

# EL DERECHO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL O GLOBAL: UN NUEVO CAPITULO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO<sup>\*7\*\*</sup>

## INTRODUCCIÓN

A pesar de que los estudiosos del derecho administrativo no han logrado ponerse de acuerdo sobre el significado de esta disciplina jurídica, de lo cual dan cuenta los estudios realizados sobre las diversas acepciones que sobre el derecho administrativo ha planteado la doctrina<sup>1</sup>, lo cierto es que tradicionalmente se había considerado que el derecho administrativo era una expresión típica del derecho interno de cada país. En este sentido, un concepto clásico del derecho administrativo lo ha definido como el régimen jurídico resultante del desarrollo de la Constitución Política en los asuntos relacionados con la administración pública del respectivo Estado<sup>2</sup>.

De manera muy general, entonces, puede señalarse que de acuerdo con la comprensión más tradicional de esta rama jurídica, el derecho administrativo es el conjunto de principios y reglas jurídicas que tienen por objeto regular la organización de las entidades que conforman la administración pública del Estado y las relaciones que se presentan entre dichas entidades y las personas que tienen vínculos jurídicos con ellas.

Sin embargo, esa concepción del derecho administrativo como derecho interno no excluía algunas relaciones con el derecho internacional tradicional, en la medida en que la aplicación práctica de las convenciones y tratados internacionales en cada uno de los Estados que son parte de esos acuerdos, requiere algunas veces de la expedición de normas internas que los desarrollen. Puede afirmarse que esas relaciones tradicionalmente fueron limitadas por el concepto ortodoxo de soberanía y por la debilidad del carácter realmente vinculante de muchos tratados y convenciones, que se limitan a establecer principios orientadores en las respectivas materias y que carecen de instrumentos efectivos para garantizar la aplicación de las normas fijadas en ellos.

---

\* Por LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Profesor de derecho administrativo. Exconsejero de Estado de Colombia. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo; del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, y de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

\*\* Estudio publicado en *Derecho administrativo, en homenaje a Jorge Fernández Ruiz*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, 2013, págs. 453 y ss.

<sup>1</sup> Véase a LUCIANO PAREJO ALFONSO, *El concepto de derecho administrativo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, así como los correspondientes capítulos de los manuales y tratados de derecho administrativo de diversos autores.

<sup>2</sup> Véase a ADOLF MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, Granada, Comares, 2004, p. 140.

Pero esa situación ha venido cambiando de manera muy importante en la medida en que los fenómenos de la globalización de la economía y la internacionalización del derecho han producido unas relaciones cada vez más fuertes entre el derecho administrativo y el internacional<sup>3</sup>. En efecto, al igual que en otras ramas del derecho, cada vez más el derecho administrativo se nutre de fuentes provenientes del derecho internacional, como es el caso, entre otros, de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, de los tratados que regulan la utilización de bienes públicos como los de telecomunicaciones o del medio ambiente, de los tratados de libre comercio y de los tratados bilaterales de inversión<sup>4</sup>.

Este fenómeno conocido como “la internacionalización del derecho” no sólo afecta al derecho administrativo sino que se extiende prácticamente a todas las demás ramas de la ciencia jurídica. En este sentido, podemos citar los casos del derecho penal y su afectación por la reciente creación de la Corte Penal Internacional y de cortes penales internacionales para los casos de Ruanda y de Yugoslavia; del derecho laboral, con los compromisos adquiridos por los Estados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, o del derecho comercial con los acuerdos suscritos al amparo de la Organización Mundial del Comercio – OMC.

Ahora bien, en lo que respecta al derecho administrativo, esas relaciones cada vez más estrechas con el derecho internacional han venido planteando múltiples problemas jurídicos, algunos de los cuales ya han sido objeto de atención por parte de la doctrina, como es el caso de las relaciones entre la Unión Europea y los países miembros de esa Unión, hasta el punto de permitir actualmente el reconocimiento de un “derecho comunitario”, que tiene sus orígenes en el derecho internacional pero que ha adquirido en Europa una personalidad propia, como producto de sus rasgos característicos que, además, se han venido reproduciendo en otras regiones del mundo aunque con desarrollos y análisis más limitados.

Además, ya no solo los Estados sino algunos de ellos con entes privados se han unido con fines supranacionales que llevan a la expedición de normas que pretenden tener aplicación en las comunidades nacionales. Pero por si lo anterior fuera poco, en la actualidad también encontramos entes u organizaciones constituidos por personas típicamente privadas, con vocación de autoridad para

---

<sup>3</sup> Véase a AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte general, 10ª ed., Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2009, pp. V-10 y ss.

