

EL DERECHO INTERNACIONAL COMO DERECHO PÚBLICO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Preliminar: el proyecto en breve*. III. *De la gobernanza global a la autoridad pública: un enfoque para la investigación jurídica*. IV. *Un enfoque del ejercicio de autoridad pública internacional desde el derecho público*. V. *La ideología subyacente*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo, redactado en el año 2008 conjuntamente con Philipp Dann y Matthias Goldmann, es fruto de un ambicioso proyecto de investigación realizado durante los años 2005 a 2008 en el Instituto Max Planck. El objetivo fundamental del referido proyecto consiste en presentar los fenómenos de *global governance* desde la perspectiva del derecho público. Se trata de concebir el derecho internacional, en especial el derecho de las organizaciones internacionales, como derecho *público* internacional y desarrollar ideas acerca de cómo se puede desplegar aún más su carácter jurídico-público. Esta contribución forma parte de un conjunto de estudios de dieciséis casos relativos a distintos fenómenos de *global governance*, junto a otros siete estudios transversales sobre temas claves tales como principios, instrumentos, tutela jurídica o legitimación, que están al acceso del lector.¹

* Traducción de Mariela Morales Antoniazzi.

¹ En su mayoría todos ellos son de libre acceso en su mayoría son de libre acceso en la edición de noviembre de 2008 del *German Law Journal* (www.germanlawjournal.com); adicionalmente han sido publicados con comentarios en el volumen: von Bogdandy, A. et al. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions, Advancing International Institutional Law*, 2010.

El presente texto contiene una propuesta para abordar los problemas e interrogantes planteados en otros trabajos de esta obra, particularmente los relativos a “Cómo cuadrar democracia, globalización y derecho internacional” (II.3) así como “El constitucionalismo en el derecho internacional” (III.4). El lector se podrá ilustrar más detalladamente del contexto de investigación que a continuación se esboza de manera general.

II. PRELIMINAR: EL PROYECTO EN BREVE

La crisis financiera internacional ha intensificado las exigencias de control internacional sobre los bancos y otras instituciones financieras a través de mecanismos del derecho internacional: ahora tales controles se visualizan como una posibilidad concreta. Ello implica en un derecho internacional que va más allá de la coordinación intergubernamental. El derecho internacional debe regular también procesos sociales, en particular procesos económicos y, en consecuencia, la actividad de los individuos en el sector financiero. De ese modo se incrementarían en el derecho internacional los elementos de un derecho vertical que hasta ahora se conocen sobre todo en el derecho público estatal o europeo. Ello afecta la estructura fundamental del derecho internacional, que tradicionalmente se orienta hacia el derecho privado.²

Para satisfacer las reivindicaciones de control internacional hace falta un régimen eficaz según los modelos más avanzados de gobernanza global. Es importante que los juristas insistan en señalar que, por justo y razonable que sea, un régimen que afecte a los individuos debe satisfacer otros principios, como son los que rigen el derecho público de los Estados democráticos y liberales. Hay que evitar un funcionalismo a ciegas. Cualquier régimen de las instituciones financieras afectará a múltiples intereses y originará muchos conflictos. Un régimen unidimensional bajo el principio de la eficiencia no es convincente. Pero, ¿cómo es posible concebir formas de gobernanza global bajo los conceptos y principios del derecho público? Éste es el tema de esta contribución. No haré alusión a la regulación financiera del derecho internacional, que de hecho es todavía en gran medida inexistente. Más bien abordaré las estrategias doctrinales relativas

² Véase de Vattel, E., *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, 1758; Tourmé-Jouannet, E., *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, 1998. Para una visión amplia de las transformaciones véase Domingo, R., *¿Qué es el derecho global?*, 2a. ed. 2007, pp. 76 *et seq.*, 105 *et seq.*

a la concepción de las formas de gobernanza global desarrolladas en el marco de un derecho internacional verdaderamente público. Consideren por lo tanto mi intervención como una especie de prolegómeno al debate sobre el derecho de los mercados financieros.

El enfoque que propongo del derecho internacional desde el derecho público se basa en un minucioso análisis de diversas manifestaciones de gobernanza global.³ Y es que, cada vez son más numerosas las institucio-

³ 9 *German Law Journal*, 2008, issue 11: de Wet, E., “Governance through Promotion and Persuasion: The 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work”; Farahat, A., “Regulating Minority Issues through Standard-Setting and Mediation: the Case of the High Commissioner on National Minorities”; Feichtner, I., “The Administration of the Vocabulary of International Trade: The Adaptation of WTO Schedules to Changes in the Harmonized System”; Feinäugle, C., “The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?”; Friedrich, J., “Legal Challenges of “Voluntary” Instruments: the Case of the FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries”; Fuchs, C., “Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) - Conservation Efforts Undermine the Legality Principle”; Kaiser, K., “WIPO’s International Registration of Trademarks: An International Administrative Act Subject to Examination by the Designated Contracting Parties”; Láncoš, P., “Flexibility and Legitimacy - The Emissions Trading System under the Kyoto Protocol”; Less, S., “International Administration of Holocaust Compensation: The International Commission on Holocaust Era Insurance Claims”; Pereira, R., “Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission”; Schöndorf-Haubold, B., “The Administration of Information in International Administrative Law - the Example of Interpol”; Schuler, G., “Effective Governance through Decentralized Soft Implementation: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises”; Smrkolj, M., “International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR’s Refugee Status Determination”; Windsor, J., “The WTO Committee on Trade in Financial Services: The Exercise of Public Authority within an Informational Forum”; Zacharias, D., “The UNESCO Regime for the Protection of World Heritage as Prototype of an Autonomy-Gaining International Institution”; Goldmann, M., “Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority”; von Bogdandy, A., “General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field”; von Bernstorff, J., “Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations”; von Bogdandy, A. y Dann, P., “International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority”; de Wet, E., “Holding International Institutions Accountable: the Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review”; Venzke, I., “International Bureaucracies from a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law”; Wolfrum, R., “Legitimacy of International Law and the Exercise of

nes internacionales que, en diversos ámbitos, están desempeñando un papel activo y con frecuencia crucial en la toma de decisiones y en la aplicación de políticas, que en ocasiones incluso afectan al individuo. Así, por ejemplo, la venta privada de un inmueble en Berlín se ha visto impedida por una decisión del Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU para Al-Qaeda y los Talibanes;⁴ la construcción de un puente en Dresde se enfrenta a trabas legales porque afecta a la parte del valle del Río Elba que ha sido calificada por la UNESCO como patrimonio de la humanidad;⁵ o políticas educativas de altísima relevancia para nuestros niños están siendo reformadas profundamente debido a la clasificación jerárquica PISA de la OCDE.⁶ Estos ejemplos, que se pueden reproducir en el sector financiero (esto es, por una clasificación de *rating agencies*), nos demuestran que el ejercicio de la gestión pública por parte de las instituciones internacionales puede tener un fuerte impacto legal o *de facto* en los asuntos domésticos. Ello debe impulsar a los estudiosos del derecho público a establecer los fundamentos jurídicos de dicha gestión, y a determinar cómo y quién la controla. Asimismo, es necesario desarrollar estándares legales que satisfagan las expectativas contemporáneas de legitimidad. En suma, hace falta una aproximación jurídica a la gobernanza global.

Mi propuesta es fruto de un amplio proyecto de investigación cuyo objetivo, contenido y enfoque trataré de esbozar en dos pasos: de un lado se especifica el objeto del análisis (B); de otro lado, los fenómenos identificados se abordan desde la perspectiva jurídica (C). En primer lugar, se considera que el discurso sobre la gobernanza global arroja nuevas e importantes perspectivas sobre los fenómenos de cooperación internacional (B.I); pero es deficiente desde el punto de vista del derecho público, ya

Administrative Functions: The Example of the International Seabed Authority, the International Maritime Organization (IMO) and International Fisheries Organizations”.

⁴ TJCE, Caso C-117/06, *Möllendorf*, 2007 ECR, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0117:ES:HTML>. Acerca del Comité de Sanciones a Al-Qaeda y los Talibanes véase Feinäugle, C., *op. cit.*, nota 3, pp. 1513-1539.

