

CAPÍTULO CUARTO

GLOBALIZACIÓN, ESTADO Y DERECHO

I. EL DEBATE SOBRE EL ESTADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

Como ya hemos señalado en el capítulo introductorio de este libro, el tema del impacto de la globalización sobre el Estado es uno de los más discutidos y que mayor interés ha suscitado en los tiempos recientes. En los extremos del debate pueden identificarse dos polos que proponen hipótesis distintas sobre la naturaleza y alcance de dicho impacto. Por un lado, uno de esos polos sostiene que la globalización ha de llevar a la disolución del Estado o, por lo menos, a su debilitamiento fundamental. Por otro lado, el polo alternativo defiende la idea de que el Estado se está transformando de diversas maneras, en una especie de proceso de adaptación a los procesos y fenómenos identificados con la llamada globalización. A continuación reseñamos dos trabajos representativos de una y otra postura, para después fijar nuestra propia posición respecto del tema debatido.

1. *La tesis de la disolución del Estado*

Un ejemplo de la primera postura puede encontrarse en el trabajo de Jessica Mathews, quien sostiene que los *absolutos* del sistema de Westfalia se están “disolviendo”. Entre esos absolutos, la autora identifica los siguientes: la idea de Estados territorialmente fijos en los que todo lo de valor se encuentra dentro de las fronteras del Estado; la concepción de una autoridad única y secular que gobierna cada territorio y que lo representa hacia afuera, allende sus fronteras; la noción de la inexistencia de otra autoridad por encima de los Estados.¹⁶³ Asimismo, para esta autora, el Estado-nación se encuentra asediado por diversos frentes, por lo que esos absolutos se ven cada vez más debilitados, lo cual ha de resultar en el declive de aquel.

¹⁶³ Mathews, Jessica, “Power Shift”, *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 1, 1997, p. 50.

Cabe señalar que Mathews identifica como el motor principal de esta tendencia a las nuevas tecnologías de información electrónica, que reducen drásticamente los costos de comunicación, consulta y coordinación, favoreciendo la creación y consolidación de redes descentralizadas de individuos y grupos capaces de competir con éxito con estructuras jerárquicas de las instituciones tradicionales (como el Estado).¹⁶⁴ Así, la autora observa que estos desarrollos han permitido el surgimiento de actores no estatales que compiten con ventaja contra el Estado. Como ejemplo de ello, Mathews se refiere a la enorme expansión en el número de organizaciones no gubernamentales (ONG), cuyo papel e influencia en la vida interna y externa de los Estados se ha multiplicado en los últimos años. Sus recursos financieros, su experiencia técnica y sus conocimientos se aproximan, y a veces rebasan los de gobiernos más pequeños y de organizaciones internacionales (por ejemplo, Amnistía Internacional). Además —observa la autora— las organizaciones han penetrado las estructuras oficiales de toma de decisiones (tanto nacionales como internacionales), y de esa forma influyen ya de manera importante en la política pública.¹⁶⁵

Por otro lado, Mathews observa el surgimiento, expansión y desarrollo de las corporaciones multinacionales como otro elemento más de la erosión del poder del Estado-nación. Estas grandes empresas tienden a desconectarse de los intereses de sus países de origen, a transferir empleos a otros países del mundo, a evadir impuestos y a erosionar la soberanía económica de las naciones. Por otro lado, la rápida globalización de los mercados financieros que ha ocurrido en la última década se ha traducido en una pérdida de control de parte de los Estados-nación. Los mercados, entonces, son los que establecen reglas de facto que además pueden imponer con su propia fuerza, y aunque los Estados pueden intentar oponerse a ellos, los castigos son sumamente severos en términos de pérdida de capitales extranjeros, tecnología y empleo doméstico.¹⁶⁶ Asimismo —señala Mathews— las fuerzas que impulsan la economía global han alimentado organizaciones criminales

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 52.

¹⁶⁵ Observa esta autora que hoy día las ONG proporcionan más asistencia para el desarrollo que el sistema de la ONU en su conjunto, excluyendo al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional. “The range of these groups’ work is almost as broad as their interests. They breed new ideas; advocate, protest, and mobilize public support; do legal, scientific, technical, and policy analysis; provide services; shape, implement, monitor, and enforce national and international commitments; and change institutions and norms”. *Ibidem*, pp. 53-55.

¹⁶⁶ En la actualidad el movimiento de capitales en los mercados financieros que se da en un día equivale a cien veces el volumen del comercio mundial. *Ibidem*, p. 57.

de alcance también global, como el narcotráfico, que aprovecha la porosidad de las fronteras y los espacios financieros transnacionales y representa un desafío a la seguridad del Estado. Como se puede ver en la experiencia de varios países latinoamericanos, el narcotráfico es un problema que los Estados aislados no pueden enfrentar con éxito por sí solos.

En tercer lugar, afirma Mathews respecto de las organizaciones internacionales, que si bien hasta hace poco eran consideradas como instituciones de los Estados-nacionales, actualmente han desarrollado bases propias (*constituencies*) y, a través de las ONG han establecido conexiones directas con los pueblos del mundo. Además, son fuente de *soft law*, es decir, de normas y principios en forma de orientaciones, prácticas recomendadas, resoluciones no obligatorias, en rápida expansión, con gran eficacia, elaboradas por equipos de especialistas, abogados, científicos, e implementadas y monitoreadas por una influyente clase de servidores civiles internacionales.¹⁶⁷

Por último, observa Mathews que la política internacional ya no puede pensarse en términos de Estados que compiten entre sí, y que defienden sus territorios y representan a sus pueblos hacia afuera. Por encima y por debajo del Estado-nación han surgido entidades que compiten exitosamente con el Estado arrebatándole algunos de sus poderes y referentes emocionales tradicionales. Ejemplos de este tipo de entidades son las instituciones supranacionales, como la Unión Europea y unidades subnacionales (se refiere a nacionalidades que permanecieron “ocultas” tras la imagen de unidad de muchos Estados-nacionales que étnica y/o culturalmente eran muy diversos), que cada vez buscan con mayor fuerza desempeñar algún papel a nivel internacional. Pero quizá el desarrollo más importante en este aspecto es el rápido crecimiento de autoridades híbridas que incluyen a actores estatales y no estatales, como la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, y muchas más.¹⁶⁸ En estos híbridos, la línea entre lo público y lo privado se vuelve borrosa, y en ocasiones a los Estados les toca jugar un papel menor.

La conclusión de Mathews es que el poder del Estado-nación tiende a disolverse y declinar en las presentes circunstancias. Los Estados están dejando de ser la unidad natural para resolver problemas. La revolución de la información y de la tecnología de la comunicación tiende a favorecer a

¹⁶⁷ Lo anterior es cierto tanto por lo que respecta a la labor de la ONU en el monitoreo (activo y no solo pasivo) de elecciones en el mundo como en lo relativo a la participación de instituciones financieras internacionales en los asuntos domésticos de los estados. *Ibidem*, pp. 58 y 59.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

actores no estatales, y los Estados cada vez más se verán obligados a seguir decisiones que serán tomadas por otras entidades y actores en su lugar.¹⁶⁹

2. *La tesis de la transformación del Estado*

Por su parte, otras autoras, como Anne Marie Slaughter,¹⁷⁰ sostienen que el papel del Estado no ha disminuido, sino que ha cambiado, lo cual implica que si bien dicha institución conserva un significativo grado de importancia, han aparecido una amplia gama de actores no estatales que poseen cada vez mayores capacidades para estructurar la política y la economía globales.¹⁷¹ De hecho, Slaughter se pronuncia contra los “neomedievalistas”,¹⁷² que proclaman el fin del Estado-nación, señalando dos puntos que estos pierden de vista:

a. El poder privado no es sustituto del poder estatal. Todavía la regulación estatal es preferible para los distintos actores interesados en poner límites o dar algún tipo de cauce a la conducta de otros actores.¹⁷³

b. El traslado de poder que está ocurriendo en el nuevo entorno internacional no implica un juego de suma-cero. En este sentido, para Slaughter, lo que actores no estatales ganan en poder no implica necesariamente una pérdida de poder para el Estado. Por ejemplo, las ONG crean redes con otras ONG de diversos países, y así ejercen presión sobre otros actores domésticos no estatales que tradicionalmente han tenido un importante poder de negociación frente a sus respectivos Estados-nacionales.¹⁷⁴

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

¹⁷⁰ Slaughter, Anne-Marie, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 5, 1997.

