ser construido no tanto sobre un sistema normativo coherente, sino sobre una cierta clase de "consenso superpuesto." El grado al cual esto puede ser posible es una pregunta que requiere investigación adicional y un debate vigoroso.

Un segundo desafío puede centrarse en el orden institucional internacional actual que el derecho administrativo global intenta construir y mejorar. En una forma radical de crítica, las instituciones actuales de gobernanza global pueden ser consideradas como instituciones "imperiales", fomentando las metas y estabilizando la dominación de países industrializados del norte a expensas del sur, y de las clases dominantes capitalistas a expensas de los pueblos subalternos.¹¹⁵ Suponiendo que esta acusación sea correcta (lo cual es ciertamente plausible): ¿qué significaría esto para el derecho administrativo global? Los defensores discutirían probablemente que el derecho administrativo global busca mejorar las instituciones actuales y, al hacerlas más fiscalizables, podría sentar las bases para otorgarle más poder a aquellos actualmente excluidos y no representados. Los críticos, sin embargo, podrían sostener que la estrategia del derecho administrativo global es demasiado limitada; que aunque sea exitosa, sólo tocaría la superficie de la injusticia institucional actual. Por otra parte, al mismo tiempo ayudaría a legitimar el orden actual y lo estabilizaría, mientras que el un cambio radical es realmente necesario. Esto recordaría las discusiones clásicas e insuperables entre los reformistas y los revolucionarios, en la cual ambos lados probablemente tienen razón. Pero también señalaría la necesidad de pensar en temas y maneras distribucionales de lograr una mayor "accountability" de la administración global para los que están más excluidos hoy en día. La mayoría de las iniciativas propuestas actualmente tendrían el efecto de aumentar la responsabilidad de las poblaciones del norte, de los agentes del mercado, de los intereses sociales, y los Estados. El aumento de la capacidad de tales

agentes de hacer rendir cuentas a la gobernanza global puede agravar las hendiduras que existen actualmente en el mundo, y puede debilitar a las instituciones que ofrecen la mayor promesa para los grupos perjudicados. Para tratar los problemas centrales de la rendición de cuentas, el derecho administrativo global tiene que idear maneras de otorgar más poder y de incluir a la gente y a sus representantes del sur. Desde esta perspectiva, una participación más eficaz del mundo en desarrollo en las estructuras administrativas globales pudo podría ser más urgente que implementar otro sendero de influencia más para las partes opulentas del mundo.

ESTRATEGIAS Y TEORÍAS DEL DISEÑO INSTITUCIONAL

La construcción de un derecho administrativo global está inevitablemente moldeada y diseñada por las instituciones y los principios existentes así como los patrones cambiantes de orden internacional y las bases normativas trazadas en las partes precedentes de este artículo. Dentro de estos límites, son posibles varias estrategias de diseño institucional.

A. Estrategias y caminos para el desarrollo del derecho administrativo global

Dos enfoques generales para construir el derecho administrativo global son evidentes en la práctica actual. Uno se centra en la aplicación del derecho administrativo doméstico a la administración global "de abajo hacia arriba" ("bottom-up"), el otro en construir los mecanismos internacionales "de arriba hacia abajo" ("top-down").¹¹⁶ Una cuestión clave es si y en qué medida cualquier enfoque al desarrollo del derecho administrativo global puede sensatamente comenzar con los enfoques desarrollados para el control legal de la administración en contextos domésticos.

¹¹⁵ Ver Bhupinder Singh Chimni, *International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making*, 15 E.J.I.L. 1 (2004).