⁵ Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Caso 4 BS 216/06, decisión del 9 de marzo de 2007, publicada en *60 Die öffentliche Verwaltung 564*, 2007; véase Zacharias, D., *op. cit.*, nota 3, pp. 1834-1864.

⁶ *Cfr.* von Bogdandy, A. y Goldmann, M., “The Exercise of International Public Authority through National Policy Assessments. The OECD’s PISA Policy as a Paradigm for a New Standard Instrument”, *International Organizations Law Review*, vol. 5, núm. 2, 2008, pp. 241-298 (58).

que el concepto de gobernanza global no permite identificar cuál debería ser el enfoque de un discurso *legal*, es decir, cómo se ejerce la autoridad unilateral. Esta autoridad unilateral supone el mayor reto para el principio básico de la libertad individual. Al menos en la tradición liberal y democrática, al derecho público le concierne la tensión entre la autoridad unilateral y la libertad individual. El derecho público es requisito necesario para la legitimidad de la autoridad pública y al mismo tiempo constituye y limita esta autoridad (B.II). A fin de aportar una base para el análisis jurídico e identificar fenómenos que exigen justificación, propongo centrarnos en *el ejercicio de autoridad pública internacional*. Se argumenta que cualquier acto de gestión pública, ya sea administrativa o intergubernamental, que realicen las instituciones internacionales, debe ser considerado como un ejercicio de autoridad pública internacional *si* afecta a individuos, asociaciones privadas o empresas, Estados u otras instituciones públicas. Creo que este concepto permite identificar aquellos fenómenos de gestión de asuntos públicos que los especialistas en derecho público deberían estudiar (B.III). Esta idea implica complementar el concepto de gobernanza global con un concepto más apropiado para el análisis jurídico y el desarrollo de estándares legales para la gestión legítima de los asuntos públicos. A un nivel más general, esta nueva perspectiva debería contribuir a una mayor comprensión de la transformación histórica actual.⁷

En segundo lugar, se expone un enfoque del ejercicio de autoridad pública internacional desde el derecho público (C) que servirá para comprender mejor y desarrollar el derecho relativo a las actividades de gestión de los asuntos públicos internacionales, propósito que también persiguen algunas posturas doctrinales recientes como el movimiento de derecho administrativo global (GAL),⁸ la investigación sobre un derecho

⁷ Para diferentes interpretaciones de esta transformación véase, por ejemplo, Habermas, Jürgen, *Die postnationale Konstellation* (1998); Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Empire* (2002); Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order* (2004). Desde una perspectiva doméstica véase, por ejemplo, *Transforming the Golden-Age Nation State* (Achim Hurrelmann *et al.* (eds.), 2005).

⁸ Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *68 Law and Contemporary Problems* 15, 2005; Cassese, Sabino, “Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation”, *37 New York University Journal of International Law and Politics* 663, 2005; Esty, Daniel C., “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law”, *115 Yale Law Journal* 1490, 2006.

administrativo internacional emergente⁹ o el debate existente en torno a la constitucionalización del derecho internacional.¹⁰ Sostengo que una *síntesis* de estos planteamientos es la forma más idónea de proporcionar un marco adecuado para el análisis y la crítica. El marco legal de la gestión de los asuntos públicos de las instituciones internacionales debería concebirse como derecho institucional internacional, enriquecido con la perspectiva del derecho público, es decir, con la sensibilidad constitucional y permeable a las incursiones comparativas con el pensamiento del derecho administrativo. Se concluye reformulando la intención normativa y la ética internacional que subyace en este proyecto (D).

Creo firmemente que, a partir del enfoque propuesto, el ahondamiento en el “carácter público” del derecho internacional proporcionará una mejor comprensión y un marco jurídico más idóneo para las actividades de la gobernanza global y así, también, un futuro régimen de las instituciones financieras.

III. DE LA GOBERNANZA GLOBAL A LA AUTORIDAD PÚBLICA: UN ENFOQUE PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

1. *Gobernanza global: fortalezas y debilidades del enfoque predominante*

El proyecto que se expone tiene su origen en la constatación de las fortalezas y debilidades que el concepto de gobernanza global presenta para la investigación jurídica.¹¹ Desde mediados de la década de los no-

⁹ Eberhard Schmidt-Aßmann, “Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen”, 45 *Der Staat* 315, 2006.

¹⁰ Frowein, Jochen A., “Konstitutionalisierung des Völkerrechts”, en Dicke, Klaus *et al.* (eds.), 39 *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 427, 2000; Walter, Christian, “Constitutionalizing (Inter)national Governance”, 44 *German Yearbook of International Law* 170, 2001; Bryde, Brun-Otto, “International Democratic Constitutionalism”, en Macdonald, Ronald *et al.* (eds.), *Towards World Constitutionalism* 103, 2005; Kadelbach, Stefan y Kleinlein, Thomas, “Überstaatliches Verfassungsrecht”, 44 *Archiv des Völkerrechts* 235, 2006; Kumm, Matthias, “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework Analysis”, 15 *EJIL* 907, 2004; Peters, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, 19 *Leiden Journal of International Law* 579, 2006.

¹¹ Los orígenes del término “gobernanza global” se remontan a Rosenau, James N., “Governance, Order, and Change in World Politics”, en Rosenau, James N. y Czempiel,

venta este concepto se ha convertido en una perspectiva analítica ampliamente utilizada en muchas disciplinas.¹² En este marco son relevantes cuatro rasgos característicos del mismo. En primer lugar, el concepto de gobernanza global reconoce la importancia de las instituciones internacionales, pero destaca la relevancia de actores e instrumentos que son de naturaleza privada o híbrida, así como la de los individuos, puesto que la gestión de los asuntos públicos no sólo concierne a los actores públicos. Segundo, la gobernanza global marca un creciente recurso a “lo informal”: muchas instituciones, procedimientos e instrumentos escapan al control de los conceptos jurídicos establecidos. Tercero, pensar en términos de gobernanza global implica desplazar el peso desde los actores hacia las estructuras y los procedimientos. Y por último, pero no por ello menos importante, tal como se infiere del propio empleo del término “global” en lugar de “internacional”, la gobernanza global enfatiza el carácter multinivel de las actividades de gestión, y tiende a superar la división entre fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales.

Como ponen de manifiesto estos cuatro rasgos característicos, el concepto de gobernanza global tiene el mérito de proporcionar una alternativa a largo plazo a una visión del mundo denominada “realista”, es decir, una visión orientada al poder y estado-céntrica, y llama la atención sobre fenómenos que habitualmente se subestiman desde esta perspectiva y desde las explicaciones tradicionales del derecho internacional. Sin embargo, no existe terminología neutra, desprovista de valores para describir fenómenos históricos. Así, la gobernanza global está fuertemente influida por concepciones “liberales” de las relaciones internacionales. Al proporcionar una alternativa a la visión “realista” del mundo, sigue la

Ernst-Otto (eds.), *Governance without Government 1*, 1992; Kooiman, Jan, “Findings, Recommendations and Speculations”, en *id.* (ed.), *Modern Governance: New Government-Society Interactions 249*, 1993. El concepto de “gestión de los asuntos públicos” o “governance” se tomó prestado de la economía. Véase Williamson, Oliver E., “The Economics of Governance: Framework and Implications”, *140 Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 195, 1984.