¹⁷¹ Véase en esta línea el trabajo de Higgott, R. *et al.*, “Introduction: globalisation and non-state actors”, en Higgott, Richard *et al.* (eds.), *Non-State Actors and authority in the Global System*, Londres y Nueva York, Routledge, 2000, p. 1.

¹⁷² Algunos autores han trazado una analogía entre el mundo medieval y el orden mundial actual. Por ejemplo, Korbin ha identificado cuatro aspectos del mundo medieval aplicables en la actualidad: 1. La geografía era ambigua, y las fronteras inestables y mal definidas; 2. Las lealtades y alineaciones múltiples eran la regla y no la excepción; 3. Las elites eran cosmopolitas y no ligadas en sus lealtades a un territorio particular; y 4. Había una nostalgia por la restauración del orden de Roma. Korbin, “Back to the future, Neomedievalism and the postmodern digital world economy”, en Prakash, Aseem y Hart, Jeffrey, *op. cit.*, pp. 165-187.

¹⁷³ Por ejemplo, los ambientalistas prefieren tener en su país una ley que proteja el medio ambiente, por encima de la opción de alcanzar dicho objetivo organizando boicots contra las empresas que dañan el medio ambiente.

¹⁷⁴ Por ejemplo, ONG internacionales aliadas con ONG chilenas, apoyando ambas al gobierno chileno en su decisión de procesar a militares que incurrieron en violaciones graves de derechos humanos durante la dictadura de Pinochet.

Por ello es que la lectura de Slaughter en relación con lo que está pasando es distinta a la de Mathews. Para la primera, el Estado no está desapareciendo, sino que se está transformando, y esa transformación significa —y esta es una opinión muy particular del esquema de esta autora— la desagregación en partes separadas y funcionalmente distintas. Estas partes, tales como tribunales, agencias de regulación, ejecutivos y hasta legislativos —afirma la autora— están entrando en redes con sus contrapartes del exterior, creando una densa ramificación de relaciones que constituyen un nuevo orden “transgubernamental”.¹⁷⁵

Por otra parte, para Slaughter este fenómeno “transgubernamental” ofrece mejores perspectivas que otras opciones de “gobernanza internacional”¹⁷⁶ (por ejemplo, a través de burocracias internacionales), en términos de eficacia y rendición de cuentas. Esto es así, puesto que, por un lado, aprovecha las estructuras, la experiencia, las burocracias, las agencias públicas existentes en los Estados, si bien bajo un esquema complejo de interacciones entre actores estatales adscritos a diversos Estados; y por otro lado deja abierta la posibilidad de control de las instituciones gubernamentales por parte de los ciudadanos nacionales, a través de los mecanismos tradicionales de control y rendición de cuentas.¹⁷⁷

Como un ejemplo del fenómeno “transgubernamental”, Slaughter examina el patrón de relaciones que se está formando entre poderes judiciales de una multiplicidad de Estados. El concepto que emplea para referirse a este fenómeno es el de “política exterior judicial”:

Los jueces están construyendo una comunidad jurídica global. Ellos comparan valores e intereses basados en su creencia en el derecho como algo distinto

¹⁷⁵ “Disaggregating the state into its functional components makes it possible to create networks of institutions engaged in a common enterprise even as they represent distinct national interests. Moreover, they can work with their subnational and supranational counterparts, creating a genuinely new world order in which networked institutions perform the functions of a world government —legislation, administration, and adjudication— without the form”. Slaughter, Anne-Marie, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 5, 1997, pp. 183, 184 y 195.

¹⁷⁶ El concepto de gobernanza internacional o global será examinado posteriormente en el presente trabajo. Por ahora, podemos adelantar que presupone la existencia de una serie de temas y problemas que no pueden ser eficazmente resueltos o regulados por los Estados-nacionales, en razón de que trascienden las fronteras de estos individualmente considerados (terrorismo, medio ambiente, evasión fiscal, inmigración). Por ello, se requiere de mecanismos transnacionales (transestatales?) de resolución o regulación.

¹⁷⁷ “Transgovernmentalism offers answers to the most important challenges facing advanced industrial countries: loss of regulatory power with economic globalization, perceptions of a ‘democratic deficit’ as international institutions step in to fill the regulatory gap, and the difficulties of engaging non-democratic states”. *Ibidem*, p. 197.

pero no divorciado de la política y su visión de sí mismos como profesionales que deben estar aislados de la influencia política directa. En el mejor de los casos, esta comunidad global recuerda a cada participante que su desempeño profesional está siendo monitoreado y apoyado por una audiencia más amplia.¹⁷⁸

Esta comunidad implica una serie de mecanismos informales y formales que han incrementado el contacto entre jueces de muchos países; mecanismos que van desde la forma más elemental, es decir, el conocimiento de las decisiones judiciales de órganos judiciales extranjeros e internacionales; hasta formas más sofisticadas de cooperación e interacción entre tribunales nacionales y tribunales internacionales.¹⁷⁹

Asimismo, cita Slaughter nuevas formas de promoción del contacto entre jueces a nivel internacional, tal como la Organización de Cortes Supremas en las Américas, creada en 1995, como otro ejemplo más de una “política exterior judicial”, producto de la iniciativa y el impulso de los poderes judiciales del hemisferio.¹⁸⁰ El resultado final de este proceso no habrá de ser un sistema unificado de tribunales a nivel mundial, que en la cima tenga una especie de Tribunal Mundial. A diferencia de ello, para Slaughter,

La comunidad jurídica global emergente a partir de redes de poderes judiciales habrá más bien de incluir muchos sistemas jurídicos, cada uno establecido en un estado o región específicos. Ninguna corte suprema podría establecer reglas globales definitivas. Los tribunales nacionales habrán de interactuar entre sí y con tribunales supranacionales en forma tal que puedan acomodar las diferencias, así como reconocer y reforzar los valores comunes.¹⁸¹

Cabe aclarar que Slaughter no limita el fenómeno “transgubernamental” a los poderes judiciales, sino que lo aplica igualmente a las administraciones públicas y poderes legislativos de los Estados. A partir de este tipo de interacciones es de donde habrá de surgir un nuevo orden mundial, según la autora.¹⁸²

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 186.

¹⁷⁹ Como en el caso de temas en los que hay un empalme entre derecho europeo y derecho nacional, respecto de los cuales el Tribunal Europeo de Justicia y los tribunales nacionales europeos deben actuar de manera coordinada.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 189.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 183-195; y Slaughter, Anne Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

3. Tesis adoptada en este trabajo

Ahora bien, no es este el lugar para hacer una revisión exhaustiva del debate actual sobre el impacto de la globalización sobre el Estado.¹⁸³ Para los efectos del presente trabajo, nos hemos limitado a presentar dos posturas que ilustran los extremos en los que transcurren dichas discusiones, en el entendido de que entre ambos existen gran número de posturas diferentes. No obstante, desde nuestro punto de vista, y más allá de las perspectivas de Mathews y Slaughter, hay elementos suficientes para afirmar que el Estado-nación no está desapareciendo ni se está disolviendo su poder de regulación y de organización de las conductas sociales en razón de los fenómenos identificados con la globalización. En este sentido, diríamos, junto con un importante grupo de investigación de la Universidad de Bremen, que el Estado retiene actualmente sus características básicas como Estado territorial, Estado constitucional, Estado-nación democrático y Estado intervencionista, si bien cada vez más comparte responsabilidades en la provisión de seguridad física, seguridad jurídica, autodeterminación democrática y bienestar social, con instituciones al nivel internacional. En suma, no consideramos que el Estado ha perdido capacidades regulatorias y operacionales, si bien reconocemos que ya no tiene el monopolio sobre su ejercicio. Al parecer, en la mayoría de los casos los Estados están entrelazados con nuevos sitios de responsabilidad.¹⁸⁴ En términos de Held, los Estados siguen siendo actores poderosos, pero ellos mismos han contribuido a la creación de una diversidad de agencias, organizaciones y regímenes internacionales con los que hoy comparten la arena global. Existen además entidades no estatales y organismos transnacionales que también participan intensamente en la política global. Todo esto genera un panorama más complejo del ordenamiento regional y global, que va más allá de versiones convencionales de un orden mundial basado en el Estado y relaciones entre Estados.¹⁸⁵

Ahora bien, si es verdad que los fenómenos y transformaciones arriba apuntados se han venido desarrollando, entonces se plantea la necesidad de una reconceptualización del Estado, y también de una serie de conceptos

¹⁸³ Tal debate puede revisarse en los trabajos de Held, David, *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós, 1997, o bien el de Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002.

