

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GLOBAL

¿EXISTE un ordenamiento jurídico más allá del Estado? Para responder a esta pregunta ha de verificarse, en primer término, si a nivel global concurren los elementos constitutivos de los ordenamientos jurídicos: pluralidad de sujetos, legislación, Administración y jurisdicción. Realizaremos el análisis partiendo de un caso concreto y, a través de él, examinaremos las cuestiones generales planteadas.

En segundo término, una vez constatada la existencia de un ordenamiento jurídico más allá del Estado, habrá de abordarse el problema del Estado de Derecho (*rule of law*) a escala global. Y para esta indagación, tomaremos como referencia empírica cinco asuntos concretos.

Es necesario tener en cuenta los siguientes factores: la pluralidad de los sujetos actuantes en la esfera global; la normativa; la Administración; y la jurisdicción. Sólo así se puede dar respuesta a dos interrogantes: ¿cómo obtienen su legitimidad los distintos sujetos que operan en la arena global? ¿Qué garantías se establecen ante las actividades que esos sujetos despliegan o, dicho de otro modo, ante quiénes responden o son responsables (*accountable*) las organizaciones internacionales?

Para resolver estas cuestiones tomemos como punto de partida un caso paradigmático, relativo a las intervenciones del Banco Mundial en India.

La ciudad de Mumbai, conocida anteriormente como Bombay, con sus trece millones de habitantes, es la más poblada del país¹⁷. Capital del Estado de Maharashtra, presenta graves problemas de transporte urbano. Para millones de habitantes, la insuficiencia del transporte (especialmente de este a oeste) crea a diario unas dificultades dramáticas.

En 2002, el Estado de Maharashtra elaboró un proyecto de transporte urbano (*Mumbai Urban Transport Project*) que preveía la construcción de grandes redes de transporte por carretera y ferroviario en toda el área metropolitana¹⁸. El Banco Mundial garantizó la financiación para materializar esta iniciativa.

El proyecto, aprobado en junio de 2002, implicaba el reasentamiento de miles de personas obligadas a abandonar sus casas y trasladarse a unos treinta kilómetros de distancia. Los habitantes de la zona, organizados en dos asociaciones, acudieron a expertos en Derecho para conocer si las decisiones y los trámites seguidos eran los adecuados¹⁹.

Éstos afirmaron, en primer lugar, que de acuerdo con los criterios del Banco Mundial sobre el acceso a la información (*Policy on Disclosure of Information*)²⁰, los ciudadanos interesados han de ser escuchados antes de que se adopte la decisión que les afecta. En segundo lugar, recordaron que el Banco Mundial cuenta con un órgano, el Panel de Inspección, al que los ciudadanos pueden dirigirse para solicitar la revisión de las decisiones que hayan sido adoptadas sin el preceptivo trámite de información o consulta pública²¹.

[17] Contando la periferia, es la quinta área metropolitana más poblada del mundo (20 millones de habitantes).

[18] Para los detalles sobre el proyecto véase *Mumbai Urban Transportation Project, an interview*, en <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=40941&menuPK=228424&Projectid=P050668>.

[19] Típico estilo de los grupos *nimby* (*not in my backyard*).

[20] Véase <http://www1.worldbank.org/operations/disclosure/documents/disclosurepolicy.pdf#search=%22world%20bank%20policy%22>.

[21] Sobre esta demanda ante el Panel de Inspección véase <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,contentMDK:20223785~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html>.

El Panel se pronuncia mediante recomendaciones dirigidas al Banco Mundial y no directamente al Estado. Ejercita así funciones *para-jurisdiccionales*.

Por tanto, en el seno de una organización internacional como el Banco Mundial están presentes los tres elementos –legislación, Administración y jurisdicción– propios de los ordenamientos jurídicos nacionales.

El Banco Mundial realiza políticas públicas que producen efectos inter-subjetivos sobre los individuos y las autoridades públicas de otro ordenamiento jurídico. Se trata, pues, de una regulación que incide en las relaciones entre el Estado y los sujetos privados.

Se observa además la existencia de actividad administrativa. El Estado de Maharashtra proyecta un plan urbanístico, el Banco Mundial lo financia y las autoridades locales lo ejecutan.