¹² Hewson, Martin y Sinclair, Timothy J., “The Emergence of Global Governance Theory”, en Hewson, Martin y Sinclair, Timothy J. (eds.), *Global Governance Theory 3*, 1999; Mayntz, Renate, “Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?”, en Schuppert, Gunnar F. (ed.), *Governance-Forschung 11*, 2006; Benz, Arthur, “Governance - Modebegriff oder nützliches sozialwissenschaftliches Konzept?”, en Benz, Arthur (ed.), *Governance - Regieren in komplexen Regelsystemen 11*, 2004.

tradición de ideas institucionalistas, tales como la teoría del régimen.¹³ Sin embargo, la otra cara de la moneda es que la gobernanza global está impregnada de dificultades normativas típicas de muchas teorías liberales sobre las relaciones internacionales. De este modo, la gobernanza global es entendida principalmente como un proceso esencialmente tecnocrático regido por un dogma de eficiencia poco cuestionado.¹⁴

Aún así, esta forma de entender la gobernanza global ha sido cuestionada. Por diversas razones, se pone en duda la legitimidad de la gestión global de ciertos asuntos públicos.¹⁵ Estas preocupaciones y dudas se centran fundamentalmente en las instituciones internacionales como importantes participantes en la gobernanza global y como promotores de la misma. En términos generales, algunas instituciones internacionales son percibidas como un riesgo para los derechos individuales y la autodeter-

¹³ Barnett, Michael y Duvall, Raymond, "Power in Global Governance", en Barnett, Michael y Duvall, Raymond (eds.), *Power in Global Governance 1*, 7, 2005; Zürn, Michael, "Institutionalisierte Ungleichheit in der Weltpolitik. Jenseits der Alternative «Global Governance» versus «American Empire»", 48 *Politische Vierteljahresschrift* 680, 2007.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Latham, Robert, "Politics in a Floating World", en Hewson, Martin y Sinclair, Timothy J. (eds.), *Global Governance Theory* 23, 2000; Koskenniemi, Martti, "Global Governance and Public International Law", 37 *Kritische Justiz* 241, 2004. Sobre la tendencia liberal de las organizaciones internacionales véase Barnett, Michael y Finnemore, Martha, "The Power of Liberal International Organizations", en Barnett, Michael y Duvall, Raymond (eds.), *op. cit.*, nota 13, pp. 161, 163. Sin embargo, han surgido varias perspectivas críticas acerca de la gobernanza global. Véase, por ejemplo, *Contending Perspectives on Global Governance* (Ba, Alice D. y Hoffmann, Matthew J. (eds.), 2005).

¹⁵ Basta citar unos pocos ejemplos: Cohen, Amichai, "Bureaucratic Internalization: Domestic Governmental Agencies and the Legitimization of International Law", 30 *Georgetown Journal of International Law* 1079, 2005; Grant, Ruth W. y Keohane, Robert O., "Accountability and Abuses of Power in World Politics", 99 *American Political Science Review* 29, 2005; Howse, Robert y Nicolaidis, Kalypso, "Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?", 16 *Governance* 73, 2003; Slaughter, Anne-Marie, "The Accountability of Government Networks", 8 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 347, 2000-2001; Wahl, Rainer, "Der einzelne in der Welt jenseits des Staates", en *id.* (ed.), *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung* 53, 2003; Weiler, Joseph H. H., "The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy", 64 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 547, 2004; Zürn, Michael, "Global Governance and Legitimacy Problems", 39 *Government and Opposition* 260, 2004. Para una taxonomía véase von Bogdandy, A., "Globalization and Europe: How to Square Democracy and Globalization", 15 *Eur. J. Int'l Law* 885, 2004.

minación colectiva, además de obstáculos a la justicia global. En lo que respecta a los derechos individuales, resulta muy criticable la notable ausencia de control judicial y de garantías procesales, a pesar del profundo impacto que tienen en los individuos algunas organizaciones internacionales. La “lista consolidada” de sospechosos de terrorismo elaborada por el denominado Comité 1267 del Consejo de Seguridad de la ONU constituye el ejemplo más dramático de una manifestación de gestión pública que difícilmente podría darse a nivel nacional.¹⁶ Desde el punto de vista de la autodeterminación colectiva, las instituciones internacionales están operando a una distancia considerable de las comunidades afectadas, a pesar de incidir ampliamente en los procedimientos democráticos internos. Hay seguramente muchos y divergentes criterios en el mundo en torno a cómo tratar el sector financiero. Más aún, una institución internacional podría presentar rasgos de una burocracia sigilosa (tal como puede ser el caso de cualquier institución nacional)¹⁷ o podría operar más al servicio de los intereses de determinadas partes o Estados que a disposición de la justicia social global. Una institución internacional de control de bancos y otras instituciones financieras podría ser objeto de “*agency capture*”. En la actualidad, la percepción de la gobernanza global entre los académicos varía desde la aprobación hasta el ataque público.¹⁸ Las políticas de varias instituciones de gobernanza global son cuestionadas y percibidas con bastante frecuencia como poco legítimas, es así que hay que evitar crear un régimen de control de los mercados internacionales que carezca de legitimidad.

2. *Las deficiencias de la gobernanza global desde la perspectiva del derecho público*

¿Cuál podría ser la respuesta frente a la cuestionada legitimidad de esta gobernanza desde la perspectiva del derecho público? Desde la perspectiva del derecho público habría que preguntarse si la gestión equivale a un ejercicio unilateral público de autoridad. El derecho público, al menos en la tradición liberal y democrática, cumple una doble función: en

¹⁶ Véase Feinäugle, Clemens, *op. cit.*, nota 3. Véase también las contribuciones de Maja Smrkolj, Karen Kaiser y Diana Zacharias, igualmente *op. cit.*, nota 3.

¹⁷ *Cf.* Venzke, Ingo, *op. cit.*, nota 2; Pereira, Ravi, *op. cit.*, nota 3.

¹⁸ Para un resumen véase Ba & Hoffmann, *op. cit.*, nota 14.

primer lugar, no podrá ejercerse ninguna autoridad pública si no está basada en el derecho público (función constitutiva); y en segundo término, la autoridad pública es controlada y limitada por los patrones sustantivos y procesales establecidos por el derecho público (función limitativa).¹⁹ Particularmente, esta segunda función contribuye a plasmar en argumentos de *legalidad* las dudas acerca de la *legitimidad* de la gestión de los asuntos públicos. La experiencia de las democracias liberales nos demuestra cuán importante es que los interrogantes sobre la legitimidad puedan ser planteados en términos de legalidad.

Ello requiere un concepto viable de autoridad pública que no aporte la noción de gobernanza global. A pesar de su innegable relevancia (en particular la ampliación de horizontes ante importantes fenómenos que influyen en las políticas públicas), el concepto de gobernanza global no permite identificar aquellos actos que son cuestionables por constituir un ejercicio unilateral de autoridad; no genera una teoría sobre las fuentes y los actos, tan trascendente para el derecho público. Esto ocurre porque la gobernanza global tiende a asimilar los fenómenos públicos y los privados, así como los actos formales e informales. Además, la gobernanza global es entendida como estructura o proceso continuo y no como un conjunto de actos realizados por “actores específicos e identificables” que provocan “efectos específicos e identificables”. Estos factores hacen difícil, si no imposible, distinguir —desde la perspectiva de la gobernanza global— los actos perentorios de los no perentorios y atribuir los primeros a los actores responsables. Sin embargo, esta distinción, así como la atribución de responsabilidad, es crucial para las funciones constitutivas y limitativas del derecho público. Sólo los actos perentorios necesitan ser constituidos y limitados por el derecho público y la función limitativa del derecho público depende de actores identificables a quienes imponer límites. Consecuentemente, la gobernanza global no puede servir de base conceptual para un marco jurídico de derecho público frente a los actos perentorios en el plano internacional. Sugiero, por lo tanto, un

¹⁹ Véase Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2a. ed., 2004, pp. 16-18. Véase también Kingsbury, Benedict, *International Law as Inter-Public Law* ([http://www.law.nyu.edu/kingsburyb/fall06/globalization/papers/Kingsbury, NewJusGentiumandInter-PublicII.pdf](http://www.law.nyu.edu/kingsburyb/fall06/globalization/papers/Kingsbury_NewJusGentiumandInter-PublicII.pdf)). Para una versión similar véase D’Aspremont, Jean, *Contemporary International Rulemaking and the Public Character of International Law*, IILJ Working Paper 2006/12, <http://www.iilj.org/publications/documents/2006-12-dAspremont-web.pdf>.

nuevo enfoque: el ejercicio de autoridad pública internacional como vía hacia una comprensión de los fenómenos de la gobernanza global que sea compatible con la función del derecho público.