¹⁸⁴ Hurrelmann, Achim *et al.* (eds.), *Transforming the Golden-Age Nation State*, MacMillan, 2007, p. 199.

¹⁸⁵ Held, David, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, p. 37.

asociados a él, como lo son el de *poder*, *autoridad*, *soberanía*, *legitimidad*, la distinción entre *lo público* y *lo privado*, y entre *lo interno* y *lo externo*. Se trata de nociones relevantes del derecho público que se han forjado a lo largo de siglos de construcción teórica y conceptual, y que requieren de una revisión a la luz de los procesos y fenómenos que están teniendo lugar en la actualidad.

La propuesta de este trabajo es que el análisis del concepto de “gobernanza” es un buen punto de partida para entender las transformaciones del Estado, así como para emprender el ejercicio de reconceptualización referido en el párrafo anterior. El siguiente apartado de este capítulo tiene el objetivo de realizar ese análisis.

II. EL CONCEPTO DE “GOBERNANZA GLOBAL” Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO JURÍDICO

1. *Planteamiento inicial*

El análisis del término “gobernanza” puede servir de base para generar un marco conceptual relativo a las transformaciones del Estado en la actualidad. Debemos apuntar, sin embargo, que ese término está lejos tener un significado único y aceptado por todos. Ello, no obstante, puede identificarse en algunas de sus significaciones (diríamos que las dominantes en el ámbito académico) una serie de implicaciones que se refieren a procesos de cambio en el Estado y su entorno, lo cual ha abierto debates teórico-conceptuales que también afectan a nociones tradicionales del derecho público. Dicho lo anterior, partiremos de una distinción entre la dimensión doméstica o interna del concepto de gobernanza, y la dimensión internacional o global del referido término, en el entendido de que en el presente trabajo nos ocuparemos de la segunda dimensión. Sin embargo, debemos tener presente que la revisión de las dos dimensiones es lo que ha de permitir reconocer de manera integral algunas de las transformaciones que experimenta el Estado en la era de la llamada globalización.¹⁸⁶

Gobernanza es un concepto que en su connotación actual es producto del debate académico sobre las transformaciones del Estado, así como del

¹⁸⁶ Partes de este capítulo han sido ya publicadas en mi ponencia titulada “Reflexiones en torno al concepto de gobernanza global y su impacto en el ámbito jurídico”, que ha sido publicada en las *Memorias del Seminario Permanente de Derechos Humanos. V Jornadas*, evento coordinado por Luis T. Díaz Müller. El seminario tuvo lugar el 29 de octubre de 2009 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Y también en mi trabajo titulado *Globalización y gobernanza. Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM, 2010.

discurso analítico y prescriptivo de diversos organismos y agencias internacionales. Al lado de otros conceptos como “governabilidad” y “nueva gestión pública”, es manifestación de una serie de cambios que han ocurrido tanto a nivel de concepción teórica como de realidad empírica acerca de lo que el Estado *es*, y de lo que *debiera ser*.

Como observa Aguilar, gobernabilidad, gobernanza (y nosotros añadimos la “nueva gestión pública”) son conceptos de alguna manera “emparentados”, o articulados alrededor de la misma problemática (la del gobierno o dirección de la sociedad), si bien hacen referencia a distintas interrogantes y realidades.¹⁸⁷ Incluso puede afirmarse que en cierta forma el debate sobre el concepto de gobernabilidad, con la connotación general que se le dio en la ciencia política a partir de finales de los años setenta del siglo XX, anunció el surgimiento del concepto de gobernanza, en su significación actual.¹⁸⁸

Ahora bien, una de las vertientes por las que se puede analizar el impacto de la llamada globalización sobre el ámbito jurídico es la que se desarrolla a partir del estudio del concepto de *gobernanza* y, más específicamente, del concepto *gobernanza global*. Como se verá más adelante, el concepto alude a una serie de transformaciones vinculadas a la globalización, que han afectado el entorno y las capacidades de los Estados nacionales. A su vez, lo anterior ha abierto debates sobre el papel del derecho en lo que algunos califican como un “contexto postnacional”.¹⁸⁹

En este apartado abordaremos, en primer lugar, la discusión sobre el significado del concepto *gobernanza global*. Posteriormente, identificaremos a los actores involucrados en ella, y reflexionaremos acerca del impacto que su actividad tiene en el ámbito jurídico.

2. *La gobernanza global*

La discusión sobre la llamada “governanza global” corre por una ruta distinta al debate que se ha dado sobre la *governanza* en su dimensión interna

¹⁸⁷ Esto lo afirma Aguilar Villanueva al explicar la diferencia entre “governabilidad” y “governanza”. Aguilar Villanueva, Luis E., *Governanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 38.

¹⁸⁸ Al parecer, el término “governanza” proviene del francés, de donde pasó al inglés, siendo entendido primero como ‘dirección de navíos’, si bien posteriormente fue ampliando su significado hacia ideas como la de gobierno, administración y dirección. Véase Sánchez González, José Juan, *Gestión pública y governance*, 2a. ed., Toluca, Instituto de Administración Pública del Estado de México, 2006, p. 18.

¹⁸⁹ Douglas Chalmers desarrolla este concepto en su artículo “Post-nationalism and the Quest for Constitutional Substitutes”, *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 1, marzo 2001, pp. 178-217.

o doméstica, si bien se pueden encontrar importantes puntos de contacto entre ambas perspectivas.¹⁹⁰ Una aportación relevante que se ha hecho en el examen del primer concepto se puede encontrar en el trabajo de Keohane y Nye. Estos autores parten de la siguiente concepción general de gobernanza, entendida como

...el proceso y las instituciones, tanto formales como informales, que guían y limitan las actividades colectivas de un grupo. El gobierno es el subconjunto que actúa con autoridad y crea obligaciones formales. Gobernanza no necesariamente tiene que ser conducida por los gobiernos y por organizaciones internacionales a las que les delegan autoridad. Empresas privadas, asociaciones de empresas, organizaciones no-gubernamentales (ONGs), y asociaciones de ONGs participan en ella, de manera frecuente en asociación con órganos gubernamentales, para crear gobernanza; a veces sin autoridad gubernamental.¹⁹¹

En su intento por explicar la noción de gobernanza (global), Keohane y Nye observan que la globalización está teniendo un efecto sobre los Estados, y en especial sobre los mecanismos tradicionales (intergubernamentales) que guían y limitan la acción colectiva de la comunidad internacional de Estados (es decir, sobre los mecanismos tradicionales de *gobernanza* a nivel internacional). Sin embargo —afirman— el efecto sobre los Estados no significa que estos se hagan obsoletos, sino que el Estado-nación está siendo complementado con otros actores privados y del “tercer sector” (por esto entienden, fundamentalmente, las ONG), en una geografía más compleja. Así, para ellos el Estado-nación es aún el actor más importante en el escenario de la política global, pero no es el único actor importante, y el resultado de ello es la transformación del propio Estado-nación y la creación de política en nuevos espacios de competencia.¹⁹²

¹⁹⁰ No examinamos en el presente apartado el concepto de gobernanza en su dimensión interna. Simplemente mencionaremos que el concepto alude ya sea a una nueva forma de concebir la conducción de los asuntos colectivos de una sociedad “más allá del Estado”, es decir, con la corresponsabilidad de actores no estatales, o bien se asocia a la noción de “*good governance*”, ligada a las recomendaciones del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, dirigidas a los Estados para lograr la estabilidad económica y el cambio estructural (entre las cuales se encuentran dos que han abierto debates importantes y de relevancia para el derecho público, como lo son las privatizaciones y la llamada “nueva” regulación).