Finalmente, el Panel de Inspección constituye un órgano que tiene por objeto la resolución de conflictos y ejerce en consecuencia una función cuasi-jurisdiccional.

En este caso, pues, un ordenamiento jurídico superior, dotado de normas propias, de Administración (directa e indirecta) y de jurisdicción (aunque sea en un estadio primitivo de desarrollo), penetra en un ordenamiento jurídico distinto, el nacional. Además, en su interior, puede distinguirse una dimensión estatal y otra regional. En efecto, normas dictadas por una organización internacional le atribuyen al ciudadano de un Estado federal el derecho a participar en un procedimiento administrativo que se desarrolla localmente, y un recurso en caso de que se cometa alguna infracción.

Ante esto cabe plantearse las dos cuestiones antes señaladas. La primera es la siguiente: ¿quién otorga al Banco Mundial el poder o la autoridad para decidir que un ciudadano indio tenga derecho a participar en las decisiones públicas? Los derechos de los ciudadanos de India se establecen en su Constitución y se trata de derechos que se refieren a las relaciones que los ciudadanos mantienen con su respectivo poder público estatal. Si interviene un organismo extraño, como aquí el Banco Mundial, para imponer una obligación que conecta con las grandes tradiciones jurídicas occidentales, lo que implícitamente implica la insuficiencia de una Constitución aprobada demo-

cráticamente a nivel nacional, desde luego resulta lícito interrogarse acerca de la legitimación de esta autoridad supranacional²².

Y la segunda cuestión puede formularse así: ¿se han establecido suficientes garantías ante la actividad del organismo internacional?

A nivel supraestatal se suscitan, por tanto, los mismos interrogantes que históricamente se han planteado en relación con el Estado y se expresan en los dos componentes o elementos, popular y liberal (o democrático y garantista), del poder público: ¿Quién legitima? ¿Quién ofrece garantías?

Para poder dar una respuesta a estos interrogantes, es preciso examinar con carácter previo la «morfología» del ordenamiento jurídico global.

Los Estados que se han adherido a la ONU son 192. Las organizaciones internacionales, según los datos del *Yearbook of International Organizations*²³, son –como ya se ha indicado– más de 2.000. Las organizaciones no gubernamentales –organizaciones de la sociedad civil, de productores, consumidores, etc.– son unas 20.000 (otras estimaciones señalan 44.000). Se trata de una realidad más relevante de lo que nos parece, en parte porque los poderes públicos no territoriales son poco visibles.

La estructura de las organizaciones internacionales se articula en una asamblea representativa y en un secretariado. La primera está formada por representantes de los Estados. El segundo se basa en el modelo del secretariado de la antigua Sociedad de Naciones, propuesto originariamente por Sir Eric Drummond.

[22] Sobre estos aspectos, D. ARCHIBUGI, «La democrazia cosmopolitica: una prospettiva partecipante», *Rivista italiana di scienza politica*, 2 (2005), pp. 261-88.

[23] Union of International Associations, *Yearbook of International Organizations*, Saur, München, 2005.

En la fase inicial de creación de las organizaciones internacionales se propusieron dos modelos de secretariado: el sugerido por Sir Eric Drummond, adoptado por la Sociedad de Naciones, y el elaborado por Albert Thomas, acogido en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²⁴. Drummond concebía el secretariado como un órgano cuyos miembros eran «figuras sin rostro» (*face-less figures*), al estilo de los funcionarios ingleses (*civil servants*). Este órgano debía ser neutral, separado de la política y compuesto de sujetos seleccionados en función de criterios de mérito y capacidad. Drummond llevaba así a la organización internacional una idea ya experimentada a nivel estatal, modificando parcialmente su contenido: la neutralidad ya no lo era respecto de la política o de los destinatarios de las normas, sino respecto de las naciones. Thomas, por el contrario, postulaba que el secretariado debía estar formado con elementos nacionales y reflejar la composición representativa de la Conferencia de las Partes.

Las organizaciones internacionales han apostado de ordinario por el primer modelo, aunque hayan incorporado algunas características del segundo, como consecuencia, en particular, de la presión política ejercida por los países en vías de desarrollo a favor de las cuotas nacionales.