3. *El ejercicio de autoridad pública internacional como nuevo enfoque*

Se sugiere un giro hacia el ejercicio de autoridad pública internacional a fin de identificar mejor aquellas actividades internacionales que afectan a otros sujetos jurídicos, restringen su libertad de tal manera que exigen legitimidad y, por lo tanto, requieren un marco jurídico de derecho público. En otras palabras, mientras el concepto de gobernanza global tiene un enfoque predominantemente funcional, nuestro interés es esencialmente normativo: ir más allá del mero funcionalismo. Así, el concepto de ejercicio de autoridad pública debe destacar aspectos que no están presentes en el concepto de gobernanza global. No obstante, este giro no implica descartar del todo el concepto de gobernanza global, ni tampoco abandonar el horizonte más amplio ya alcanzado con esta noción. La investigación sobre la gobernanza global ha demostrado de manera convincente, por ejemplo, que los efectos restrictivos no emanan solamente de sujetos jurídicos o instrumentos vinculantes.

Pero definir el ejercicio de autoridad pública internacional requiere de una considerable innovación conceptual, ya que el concepto de autoridad pública ha sido acuñado a la luz del monopolio que el Estado tiene de la coerción legítima y del poder soberano sobre los individuos. ¿Cómo definimos exactamente el ejercicio de autoridad pública internacional? Para nuestros objetivos, definimos²⁰ *autoridad* como la capacidad legal de *determinar* a otros y de reducir sus libertades, es decir, de configurar unilateralmente su situación jurídica o de *facto*.²¹ Y definimos el *ejercicio de*

²⁰ Definición es entendida aquí como el desarrollo de suficientes caracterizaciones conceptuales que cubran los casos más importantes. No aspiramos a una definición completa. Para detalles véase Koch, Hans-Joachim y Rüßmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre* 7, 1982.

²¹ Por lo tanto, nuestro concepto de autoridad es diferente del de la Escuela de New Haven, que la define como “la estructura de la expectativa referente a quién, con qué calificaciones y según qué modo de selección es competente para tomar qué decisión según cuáles criterios y procedimientos”. Véase McDougal, Myres y Laswell, Harold, “The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order”, *53 American Journal of International Law* 1, 9, 1959. De hecho, este concepto de autoridad se asemeja a nuestro concepto de legitimidad.

autoridad como la materialización de esa capacidad, en particular mediante la producción de instrumentos estándar, tales como decisiones y regulaciones, pero también mediante la diseminación de informaciones como los *rankings* (PISA).²² Dicha determinación puede ser jurídicamente vinculante o *no*.²³ Será vinculante si un acto *modifica la situación jurídica* de otro sujeto de derecho sin su consentimiento. Se produce una modificación si una acción ulterior que contraviene tal acto es ilegal.²⁴ Pero sostengo que el concepto de autoridad ha de ampliarse más allá de esta definición más bien tradicional. Fundamentalmente, porque también puede determinarse a otro sujeto a través de un acto no vinculante que tan sólo lo *condiciona*. Ello ocurre siempre que tal acto genere presión sobre el otro sujeto de derecho para que éste se atenga a sus mandatos. Tal ejercicio de autoridad pública se deriva frecuentemente de la creación y aplicación de estándares no vinculantes que se cumplen, *inter alia*, porque los beneficios de su observancia superan las desventajas de ignorarlos (por ejemplo, los estándares de la OCDE para evitar la doble tributación);²⁵ o porque están dotados de mecanismos de aplicación que imponen recompensas o sanciones (por ejemplo, el código de conducta de la FAO para la pesca responsable).²⁶ Además, los sujetos de derecho también pueden ser condicionados mediante instrumentos sin operadores deontológicos (por ejemplo, los datos estadísticos contenidos en los informes PISA),²⁷ que generan una presión pública que el destinatario no puede ignorar sin un determinado coste, ya sea en términos de reputación, económicos u otros. Sin embargo, esa presión pública necesita alcanzar un determinado umbral mínimo. Así ocurre especialmente cuando un instrumento está dotado de mecanismos específicos que aseguran que la opinión pública ha de ser efectivamente tomada en cuenta por el desti-

²² Acerca de instrumentos estándar véase Goldmann, Matthias, *op. cit.*, nota 3.

²³ Este concepto de autoridad es similar al concepto de poder desarrollado por Barnett & Duvall, *op. cit.*, nota 13. La principal diferencia entre el concepto de poder de ellos y nuestro concepto de autoridad es que la autoridad precisa de una base legal. Más estrecha es la definición de autoridad como el poder de promulgar leyes unilateralmente. Véase Möllers, Christoph, *Gewaltengliederung*, 2005, pp. 81-93.

²⁴ Un ejemplo de tal determinación legal sería la fijación de la condición de refugiado por parte del ACNUR. Véase Smrkolj, *op. cit.*, nota 3.

²⁵ Reimer, Ekkehart, "Transnationales Steuerrecht", en Möllers, Christoph *et al.* (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht 181*, 2007.

²⁶ Friedrich, *op. cit.*, nota 3.

²⁷ *Cfr.* von Bogdandy y Goldmann, *op. cit.*, nota 6.

natario. En el caso de la política PISA de la OCDE, por ejemplo, los informes son efectivos gracias a los *rankings* de los países y a las reiteradas pruebas.²⁸ Tradicionalmente, la doctrina internacional considera tales actos como *soft law*; nuestro proyecto, en cambio, a través de este nuevo concepto de autoridad pública, aporta los cimientos de una nueva teoría de las fuentes y los actos.

Esta acepción amplia del concepto de *autoridad* descansa en el hecho de que los actos condicionantes pueden limitar las libertades individuales y la autodeterminación colectiva tanto como los actos vinculantes. En muchas ocasiones la libertad de no acatar un acto condicionante es sólo ficticia.²⁹ Por consiguiente, si el derecho público es concebido, siguiendo la tradición democrática y liberal, como un conjunto de normas legales destinadas a proteger la libertad individual y permitir la autodeterminación política, todo acto que tenga un impacto sobre esos principios, ya sea vinculante o no, debería ser considerado como acto público si tal impacto es lo suficientemente significativo como para generar dudas razonables sobre su legitimidad. Las instituciones internacionales han mostrado con frecuencia que comparten esta concepción al establecer un marco jurídico para el empleo de tales actos en la gestión de los asuntos públicos. Un desarrollo similar se ha producido en el ámbito nacional: en el derecho público alemán, por ejemplo, se ha venido aceptando en los últimos años una concepción semejante —esto es, amplia— de la autoridad.³⁰

Pero no todo ejercicio de autoridad puede ser calificado como *internacional y público*; cualquier concepto útil necesita límites. Esto nos obliga a dirigir nuestra atención hacia el segundo y tercer elemento del concepto propuesto: ¿qué es lo público y lo internacional de la autoridad pública internacional? Consideramos como autoridad pública internacional aquella que se ejerce sobre la base de una competencia atribuida por un acto internacional común adoptado por autoridades públicas (Estados o

²⁸ *Idem*.

²⁹ Desde la perspectiva de las ciencias políticas véase Barnett & Duvall, *op. cit.*, nota 13; Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, *54 International Organization* 421, 2000; Lipson, Charles, “Why are Some International Agreements Informal?”, *45 International Organization* 495, 1991.

³⁰ Dreier, Horst, “Vorbemerkung vor Art. 1 GG”, en Dreier, Horst (ed.), 2a. ed., *1 Grundgesetz-Kommentar*, número marginal 125 *et seq.*, 2004; Schmidt-Aßmann, *op. cit.*, nota 19 *et seq.*

entes como la UE), que persiguen un objetivo que ellas mismas definen —estando facultadas para ello— de interés público.³¹ Por lo tanto, el “carácter público” del ejercicio de autoridad, al igual que su carácter internacional, dependen de su *base legal*. De ahí que las instituciones ejerzan la autoridad que les ha sido atribuida por colectivos políticos sobre la base de actos internacionales (vinculantes o no vinculantes), como ocurre en el caso de la OSCE.