¹⁹¹ Keohane, Robert y Nye, Joseph, “Introduction”, en Nye, Joseph y Donahue, John (co-eds.), *Governance in a Globalizing World*, Cambridge, 2000, p. 12.

¹⁹² Se refieren a estas estructuras de gobernanza como “networked minimalism”. “Networked-because globalism is best characterized as networked, rather than as a set of hierarchies. Minimal- because governance at the global level will only be acceptable if it does not

Por otro lado, y ante la imposibilidad de un gobierno mundial, Keohane y Nye ven una solución intermedia para resolver problemas de gobernanza global: un conjunto de prácticas que mejoren la cooperación y creen válvulas de seguridad para canalizar presiones políticas y sociales, consistente con el mantenimiento de los Estados-nación como la forma fundamental de organización política. No obstante, al lado de estos existen hoy un conjunto heterogéneo de agentes, privados y públicos, que contribuyen a la generación de orden y a la conducción de asuntos a nivel global, cuya eficacia depende de las redes en que se encuentran inmersos y la posición que ocupen dentro de esas redes. Asimismo, se trata de redes de gobernanza en las que ninguna jerarquía es dable a ser aceptable o efectiva.¹⁹³

Podemos afirmar entonces que la llamada gobernanza global involucra complejas interacciones entre Estados, organizaciones intergubernamentales, y actores no estatales de diversa índole (como empresas transnacionales y ONG internacionales), que tienden a generar orden y a organizar la acción colectiva, para así atender los problemas globales. A continuación haremos algunas referencias a algunos de estos actores.

3. Organizaciones intergubernamentales

Si en algo están de acuerdo la mayoría de los autores inmersos en el debate sobre globalización y gobernanza global, es en la creciente importancia que tienen las organizaciones intergubernamentales en la política global. En efecto, ante el surgimiento de problemas de carácter internacional,¹⁹⁴ que los Estados no pueden resolver de manera aislada, por sí solos, estos han entrado en asociaciones cooperativas con otros Estados, creando instituciones y normas que sirvan para resolver dichos problemas, y que están dispuestos a acatar. Como desde los años setenta del siglo pasado apuntaba Luard, esta es la revolución silenciosa de nuestra generación.¹⁹⁵

Luard califica a esto como la sobreimposición de un nuevo estrato o nivel (*layer*) de gobierno sobre los que tradicionalmente han desempeñado las administraciones nacionales, y que además tiene sus propios problemas: sobre la mejor manera de organizar ese amplio espectro de tareas, las di-

supersede national governance and if its intrusions into the autonomy of states and communities are clearly justified in terms of cooperative results". *Ibidem*, pp. 12-14.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 14.

¹⁹⁴ Problemas relativos a materias como energía, alimentación, explosión demográfica, medio ambiente, terrorismo, uso de recursos del lecho marítimo profundo, regulación de multinacionales, telecomunicaciones, etcétera.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. vii.

facultades de coordinar las muchas y totalmente independientes agencias involucradas, las técnicas que esas agencias han tenido que desarrollar para asegurar la cooperación de los gobiernos nacionales y algunos de los problemas políticos que han surgido dentro de algunas de esas agencias internacionales, sobre todo entre países ricos y pobres.¹⁹⁶

Ahora bien, cabe señalar que cuando se examinan estos organismos internacionales, el tema central de discusión desde la perspectiva jurídica es el de los efectos de la producción normativa de estos organismos en relación con los Estados y con los propios individuos, ya que como sabemos, en algunos casos incluso existen organizaciones internacionales gubernamentales con el poder para producir decisiones vinculantes de diverso tipo.

El ejemplo típico sería la ONU, y en particular el Consejo de Seguridad. Por un lado, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 2o., párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados que la suscriben se obligan a “cumplir de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”. En este caso, la obligatoriedad deriva del principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que a la letra dice: “Art. 26. Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Además, recordemos que el artículo 27 del propio Convenio de Viena añade que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Con ello se puede apreciar la pretensión del derecho internacional de prevalecer por encima del derecho nacional en caso de conflicto de normas.

Por su parte, el capítulo VII de la Carta de la ONU, relativo a la “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”, establece las reglas relativas a las sanciones que el Consejo de Seguridad puede establecer en dichas hipótesis.¹⁹⁷

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. viii.

¹⁹⁷ Artículos 39-41 de la Carta de la ONU: “Artículo 39. El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”. “Artículo 40. A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el Artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales”, y “Artículo 41 El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a

Este ejemplo es relevante en la coyuntura actual, puesto que, como se sabe, el Consejo de Seguridad de la ONU ha expedido una serie de resoluciones que generan obligaciones para todos los miembros de dicha organización, en aspectos que tienen que ver con el control de flujos financieros para combatir al terrorismo internacional. Como afirma Manuel Becerra, estas resoluciones han convertido al Consejo de Seguridad en un órgano de facto de carácter legislativo, que produce normas que tienen un objeto bastante amplio y vago, y que como explica, han sido ya acatadas por el gobierno mexicano.¹⁹⁸

Debemos mencionar también a la Organización Mundial de la Salud (OMS), organismo intergubernamental de carácter internacional que desempeña funciones diversas en materia de salud a nivel mundial, tales como las siguientes: enfrentar crisis sanitarias mundiales; servir de marco para la adopción de tratados y convenciones en materia de salud; influir en la agenda internacional en la materia; generar consensos acerca de cómo resolver problemas de salud a nivel mundial.¹⁹⁹ Además, la OMS funciona también como una agencia regulatoria a nivel mundial, con poderes normativos delegados por los gobiernos nacionales. De hecho, el artículo 21 de la Constitución de la OMS otorga a la “Asamblea de la Salud” el poder adoptar reglamentos referentes a:

- a) requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades;
- b) nomenclaturas de enfermedades, causas de muerte y prácticas de salubridad pública;

que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”.

¹⁹⁸ Se trata en particular de la Resolución 1373 (2001), la Resolución 1526/2004 y la Resolución 1617 (2005) del Consejo de Seguridad de la ONU. Como explica Becerra, el cumplimiento de dichas resoluciones por parte del gobierno mexicano se ha hecho a través de resoluciones expedidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Resolución por la que se expiden las disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito y 124 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular, del 11 de mayo de 2004, y la Resolución por la que se expiden las disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 108 bis de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y 91 de la Ley de Sociedades de Inversión), ambas publicadas en el *DOF* del 14 de mayo de 2004. Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, 2006, p. 142.

¹⁹⁹ Esty, Daniel, “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 7, mayo 2006, p. 1550.

- c) normas uniformes sobre procedimientos de diagnóstico de uso internacional;
- d) normas uniformes sobre la seguridad, pureza y potencia de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional;
- e) propaganda y rotulación de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional.²⁰⁰

A pesar de este poder, refiere Esty que la OMS no suele utilizarlo, prefiriendo en cambio la adopción de resoluciones no vinculantes (*soft law*), lo cual es un reflejo de la preocupación de los administradores de la organización sobre la dificultad de ordenar acciones específicas, así como de los problemas de legitimidad de un papel agresivo de la OMS en la gobernanza global.²⁰¹

Sin embargo, en algunos casos los Estados le han cedido a la OMS el papel de líder, en razón de su capacidad técnica y científica. Así sucedió, por ejemplo, en la crisis relacionada con el síndrome respiratorio agudo severo (Severe Acute Respiratory Syndrome o SARS) originada en China, pero rápidamente propagada a diversos países del orbe entre 2002 y 2003. Ante este problema, la OMS aprobó orientaciones y recomendaciones sobre seguridad, alertas, asesorías de investigación, evaluaciones de riesgo, orientaciones epidemiológicas, asesoría para realizar pruebas de laboratorio, y orientación en materia de inmigración y de organización de reuniones públicas.²⁰² Lo mismo está ocurriendo en el caso de la emergencia sanitaria que ha vivido México desde abril de 2009, con la llamada “influenza H1N1”.