A partir de este primer modelo se han construido numerosas variaciones organizativas. Así, por ejemplo, en primer lugar, la asamblea puede estar formada por representantes de los Estados que son, por lo demás, los promotores originarios de la organización internacional. Es el caso de Naciones Unidas. Otras organizaciones, en cambio, están constituidas por Estados, aunque no hayan sido creadas por ellos, como por ejemplo sucede en la Comisión del *Codex Alimentarius*.

[24] Véase *infra*, cap. IV, epígrafe 2.

Otras muchas organizaciones internacionales, en segundo lugar, no están integradas por los Estados mismos, sino por algunas de sus instituciones u órganos internos. Como tales, no se trata de organizaciones personificadas. Su forma de trabajo se articula en forma de red o a modo de asociaciones de autoridades nacionales. Es el caso, por ejemplo, de la Red Internacional de la Competencia (*International Competition Network*, ICN), constituida por las autoridades nacionales de defensa de la competencia; o de la Organización Internacional de Comisiones del Mercado de Valores (*International Organization of Securities Commissions*, IOSCO)²⁵, constituida por las autoridades nacionales de supervisión de la Bolsa.

Otras organizaciones, en tercer lugar, se constituyen y actúan con sometimiento al Derecho privado o adquieren personalidad jurídica de acuerdo con el Derecho interno de un concreto Estado. Un buen ejemplo lo representa la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), que, como luego se insistirá, es una entidad sin ánimo de lucro constituida de acuerdo con el Derecho estadounidense y registrada en California, conforme a las reglas de este Estado, y cuya función consiste en organizar los protocolos técnicos y gestionar los nombres de dominios a nivel mundial (*Domain Name System*). Se trata de una entidad que, pese a su naturaleza privada, lleva a cabo una relevante función pública regulatoria por parte de los organismos reguladores. No puede considerarse, por otra parte, una organización del todo independiente, puesto que está sujeta a las reglas de aquel sistema (de hecho, se han criticado sus estrechos vínculos con el Gobierno estadounidense). Otro ejemplo de organizaciones de esta naturaleza lo encontramos

[25] Sobre las organizaciones internacionales y sobre los distintos modos de instituirse, véase la obra fundamental de S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Giuffrè, Milano, 2003, que es el primer y más importante análisis del desarrollo del Derecho Administrativo global.

en la Organización Internacional para la Normalización (ISO), ente privado que establece estándares internacionales.

Las normas internacionales, por lo general, disponen que los órganos colegiados de las instituciones globales decidan por consenso. De un lado, es claro que una rígida exigencia de la unanimidad supondría de hecho la paralización de la actividad de las organizaciones globales. De otro, sin embargo, la adopción del principio mayoritario²⁶ implicaría una limitación excesiva de la soberanía de los Estados. Sea como fuere, lo cierto es que cada vez son más numerosos los casos de toma de decisiones por mayoría cualificada.

Además de la asamblea y del secretariado, la estructura de las organizaciones internacionales incluye con frecuencia la figura de los comités, compuestos por representantes de las Administraciones nacionales. Los comités cumplen una triple función, a saber: llevan a la Administración global los intereses de las burocracias nacionales; mantienen a sus respectivas Administraciones bien informadas acerca de las decisiones que adoptan las Administraciones supranacionales; y, por último, hacen posible la negociación entre las Administraciones nacionales. El diálogo entre los Estados y los organismos globales puede garantizarse, por tanto, no sólo por medio de los representantes políticos, sino también a través de los órganos administrativos.

[26] Sobre el principio de mayoría, véase E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Adelphi, Milano, 1987. En los colegios medievales las decisiones se asumían por unanimidad. Allí donde, sobre todo en cuestiones religiosas, la controversia no podía reducirse por acuerdo amigable, se recurría a la llamada *itio in partes*. Sucesivamente, también cuando la unanimidad fue sustituida por el principio de mayoría (sobre el que el ilustrado Condorcet desarrolló reflexiones fundamentales), se ha pensado que debía mantenerse una excepción para el procedimiento de las decisiones tomadas por las organizaciones internacionales. En este caso, en efecto, la adopción del principio de mayoría habría comportado el riesgo de la asunción de decisiones contra la voluntad de un Estado.