Obviamente, esta definición es más bien formalista y no agota el significado de *lo público*, tal como este concepto se entiende en el pensamiento político y constitucionalista de la tradición occidental. En una democracia liberal tal concepto incluye también, por ejemplo, la transparencia de las instituciones públicas o su accesibilidad para los ciudadanos.³² Sin embargo, creemos que la base legal de la autoridad constituye el mejor criterio para calificarla de *pública* y permite trazar la línea divisoria entre la autoridad pública y la privada, distinción indispensable para la investigación jurídica. Según esta concepción, no se puede considerar que una empresa como Volkswagen, que ejerce autoridad contractual sobre los empleados de su filial en Brasil, ejerza autoridad pública, puesto que tal empresa está constituida conforme al derecho privado y no le compete realizar tareas públicas.

Al definir el objeto de nuestro análisis también es necesario aclarar qué entidades se considera que están ejerciendo autoridad pública internacional. Pues bien, ésta pueden ejercerla varias entidades, tanto formales como informales. Si el derecho internacional “clásico” centra su atención, en lo que a autoridad pública se refiere, en las instituciones calificadas como organizaciones internacionales con personalidad jurídica internacional, desde la perspectiva de la gobernanza global se recuerda y se enfatiza que también otras instituciones ejercen autoridad pública.³³ Algunos tratados, por ejemplo la CITES, o instituciones informales

³¹ Algunos colocan la tarea de descargo de los deberes públicos en el centro de su enfoque, véase Ruffert, Matthias, “Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts”, en Möllers, Christoph *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 25, 402, 2007. Nosotros preferimos elaborar el concepto de autoridad pública, pero calificarlo con referencia al interés público.

³² Friedrich, C. J., *Constitutional government and politics 247 et seq.*, 1950; Loewenstein, Karl, *Political power and the Governmental Process*, 1957; Henkin, Louis, “A New Birth of Constitutionalism”, en Rosenfeld, Michel (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy 3*, 1994; D’Aspremont, *op. cit.*, nota 19.

³³ Kingsbury *et al.*, *op. cit.*, nota 8.

como ciertos comités en el seno de la OCDE o el G8, son creaciones estatales que ejercen un poder considerable.³⁴ Se trata de instituciones, en el sentido de la sociología de las organizaciones, que carecen de una personalidad jurídica similar a la de las organizaciones internacionales.³⁵ Es más, en ámbitos donde existe una organización formal competente, entes más o menos informales asociados a ésta pero legalmente ajenos a ella, tales como una red de administradores, pueden ejercer autoridad pública.³⁶

En mi opinión, estas instituciones ejercen autoridad pública si están dotadas de las facultades de determinación definidas anteriormente. La incertidumbre sobre qué sujeto de derecho es en última instancia jurídicamente responsable por el ejercicio de autoridad no es, en nuestra opinión, motivo suficiente para excluir tales instituciones. Este concepto amplio de las instituciones internacionales está basado en el conocimiento empírico de que muchas de las organizaciones informales operan en gran medida como filiales de organizaciones formales.³⁷

Además, el análisis de la práctica institucional demuestra que la actuación de muchas de estas instituciones informales está dirigida por reglas similares a aquéllas por las que se rigen las organizaciones internacionales formales.³⁸ En suma, escogimos centrarnos en el ejercicio de autoridad pública internacional con el objeto de dirigir la atención hacia aquellas actividades que requieren justificación normativa. Dicho de otro modo, cualquier ejercicio de autoridad pública internacional precisa de un marco legal de derecho público. Nuestro enfoque es, por lo tanto, amplio.

³⁴ Sobre la variedad de entidades que no son Organizaciones Internacionales pero ejercen algún tipo de autoridad pública véase Sands, Philippe y Klein, Pierre, *Bowett's Law of International Organization* 16-7, 2001; Klabbers, Jan, "The Changing Image of International Organizations", en Coicaud, Jean-Marc y Heiskanen, Veijo (eds.), *The Legitimacy of International Organizations* 221, 236, 2001.

³⁵ La Unión Europea en sus inicios es un buen ejemplo. Véase von Bogdandy, A., "The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System", *36 Common Market Law Review* 887, 1999.

³⁶ Ejemplos de estudios sobre el tema incluyen: Bettina Schöndorf-Haubold *op. cit.*, nota 3; von Bogdandy y Goldmann, *op. cit.*, nota 6. Véase también Möllers, Christoph, "Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung", *65 ZaöRV*, 351-389, 2005; Benvenisti, Eyal, "Coalitions of the Willing and the Evolution of Informal International Law", en Calliess, Christian *et al.*, *Coalitions of the Willing – Avantgarde or Threat? 1*, 2007.

³⁷ Véase Farahat, Anuscheh, *op. cit.*, nota 3.

³⁸ Véase *ibidem*; Fuchs, Christine, *op. cit.*, nota 3.

IV. UN ENFOQUE DEL EJERCICIO DE AUTORIDAD PÚBLICA INTERNACIONAL DESDE EL DERECHO PÚBLICO

El enfoque desde el derecho público permite una aproximación jurídica y el desarrollo de un marco jurídico para el ejercicio de autoridad pública internacional. Ahora bien: ¿cuál puede ser la contribución de la investigación jurídica? Entre sus aportaciones habría que incluir la identificación del derecho aplicable, que permitirá trazar la línea divisoria entre ejercicios legales e ilegales de autoridad, así como la cuestión acerca de cómo desarrollar el derecho aplicable a la luz de los interrogantes que se plantean sobre la legitimidad. Entendemos que tales intereses son definitorios con respecto a los enfoques legales *internos* (C.II), en contraste con otros enfoques *externos* que investigan los fenómenos jurídicos con diversos intereses empíricos o normativos, es decir, centran su atención en sus efectos sociales, en su historia o en sus dimensiones filosóficas (C.I). Basándonos en una revisión de los logros de los enfoques internos, mostraremos cómo este nuevo enfoque desde el derecho público supone una combinación de los tres enfoques internos predominantes (C.III).

Conviene además resaltar que los enfoques internos y externos no son excluyentes entre sí, sino que se complementan. Mientras que los enfoques externos aseguran que los internos no se desliguen del papel que desempeña el derecho en la realidad social y se centran en el desarrollo de nuevos fenómenos normativos, los enfoques internos participan en la creación y aplicación del derecho como una “infraestructura social” operativa. Más aún, los argumentos internos y externos podrían entrecruzarse en la micro-estructura de la investigación de las ciencias jurídicas hasta el punto de que a veces resulta difícil diferenciarlos.

1. *La contribución de los enfoques externos*

Los enfoques externos al derecho internacional tienen una larga tradición en la disciplina jurídica,³⁹ y las distintas corrientes de esa tradición

³⁹ En particular, el enfoque sociológico. Al respecto, véase, por ejemplo, Huber, Max, *Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts*, 1928; Slaughter, Anne-Marie, “International Law and International Relations”, *285 Recueil des Cours* 13, 2000.

proporcionan conocimientos valiosos para el análisis del ejercicio de autoridad pública.

Una importante corriente de investigación está representada por la teoría del *proceso jurídico transnacional* (*transnational legal process*), que sigue los pasos del realismo legal norteamericano y surgió de la Escuela de New Haven.⁴⁰ Se caracteriza por considerar el derecho como proceso continuo de decisiones sucesivas y no como un sistema de reglas estático, apartándose del concepto estado-céntrico del derecho internacional.⁴¹ Esta corriente aporta importantes conocimientos acerca de por qué las decisiones son aceptadas, ya sea por razones de interés propio, de identidad o como resultado de una interacción continua.⁴² Así, el espectro del análisis del derecho se amplía hacia nuevos procesos y actores, aunque a expensas de la seguridad jurídica, ya que el derecho es considerado como una especie de proceso amorfo.

Los procesos jurídicos transnacionales tienen mucho en común con los llamados *enfoques de gestión* (*managerial approaches*), que se basan en cuestiones de conformidad y eficiencia. Sostienen que el derecho es uno de los posibles medios de regulación efectiva y eficiente de la sociedad.⁴³ Los enfoques de gestión, que también podrían ser calificados como funcionales, predominan en el estudio de las instituciones internacionales.⁴⁴ El estudio sobre la legalización que investiga las condiciones bajo las cuales los Estados escogen formas más o menos severas de regu-

⁴⁰ Hongju Koh, Harold, "Transnational Legal Process", *75 Nebraska Law Review* 181, 1996; Reisman, Michael W., "The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application", en Wolfrum, Rüdiger y Röben, Volker (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* 15, 2005, pp. 24-26.