1. Límites del traspaso de las herramientas del derecho administrativo doméstico

La transposición de herramientas y enfoques del derecho administrativo doméstico a la gobernanza global puede ser productiva, pero se enfrenta a límites importantes, que provienen sobre todo de la estructura diversa de la administración global –de la falta de formalidad relativa de muchas de sus instituciones, de su carácter de niveles múltiples, y de la fuerza de los agentes privados en ella.

a. La informalidad de la administración global. El derecho administrativo doméstico está, a pesar de muchos cambios en técnicas reguladoras en décadas recientes,¹¹⁷ todavía construido alrededor de una base de la administración de "mando y control" –de reglas y decisiones que involucran a agentes privados, que emanan de una entidad administrativa definida. En la administración global, tal base no existe típicamente: con algunas excepciones, la administración global consiste sobre todo en cuerpos administrativos con el poder de hacer recomendaciones pero reglas no obligatorias, u otras redes reguladoras u otros arreglos cooperativos intergubernamentales con procedimientos de toma de decisiones informales. En el nivel doméstico, los desafíos planteados al derecho administrativo por acuerdos similares pueden quizás seguir estando sin resolver sin hacer demasiado daño siempre y cuando la mayor parte de los programas reguladores importantes se realicen con instrumentos tradicionales y legalmente vinculantes. Sin embargo, esta condición no es resulta verdadera en el ámbito global. Es a menudo confuso en qué acuerdos

de toma de decisiones globales uno podría o debería establecer derechos de participación, o qué acciones deben ser revisables cuando los instrumentos y las decisiones vinculantes están ausentes. Estos problemas no pueden ser evitados instituyendo una administración de mando y control vinculante sobre una base extensa en el nivel global, puesto que esto implicaría una delegación de poderes de mayor envergadura a las instituciones globales de lo que es realista para el futuro cercano. En la administración dispersa, estos desafíos son menos severos porque los requisitos globales del derecho administrativo se pueden imponer ante administraciones reguladoras domésticas existentes.

b. La difusión de la toma de decisiones en un sistema de niveles múltiples. Una atribución clara de responsabilidad de decisiones es central al derecho administrativo doméstico, pues permite que las distintas entidades del gobierno estén obligadas a rendir cuentas. Sin embargo, en el nivel global, debido a las estructuras a menudo cooperativas de gobernanza de niveles múltiples, tal responsabilidad es generalmente difícil de establecer. En su lugar, las decisiones serán a menudo atribuibles a los agentes domésticos, extranjeros, e internacionales todos a la vez. Ello por una buena razón: –estos agentes deben actuar a menudo en común. En algunos aspectos, este problema refleja dificultades similares en la Unión Europea, que pueden también quedar sin resolver.¹¹⁸

c. El elemento privado en la administración global. Nacionalmente, los agentes privados asumen a menudo funciones reguladoras, pero muchas de ellas bajo estructuras de delegación de órganos públicos, y todas encajadas en un orden en el cual los órganos públicos, tanto administrativos como legislativos, poseen medios relativamente eficaces de intervención para controlar o corregir

116 Ver Stewart, supra nota 5. Para un ejemplo de un debate paralelo, ver la propuesta de Reuven Avi-Yonah's World Investment Organization to regular a las empresas multinacionales y la respuesta escéptica de Merritt Fox, Reuven Avi-Yonah, National Regulation of Multinational Enterprises: An Essay on Comity, Extraterritoriality, and Harmonization, 42 Colum. J. Transnat'l L. 5 (2003); Merritt Fox, What's So Special About Multinational Enterprises?: A Comment on Avi-Yonah, 42 Colum. J. Transnat'l L. 551 (2004).

117 Ver en general Richard B. Stewart, Administrative Law in the Twenty-First Century, 78 N.Y.U.L. Rev. 437 (2003)

118 Ver, por ejemplo, Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperation-srecht, in der Europäischen Gemeinschaft, 31 Europarecht 270 (1996); Ver también Cassese, supra nota 13; della Cananea, supra nota 13; Chiti, supra nota 13

la gobernanza privada. En el nivel global, una orden pública como esta no existe en gran parte, pero organismos privados realizan tareas de gran envergadura, estimuladas a menudo por la ausencia de una regulación pública eficaz. En estas circunstancias, resulta confuso discernir cómo puede ser organizada la rendición de cuentas para la gobernanza privada. Algunas organizaciones de gobernanza globales privadas, tales como ISO y federaciones internacionales de deportes, han adoptado ciertos procedimientos de rendición de cuentas y revisión para realzar su eficacia y legitimidad; éstos pueden tener paralelos en el derecho administrativo doméstico y en el derecho privado que hasta ahora no han sido explorados.¹¹⁹