<sup>4</sup> Sobre estos fenómenos, véase a AGUSTÍN GORDILLO, “La creciente internacionalización del derecho”, en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coordinador), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, págs. 71 y ss; a SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El derecho administrativo privado*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1996, pp. 15 y 16; a LUIS LÓPEZ GUERRA, ET. AL., *Derecho constitucional*, vol. I, 7ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 113 y ss, y a LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El derecho administrativo frente a la internacionalización del derecho y en particular frente al derecho comunitario”, en MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA (ed.), *Retos y perspectivas del derecho administrativo*, Segunda parte, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, pp. 19 y ss.

definir reglas de conducta aplicables a los habitantes de diferentes Estados y aún a los Estados mismos.

Todas las figuras anteriores constituyen actualmente un conjunto de fuentes normativas que superan los límites de los Estados pero que pueden tener o tienen aplicación en la vida administrativa de los miembros o habitantes de un Estado en particular.

El fenómeno descrito ha comenzado a ser objeto de preocupación académica en el sentido de que el derecho administrativo tradicional, como derecho exclusivamente interno, no resulta suficiente pues lo cierto es que en la actualidad existe una especie de administración pública, una normatividad y unas actuaciones transnacionales, esto es, que trascienden los límites de los Estados, y que generan afectaciones en las relaciones jurídico-administrativas.

El análisis académico de esta situación ha dado lugar a diversas expresiones en la doctrina. Así, un primer sector de la doctrina menciona al “derecho administrativo internacional” para referirse principalmente al ordenamiento administrativo propio de las organizaciones internacionales<sup>5</sup>. Otro sector utiliza la expresión “derecho administrativo global” para referirse, en ocasiones, al derecho aplicable a las administraciones públicas que existen con independencia de un Estado<sup>6</sup> y, en otras, al derecho que estudia las relaciones jurídicas de los llamados órganos administrativos globales, que incluyen tanto a administraciones sin Estado como a los Estados en sus actuaciones con eficacia global y a ciertos organismos internacionales<sup>7</sup>.

No obstante, los conceptos anteriores no parecen comprender el fenómeno en su conjunto, pues en ocasiones se limitan a las organizaciones internacionales, en otras a las administraciones sin Estado y en otras más a situaciones donde los tratados internacionales tradicionales no tienen operancia. Frente a esas concepciones, consideramos que es más comprensiva la denominación de *derecho administrativo transnacional o global*, en un sentido amplio, como el derecho aplicable a todas las situaciones que superan los límites de los Estados pero que pueden tener o tienen aplicación en la vida administrativa de los mismos o de sus habitantes, incluyendo a las derivadas de los tratados internacionales tradicionales, de las organizaciones internacionales, de las organizaciones

---

<sup>5</sup> Véase a AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, cit., pp. V-10 y ss, y a PABLO FERNÁNDEZ LAMELA, *Introducción al derecho administrativo internacional*, México, Novum, 2012, pp. 34 y ss.

<sup>6</sup> Véase a SABINO CASSESE, “Administrative law without the State? The challenge of global regulation”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, n° 37, New York, New York University School of Law, 2005, pp. 663 y ss.

<sup>7</sup> Véase a BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH y RICHARD B. STEWART, “El surgimiento del derecho administrativo global”, en *Revista Res Pública Argentina*, n° 2007-3, Buenos Aires, Ediciones Rap, octubre–diciembre de 2007, pp. 25 y ss, y a LORENZO CASINI e EUAN MACDONALD, “Foreword”, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, 2ª ed., New York, Institute for International Law and Justice of New York University School of Law e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, 2008, pp. XIX y ss.

comunitarias y de los órganos transnacionales que existen de manera independiente a un tratado internacional.

En ese orden de ideas, el *derecho administrativo transnacional o global* puede ser definido como el *conjunto de principios y reglas jurídicas que tienen por objeto regular la organización de la administración pública transnacional y la actividad administrativa de los órganos que conforman dicha administración y de las personas públicas o privadas que son afectadas por esa actividad*.