⁴¹ Hanschmann, Felix, "Theorie transnationaler Rechtsprozesse", en Buckel, Sonja (ed.), *Neue Theorien des Rechts* 347, 357, 2006.

⁴² Koh, *op. cit.*, nota 40.

⁴³ Chayes, Abraham y Handler Chayes, Antonia, "On Compliance", *47 International Organization*, 1993, pp. 175-205; Jacobson, Harold K. y Brown Weiss, Edith, "Compliance with International Environmental Accords", *1 Global Governance*, 1995, pp. 119-48; *Commitment and Compliance: The Role of Nonbinding Norms in the International Legal System*, Shelton, Dinah (ed.), 2000. Parecida es la investigación de nuevas maneras de gestión de los asuntos públicos. Véase, por ejemplo, Trubek, David M. y Trubek, Louise G., "New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation", *13 Columbia Journal of European Law*, pp. 1-26, 2006; *Hard Choices, Soft Law*, Kirton, John y Trebilcock, Michael (eds.), 2004.

⁴⁴ Álvarez, José E., *International Organizations as Law-makers* 17 y ss., 2005.

lación legal es similar, desde la óptica del observador más que desde el punto de vista de gestión.⁴⁵ Una variante más reciente de la tradición la constituye el *enfoque de redes* (*network approach*), que pone el acento en los resultados generados por las estructuras de redes de diferentes actores.⁴⁶ Por consiguiente, el enfoque de redes va más allá del estado-centrismo. Los enfoques basados en la *teoría de los sistemas* llegan a conclusiones similares,⁴⁷ aunque sobre una base teórica distinta.

Todos estos enfoques trasladan la atención desde los instrumentos e instituciones formales hacia los informales y aportan poderosos mecanismos de gestión de los asuntos públicos más allá de las fuentes del artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), así como hacia actores sin personalidad jurídica internacional, que no deberían menospreciarse dada su importancia política. Su concepción del derecho es muy diferente a la del derecho internacional clásico. Aunque no es frecuente que se rechace de plano el carácter normativo del derecho internacional, sí suele hacerse hincapié en sus límites. El presente proyecto sería impensable sin estos conocimientos, aun cuando algunos enfoques externos, particularmente los gerenciales, comparten la predisposición tecnocrática de la gobernanza global, lo cual acarrea los problemas antes citados.

2. La necesidad de enfoques internos

Los enfoques externos por sí solos no son, sin embargo, suficientes para una construcción jurídica de la autoridad pública internacional.⁴⁸ En realidad, las dos principales funciones del derecho público presuponen un enfoque interno al derecho: sólo con un enfoque interno el jurista participa en la construcción de un derecho público que constituye y limita la autoridad pública permitiendo juicios sobre la legalidad de los actos.

En la actualidad es muy difícil construir una argumentación sólida sobre la legalidad del ejercicio de autoridad pública internacional, sobre to-

⁴⁵ Abbott y Snidal, *op. cit.*, nota 29.

⁴⁶ Slaughter, Anne-Marie, *op. cit.*, nota 7.

⁴⁷ Teubner, Gunter y Fischer-Lescano, Andreas, *Regime-Kollisionen*, 2006.

⁴⁸ Véase una crítica similar a la exclusividad de los enfoques externos en Paulus, Andreas, "Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts", *67 ZaöRV* 695, 2007, pp. 708-15.

do en relación con los actos en los que se manifiesta la gobernanza global. A pesar de que las instituciones internacionales llevan a cabo numerosas actividades sobre la base y a través de reglas, con frecuencia sólo existe un rudimentario marco jurídico que limita tales actividades.⁴⁹ Esta ausencia de estándares legales apropiados dificulta que un acto de una institución internacional pueda considerarse ilegal a pesar de que existan graves dudas sobre su legitimidad. En consecuencia, el discurso sobre la legalidad no está en sintonía con el discurso sobre la legitimidad.⁵⁰ La legitimidad de algunas normas del Codex Alimentarius está cuestionada, pero éstas ciertamente no son ilegales, ya que escapan a cualquier estándar jurídico relevante debido a su carácter no vinculante.⁵¹ Ante esta situación de disparidad se han desarrollado nuevos conceptos, tales como la “obligación de rendir cuentas” (*accountability*)⁵² o la “participación”.⁵³ Estos nuevos conceptos reflejan la preocupación compartida sobre la legitimidad de las actividades de las instituciones internacionales, pero no existe un consenso sobre su contenido material. En realidad, estos conceptos no proporcionan estándares para determinar la legalidad; más bien son sinónimos del concepto de legitimidad.

Esta separación entre legalidad y legitimidad tiene varias consecuencias significativas. Ante todo, la experiencia de las democracias liberales nos demuestra cuán importante es que las dudas relativas a la legitimidad puedan plantearse en términos de legalidad. Como ya hemos resaltado, esta es exactamente la función central del derecho público. La reconstrucción y el desarrollo de un marco jurídico de la autoridad pública no es un fin en sí mismo, sino un medio para canalizar los interrogantes so-

⁴⁹ Un ejemplo excelente son las cumbres del G8, véase Conticelli, Martina, *I Vertici Del G8*, 2006.

⁵⁰ Koskeniemi (*op. cit.*, nota 14) sugiere que las razones de esta divergencia entre legalidad y legitimidad están en la desformalización, fragmentación y rasgos hegemónicos del orden mundial actual. Sobre estos aspectos véase también Benvenisti, Eyal, “The Empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law”, *60 Stanford Law Review* 595, 2007. Véase también Goldmann, Matthias, “Der Widerspenstigen Zähmung”, en Boysen, Sigrid *et al.* (eds.), *Netzwerke* 225, 2007.

⁵¹ Pereira, *op. cit.*, nota 3.

⁵² Véase de Wet, Erika, “Holding International Institutions Accountable”, *op. cit.*, nota 3.

⁵³ Véase von Bernstorff, Jochen, *9 German Law Journal (2008), issue 11*; ; Cassese, Sabino “Global Standards for National Administrative Procedure”, *68 Law and Contemporary Problems*, 2005, pp. 109-26.

bre la legitimidad en argumentos legales y, eventualmente, en reglas jurídicas aplicables. Esta canalización tiene un efecto racionalizador y estabilizador. Presupone también un conjunto de principios.

En segundo lugar, la falta de un marco legal desarrollado es, al menos en parte, responsable de la imagen amorfa de muchas instituciones internacionales. No debe olvidarse que las categorías jurídicas juegan un papel relevante en la manera en que se perciben las instituciones. A nivel interno, la concepción de las instituciones públicas nacionales se fundamenta principalmente en la terminología jurídica de las construcciones doctrinales. En el caso de las instituciones internacionales, en cambio, faltan conceptos jurídicos apropiados que faciliten su comprensión generalizada. De ahí que estas instituciones sean poco transparentes.

En tercer lugar, la falta de conceptos legales adecuados así como el limitado empleo de la dicotomía legal/ilegal en los juicios relativos a la legitimidad conllevan el riesgo de que los juristas acaben siendo marginados por otras disciplinas, en particular, por la economía y las ciencias políticas, en su intento de entender y definir el orden mundial. Esto constituiría una pérdida considerable, ya que la doctrina jurídica juega un papel específico, quizá insustituible, en la comprensión y definición de la autoridad pública. Por estas razones es importante desarrollar un enfoque jurídico de la autoridad pública internacional que sea interno en el sentido de que considere el derecho como una disciplina autónoma, responsable sobre todo de posibilitar juicios de legalidad.

3. *El enfoque del derecho público como combinación de enfoques internos*

El nuevo enfoque del derecho público que proponemos se basa en una combinación de los tres principales enfoques internos sobre los fenómenos de gobernanza global existentes: la constitucionalización, las perspectivas del derecho administrativo global (*Global Administrative Law, GAL*) y el derecho institucional internacional.⁵⁴ Todos ellos aportan importantes contribuciones al nuevo enfoque del derecho público: 1) la sensibilidad constitucional, 2) la apertura comparativa a los conceptos del derecho administrativo para el análisis del material jurídico concreto, 3) el derecho institucional internacional como base de la disciplina.