Todos estos temas plantean problemas para la transposición del derecho administrativo doméstico. Señalan la necesidad de abocarse más en el entendimiento de los contornos del derecho administrativo doméstico e investigar sus formas anómalas, si las herramientas domésticas han de llegar a ser útiles a nivel global. Quizás más sugestivo para los abogados administrativistas, sin embargo, es la perspectiva que los laboratorios de innovación en derecho administrativo global pueden generar nuevas ideas para el derecho administrativo doméstico, en tanto los problemas de base del derecho administrativo global se vislumbran cada vez más en el derecho doméstico también.

Dentro de los límites impuestos por estas restricciones, se pueden distinguir en la práctica existente dos orientaciones básicas del desarrollo del derecho administrativo global: un enfoque "de abajo hacia arriba" ("bottom-up"), y un enfoque "de arriba hacia abajo" ("top-down").

2. El enfoque "de abajo hacia arriba" ("Bottom-Up")

El enfoque "*de abajo hacia arriba*" procura asegurar legalidad, "accountability", y la participación en la administración global a través de la ampliación (y adaptación) de las herramientas del derecho administrativo doméstico. Presiones para tal extensión se presentan cuando parece que las instituciones de gobernanza transnacionales o globales están asumiendo el control de antiguas funciones administrativas nacionales que estaban previamente sujetas a mecanismos de derecho administrativo doméstico de transparencia, participación, y revisión, pero no son así exigidos a nivel global. Tales presiones se intensifican cuando parece que los reguladores nacionales que participan en este gobierno extranacional lo están utilizando para resguardar sus acciones de una revisión eficaz a nivel doméstico. Para remediar esta evasión de las salvaguardias domésticas del derecho administrativo, el enfoque "de abajo hacia arriba" ("bottom-up") aplicaría requisitos de transparencia, procedimientos de aviso-y-comentario, y revisión –no sólo a los componentes internacionales de decisiones administrativas domésticas, sino también a la participación de administradores domésticos en la toma de decisiones regulatoria global– y requeriría transparencia en la toma de decisión para apoyar tal participación. Permitiría el escrutinio del proceso regulador internacional en la revisión judicial de la acción administrativa doméstica que tiene como objetivo implementar decisiones internacionales, y posiblemente también el escrutinio de las posiciones desarrolladas por funcionarios domésticos antes e incluso durante su participación en la toma de decisión a nivel global. También ampliaría el poder de revisión de cortes domésticas para incluir las decisiones internacionales que afectan directamente a individuos, con la posibilidad de dejarlos de lado si infringen derechos individuales o demuestran defectos procesales.¹²⁰ Diversos estándares de procedimiento y revisión que aquellos que se

119 Joerges es uno de los iniciadores de la exploración contemporánea en esta área. Ver *supra* nota 24

aplican al nivel doméstico serían concebibles aquí. Así, menos requisitos procesales exigentes y un mayor nivel de respeto por los organismos de revisión se podrían aplicar a las decisiones tomadas por los funcionarios nacionales en el contexto de la toma de decisión global que a las decisiones administrativas puramente domésticas análogas debido a los imperativos de secreto, flexibilidad, y velocidad en negociaciones internacionales. Alternativamente, requisitos más rigurosos y menos referencia podrían ser aplicados, con la premisa de que la formulación de normas administrativas globales es intrínsecamente más opaca y menos susceptible a los mecanismos informales de participación y de revisión que la formulación de normas domésticas comparables, y que no está inmersa en un marco parlamentario que ejercitaría control.¹²¹