Los comités se encuentran presentes en las organizaciones globales y en las regionales. En uno u otro caso, poseen características similares. En la Unión Europea, los comités constituyen un fenómeno de notable importancia (conocido como «comitología») y se cuentan por varios cientos.²⁷ A ello se añaden los comités del Consejo y los formados por expertos, sumando en total unos 1.500. La función principal que cumplen los comités consiste en el asesoramiento de la Comisión para el cumplimiento de las competencias que ésta tiene atribuidas tanto en lo que se refiere a la preparación de la legislación secundaria como respecto de las tareas administrativas o de ejecución de acuerdo con lo que dispone el artículo 202 TCE.

Si nos atenemos a las funciones que desempeñan las organizaciones internacionales, podrían distinguirse cuatro clases. La primera es la de aquellas organizaciones que actúan como agentes al servicio de los Estados. Aquí, los Estados son los que les atribuyen las funciones y competencias que consideren oportunas y deciden sobre su revocación; controlan su ejercicio; y llevan a cabo tareas y funciones paralelas o concurrentes. El segundo tipo es el de aquellas organizaciones que actúan sobre la base de delegaciones otorgadas por los Estados. En este caso, los Estados se sitúan en una posición análoga a la anterior, aunque no pueden controlar el ejercicio de las funciones que le han sido delegadas a la organización internacional. La tercera clase la integran aquellas organizaciones en cuyo favor los Estados realizan una plena transferencia de competencias. En estos supuestos, los Estados se desprenden de competencias atribuidas y no pueden revocar el acto de transferencia, ni controlar el ejercicio de esas competencias por parte de la organización internacional. El cuarto supuesto es el de las organizaciones que ejercen competencias distintas a las que llevan a cabo los Estados. Se trata de funciones que éstos no podrían desarrollar individualmente. Los

[27] Véase la síntesis de M. SAVINO, voz «Comitología», en S. Cassese (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. II, pp. 989-999.

Estados, en estos supuestos, constituyen, o contribuyen a constituir, la organización internacional y reconocen colectivamente su poder de regulación en materias que se encuentran fuera de la soberanía estatal²⁸.

La estructura global puede definirse, por seguir la terminología que la ciencia política americana utiliza respecto del federalismo cooperativo, como una «tarta veteada» (*marble cake*), en lugar de «tarta por capas» (*layer cake*). Es decir, no existe una clara distribución de competencias y pueden darse algunos solapamientos parciales. El proceso de decisión global es de carácter mixto; la supranacionalidad se articula en forma de *red*, en el marco de una relación estable con las Administraciones nacionales. Desde esta perspectiva, la expresión constitucionalismo multinivel (*multilevel constitutionalism*)²⁹ no da cuenta de la complejidad de las estructuras y de los procesos de toma de decisiones.

El diálogo entre las organizaciones globales y la sociedad civil a escala nacional (e incluso global, aunque ésta última se encuentra en formación) presenta algunos problemas adicionales. El primero se refiere a la objetiva desproporción en términos cuantitativos o de número (piénsese, por ejemplo, en la población mundial). El segundo hace referencia a la dificultad intrínseca de la participación de la sociedad civil en los entes de carácter global, tanto desde un punto de vista jurídico, como consecuencia de la complejidad de los procedimientos, como desde una perspectiva material, habida cuenta de que con frecuencia los intereses nacionales no resultan

[28] Véase esta clasificación en D. SAROOSHI, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2005, y la recensión de J. E. ALVAREZ, *American Journal of International Law*, 101/3 (2007), pp. 674 y ss.

[29] Sobre la teoría del constitucionalismo multinivel véase I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited», *Common Market Law Review*, 36/4 (1999), pp. 703 y ss.; *id.*, «Multilevel Constitutionalism in the European Union», *European Law Review*, 27/5 (2002), pp. 511 y ss.

convergentes, sino fragmentados a nivel interno. Ello no obstante, los organismos globales han sabido establecer relaciones directas e indirectas con la sociedad civil. Así, por ejemplo, se ha conseguido la participación mediante la presencia de organizaciones no gubernamentales en los procedimientos de elaboración de los tratados, en la defensa de los intereses propios, y en la supervisión y el seguimiento de las actuaciones de esas organizaciones.