Como ya quedó expresado, la mayor parte de los problemas jurídicos que plantea este fenómeno han sido analizados en buen grado de detalle en relación con el llamado “derecho comunitario”, especialmente respecto del derecho comunitario europeo, pero también, aunque en menor medida, en relación con otras organizaciones comunitarias<sup>8</sup>. Igualmente, encontramos estudios importantes en relación con las organizaciones internacionales en general, aunque en este caso más dedicados a sus aspectos históricos y organizacionales que a los aspectos jurídicos sustanciales<sup>9</sup>. Pero en relación con los aspectos de fondo que puedan llevar a la construcción de una teoría jurídica general aplicable a este fenómeno, la doctrina apenas comienza a hacer algunos esfuerzos no muy sistemáticos.

En consecuencia, para acercarnos a la comprensión sistemática de los principales problemas que esta situación plantea en el campo del derecho administrativo, consideramos que debemos analizar los siguientes aspectos: la existencia de una administración pública transnacional (I) y de una normatividad administrativa transnacional (II), y el control sobre las actuaciones de la administración pública transnacional (III), todo lo cual constituye la apertura de un nuevo y gran capítulo del derecho administrativo.

---

<sup>8</sup> Sobre el derecho comunitario europeo, véase, entre otros, a CLAUDE BLUMANN y LOUIS DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6ª ed., Paris, Montchrestien, 2012; a CLAUDE BLUMANN y LOUIS DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6ª ed., Paris, LexisNexis, 2010; a ARACELI MANGAS MARTÍN y DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2005; a GUY ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, traducción de la 4ª ed. francesa, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, y a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de derecho comunitario europeo*, 2 ts., Madrid, Editorial Civitas, 1986. Estos estudios se han extendido a otros sistemas comunitarios, como el andino, sobre el cual puede verse a JORGE ANTONIO QUINDIMIL LÓPEZ, *Instituciones y derecho de la comunidad andina*, Valencia, Universidad de La Coruña y Tirant Lo Blanch, 2006; a MARCEL TANGARIFE TORRES, *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*, Bogotá, Baker & McKenzie, 2002, y a LUIS CARLOS SÁCHICA, *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985.

<sup>9</sup> En relación con las organizaciones internacionales, además de los tradicionales manuales y tratados de derecho internacional público, puede verse a MANUEL DÍEZ DE VELASCO, *Las organizaciones internacionales*, 16ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2010, pp. 499 y ss; a RENÉ URUEÑA, *Derecho de las organizaciones internacionales*, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2008; a CLIVE ARCHER, *International organizations*, 2ª ed., Londres, Routledge, 1992; a ULDARICIO FIGUEROA PLA, *Organismos internacionales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, y a ALVIN LE ROY BENNETT, *International organizations: principles and issues*, Nueva York, Prentice-Hall, 1984.

## **I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRANSNACIONAL**

Para comprender la existencia de una administración pública transnacional, nos referiremos, en primer lugar, a los centros de producción normativa transnacional (A), para analizar posteriormente el fenómeno del desplazamiento de las autoridades administrativas nacionales por las autoridades transnacionales (B).

### **A. Los centros de producción normativa transnacional**

Para configurar la idea de una administración pública global debemos ensayar una tipificación de los entes de producción de normatividad supranacional. Para el efecto, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que la visión más tradicional sobre las fuentes de producción de normatividad transnacional consiste en que esta se produce directamente por los Estados, con ocasión y en desarrollo de la suscripción de tratados o convenios internacionales.

No obstante, dicha visión tradicional tuvo una primera evolución en el sentido de que en virtud de esos tratados o convenios internacionales se han formado verdaderas organizaciones internacionales que también se han convertido en centros de producción normativa transnacional, dentro de las cuales se destacan, por sus particularidades e importancia, las organizaciones comunitarias.

Sin embargo, en el derecho contemporáneo, como consecuencia de la progresiva internacionalización o globalización del derecho, se han venido identificando otros centros de producción normativa transnacional que, a diferencia de los anteriores, de una parte, no tienen origen en un tratado o convenio internacional y, de otra, tienen como objetivo influir en organizaciones estatales y en personas que no han participado ni directa ni indirectamente en la producción de esa normatividad. Esta clase de órganos o entes transnacionales, en unos casos, tienen origen en los Estados, mientras que en otros son mixtos en el sentido de que en ellos concurren Estados, órganos estatales y particulares y, en otros casos más, tienen un origen puramente privado.

#### **1. Los Estados como fuente de normatividad transnacional por medio de los tratados o convenios internacionales tradicionales.**

La primera fuente de producción de normatividad supranacional que genera afectaciones sobre la comprensión más tradicional del derecho administrativo como derecho esencialmente interno, corresponde a los tratados o convenciones internacionales de los cuales surgen normas vinculantes tanto para los Estados firmantes, concretamente en lo que interesa al presente estudio para las administraciones públicas, como para los habitantes de esos Estados.