Otro ejemplo importante es el de la Organización Mundial de Comercio (OMC), el cual revisaremos en detalle en el capítulo cuarto del presente trabajo. Pero más allá de las decisiones vinculantes, organismos intergubernamentales como los arriba referidos, y muchos otros más, están involucrados en la adopción de declaraciones y cartas adoptadas por consenso, y que constituyen lo que se denomina *soft law* (noción a la que nos referiremos más adelante). Por ahora, baste mencionar que este tipo de normas tienen cada vez una mayor importancia en la gobernanza global (y en la gober-

²⁰⁰ Es de notarse, además, que el artículo 22 de la propia Constitución de la OMS establece que: “Estas reglamentaciones entrarán en vigor para todos los Miembros después de que se haya dado el debido aviso de su adopción por la Asamblea de la Salud, excepto para aquellos Miembros que comuniquen al Director General que las rechazan o hacen reservas dentro del periodo fijado en el aviso”.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 1551.

²⁰² *Idem*.

nanza doméstica). Esto es así, porque, como señala Delbrück, un gran número de instancias en que el derecho doméstico parece ser genuinamente elaborado “en casa”, de hecho no es sino una normativa diseñada “afuera” a nivel de organismos internacionales de carácter intergubernamental, por parte de equipos de administradores y servidores públicos nacionales e internacionales.²⁰³

4. *Cooperación transgubernamental*

Otro mecanismo que ha sido identificado como alternativa para contribuir a la gobernanza global es lo que se ha denominado las *redes transgubernamentales*. Slaughter explica este concepto de la siguiente manera: los Estados nacionales, en lugar de desaparecer, se están desagregando en partes separadas y funcionalmente distintas. Estas partes, tales como tribunales, agencias de regulación, ejecutivos y hasta legislativos, están entrando en redes con sus contrapartes del exterior, creando una densa ramificación de relaciones que constituyen un nuevo orden “transgubernamental”. Slaughter emplea el término de “orden transgubernamental”, como una opción que ha empezado a surgir para el manejo y tratamiento de problemas internacionales.²⁰⁴

Para esta autora, como ya referimos, el fenómeno “transgubernamental” ofrece mejores perspectivas que otras opciones de “gobernanza internacional”²⁰⁵ (por ejemplo, a través de burocracias internacionales), en

²⁰³ “This is particularly true in the case of so-called framework conventions that are continuously amended according to the standards of expert knowledge, as either Protocols to conventions, or as recommendations that in turn are often implemented on the domestic level, through executive orders or other regulatory means, below the level of parliamentary legislation, thereby bypassing the national legislative process”. Delbrück, Jost, “Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, núm. 29, 2003, pp. 29 y 30.

²⁰⁴ “Disaggregating the state into its functional components makes it possible to create networks of institutions engaged in a common enterprise even as they represent distinct national interests. Moreover, they can work with their subnational and supranational counterparts, creating a genuinely new world order in which networked institutions perform the functions of a world government —legislation, administration, and adjudication— without the form”. Slaughter, Anne-Marie, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 5, 1997, pp. 183, 184 y 195.

²⁰⁵ El concepto de “gobernanza internacional” presupone que hay una serie de temas y problemas que no pueden ser eficazmente resueltos o regulados por los Estados-nacionales, en razón de que trascienden las fronteras de estos individualmente considerados (terrorismo, medio ambiente, evasión fiscal, inmigración). Por ello, se requiere de mecanismos transnacionales (¿transestatales?) de resolución o regulación.

términos de eficacia y rendición de cuentas. Esto es así puesto que, por un lado, aprovecha las estructuras, experiencia, las burocracias, las agencias públicas existentes en los Estados, si bien bajo un esquema complejo de interacciones entre actores estatales adscritos a diversos Estados; y por otro lado deja abierta la posibilidad de control de las instituciones gubernamentales por parte de los ciudadanos nacionales, a través de los mecanismos tradicionales de control y rendición de cuentas.²⁰⁶

En lo jurídico, Abbot y Snidal se refieren al cada vez más relevante *soft law* creado por instituciones “transgubernamentales”, como ejemplo el producido por el Comité de Basilea, que agrupa a bancos centrales,²⁰⁷ cuyos participantes no representan a los Estados en cuanto tales, sino más bien a agencias individuales dentro de los Estados.²⁰⁸

De particular importancia para nuestro estudio resulta el concepto desarrollado por Slaughter, sobre el fenómeno “transgubernamental” aplicado a los poderes judiciales. El concepto que emplea es el de “política exterior judicial”.²⁰⁹

5. *Redes transnacionales de actores privados*

Diversos autores han identificado la influencia que tienen actores no estatales en la producción de normas que contribuyen a la gobernanza global. Tal es el caso del estudio de Virginia Haufler, quien muestra la forma en que las empresas, como una respuesta a la globalización de la actividad económica y la ausencia de un gobierno a nivel global, cooperan a través de las fronteras nacionales para establecer “regímenes internacionales” del

²⁰⁶ “Transgovernmentalism offers answers to the most important challenges facing advanced industrial countries: loss of regulatory power with economic globalization, perceptions of a ‘democratic deficit’ as international institutions step in to fill the regulatory gap, and the difficulties of engaging non-democratic states”. *Ibidem*, p. 197.

²⁰⁷ El Comité de Basilea, creado en 1975, agrupa a los gobernadores de los bancos centrales de Alemania, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, el Reino Unido, Suecia y Suiza. Su función principal es el fortalecimiento de la solidez de los sistemas financieros, a partir de un objetivo primordial: dictar recomendaciones dirigidas a las autoridades financieras de los países del mundo, a efecto de que establezcan un capital mínimo que debía tener una entidad bancaria en función de los riesgos que afrontaba. Asimismo, el Comité ha evolucionado para convertirse en un foro de discusión para fomentar la mejora y la convergencia de las prácticas y normativas de supervisión bancaria, buscando perfeccionar las herramientas de fiscalización internacional, a través de acercamientos y de estándares comunes.

²⁰⁸ Abbott, K. y Snidal, D., “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, vol. 53, núm. 3, verano, 2000, p. 452.

²⁰⁹ Véase capítulo cuarto.

sector privado para incrementar su eficiencia, estabilidad y poder. Así, esta autora da ejemplos de estandarización de productos, el establecimiento de “códigos de conducta” en áreas de interés social y de seguridad de las transacciones y de la información. En su explicación, estos regímenes son legitimados por las autoridades públicas en razón de limitaciones presupuestales, falta de capacidades en vista de complejos desarrollos tecnológicos, compromiso ideológico, la dificultad de negociar acuerdos internacionales o por simple descuido. El establecimiento de estos regímenes suele requerir negociaciones entre compañías, gobiernos y ONG, lo cual indica el grado en que la gobernanza global hoy día es compartida y multifacética —afirma Haufler— habiendo una variedad de actores que desempeñan un papel cada vez más importante, además de los Estados.²¹⁰

Los regímenes internacionales privados gobiernan amplias áreas de comercio internacional, operando tanto dentro como a través de líneas industriales. Ellos incorporan normas informales sobre conducta en los negocios, y también proporcionan reglas explícitas, procedimientos de toma de decisiones y mecanismos de ejecución informales y formales. Los regímenes internacionales privados frecuentemente se basan en asociaciones transnacionales de empresarios, tales como asociaciones de industria y comercio, grupos de comercio de carácter técnico, y organizaciones empresariales de *lobbying*, que representan los intereses de un grupo de empresas que negocian sobre temas de interés común, y establecen un marco de reglas, estándares y mejores prácticas que guían la conducta de los participantes. El régimen en su conjunto puede consistir en múltiples asociaciones de comercio y organizaciones empresariales, y las fronteras del régimen pueden no ser distintivas.²¹¹