Tradicionalmente, las normas internacionales se han expresado a través de tratados o convenciones. Se habla en ese sentido de Derecho transaccional (*transactional law*). A estas normas se añaden las que producen o emanan las mismas organizaciones internacionales. En este último supuesto, la eficacia vinculante de esas normas puede derivar, bien directamente de la fuente que las genera, o bien reconocerse o atribuirse por otro sujeto internacional. Piénsese, por ejemplo, en que los estándares establecidos por la Comisión del *Codex Alimentarius* han adquirido desde 1995 mayor fuerza jurídica porque la Organización Mundial del Comercio se remite a ellos como forma de asegurar que se cumplen los límites impuestos al comercio mundial en nombre de la seguridad alimentaria.

Estas normas, convencionales o emanadas de organizaciones internacionales, se vinculan o asocian en términos de jerarquía a las normas nacionales. Es el caso de los estándares globales, que se sitúan por encima de las normas nacionales, de acuerdo con la tradición clásica del Derecho interno³⁰.

El ordenamiento jurídico global, sin embargo, no se desenvuelve exclusivamente a través de relaciones de carácter vertical –del nivel nacional al global y viceversa–, sino también en un plano horizontal.

[30] Véase, V. CRISAFULLI, «Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4 (1960), pp. 775 y ss., y también en *Studi in onore di Guido Zanobini*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1965, pp. 174-208.

Se trata de un ordenamiento que se basa fundamentalmente en la cooperación, sea a nivel interestatal o global en sentido estricto.

El principio de mutuo reconocimiento constituye un buen ejemplo de las relaciones de naturaleza horizontal. En virtud de este principio³¹, si un banco francés, por ejemplo, observa los requisitos exigidos para ejercer la actividad bancaria en su Estado de origen o pertenencia (Francia), podrá operar en Italia, como país de destino, de la misma manera que si estuviera autorizado de acuerdo con el Derecho italiano. Y viceversa para un banco italiano que opere en Francia. Así, se podría decir, un fragmento del Derecho Administrativo francés se emancipa del ámbito territorial de origen y se aplica en Italia.

Como Gino Gorla ha puesto de manifiesto, el fenómeno de la porosidad de los ordenamientos jurídicos no representa una novedad³². En su análisis de la práctica seguida por los grandes tribunales europeos entre los siglos XVI y XVIII, Gorla identificó un criterio de resolución de las controversias que puede interpretarse como uno de los primeros ejemplos de apertura lateral entre ordenamientos jurídicos. Al órgano judicial se le permitía acudir a una *lex alius loci*, o *extera*³³, cada vez que en la *lex loci*³⁴ o en el Derecho común, el caso no se hubiera decidido (no se encontrara *decisus* el caso *sub iudice*) o éste fuese controvertido.

[31] Para un análisis del principio de equivalencia en el ámbito europeo, véase L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, il Mulino, Bologna, 2006.

[32] Véase, de G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1941; «I 'Grandi Tribunali' italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della Storia politico-giuridica d'Italia», *Quaderni del Foro Italiano*, 1969; *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981; *Iura naturalia sunt immutabilia. I limiti al potere del principe nella dottrina e nella giurisprudenza fiorense tra i secoli XVI e XVII*, Olschki, Firenze, 1982.

[33] Ley de lugar ajeno o exterior [N. del T.].

[34] Ley del lugar [N. del T.].

Los efectos que el recurso a la ley extranjera producían eran sin duda relevantes. Aun cuando la ley del otro ordenamiento no obligara directamente a los súbditos, se podía acudir a ella a modo de *doctrina magistralis* o de un *responsum prudentium*. Su adopción por parte de un juez permitía declarar *decisius* el caso en el ordenamiento de destino y permitía la formación de una *consuetudo iudicandi* con eficacia vinculante. Se producía de este modo una verdadera recepción de la *lex alius loci* y una transferencia gradual, aunque permanente, de normas jurídicas que, por obra del juez y una vez depuradas, daban respuesta a toda una materia.

A su vez, el entrelazamiento de nuevos acuerdos de mutuo reconocimiento termina por generar uniformidad en el régimen jurídico de las diversas materias, al tiempo que lleva hacia una verdadera armonización.