Frente a esta primera fuente, debe hacerse notar que en la doctrina ha existido una importante discusión acerca de la aceptación de los tratados o convenciones

internacionales como fuente en el derecho administrativo<sup>10</sup>. Igualmente, en caso de aceptarse como fuente, ha aparecido una segunda discusión sobre si se trata de una fuente directa o indirecta, aspecto que depende estrictamente del régimen establecido en cada ordenamiento jurídico<sup>11</sup>.

No obstante, en la actualidad, en términos generales, dichas discusiones doctrinales han sido superadas y se acepta de manera relativamente pacífica por la doctrina que los tratados internacionales son efectivamente una fuente del derecho administrativo, en el sentido de que son actos normativos que pueden imponer reglas de conducta aplicables a las relaciones jurídico-administrativas internas, y cuyo carácter directo o indirecto dependerá de la solución concreta que al tema de su incorporación le otorgue cada ordenamiento jurídico en particular<sup>12</sup>.

Ahora bien, sobre el carácter de normatividad transnacional que ostentan los tratados o convenciones internacionales tampoco existe discusión en el derecho contemporáneo. En efecto, en el derecho administrativo tradicional se afirmó que los tratados internacionales no constituían una fuente externa, sino una fuente interna, de tal manera que tomaban la forma mediante la cual ingresarán a los ordenamientos jurídicos internos y, por lo mismo, su eficacia se producía de la misma manera que la norma interna a través de la cual ingresaban<sup>13</sup>. No obstante, en el derecho administrativo contemporáneo se ha entendido que la necesidad de la expedición de una norma interna para la incorporación al ordenamiento jurídico no supone que el tratado internacional se convierta en una fuente interna, sino que constituye un mero requisito de eficacia de la norma transnacional en el orden interno.

En ese orden de ideas, puede concluirse que actualmente se acepta tanto que los tratados o convenios internacionales más tradicionales son efectivamente fuentes del derecho administrativo, como que se trata de normatividad de carácter transnacional.

Al respecto, debe destacarse que esta aceptación, unida al contenido contemporáneo de esos tratados internacionales, se traduce en la superación

---

<sup>10</sup> En relación con esta discusión, véase a MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, n° 72, y a ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, n° 84, quienes citan a los autores que sostienen las diversas posiciones.

<sup>11</sup> Sobre esta segunda discusión, véase a FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 256 y ss, y a GUIDO ZANOBINI, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, Buenos Aires, Arayú, 1954, pp. 88 y 89.

<sup>12</sup> Véase a RENÉ CHAPUS, *Droit administratif général*, t t. 1, 15ª ed., Paris, Montchrestien, 2001, n° 165 y ss; a ANDRÉ DE LAUBADÈRE et YVES GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, Droit administratif général, 16<sup>ème</sup> ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, n° 1146 y ss; a FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, cit., pp. 256 y ss; a MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, cit., n° 72, y a JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. I, 8ª ed., Buenos Aires, LexisNexis y Abeledo-Perrot, 2006, pp. 154 y ss.

<sup>13</sup> Sobre este punto, véase a ADOLFO MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, cit., p. 143.

tanto del concepto tradicional u ortodoxo de soberanía como de la visión de los tratados y convenciones internacionales como normas con un carácter vinculante débil, pues ya no se trata de normas que se limiten a señalar principios generales y buenos propósitos, sino que consagran reglas de conducta directamente aplicables a los Estado y a sus habitantes.

Lo anterior implica que como son los Estados quienes suscriben y dan eficacia a los tratados o convenios internacionales, son los propios Estados los primeros entes que dan lugar a la producción de normatividad transnacional que constituye fuente del derecho administrativo y que afecta el contenido tradicional de este derecho.

## 2. Los organismos u organizaciones internacionales

En segundo lugar, como órganos de producción de normatividad internacional o transnacional, aparecen las organizaciones internacionales. Al respecto, la doctrina ha reconocido que dada su multiplicidad de estructuras, objeto y competencias, no es fácil hacer una definición de ellas, sino apenas una breve descripción de sus rasgos característicos comunes, los cuales son suficientes para diferenciarlas de otra clase de organizaciones como las internacionales privadas o no gubernamentales<sup>14</sup>.