Puesto que, en muchas de sus piezas, la administración global se compone de reguladores domésticos cooperando, y puesto que depende a menudo para su eficacia de la puesta en práctica doméstica, un enfoque "de abajo hacia arriba" ("bottom-up") podría realmente ser eficaz en asegurar la "accountability", y puede ser que sea una herramienta de gran alcance para relacionar la administración global a los procedimientos democráticos. Sin embargo, también enfrenta limitaciones y problemas importantes. Según lo observado más arriba, este enfoque se podría poner en ejecución con algo de facilidad en el caso de la toma de decisión global por las redes intergubernamentales, pero será mucho más difícil de aplicar a las organizaciones internacionales formales o a los acuerdos híbridos o privados

del gobernanza. Es difícil ver cómo podría ser siquiera aplicado a la administración dispersa por otros Estados. Además, poner este enfoque en ejecución requeriría una cierta manera de ordenar la diversidad de las técnicas que están destinadas a desarrollarse cuando diversos países establecen sus propios procedimientos e intentan así influenciar a los organismos administrativos globales de maneras divergentes. La puesta en práctica del enfoque "de abajo hacia arriba" ("bottom-up") también enfrentaría objeciones serias en el sentido de que los Estados poderosos tienen mucha más influencia en la administración global que los Estados más débiles. Y éstos que intentan implementar este enfoque tendrán que ocuparse de la cuestión del distrito electoral relevante: ¿a qué público o públicos debe la administración global rendir cuentas? Si el público relevante es global o transfronterizo en carácter y diferente de la suma de los públicos nacionales, los procedimientos domésticos pueden ser insuficientes, por lo menos en su forma tradicional. Esto podría también ser verdad para la aplicación del derecho administrativo doméstico a la administración global dispersa: aquí, también, puede ser que sea necesario idear maneras de incluir un sistema más amplio de intereses que sólo el público nacional.

El enfoque "de abajo hacia arriba" ("bottom-up") está fundamentalmente restringido porque, mientras que los sistemas legales administrativos domésticos proporcionan ideas valiosas, generalmente no son aplicables como modelos directos para entender la solución de problemas en condiciones absolutamente diversas presentadas por el espacio administrativo global. La mayoría de los sistemas domésticos de derecho administrativo tratan el tema de los oficiales del poder ejecutivo o de las agencias administrativas (políticamente independientes o no) que ejercitan la autoridad delegada a ellas por un estatuto parlamentario. Al ejercer dicha autoridad, las agencias deben seguir procedimientos particulares que implican la participación de partes afectadas o de un público

120 Para los intentos de las cortes europeas de revisar actos "preparatorios" en el contexto del multi-nivel de la UE ver Cassese, supra nota 13; ver también della Cananea, supra nota 13. Pero para problemas relacionados, ver Mario P. Chiti, *Forms of European Administrative Action*, 68 *L. & Contemp. Probs.* 37-57 (Winter 2004). Para una aserción del derecho de dejar de lado decisiones supranacionales, ver Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional Federal) [de aquí en adelante, BVerfG], Judgment of October 12, 1993 (Maastricht), 89 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* [de aquí en adelante, BVerfGE] 155 (Traducción al Inglés en 33 *I.L.M.* 395 (1994)).