Sin embargo, en los ordenamientos globales falta, como ya se ha notado, un elemento fundamental de la experiencia estatal, a saber: un cuerpo o conjunto de reglas generales. Existen, eso sí, además de unas cuantas reglas consuetudinarias, normas sectoriales³⁵ y regímenes específicos para la pesca, para el uso del agua, el transporte de material peligroso, la tutela del medio ambiente, la navegación marítima, aérea, etc.³⁶

Ante los inconvenientes de esa marcada sectorialización, el ordenamiento jurídico global pretende salir al paso a través de diversas vías. La primera y más difundida respuesta consiste en la suma o

[35] Sobre ellas véase S. D. KRASNER (ed.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983.

[36] El carácter sectorial de tales ordenamientos reclama el concepto de ordenamiento de sección, desarrollado en 1949 por Massimo Severo Giannini en un estudio sobre el ordenamiento crediticio. Véase M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1993, pp. 171 y ss. Y, con posterioridad, *id.*, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati*, en S. Amoroso (ed.), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1991.

acumulación de perspectivas sectoriales, como consecuencia de la yuxtaposición de los diversos regímenes legales y de reguladores que operan más allá del Estado³⁷.

La segunda fórmula reside en la creación de una red de conexiones horizontales entre distintos cuerpos normativos (*connecting regimes*). Por ejemplo, como ya se ha mencionado, para evitar que un Estado imponga obstáculos técnicos al comercio (*technical barrier to trade*), fijando estándares alimentarios propios que dificulten la importación de productos extranjeros, la Organización Mundial del Comercio (OMC) se remite a otro cuerpo normativo y exige la observancia de los requisitos mínimos de seguridad alimentaria establecidos por otra autoridad global. Se entrecruzan así intereses heterogéneos: el libre comercio de una parte, la salud de otra.

Una tercera forma se localiza en la participación de los sujetos interesados³⁸. Por ejemplo, en Italia, desde finales de los años treinta, el Consejo de Estado ya tenía reconocido el derecho a ser oído³⁹. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1990 reguló después la intervención de los sujetos privados e impuso el principio de transparencia de la actividad administrativa. Los tribunales y los órganos de resolución de conflictos de carácter global, desde su nacimiento, comenzaron a tomar decisiones en la misma dirección. Así, por ejemplo, en el caso *U.S.-Shrimps*, el órgano de apelación de

[37] Con este propósito, el Tribunal de arbitraje previsto por la Convención para el Derecho del Mar ha señalado: «[t]he current range of international legal obligations benefits from a process of accretion and cumulation», Tribunale arbitrale (Annex VII Unclos), SBT Case, n. 52, 14 agosto 2000 (véase S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 16, nota 22).

[38] Sobre la participación de los sujetos privados en el procedimiento administrativo véase S. CASSESE, «Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza», *Archivio giuridico*, 1970, n. 1-2, pp. 25 y ss.

[39] La jurisprudencia, en distintos países, ha contribuido notablemente al desarrollo de los derechos de participación.

la OMC llegó a la conclusión de que los Estados Unidos de América, al no prever una certificación (*certification*)⁴⁰ para ninguno de los Estados solicitantes e impedir así la posibilidad formal de ser oído y de debatir las cuestiones planteadas en términos bilaterales y contradictorios durante el proceso, actuaron de una manera que incurre en una discriminación arbitraria e injustificable entre los miembros de la organización, lo que, por otra parte, resulta contrario a las prescripciones establecidas en el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)⁴¹.

De cuanto ha quedado dicho se desprende que el ordenamiento jurídico global se basa también en relaciones horizontales, y no sólo en relaciones de carácter vertical; que las normas que gobiernan y regulan esas relaciones no forman un cuerpo general y unitario, sino que se encuentran fuertemente sectorializadas; y, en fin, que es posible compensar esa sectorialización mediante un constante proceso de *adición y acumulación*; la interconexión de los diversos cuerpos normativos; y la participación de los interesados.

La actividad administrativa en el ámbito global posee una doble naturaleza. De una parte, constituye un impulso, una guía y un estímulo para el ordenamiento global; de otra, sirve para controlar el grado de cumplimiento de los ordenamientos nacionales que actúan en el ámbito global como organismos coadyuvantes o de segundo grado. Por ejemplo, en el caso de Ali Ahmed Yusuf, sobre el que volveremos en el siguiente capítulo, la autoridad administrativa global identificó al sujeto pasivo que habría de someterse a un concreto régimen legal. A ello se añadía, sin embargo, un reglamento europeo

[40] Procedimiento de la Administración americana dirigido a asegurar que el país exportador protege, según los criterios dictados por los EE. UU., las tortugas marinas durante la pesca de crustáceos.