A pesar de esa dificultad, algún sector de la doctrina ha reconocido que sobre la base de esos elementos comunes a todas ellas, es posible sostener que las organizaciones internacionales son

...unas asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros<sup>15</sup>.

En concordancia con la anterior definición, es posible sostener que las organizaciones internacionales tienen los siguientes rasgos comunes:

a) Suelen estar compuestas básicamente por Estados soberanos, es decir, que tienen una composición interestatal, pero se ha aceptado también que pueden formar parte de ellas otras organizaciones internacionales, dando lugar a la existencia de una especie de organizaciones internacionales indirectas o de segundo grado;

b) Su creación tiene origen en un tratado o convención internacional, esto es, que es necesario que los Estados soberanos o las organizaciones internacionales

---

<sup>14</sup> Véase a THOMAS BUERGENTHAL, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 38 y ss.

<sup>15</sup> JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA, "Las organizaciones internacionales: generalidades", en MANUEL DÍEZ DE VELASCO, *Las organizaciones internacionales*, cit., p. 43.

previamente creadas, manifiesten expresamente su consentimiento en el sentido de crear un nuevo ente jurídico;

c) Poseen una estructura orgánica propia, permanente e independiente de los Estados soberanos u otras organizaciones internacionales que son sus miembros, lo cual significa que, por tener vocación de permanencia, tienen su propia organización con la correspondiente distribución de competencias entre sus órganos, los cuales toman decisiones con autonomía respecto de quienes conforman la respectiva organización internacional;

d) Tienen una personalidad jurídica propia de derecho internacional diferente a la de sus Estados u organizaciones internacionales miembros, lo cual se traduce en que son sujetos del derecho internacional y se les permite actuar y obligarse de forma independiente a la de sus miembros, de tal manera que, por una parte, no requieren de autorizaciones para actuar y, de otra, sus decisiones no son decisiones de sus miembros y no comprometen su responsabilidad, y

e) Finalmente, debe señalarse que estas organizaciones no están sometidas al derecho de ninguno de los Estados miembros, sino que, por el contrario, están sometidas al derecho internacional, lo cual no implica que sus actuaciones se limiten a un escenario internacional, pues pueden llegar también a ejercer sus actividades dentro de algún Estado soberano<sup>16</sup>.

Respecto de esas organizaciones internacionales debe resaltarse que existen muchas clases de ellas, con diversos tipos de fines u objetivos. Así, estas organizaciones pueden ser clasificadas de múltiples maneras, siendo la de sus fines quizás uno de los criterios más importantes. En aplicación de este criterio existen organizaciones de fines generales (como la Organización de Naciones Unidas–ONU, el Consejo de Europa, la Liga Árabe o la Organización de Estados Americanos–OEA) y organizaciones de fines particulares (como la Organización del Tratado del Atlántico Norte–OTAN, que tiene fines de cooperación militar o de seguridad; la Organización Internacional del Trabajo–OIT, que tiene fines de protección de la dignidad del trabajo, o la Organización de Países Exportadores de Petróleo–OPEP, que tiene como fin la defensa, protección y regulación del mercado del petróleo).

Otro criterio muy importante para la clasificación de estas organizaciones internacionales tiene que ver con el ámbito en el cual actúan. Como efecto de este criterio, existen organizaciones de carácter universal (como la Organización de Naciones Unidas–ONU o la Autoridad Internacional de Fondos Marinos) y organizaciones de carácter regional (como la Unión de Naciones Suramericanas–UNASUR o la Unión Africana), cada una de las cuales tiene su propia forma de organización y funcionamiento, de acuerdo con las funciones para las cuales fueron creadas.

---

<sup>16</sup> Sobre la mayoría de estos rasgos, véase *ibídem*.

Como puede verse, a pesar de que las organizaciones internacionales son de muy diversas clases, con múltiples formas de organización y funcionamiento, diferentes orígenes y diversas finalidades, ellas gozan de unos ciertos rasgos comunes que permiten calificarlas como tales.

Frente a dichas características, para efectos de lo que interesa al presente estudio, debe resaltarse la posibilidad que tienen estas organizaciones internacionales de adoptar decisiones de manera autónoma e independiente. En efecto, si bien es cierto que la doctrina suele criticar el carácter realmente vinculante de las decisiones de una organización internacional, la realidad contemporánea revela que en buena medida muchas de sus decisiones sí generan afectaciones a nivel interno en el sentido de que resultan siendo cumplidas por sus destinatarios y, para lo que interesa al presente estudio, esas afectaciones se reflejan en las relaciones jurídico-administrativas.