Como lo explica Haufler, no es que estos regímenes internacionales privados se conformen completamente desvinculados de los gobiernos de los Estados nacionales. En realidad, sugiere, los regímenes presuponen funciones mínimas de gobierno, que establezcan ciertas “reglas del juego” y les apoyen en caso necesario con el Poder Judicial y el poder coactivo, que no

²¹⁰ Haufler, Virginia, “Private Sector International Regimes”, en Higgott, Richard *et al.* (eds.), *Non-state actors and Authority in the global system*, Londres, Routledge, 2000, pp. 121-134. Por otro lado, el concepto de “régimen internacional” adoptado por Haufler es tomado de Krasner, quien define a los regímenes internacionales como conjuntos de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones, implícitos o explícitos, alrededor de los cuales las expectativas de los actores convergen en un área determinada de las relaciones internacionales. Krasner, Stephen, “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”, en Krasner, Stephen D. (ed.), *International Regimes*, Cornell University Press, 1983, p. 2.

²¹¹ Haufler, *op. cit.*, p. 123.

existen a nivel internacional. No obstante, los gobiernos dejan margen para que los actores privados establezcan reglas, estándares y mecanismos de resolución de disputas en áreas económicas.

Ahora bien, ¿por qué los gobiernos permiten el surgimiento y desarrollo de estos regímenes? Puede haber varias respuestas. Una de ellas es que algunos líderes de los gobiernos creen que el Estado no debe intervenir en la economía, sino dejar lo más que se pueda al mercado. Otra explicación puede estar en que los gobiernos permiten e incluso estimulan la autorregulación privada al nivel internacional porque ellos mismos no pueden cooperar para establecer regímenes públicos. En este sentido, sostiene la autora:

A pesar de todas estas razones por las que los gobiernos *no* actúan, sabemos que de hecho los gobiernos frecuentemente sí actúan, e incluso actúan colectivamente con otros gobiernos para establecer y ejecutar el derecho internacionalmente. Pocos regímenes internacionales privados son completamente autónomos respecto de la autoridad pública. En muchos casos, la gobernanza en un área puede ser delegada a asociaciones empresariales por agencias oficiales, domésticas e internacionales, con los gobiernos apoyándolas con su capacidad de aplicación. En otros casos, los regímenes privados pueden estar entramados con regímenes públicos más amplios. Esto puede hacer muy difícil descubrir todos los niveles y variedades de gobernanza operativa actualmente a nivel global.²¹²

Por último, señala la autora que la existencia de regímenes internacionales privados debe abrir preguntas sobre la legitimidad de sus objetivos, la rendición de cuentas de sus procesos de toma de decisiones y los efectos distributivos del régimen mismo.²¹³ Ello es así —puede inferirse— en razón de que esos regímenes regulan ámbitos que típicamente han correspondido a la potestad reguladora de agentes estatales (que también, típicamente en el Estado constitucional de derecho, han estado sujetos a normas que garanticen su legitimidad y rendición de cuentas).

El caso de la Organización Internacional para la Normalización (ISO) merece ser mencionado en este punto, pues se trata de una organización internacional no gubernamental, generadora de normas internacionales de fabricación, comercio y comunicación para la mayoría de las ramas industriales, buscando la estandarización de normas de productos y seguridad para las empresas u organizaciones a nivel internacional. A pesar de que sus normas no son vinculantes, su influencia en los Estados y en las conductas de las personas que actúan dentro de los Estados es cada vez mayor.

²¹² *Ibidem*, p. 126.

²¹³ *Ibidem*, pp. 132 y 133.

6. Organizaciones no gubernamentales

Desde el punto de vista de la producción de *hard law* y *soft law*, vale la pena mencionar el papel relevante que ahora desempeñan algunas organizaciones no gubernamentales de carácter internacional (ONG).

Desde la perspectiva de las ONG, Keck y Sikkink sostienen que al lado de los Estados, muchos actores no estatales actúan entre sí, y con los Estados y organizaciones internacionales, interacciones que se estructuran a manera de redes transnacionales, y que cada vez son más visibles a nivel de la política internacional. Hay distintos tipos de redes, según el tipo de actividad o interés de los participantes. Sin embargo, estas autoras estudian un tipo de red en particular, que denominan *redes transnacionales de defensa*, que multiplican los canales de acceso al sistema internacional y borran las fronteras entre las relaciones del Estado con sus propios nacionales y la capacidad que tienen tanto ciudadanos como Estado, de recurrir al sistema internacional. Con ello, afirman estas autoras, las redes transnacionales de defensa (RTD) ayudan a transformar la práctica de la soberanía nacional.²¹⁴

Las RTD se integran con aquellos actores relevantes que trabajan internacionalmente en un tema, que están unidos por valores compartidos, un discurso común, e intercambios muy densos de información y servicios. Lo que es novel en estas redes es la habilidad de actores internacionales no tradicionales de movilizar información de manera estratégica para ayudar a crear nuevos temas y categorías y para persuadir, presionar, ganar influencia sobre organizaciones más poderosas y sobre los gobiernos. En el centro está el intercambio de información, así como la promoción de nuevas normas, el monitoreo de su implementación y cumplimiento de los estándares internacionales, así como el ejercicio de presión sobre otros actores para que adopten nuevas políticas y normas.²¹⁵

De manera parecida a las RTD, resulta pertinente señalar que desde tiempos relativamente recientes se viene discutiendo acerca de la emergencia de redes globales de políticas públicas (*global public policy networks*), para referirse a las interacciones que se dan a escala transnacional entre el sector público (nacional, regional, local y también grupos intergubernamentales), el sector privado y grupos de la sociedad civil.²¹⁶ De esta manera, autores como Witte *et al.* han señalado que los gobiernos y las organizaciones in-

²¹⁴ Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998, pp. 1 y 2.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 2.

²¹⁶ Véase, por ejemplo, Witte, Jan Martín *et al.*, “Beyond Multilateralism: Global Public Policy Networks”, *Politik und Gesellschaft*, núm. 2, 2000, p. 178.

ternacionales intergubernamentales no pueden por sí solos resolver temas y problemas de alcance global (hablan de las “fallas” e “insuficiencias” del multilateralismo). A su vez, argumentan que las llamadas redes de políticas públicas globales son una posible respuesta al creciente vacío organizacional al nivel global. Estas redes son capaces de poner juntos a actores públicos y privados, nacionales e internacionales, actores sociales, ONG, para tratar temas y generar soluciones, a lo largo del ciclo de políticas. Se trata de sistemas horizontales de gobernanza, cuya fuerza está en su diversidad, y no en la uniformidad.²¹⁷

Por otra parte, y en apoyo de la idea de las redes de políticas públicas globales, se han producido estudios, como el de Susanne Jakobsen, quien explica cómo es que la “política ambientalista global” (GEP, por su siglas en inglés) es producto de múltiples interacciones entre intereses estatales y no estatales en el nivel doméstico y transnacional, para dar forma a las posiciones presentadas a nivel intergubernamental en la mesa de negociaciones. En su estudio examina la elaboración de las políticas ambientalistas en Brasil e India entre 1988 y 1997. Pone el acento en el papel que han jugado actores no estatales, en establecer la agenda, seleccionar los temas, y dar color al discurso intergubernamental en las negociaciones.²¹⁸

Un enfoque que merece ser mencionado es el del “proceso jurídico transnacional” desarrollado por Koh, el cual se refiere a la teoría y la práctica acerca de cómo actores públicos y privados —Estados nacionales, organizaciones internacionales, empresas multinacionales, organizaciones no gubernamentales, e individuos— interactúan en una variedad de foros públicos y privados, domésticos e internacionales, para crear, interpretar, aplicar y en última instancia, internalizar lo que él llama las *reglas de derecho transnacional*.²¹⁹

Así, para Koh el proceso jurídico transnacional tiene cuatro características distintivas:

- a. Es no tradicional: pues rompe con dos dicotomías tradicionales que históricamente han dominado el estudio del derecho internacional, es decir, entre doméstico e internacional, y entre público y privado.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 176-179.