[41] Wto Appellate Body, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, AB-1998-4, WT/DS58/AB/R, 12 octubre 1998.

sobre fondos bancarios en el que se establecían cómo debía realizarse el secuestro de fondos bancarios. Y, finalmente, un Estado, Suecia, llevó a cabo la ejecución material de lo dispuesto en esas normas. Aquí estamos, pues, ante una pluralidad de sujetos insertos en una secuencia procedimental unitaria.

Por otro lado, la actividad administrativa de carácter global se lleva a cabo a través de formas variadas. Las organizaciones globales se ocupan ante todo de la actividad interna, en particular de las cuestiones presupuestarias y de personal. En segundo término, cooperan con otras organizaciones globales y con las Administraciones nacionales. Y, finalmente, despliegan una actividad de control. Por ejemplo, para asegurar que las Administraciones nacionales ejerzan de forma efectiva las tareas que les han sido asignadas, se constituyen con frecuencia comités de seguimiento o supervisión (*compliance comités*), que actúan como órganos cuasi-jurisdiccionales o de resolución de conflictos y cuyo objeto consiste en examinar la conformidad de la acción administrativa, y ante los que se sigue un proceso bilateral y contradictorio, aunque en forma un tanto rudimentaria. De acuerdo con una investigación reciente⁴², el número de tribunales internacionales asciende a ciento doce, la mayoría de ellos de carácter penal. Sólo una parte, por tanto, son tribunales administrativos, constitucionales o civiles.

A ellos pueden acudir sujetos muy variados, situados en todos los niveles de gobierno. Las partes procesales pueden ser privadas o públicas. La mayoría de las veces son muy diversas y de diferente pro-

[42] Desarrollada por el *Project on International Courts and Tribunals*, constituido en 1997 por el Center on International Cooperation de la New York University y por el Centre for International Courts and Tribunals dell'University College di Londra (véase www.pict-pecti.org).

cedencia. Fuera de los ordenamientos nacionales, el litigio de carácter multilateral (*multipolar litigation*) constituye la regla general⁴³.

Al margen de esos tribunales, en el ámbito global existen además numerosos organismos a los que tanto los sujetos privados como los Estados pueden acudir para que se enjuicien y controlen las decisiones de carácter global y la observancia del Derecho y de los derechos subjetivos afectados. Estos organismos son parcialmente independientes, siguen procedimientos contradictorios y adoptan decisiones que vinculan a las partes. Pueden definirse como organismos cuasi jurisdiccionales.

El problema más delicado reside en la ejecución de las resoluciones judiciales. En el ordenamiento jurídico global, en efecto, no siempre se cuenta con instrumentos suficientes y efectivos para hacer ejecutar lo juzgado. Se recurre por ello a sucedáneos o mecanismos sustitutivos, uno de los cuales es la retorsión (*retaliation*). Por medio de ella, la ejecución de lo juzgado se deja a la parte perjudicada, aunque bajo la dirección del juez. Si, por ejemplo, un grupo de empresas estadounidenses adopta alguna práctica de *dumping* que perjudica a la Unión Europea, el tribunal internacional puede permitir que la Unión Europea adopte medidas para aumentar los derechos aduaneros sobre las mercancías provenientes de los Estados Unidos, si bien, ello sólo podrá ocurrir en la medida y durante el tiempo que estime el tribunal global. En la actualidad se exploran otras fórmulas como consecuencia de las importantes asimetrías que existen entre los Estados⁴⁴.

[43] La expresión se encuentra en un ensayo del estudioso americano L. L. FULLER publicado tras su muerte: «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, 92 (1978), pp. 353 y ss.

[44] Sobre tribunales internaciones en general, véase P. SANDS, *Lawless World*, Penguin, London, 2005.

Ahora podemos intentar ofrecer una primera respuesta a las dos cuestiones planteadas al principio, aunque habremos de volver al final del trabajo: ¿Quién legitima? ¿Quién ofrece garantías?

La respuesta tradicional sostiene que el ordenamiento jurídico global se basa en un sistema de legitimación indirecta, esto es, la que deriva de los Estados nacionales.