⁵⁴ Para una reconstrucción de la doctrina véase también Ruffert, *op. cit.*, nota 31.

A continuación se analiza este enfoque del derecho público, especificando qué aspectos concretos de los tres enfoques internos se asumen aquí.

En primer lugar, desde principios de la década de los noventa, predominantemente los académicos de la Europa continental han desarrollado, bajo el sello de la “constitucionalización”, principios generales de un orden mundial basado en el imperio del derecho (*rule of law*).⁵⁵ Entre ellos se pueden encontrar tanto enfoques deductivos como inductivos. Estas posiciones constituyen la base intelectual de gran parte de las investigaciones que van más allá de una percepción estrictamente horizontal del orden internacional y lo consideran (al menos en parte) vertical, mostrando rasgos de un orden público de la comunidad internacional.⁵⁶ Mientras que algunos autores emplean una aproximación constitucionalista para la construcción general del derecho internacional, otros la utilizan para desarrollar un marco legal que permita controlar las actividades de las instituciones internacionales.⁵⁷ Pese a los serios problemas a los que se enfrenta, como la reticencia de los gobiernos norteamericano, chino o ruso a tal concepción del derecho internacional,⁵⁸ esta corriente ha servido de inspiración para el presente proyecto, en particular dos de sus elementos. Primero, la actividad de las instituciones internacionales debería ser analizada con sensibilidad constitucional. Debe nutrirse del constitucionalismo tal como se ha desarrollado en las instituciones nacionales de los Estados democráticos. Ello no quiere decir que sirva como justificación para establecer analogías con el derecho interno, sino que su comparación puede contribuir a superar el funcionalismo en el estudio de las instituciones internacionales. El constitucionalismo subraya la importancia de principios tales como la libertad individual y la autodeterminación co-

⁵⁵ Véase bibliografía citada en la nota 10.

⁵⁶ El contraste entre las percepciones horizontales y verticales del orden mundial se torna evidente al efectuar una lectura cruzada del dictamen separado del juez-presidente Guillaume y del dictamen conjunto separado de los jueces Higgins, Kooijmans y Buerghental en el *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (DR Congo v. Belgium), ICJ Reports 2002, 35 y 63.

⁵⁷ Cass, Deborah, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, 2005; Petersmann, Ernst-Ulrich, “Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism”, en Joerges, Christian y Petersmann, Ernst-Ulrich (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation* 5, 2006.

⁵⁸ En detalle von Bogdandy, A., “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany”, *47 Harvard International Law Journal*, pp. 223-242.

lectiva, así como el imperio del derecho (*rule of law*).⁵⁹ Además, sostengo que la constitucionalización interna de las instituciones internacionales, tal como ha sido propuesta por la *International Law Association*,⁶⁰ promete aportar respuestas a algunas de las preocupaciones existentes. La constitucionalización *interna*, basada en el documento constitutivo de una institución internacional, permitirá el desarrollo de instrumentos, procedimientos y limitaciones jurídicas de las actividades de una institución internacional de acuerdo con las especificidades de cada régimen.⁶¹

En segundo lugar, hacia finales de la década de los noventa, una parte de la doctrina comenzó a explorar el potencial del pensamiento administrativo, a fin de entender la gobernanza global. En el ámbito del derecho administrativo global (o internacional) se deben distinguir cuatro líneas de investigación: la relativa a la administración de territorios por instituciones internacionales, como en el caso de Kosovo;⁶² la investigación de colisiones normativas entre los distintos órdenes jurídico-administrativos nacionales;⁶³ la investigación sobre los efectos del derecho internacional en el derecho administrativo nacional;⁶⁴ y la investigación que se ocupa del derecho aplicable a los mecanismos de gobernanza más allá del ámbito nacional.⁶⁵ Esta última línea de investigación, de la mayor relevancia para el estudio de las instituciones internacionales, recurre a diversas metodolo-

⁵⁹ Koskeniemi, Martti, "Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization", 8 *Theoretical Inquiries* 22, 2007.

⁶⁰ *International Law Association, Accountability of International Organisations*, Final Report, 2004, disponible en: http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm.

⁶¹ Cfr. von Bernstorff, Jochen, *op. cit.*, nota 3; von Bogdandy, A, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field*, *cit.*, nota 3.

⁶² Sobre este punto véase nuestro proyecto anterior, "Restructuring Iraq. Possible Models based upon experience gained under the Authority of the League of Nations and the United Nations", 9 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2005.

⁶³ Sobre esta categoría véase, por ejemplo, Reimer, *op. cit.*, nota 25; Glaser, Markus, "Internationales Sozialverwaltungsrecht", en Voßkuhle, Andreas *et al.* (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht* 73, 2007; Bast, Jürgen, "Internationalisierung und De-Internationalisierung der Migrationsverwaltung", en Voßkuhle, Andreas *et al.* (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht* 279; Ruffert, *op. cit.*, nota 31. Véase también Ohler, Christoph *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2005.

⁶⁴ Cassese, Sabino, *op. cit.*, nota 8; Tietje, Christian, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, 2001.

⁶⁵ La mayor parte de las investigaciones realizadas en el movimiento derecho administrativo global cae en esta categoría. Véase Kingsbury *et al.*, *op. cit.*, nota 8; Esty, nota 8.

gías para el análisis jurídico de esos fenómenos. Mientras unos se centran en el desarrollo deductivo de principios generales del derecho público,⁶⁶ otros proceden de manera inductiva y utilizan el acervo normativo del derecho administrativo nacional o europeo.⁶⁷ Otros, en cambio, no creen en el desarrollo de principios generales, sino que consideran que los actores involucrados en la gobernanza global se controlarán unos a otros, es decir, a través de un sistema de control mutuo.⁶⁸

A pesar de que no ha emergido ninguna metodología predominante para el desarrollo de estándares administrativos globales, el común denominador es que el derecho administrativo estatal alberga un enorme potencial para entender muchos aspectos de la gobernanza global y desarrollar una disciplina jurídica. Se subraya justamente la utilidad de un intercambio en los estudios jurídicos: el estudio del derecho de las instituciones públicas internacionales debería nutrirse del estudio del derecho de las instituciones públicas nacionales.⁶⁹ El completo desarrollo del derecho internacional como derecho internacional público parece muy poco factible si no se basa en los conocimientos jurídico-administrativos y en las doctrinas nacionales desarrolladas durante el último siglo. El impacto del derecho público en la sociedad depende de las burocracias y del derecho administrativo.

Esta reflexión no aboga por el establecimiento de “analogías nacionales” demasiado simplistas ya que las diferencias entre las instituciones estatales y las instituciones internacionales son sumamente importantes. Precisamente por esa razón el enfoque utilizado difiere del adoptado por el *derecho administrativo global*, que a mi juicio es demasiado “global” y conlleva el riesgo de eliminar distinciones esenciales para la construc-

⁶⁶ Kingsbury, Benedict, “Omnilateralism and Partial International Communities: Contributions of the Emerging Global Administrative Law”, *104 Journal of International Law and Diplomacy* 98, 2005.

⁶⁷ Stewart, Richard, “US Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *68 Law and Contemporary Problems* 63, 2005; Esty, *op. cit.*, nota 8; Savino, Mario, “EU «Procedural» Supranationalism: On Models for Global Administrative Law”, trabajo presentado en el NYU Global Forum el 13 de diciembre de 2006, disponible en el archivo de los autores.

⁶⁸ Krisch, Nico, “The Pluralism of Global Administrative Law”, *17 EJIL* 247, 2006.