121 Para mayor detalle ver Stewart, supra nota 5

más amplio. Si una persona con legitimación activa decide cuestionar una decisión, el caso queda sujeto a revisión de organismos independientes, mayormente judiciales, por referencia a la legalidad procesal y substantiva.¹²² Este modelo no encaja fácilmente con las estructuras del derecho internacional y de la gobernanza global, por las razones mencionadas arriba: la carencia de un ancla democrática con una autoridad plenaria central legislativa o una delegación de poderes de órganos democráticos nacionales; la ausencia de mecanismos participatorios y de revisión específicos y el carácter no vinculante de la regulación global; y la estructura centrada en el estado del derecho internacional que dificulta la participación del individuo y su legitimación activa. Por lo tanto, el derecho administrativo global, mientras que delinea algunos conceptos de derecho administrativo doméstico, debe comenzar de diversas premisas estructurales para construir mecanismos genuinos globales de rendición de cuentas. Esto puede implicar un punto de partida normativo distinto –: uno que quizás no se basaría tanto en la justificación a través de derechos individuales y de la democracia, sino, en un concepto pluralista, en una responsabilidad más firme de administradores globales a los regímenes internacionales y a los Estados que participan o, en conceptos solidaristas o cosmopolitas, al asegurar "accountability" a la comunidad internacional que emerge como tal. Y puede implicar diversos mecanismos institucionales: –mecanismos que en algunos casos quizás están enteramente separados de bases democráticas y representan medios más pragmáticos de comprobar el poder de los agentes administrativos.¹²³

122 Id.

123 Ver Grant Et Keohane, supra nota 96, en 14-16.

3. El enfoque "de arriba hacia abajo" ("Top-Down")

La segunda estrategia para construir el derecho administrativo global, el enfoque "de arriba hacia abajo" ("top-down"), se asemejaría más a patrones internacionales contemporáneos de derecho, y evitaría así algunos de los problemas relacionados con la aplicación de mecanismos domésticos del derecho administrativo a las instituciones y a los agentes globales. Construiría mecanismos de rendición de cuentas en el nivel global: los individuos, los grupos, y los Estados participarían en procedimientos administrativos globales; la revisión de decisiones sería realizada por organismos internacionales independientes, y esto incluiría la revisión de decisiones domésticas que forman parte de la administración global dispersa. Pero esto también plantearía nuevas dificultades: requeriría la legalización y la institucionalización de los regímenes administrativos que son actualmente informales, lo cual es difícil de conseguir sin perder las ventajas de los modos informales de cooperación; y los Estados poderosos y los agentes económicos generalmente huirán de regímenes fuertemente legalizados porque reducen su influencia discrecional. Por otra parte, un enfoque "de arriba hacia abajo" ("top-down") podría acarrear problemas democráticos mucho mayores que uno basado, por lo menos en parte, en la rendición de cuentas en foros domésticos. También, un enfoque "de arriba hacia abajo" ("top-down") para construir un derecho administrativo global debe enfrentar muchos de los mismos y difíciles desafíos que el enfoque "de abajo hacia arriba" ("bottom-up"), incluyendo la difusión de la toma de decisión en un sistema de niveles múltiples, los efectos a menudo indirectos de decisiones administrativas globales, la dificultad de proveer a los agentes no estatales derechos de participación y de revisión dentro de la orientación centrada en el estado de muchos regímenes administrativos globales, y el elemento privado significativo en la administración global.

Tanto el enfoque "de abajo hacia arriba" ("bottom-up") como el "de arriba hacia abajo" ("top-down") para la construcción del derecho administrativo global presentan problemas significativos. Es por lo tanto necesario considerar otros modelos posibles.

B. ¿Más allá de la analogía doméstica? Mecanismos alternativos de rendición de cuentas

Ruth Grant y Robert Keohane señalan la escasez en general en la teoría de la gobernanza global de los frenos y contrapesos, la naturaleza no-delegada del poder de la mayoría de los agentes importantes, y la carencia de un público global definido.¹²⁴ Este análisis también plantea la cuestión de si pueden ser creados mecanismos alternativos de rendición de cuentas. Tales mecanismos irían más allá de los mecanismos generales del derecho administrativo doméstico: incluirían formas de rendición de cuentas jerárquica, de supervisión, y legal, sostenida por las presiones de los mercados y de los pares, por controles financieros, y por la dinámica reputacional pública.¹²⁵ Una ventaja adicional de tal cambio sería una gama más amplia de actores cubiertos: mientras que los conceptos del derecho administrativo generalmente se centran principalmente en agentes públicos y especialmente en aquellos a quienes se les ha delegado poder, estos mecanismos se podrían también aplicar a los actores privados, tales como ONGs o empresas, y a los Estados, los principales actores que detentan el poder en asuntos internacionales.