²¹⁸ Jakobsen, Susanne, “Transnational environmental groups, media, science and public sentiment(s) in domestic policy-making on climate change”, en Higgott, Richard *et al.* (eds.), *Non-state actors and Authority in the global system*, Londres, Routledge, 2000, p. 285.

²¹⁹ Koh, Harold Hongju, “International Legal Process”, *Nebraska Law Review*, vol. 75, 1996, pp. 183 y 184. Siguiendo a Philip Jessup, Koh entiende por derecho transnacional todo derecho que regula acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales y que incluye tanto derecho internacional público y privado, además de otras reglas que no encajan enteramente en esas categorías.

- b. Es no estatista: debido a que los actores en el proceso no son solamente, ni siquiera primordialmente, los Estados-nación, sino incluye a actores no estatales.
- c. Es dinámico y no estático: el derecho transnacional transforma, muta, y se mueve de arriba a abajo, de lo público a lo privado, de lo doméstico a lo internacional, y luego a la inversa.
- d. Es normativo: de este proceso de interacción surgen nuevas normas, que son interpretadas, internalizadas, aplicadas, en un proceso que vuelve a comenzar una y otra vez.

El punto resaltado por Koh es que las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos no son finales ni infalibles. Las decisiones domésticas no representan paradas finales, sino estaciones de tránsito en un proceso jurídico transnacional de “aplicación compleja”, en este caso impulsado por el litigio transnacional de derecho público, por el que las normas de derecho internacional se internalizan.

Lo que le interesa a Koh es explicar cómo es que los gobiernos pueden ser presionados para cumplir con el derecho internacional. Así, el modelo del proceso jurídico transnacional predice que los gobiernos se verán compelidos a cumplir con el derecho internacional si se impulsan agresivamente procesos jurídicos transnacionales de manera tal que se fueren interacciones en foros capaces de generar normas, seguidas de internalización de esas normas. El litigio transnacional de derecho público impulsado por ONG está diseñado precisamente para provocar la acción judicial que ha de crear dichas fricciones, ayudando con ello a dar forma a la dirección normativa de las políticas de gobierno.²²⁰

El litigio transnacional de derecho público (LTDP) busca proteger derechos y valores públicos a través de vías judiciales. Las partes buscan que los tribunales declaren y expliquen normas de derecho público, muchas veces con el objetivo de provocar la reforma institucional. Los litigantes en este tipo de conflicto han buscado reparación, disuasión, y reforma de políticas gubernamentales nacionales a través de la clarificación del derecho internacional.²²¹

En suma, Koh ofrece un modelo que explica cómo es que se dan complejos procesos transnacionales de lucha por la definición de los derechos, en los cuales los litigantes actúan con conciencia estratégica acerca de la transportabilidad de esas normas a otros foros domésticos e internacionales

²²⁰ *Ibidem*, pp. 206 y 207.

²²¹ Koh, Harold Hongju, “Transnational Public Law Litigation”, *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 98, pp. 2346 y 2347.

para ser usadas en la interpretación judicial o en la negociación política; en un proceso subsecuente de diálogo institucional entre varios foros domésticos e internacionales, judiciales y políticos, para lograr un arreglo definitivo:

Como sucede en el litigio doméstico tradicional, las demandas en litigio transnacional público se enfocan retrospectivamente a lograr una compensación y reparación para las víctimas individuales. Pero como sucede en el litigio internacional tradicional, el actor en derecho público transnacional busca un objetivo prospectivo también: provocar la articulación judicial de una norma de derecho transnacional, teniendo en la mira el uso de esa declaración para promover un acuerdo político en el cual tanto entidades gubernamentales como no-gubernamentales habrán de participar. Así, a pesar de que los demandantes en derecho público transnacional de manera rutinaria piden compensación de daños de manera retrospectiva o incluso reparación de daños de manera prospectiva, sus más amplios objetivos estratégicos frecuentemente son alcanzados por una sentencia declaratoria o en rebeldía, que anuncia que una norma transnacional ha sido violada. Incluso una sentencia que el actor no puede aplicar contra el demandado en el foro que la produjo empodera al actor al crear una ficha de negociación para ser usada en otro foro político.²²²

7. Conclusión

El escenario presentado a lo largo de las páginas anteriores nos obliga a intentar una interpretación, si no es que un diagnóstico, desde la perspectiva del derecho público. Esto es así, en razón de que con aquel se ven afectados ciertos presupuestos que el derecho público tenía plenamente resueltos dentro de su esquema tradicional: ¿Quién crea el derecho?: el Estado; ¿dónde ocurre la política?: en el Estado o entre Estados. Sin embargo, la explicación que hemos desarrollado en este trabajo nos muestra que existen indicios que inducen a por lo menos revisar los esquemas conceptuales tradicionales.

Una opción de interpretación (una hipótesis) es la que ofrece Picciotto, quien habla de la globalización, la gobernanza y su efecto en la “fragmentación de la esfera pública”. En este sentido, afirma Picciotto:

En particular, en lugar de *gobierno* centralizado primariamente por medio de estados nacionales, nos hemos movido a formas delegadas de *gobernanza* operando en niveles dentro y a través de estados... por el término fragmentación, quisiera sugerir un proceso competido de desestabilización y reestructuración, que implica la búsqueda de nuevas formas de síntesis entre aspectos económicos y políticos de las relaciones sociales, y no una tendencia determinista

²²² Koh, *op. cit.*, “Transnational...”, pp. 2348, 2349 y 2371.

de presiones económicas de un mercado mundial pre-existente que debilite lo que de otra forma serían estructuras políticas estables. De hecho, las actividades económicas están profundamente enraizadas en prácticas sociales, culturales y normativas... De manera más amplia, si la globalización implica un proceso de fragmentación de la esfera pública, debe haber preocupación sobre sus efectos en las instituciones de la democracia liberal.²²³

Ahora bien, si en verdad estamos ante lo que puede llamarse una especie de reconfiguración de la esfera de 'lo público' y del 'poder', resulta pertinente plantear una serie de interrogantes sobre la adecuación del derecho a las nuevas circunstancias desde la perspectiva del derecho público, tanto administrativo como constitucional.

Y esto es así, debido a que a nivel interno, el derecho público ha cumplido diversas funciones como conformador, legitimador y controlador del ejercicio del poder. Sin embargo, el paradigma tradicional y aún dominante limita el alcance de dichas funciones al ámbito de las instituciones estatales.

El hecho de que en la era de la llamada globalización el poder se está reconfigurado o, en otras palabras, que de alguna forma se está *relocalizando*, de manera tal que se le puede encontrar no nada más en el Estado, sino en otras instancias, invita (exige) a hacer una revisión del paradigma dominante.

Para Picciotto, la fragmentación interna del Estado liberal ha ido acompañada de una cada vez más densa red de acuerdos de coordinación internacionales entre Estados, lo cual no significa el colapso del Estado, sino que son dos lados de un mismo proceso. A nivel internacional, espacios antes ocupados solo por agentes del Estado ahora son ocupados también por activistas y ONG que pueden no tener gran poder, pero ejercen gran influencia y forman parte importante de la gobernanza global. Picciotto concluye: el efecto general es una dispersión de la política lejos de los canales centralizadores que llevan al Estado, y en una variedad de arenas funcionales específicas, lo cual no significa que el Estado desaparezca, sino que se está reinventando.²²⁴

Por su parte, al analizar la internacionalización o globalización de ciertas esferas de gobierno, Búrca habla de que en la actualidad se está dando la erosión de la asunción de que el Estado-nación es el *locus* de autoridad primario y más apropiado para la toma de decisiones políticas, y enmarca

²²³ Picciotto, Sol, "Fragmented States and International Rules of Law", *Social and Legal Studies*, vol. 6, núm. 2, junio 1997, pp. 261 y 262.