Ahora bien, el cuadro y la cuestión se complican si se mira a las parcelas del ordenamiento jurídico global que operan con autonomía respecto de los Estados. Piénsese, por ejemplo, en la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN) y en la Red Internacional de Autoridades de Competencia (IOSCO). Los Estados no han constituido estas organizaciones y, en consecuencia, carecen de una legitimación democrática indirecta.

El déficit democrático puede paliarse de dos maneras. La primera vía consiste en acudir a mecanismos de legitimación alternativos. Entre éstos se pueden citar, en primer lugar, los comités compuestos por representantes de las Administraciones nacionales o de la sociedad civil, que, con su propia actividad, se introducen en el proceso de decisiones globales; en segundo término, las organizaciones no gubernamentales, que actúan en estrecho contacto con las instituciones globales, bien sea a través de la evaluación y el análisis, el incentivo o impulso, o el control; y, por último cabe recordar la participación de los interesados en el proceso de toma de decisiones (en tal caso se habla de *democracia deliberativa*: las decisiones se someten, en la fase de instrucción, al examen de los destinatarios o del público en general, y a los que se les consiente la intervención y la réplica).

El segundo modo de atenuar el déficit democrático en el ámbito global reside en el recurso a la técnica de lo que se conoce como *countervailing powers* o contrapeso entre poderes. El ordenamiento

global se apoya sobre ordenamientos nacionales. Si, por ejemplo, ha de efectuarse un registro en el domicilio de un ciudadano ateniense, en cumplimiento y ejecución de una orden comunitaria, deberá solicitarse la autorización previa del juez griego. Los principios de las Constituciones nacionales, por tanto, pueden servir de límites al ordenamiento global.

Una advertencia a este respecto. El problema del déficit democrático se manifiesta en el ordenamiento global de manera distinta a como se expresa en el ámbito estatal. Baste pensar en los motivos que históricamente han justificado la existencia de los parlamentos nacionales y en que éstos fueron creados para controlar la actividad del ejecutivo. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico global no se plantea el mismo problema, ya que el problema no se presenta por contraste o en oposición a un fuerte poder ejecutivo.

Por ejemplo, una asociación norteamericana de empresas químicas, con base en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1946 (*Administrative Procedure Act*), tiene derecho a ser escuchada en el curso de un procedimiento que tenga por objeto la adopción de una decisión administrativa que pueda afectarle, así como el derecho a su revisión judicial una vez adoptada (*judicial review*). Pero, ¿quién garantiza a la asociación los mismos derechos cuando las decisiones sean adoptadas en Ginebra en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC)? Los derechos reconocidos en los Estados Unidos corren el riesgo de evaporarse si la decisión se toma en otros lugares.

Por tanto, resulta importante preguntarse si en el ámbito global existen también derechos de participación, obligaciones de transparencia y control judicial.

La respuesta es positiva. En el orden global podemos encontrar estos mecanismos o instituciones, que han crecido, por otra parte, con una rapidez extraordinaria. Se encuentran, sin embargo, en un estadio todavía muy rudimentario, lo que resulta evidente si se com-

paran las normas globales con las nacionales, en las que por otro lado se inspiran.

Ello no obstante, el ordenamiento global cuenta con una enorme riqueza y variedad de disposiciones en la materia. Hay, por ejemplo, normas globales que prescriben la participación de sujetos privados en los procedimientos administrativos estatales, o bien la participación de los Estados en procedimientos administrativos globales, e incluso la participación de los Estados en procedimientos administrativos de otros Estados, así como, en fin, la participación directa de sujetos privados en procedimientos administrativos globales⁴⁵. Asistimos, en suma, a un incremento de la complejidad de las formas de participación de los sujetos privados en los procedimientos administrativos y a la emergencia en el seno de los Estados de una vertebración y entrelazamiento de procedimientos en red.

Por una parte, el nivel global incide en las relaciones entre Estados y ciudadanos; por otra, regula fenómenos de participación de los Estados (y de sus ciudadanos) en el ordenamiento global, hipótesis ambas que en el ordenamiento nacional no existen o sólo existen en ámbitos sectoriales (por ejemplo, en las relaciones entre Estado y regiones).

[45] Véase S. BATTINI, «International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?», *ILJ Working Paper* 2005/3, Global Administrative Law Series, disponible en ilj.org.