El enfoque propuesto por Grant y Keohane es atractivo, particularmente porque señala (y busca superar) serias limitaciones de un concepto del derecho administrativo de los mecanismos globales

de rendición de cuentas basados en modelos domésticos. Sin embargo, Grant y Keohane reconocen que cualquier sistema basado en la rendición de cuentas tiene limitaciones serias; particularmente, los Estados poderosos serán generalmente controlados mediante restricciones a la negociación más que por mecanismos de rendición de cuentas. Hay también un cierto valor en la continuación del funcionamiento dentro de las limitaciones particulares del enfoque del derecho administrativo. Este construye sobre entendimientos de la esfera doméstica y expone los obstáculos estructurales de su aplicación global; toda teorización debe funcionar contra un cierto antecedente, y el antecedente del derecho administrativo es particularmente rico a pesar de recibir poca atención hasta ahora por parte de los teóricos de asuntos internacionales. Por otra parte, los mecanismos alternativos propuestos se pueden entender como variantes de las herramientas del derecho administrativo: después de todo, la rendición de cuentas jerárquica, de supervisión, y legal es conocida por los abogados administrativistas. Los otros mecanismos se pueden ver como complementos que compensan algunos de los defectos de las herramientas del derecho administrativo. El objeto del trabajo en esta línea sería desarrollar un juego de mecanismos de rendición de cuentas para la administración global en la cual el derecho administrativo jugaría un rol importante; los vínculos estructurales entre el derecho administrativo y otros mecanismos tendrían que ser considerados cuidadosamente.

Otro modelo posible es la visión dinámica experimentalista de la evaluación comparativa, de préstamos, de innovación, de supervisión, y de aprendizaje mutuo, ejemplificado hasta cierto punto en el Método Abierto de Coordinación de la Unión Europea.¹²⁶ En esta visión, las diversas instituciones y agentes en el mismo o diversos niveles no tendrían relaciones jerárquicas claras o no ejercerían la revisión de unos a otros, sino que funcionarían uno junto al otro, intentando obtener la máxima información e ideas y cooperando, así

124 Id. p. 14

125 Id. p. 18.

126 Ver Sabel & Zeitlin, *supra* nota 98.

como compitiendo, en la búsqueda de mejores soluciones (provisionales). Esto no debería quedar confinado a órganos públicos, sino que también podría incluir una abundancia de órganos privados comprometidos en la administración global. Otro modelo alternativo es uno de desafío y refuerzos mutuos: seguirían existiendo diversos niveles de participación y revisión en una relación confusa, permitiendo que cada uno cuestione al otro en base a sus propios principios y estándares normativos. Los ejemplos incluirían cuestionamientos de cortes nacionales a instituciones internacionales tales como el Consejo de Seguridad de la ONU; o cuestionamientos a los procedimientos administrativos domésticos por el Órgano de Apelación de la OMC.¹²⁷ Esto podría, en un cierto plazo, conducir a una consolidación y a una adaptación mutua de los mecanismos de rendición de cuentas en los diversos niveles de la administración global. En este sentido, puede ser que sea visto como un enfoque provisional; pero puede ser que también sea una característica más permanente de un espacio administrativo global, en el cual es probable que las nociones de legitimidad y justicia sigan siendo controvertidas y divergentes por un largo tiempo.

Las ventajas y las desventajas de tales enfoques todavía no se han explorado completamente. Tampoco ha sido explotado el potencial más general de otras *herramientas no tradicionales del derecho administrativo doméstico* como fuente de ideas para los regímenes globales.¹²⁸ Por ejemplo, las redes público-privadas y los mecanismos de incentivos económicos han llegado a ser prominentes en la administración doméstica, y pueden ser preferibles a las herramientas clásicas de mando y control del derecho administrativo en un marco global caracterizado por una carencia de capacidades tradicionales de ejecución. Con