⁶⁹ Esta llamada a una comparación e inspiración intradisciplinaria ha sido criticada. Aún así, casi todos los elementos del derecho internacional han sido desarrollados desde la perspectiva en el derecho nacional. El derecho privado, particularmente los contratos, son un ejemplo obvio.

ción, evaluación y aplicación de normas relativas a la autoridad pública. Dicho de otra manera, se pregunta ¿cuál es la base jurídica general para un derecho administrativo global? ¿Son los principios generales?, ¿o tiene una condición propia, por encima del derecho positivo? La noción del *derecho administrativo global* implica una fusión de los derechos administrativos estatales y del derecho internacional que no toma en consideración el hecho de que las normas jurídicas internacionales y las normas internas poseen una “legitimidad de origen” categóricamente distinta: el consenso entre Estados *versus* la soberanía popular, de acuerdo con la acepción clásica. De modo que un enfoque global pasa por alto y amenaza con ocultar esa diferencia fundamental.

Finalmente, el derecho institucional de las organizaciones internacionales ha servido de base para el análisis de estos nuevos fenómenos de gobernanza global. El *derecho institucional internacional* se centra en aquellas actividades de las organizaciones internacionales que son relevantes *ad extra*, frente a aquellas normas se aplican exclusivamente *ad intra*, como pueden ser las regulaciones relativas al personal.⁷⁰ Aunque en sus orígenes este derecho era específico para cada organización internacional, la doctrina ha extraído principios comunes.⁷¹ El desarrollo del derecho institucional internacional alberga un gran potencial para el establecimiento de un marco jurídico de la autoridad pública internacional, ya que las organizaciones internacionales son de gran importancia práctica para la gobernanza global.⁷² Por lo tanto, no ha de extrañar que esta corriente de investigación haya evolucionado mucho en los últimos tiempos.⁷³

⁷⁰ Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *I The Law of International Civil Service*, 2a. ed., 1994.

⁷¹ Díez de Velasco Vallejo, Manuel, *Las organizaciones internacionales*, 12a. ed., 2006; Schermers, Henry G. y Blokker, Niels, *International Institutional Law*, 4a. ed., 2003; Klabbers, Jan, *An Introduction to International Institutional Law*, 2002; Sands y Klein, *op. cit.*, nota 34; Seidl-Hohenfelder, Ignaz y Loibl, Gerhard, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der supranationalen Gemeinschaften*, 7a. ed., 2000; Fischer, Peter y Köck, Heribert, *Das Recht der Internationalen Organisationen*, 3a. ed., 1997; *Handbook on International Organizations*, Dupuy, René-Jean (ed.), 1988.

⁷² Véase Álvarez, *op. cit.*, nota 44.

⁷³ *Idem*. Véase también Boyle, Alan y Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, 2007; Aston, Jurij D., *Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin*, 2005. Los estudios sobre instrumentos individuales son demasiado numerosos como para mencionarlos. Véase la bibliografía GAL (2006) compilada por Maurizia De Bellis, disponible en

En resumen, las aproximaciones desde la perspectiva del derecho constitucional, administrativo e institucional internacional a la gobernanza global (y, por lo tanto, a las instituciones internacionales) comparten el objetivo de comprender, enmarcar y “domesticar” el ejercicio de autoridad pública internacional en la constelación posnacional. Ninguna de estas aproximaciones lamenta el ocaso del orden de Westfalia.⁷⁴ Al contrario, todas ellas persiguen un ejercicio de autoridad pública internacional más eficiente y legítimo. Por esa razón sostenemos que estos tres enfoques internos pueden combinarse, utilizando el derecho institucional internacional como base para un marco legal del ejercicio de autoridad pública. Creo que el *derecho* de las instituciones internacionales puede aportar una base disciplinaria firme al análisis del ejercicio de autoridad pública internacional. Este presupuesto también contiene un cierto grado de escepticismo frente a la creación de un área completamente nueva del derecho administrativo global o internacional.

A fin de estar a la altura del reto que supone la gobernanza global, el Derecho Institucional Internacional debería abarcar no solamente las actividades de las organizaciones internacionales *stricto sensu*, sino también las de instituciones con un estatus legal diferente, como los regímenes convencionales y los regímenes informales (por ejemplo la OSCE, el G8). Una adaptación similar es necesaria con respecto a los instrumentos no vinculantes (“*soft law*”) y no deontológicos (PISA). Además, el derecho institucional internacional debería integrar elementos de los otros dos enfoques internos. En particular, debería (1) reconstruir el ejercicio de autoridad pública internacional aplicando perspectivas comparativas a la ciencia jurídica administrativa; (2) desarrollar un marco que responda a las exigencias constitucionales; y (3) reflexionar de manera sistemática sobre las interrelaciones entre las distintas entidades jurídicas típicas de la gobernanza contemporánea, especialmente las interrelaciones entre instituciones estatales, supranacionales e internacionales. Dado que la

http://www.iilj.org/GAL/documents/GALBibliographyMDeBellisJune2006.pdf. Muchos estudios combinan perspectivas internas y externas. Sobre competencias véase Ruffert, Matthias, “Zuständigkeitsgrenzen internationaler Organisationen im institutionellen Rahmen der internationalen Gemeinschaft”, 38 *Archiv des Völkerrechts* 129, 2000; Sa-rooshi, Danesh, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, 2005.

⁷⁴ En este sentido y con una buena argumentación, véase Seiler, Christian, *Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung*, 2005.

combinación contiene elementos constitucionalistas, administrativistas e institucionalistas enfocados hacia el fenómeno de la autoridad pública, esta combinación podría calificarse como el *enfoque del derecho público*. Bajo esta clave puede constatarse que muchos de los mecanismos necesarios para regular las finanzas internacionales ya existen en otros campos. La tarea no es tanto crear nuevos instrumentos legales, sino más bien adaptar a cada sector específico los instrumentos que ya están bien establecidos. Sólo a título enunciativo, se señalan los más importantes: decisiones individuales que determinan la situación legal de los individuos⁷⁵ o Estados,⁷⁶ normas generales vinculantes,⁷⁷ normas generales como estándares,⁷⁸ mediación,⁷⁹ intercambio de información⁸⁰ y *rankings*.⁸¹ Una doctrina general sobre estos instrumentos facilitará el establecimiento de una regulación adecuada de las finanzas internacionales.

V. LA IDEOLOGÍA SUBYACENTE

Esta investigación sobre la autoridad pública de las instituciones internacionales tiene una tendencia doctrinaria. Sin embargo, como cualquier doctrina, se nutre de premisas éticas y políticas más generales. Sostengo que la doctrina debería hacerlas más explícitas. En resumen, la premisa de esta investigación es una visión normativa de la gobernanza global como cooperación pacífica entre entidades políticas, ya sean Estados o unidades federales regionales (UE), una cooperación en la que median instituciones globales que son *públicas* en el sentido estricto del término, pero que al mismo tiempo siguen conservando su naturaleza *internacional pública*. Estas instituciones son impulsadas por gobiernos nacionales o por los órganos correspondientes de organizaciones regionales que, sin

⁷⁵ Por ejemplo, WIPO's International Registration of Trademarks, véase Kaiser, *op. cit.*, nota 3.

⁷⁶ Por ejemplo, el UNESCO Regime for the Protection of World Heritage, véase Zacharias, *op. cit.*, nota 3.

⁷⁷ Por ejemplo, el Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), véase Fuchs, *op. cit.*, nota 3.

⁷⁸ Por ejemplo, el FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries, véase Friedrich, *op. cit.*, nota 3.

⁷⁹ Por ejemplo, el High Commissioner on National Minorities, véase Farahat, *op. cit.*, nota 3.

⁸⁰ Por ejemplo, por Interpol, véase Schöndorf-Haubold, *op. cit.*, nota 3.

⁸¹ Por ejemplo, PISA, véase von Bogdandy y Goldmann, *op. cit.*, nota 6.

embargo, ya no estarían por sí mismas en posición de bloquear la promulgación o aplicación del derecho internacional. Estas instituciones internacionales serían, a su vez, conscientes de sus limitados recursos de legitimidad democrática, derivados en gran medida de los Estados. Una Federación global democrática parece estar fuera del alcance de nuestro tiempo, tanto como una Comunidad Internacional que prescindiera de niveles intermedios de gobernanza como el Estado. Pero es posible un mundo mejor, más pacífico y más integrado por instituciones públicas internacionales y pensamos que para ello es condición esencial el desarrollo del carácter de derecho público del derecho internacional. En esta clave debería concebirse un control internacional de las instituciones financieras.