²²⁴ *Ibidem*, pp. 272 y 273.

esta tendencia en otra más general, que califica como la “fragmentación del poder político” y la disolución de las fronteras entre las esferas privadas y públicas de regulación y control.²²⁵ Asimismo, señala este autor que cada vez es más evidente el fenómeno por el cual la competencia y el poder están dispersos entre diferentes niveles de gobierno, que son compartidos entre diversos actores en relación con la misma área de política pública. Y esto le lleva a preguntarse si estamos ante “compartimentos exclusivos” o “esferas empalmadas”.

Finalmente, y para concluir este capítulo debemos mencionar que asociado a la literatura sobre la gobernanza global, suelen aparecer, cada vez con mayor intensidad, una serie de instrumentos normativos que se han identificado con el nombre de *soft law*, caracterizados por su falta de obligatoriedad, uniformidad, justiciabilidad, sanciones y de estructuras de ejecución. Se trata de instrumentos de diverso tipo que, sin embargo, comparten, al menos, un punto en común: tienen un contenido normativo, pero formalmente no son vinculantes, si bien pueden tener relevancia jurídica y, por tanto, producir efectos prácticos.²²⁶

Desde por lo menos la década de los ochenta del siglo XX, la academia se ha interesado cada vez más por el análisis de este fenómeno, pero no se ha llegado a algún tipo de consenso en cuanto a lo que *soft law* significa (ni siquiera en torno al tema de si es o no es en realidad derecho), ni en cuanto a los parámetros para trazar la línea entre lo que es *hard law* y *soft law*.²²⁷ La problemática en torno a estos conceptos fue objeto de debate en el seno de la 82a. Reunión Anual de la American Society of International Law, en uno de cuyos paneles se reconoció la importancia creciente del *soft law* en el ámbito jurídico internacional, así como la inexistencia de un consenso general sobre su significado exacto.²²⁸

En el marco de la referida Reunión Anual, Dupuy identificó tres factores principales en el incremento contemporáneo del *soft law*: a) el elemen-

²²⁵ “It concerns the evolution, in other words, of a concept of governance which transcends the more traditionally conceived private/public divide and which challenges previous (even if misplaced) assumptions about the locus of political and economic authority”. Búrca, Gráinne de, “Reappraising Subsidiarity’s Significance After Amsterdam”, *Harvard Jean Monnet Working Paper 7/99*, Harvard Law School, pp. 2 y 3.

²²⁶ Trubek, D., Cottrell, P., y Nance, M., “‘Soft Law’, ‘Hard Law’, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity”, *Jean Monnet Working Paper 02/05*, Jean Monnet Program, NYW School of Law, New York, 2005, p. 5.

²²⁷ *Ibidem*, p. 10.

²²⁸ Comentarios de Gunther F. Handl, “A Hard Look at Soft Law”, *American Society of International Law*, Washington, D. C., Proceedings of the 82nd Annual Meeting, abril 20-23, 1988, p. 371.

to estructural, caracterizado por la expansión de una red de instituciones intergubernamentales (de la “familia de la ONU”), con un papel cada vez más relevante; se trata de una red que crea una estructura de cooperación que hace posible organizar una negociación política, económica y normativa permanente entre los Estados miembro de dicha comunidad, y con la participación cada vez más activa y relevante de actores no gubernamentales; b) la diversificación de los componentes de la comunidad mundial, en particular el surgimiento de nuevos Estados a partir de la descolonización posterior a la Segunda Guerra Mundial (se asocia el uso de las resoluciones y recomendaciones de las agencias internacionales por parte de los Estados en desarrollo, como un instrumento para modificar las reglas y principios del orden jurídico internacional); c) la evolución de la economía mundial y la interdependencia creciente en un número cada vez mayor de ámbitos, impulsado por el acelerado cambio científico y tecnológico. La interacción de estos factores, afirma Dupuy, ha llevado a la necesidad de la adaptación permanente de las normas que establecen un orden a nivel internacional, y por tanto a una constante renegociación:

Por tanto, podemos afirmar que la ola del *soft law* proviene, por un lado, de un nuevo deseo de derecho, hecho necesario por los factores previamente enunciados y, por otro lado, una especie de temor al derecho, en el sentido de un derecho demasiado rígido e irresistible, o bien demasiado difícil de ser aplicado con rigor por los países más pobres o no capacitados para adaptarse a la rápida evolución de los campos que se supone cubre y regula.²²⁹

²²⁹ Comentarios de Pierre Marie Dupuy, “A Hard Look at Soft Law”, *American Society of International Law*, Proceedings of the 82nd Annual Meeting, abril 20-23, 1988, Washington, D. C., pp. 381 y 382. En un sentido parecido, afirma Chinkin: “In addition to this, soft law forms are deliberately chosen; they do not just happen to arrive in soft-law form. This is a two-way process. Hard-law forms may have been deliberately rejected, at least at a final stage, while the subject matter still has been determined to be appropriate for voluntary restraint through some form of collective action. It appears that there is a sufficient community of interest among states to which to formulate some sort of restraint on their actions. They wish to promote some degree of predictability, create some expectations and a framework for future actions and counteractions in their economic dealings. But this sort of deep level of community interest, which inspires the formulation of some instruments, then will be counterbalanced by divergent interests that lead to the rejection of a hard-law form in favor of a soft-law form. So inevitably this deliberate choice is in fact a compromise between those who wished to have an instrument in hard-law form and those who probably would have preferred to have no instrument at all, but will accept it as a minimum in soft-law form. Of course, even the soft law form is preferable to those states that had preferred a formal treaty to alternatives to the soft-law treaty, which is presumably nothing at all, where there would be no basis for any future restraint on action”. Comentarios de Christine Chinkin, “A Hard Look at Soft Law”, *American Society of International Law*, Proceedings of the 82nd Annual Meeting, abril 20-23, 1988, Washington, D. C., p. 390.

Es significativo la observación de Dupuy y Chinkin, en el sentido de que los Estados se aproximan a las negociaciones y discusiones de instrumentos de *soft law*, con la misma precaución y estrategias a como lo hacen cuando negocian tratados internacionales que han de ser formalmente vinculantes.²³⁰

Para concluir, afirmarnos con Chinkin que:

los participantes en la arena internacional deben poder anticipar la acción y las reacciones de otros participantes. Ignorar los instrumentos de *soft law* obviamente significa ignorar un relevante factor en la predicción de la conducta futura. El *soft law* puede tener un efecto indirecto en la legitimación y deslegitimación. Es extremadamente difícil hoy día incluso para un Estado que rechazó un instrumento de *soft law* argumentar que la conducta de conformidad con tal instrumento por parte de los estados que la aceptaron es ilegítima. Igualmente, la legitimidad de una norma de derecho internacional previamente existente puede ser minada por principios emergentes de *soft law*. Incluso la expectativa de que un Estado ha de ignorar un instrumento de *soft law* es por supuesto un indicador importante de la conducta futura; provee un marco para las expectativas y para la predicibilidad.²³¹

En resumidas cuentas, los fenómenos y procesos asociados a la ‘gobernanza global’ han afectado al Estado y su entorno, ante lo cual el derecho constitucional, como sector de normas y como disciplina, no puede dejar de reaccionar. Las preguntas: ¿quién crea el derecho constitucional?, ¿dónde ocurre la política para definir el derecho constitucional?, ya no pueden ser directamente contestadas conforme los esquemas conceptuales tradicionales. En el siguiente capítulo examinaremos algunas de las líneas de discusión que se han abierto en relación con estos temas y problemáticas, desde la perspectiva constitucional.

²³⁰ Comentarios de Dupuy y Chinkin, *op. cit.*, pp. 386 y 389.

²³¹ Comentarios de Christine Chinkin, “A Hard Look at Soft Law”, *American Society of International Law*, Proceedings of the 82nd Annual Meeting, abril 20-23, 1988, Washington, D. C., p. 393.