todo, los cuestionamientos que confrontan estas innovaciones dentro de los sistemas domésticos, particularmente cuestionamientos al establecimiento de rendición de cuentas a un público más amplio a través de mecanismos prevalecientes del derecho administrativo, es probable que sean agudos si se transportan a la administración global. Algunas otras herramientas domésticas probadas para promover rendición de cuentas oficial, tal como requerir a las agencias que basen sus decisiones reguladoras en un análisis de costo/beneficio, conforme a la revisión administrativa por un cuerpo órgano separado conectado con los líderes elegidos del gobierno, o el derecho de daños, se pueden exponer menos a estos desafíos si son utilizados en la administración global, pero harían frente a problemas severos de eficacia.

LA TEORÍA POLÍTICA POSITIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

La teoría política positiva del derecho administrativo global, aunque central para entender los mecanismos emergentes y para construir y aplicar estrategias institucionales eficaces, está hasta ahora absolutamente subdesarrollada. Identificar regularidades institucionales y de desarrollo es especialmente difícil en este campo, dada la naturaleza fragmentada de las instituciones internacionales y la amplia variedad de los actores que persiguen sus intereses a través de ellos. Será por consiguiente difícil arribar a cualquier conclusión tan general como la que esos doctrinarios han alcanzado en el nivel doméstico.¹²⁹

Destacando la necesidad de permanecer a tono de con las especificidades de cada régimen, Eyal Benvenisti ha sugerido cuatro factores distintos como centrales al desarrollo del derecho administrativo global: competencia interestatal, competencia doméstica, competencia interna

127 Para una interpretación paralela de desarrollos en la UE, ver Miguel Maduro, *Europe and the Constitution: What if This is as Good as it Gets?*, en *European Constitutionalism Beyond the State* 74.

128 Ver Stewart, *supra* nota 5.

dentro de la institución respectiva, y valores en disputa entre los diversos agentes.¹³⁰ Dado que estos factores obrarán de forma diferente en diversos marcos, será difícil lograr de estos factores cualquier regularidad o predicción concreta del desarrollo institucional. Con todo, Benvenisti cautelosamente adelanta varias hipótesis que merecerán mayores pruebas. Entre ellas está el desganala reticencia de los Estados poderosos de convenir mecanismos de derecho administrativo global, a menos que vean que esos mecanismos pueden fomentar sus propias opiniones e intereses.¹³¹ Otra es una tendencia de los Estados democráticos con una oposición doméstica fuerte a presionar por mecanismos más fuertes de rendición de cuentas en instituciones internacionales.¹³² Una tercera es una inclinación de los organismos de revisión para crear reglas administrativas fuertes cuando los agentes dentro de la institución demuestran un alto grado de desacuerdo, pero abriendo un espacio para la acción independiente.¹³³

Benvenisti también presume que los mecanismos fuertes de rendición de cuentas se desarrollarán a menudo en situaciones de delegación de poderes.¹³⁴ Esto encaja perfectamente con la observación de Grant y Keohane, en el sentido de que es en estructuras de delegación en las cuales los mecanismos de rendición de cuentas pueden trabajar lo mejor posible; la relación

entre delegación y la necesidad de rendición de cuentas necesita un análisis más detallado.¹³⁵ A pesar de ello, el derecho administrativo global también está emergiendo fuera de las estructuras de delegación, conducidas a menudo por un deseo de legitimidad (o reputación pública) de parte de los cuerpos administrativos mismos. En la OCDE, por ejemplo, esfuerzos para alcanzar mayor transparencia e inclusión emergieron de un momento de crisis y lucha (alrededor del Acuerdo Multilateral de Inversión). Esto se correspondería bien con la hipótesis de Benvenisti de que los mecanismos del derecho administrativo son una función de las relaciones de poder entre diversos agentes, pero con la acotación de que es especialmente durante momentos de crisis de legitimación que los nuevos agentes, como las ONGs, ganan poder e impulso al demandar su inclusión a través de nuevos procedimientos.¹³⁶ En áreas con una presencia pública fuerte de ONGs, especialmente en problemas ambientales, a menudo los mecanismos de participación se desarrollan particularmente. En las situaciones que, como estas, no están caracterizadas por estructuras de delegación, otro argumento de Grant y Keohane llega a ser relevante, a saber: que para que la rendición de cuentas sea observada, los estándares de rendición de cuentas se deben explicar tan precisamente como sea posible.¹³⁷ Esto señalaría a un papel importante de la ley substantiva: al definir los poderes y los límites de los actores administrativos globales, los organismos de revisión podrían ejercitar un control más eficaz y los procedimientos de participación adquirirían más importancia.

129 Para el nivel doméstico, ver Matthew D. McCubbins, Roger Noll, & Barry R. Weingast, *Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law*, 68 S. Cal. L. Rev. 1631 (1995); Ver también Matthew D. McCubbins, Roger Noll, & Barry R. Weingast, *The Political Origins of the Administrative Procedure Act*, 15 J.L. Econ. & Org. 180 (1999).

130 Ver Eyal Benvenisti, *Public Choice and Global Administrative Law: Who's Afraid of Executive Discretion?*, 68 L. & Contemp. Probs. 319 (Summer/Autumn 2005).

131 Id. p. 329-30

132 Id. p. 331-33

133 Id. p. 333-34

134 Id. p. 334-35

135 Ver Grant and Keohane, *supra* nota 96, p. 8-9.

136 Benvenisti, *supra* nota 122, p. 329-30

137 Id. p. 334-35

CONCLUSIÓN

Este artículo ha intentado proporcionar un examen de los avances más importantes y de las preguntas centrales en el derecho administrativo global emergente. Puesto que este campo todavía está en sus comienzos, todos los temas que hemos delineado requieren mucha más investigación y discusión: –ni las preguntas estructurales y empíricas, ni los temas doctrinales o normativos, ni las preguntas referentes al diseño institucional y a la teoría política positiva todavía han recibido aún respuestas satisfactorias. Más fundamentalmente, todavía queda espacio para una verdadera refutación sobre si es útil hablar de la "administración global" y del "espacio administrativo global" o abogar por el "derecho administrativo global" como un campo de estudio.

Para tratar estas cuestiones, los colaboradores en el Proyecto de Investigación de NYU sobre Derecho Administrativo Global e iniciativas comparables están analizando una variedad amplia de casos en los cuales el derecho administrativo, o los mecanismos, las reglas, y los procedimientos comparables al derecho administrativo, se utilizan para promover transparencia, participación, y rendición de cuentas en estructuras informales, cooperativas, e híbridas y en sistemas de niveles múltiples con responsabilidad compartida en la toma de decisión. Definir un campo del derecho administrativo global puede ayudar a establecer conexiones entre áreas de especialistas de teoría y práctica, y revela así los paralelos y las contradicciones que no fueron hayan sido notados anteriormente. Con un amplio sistema de estudio de caso de práctica en áreas particulares, junto con los esfuerzos para desarrollar estructuras conceptuales comparativas y sintéticas y teorías normativas, las cuestiones sobre el diseño y la necesidad de mecanismos de transparencia, participación, revisión, y legalidad en la administración global pueden ser tratadas más completamente. Por otra parte, un análisis

más profundo de características y divergencias doctrinales será posible, podrán ser desarrolladas y probadas e las hipótesis de teoría política positiva pueden ser desarrolladas y probadas.

El trabajo sobre los temas normativos es probable que profundice la teoría democrática transnacional y global y que plantee preguntas desafiantes sobre su aplicación a las estructuras administrativas específicas y al proyecto del derecho administrativo global. Las investigaciones normativas también enriquecerán el entendimiento operacional del lugar de la diversidad, la igualdad, y la equidad en el derecho administrativo global. La necesidad de enfoques alternativos a los modelos actualmente dominantes de gobernanza global y del derecho administrativo está ejerciendo presión pero está sólo comenzando a ser tratada.