Así, por ejemplo, en materia de derechos mínimos de los trabajadores, las autoridades administrativas internas no pueden limitarse a verificar lo expuesto por su propio ordenamiento jurídico interno, sino que las recomendaciones, decisiones y otra clase de actuaciones de la OIT en realidad constituyen fuente de deberes de conducta para las administraciones y de derechos para los trabajadores<sup>17</sup>.

Además, en otras ocasiones es posible que en los actos de creación de estas organizaciones internacionales los Estados deleguen en la misma la expedición de ciertas clases de normas o la adopción de determinado tipo de decisiones por medio de órganos específicos de la respectiva organización internacional (como el Consejo de Seguridad de la ONU o la Secretaría General de UNASUR), caso en el cual sus decisiones constituirán fuente de derecho en los ordenamientos jurídicos internos, y particularmente serán fuentes de derecho administrativo en la medida en que dichas normas o decisiones afecten relaciones jurídico-administrativas.

### **3. Las organizaciones comunitarias**

Aunque se trata propiamente de organizaciones internacionales por cumplir con todos los requisitos señalados en el punto anterior, las organizaciones comunitarias se han desarrollado como un sujeto particular por sus especiales condiciones, concretamente por su particular finalidad de integración y no de mera cooperación, así como por su especial capacidad de producción normativa<sup>18</sup>.

El caso más conocido y desarrollado de este fenómeno está dado por la Comunidad Económica Europea, creada en 1957 con el Tratado de Roma, con un sentido esencialmente económico, pero que en 1992, con el Tratado de Maastricht, se transformó en la Unión Europea para reflejar la clara intención de

---

<sup>17</sup> Sobre este tema, véase a JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, *Una aproximación al derecho administrativo global*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2011, pp. 73 y ss.

<sup>18</sup> SANDRA C. NEGRO, "Caracterización y clasificación de los esquemas de integración", en SANDRA NEGRO (dir.), *Derecho de la integración. Manual*, Montevideo, Editorial B. de F., 2010. p. 36.

los Estados miembros de no limitar sus relaciones a los asuntos del comercio exterior, sino de extenderlas al manejo no solo de su economía interna sino de asuntos políticos y de diverso orden en relación con la vida de los asociados. Esta integración ha llegado a comprender aspectos como el derecho a la libre locomoción entre los diversos territorios, la educación y casi hasta la nacionalidad misma, a través de la expedición de un pasaporte único, hasta el punto de que cada día son más tenues las diferencias entre los nacionales de cada uno de los Estados que conforman la Unión, frente a una concepción cada día más sólida de un “ciudadano europeo”, todo lo cual ha generado profundas transformaciones en el derecho administrativo de esos países.

Siguiendo este ejemplo, en el contexto latinoamericano han surgido organizaciones similares a la inicial de la Comunidad Económica Europea, que conservan aún su carácter esencialmente económico, entre las cuales se encuentran el Mercado Común Centroamericano, creado mediante el Tratado de Managua de 1960; la Comunidad Andina de Naciones–CAN, creada como Pacto o Grupo Andino mediante el Acuerdo de Cartagena firmado en 1968 y transformado en Comunidad en el Protocolo de Trujillo de 1996, que en medio de múltiples dificultades busca acercarse cada vez más a ser una comunidad de carácter político y no simplemente económico; la Comunidad Económica del Caribe–CARICOM, creada en 1973 mediante el Tratado de Chaguaramas, y el Mercado Común del Sur – MERCOSUR, creado en 1991 mediante el Tratado de Asunción.

Además, debe hacerse notar que este fenómeno tiene expresiones en las demás regiones del mundo, como lo muestran la creación de la Unión Económica de los Estados Árabes en 1957, y de la Unión Económica del África Central, por el Tratado de Ginebra en 1964.

Para efectos de lo que interesa al presente estudio, es preciso destacar que estas comunidades económicas o esquemas de integración, entre otras particularidades, se caracterizan por hacer una cesión de sus competencias constitucionales internas a órganos pertenecientes al respectivo esquema de integración. Ello da lugar a que exista todo un conjunto de normas originadas en las autoridades comunitarias que son de imperativo cumplimiento dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tanto por las autoridades públicas como por los habitantes, las cuales tienen una muy importante influencia en el derecho administrativo tradicional, toda vez que sus destinatarios suelen ser las administraciones públicas y los habitantes de los Estados que se relacionan con ellas<sup>19</sup>.

Estas normas, junto con los tratados o convenciones internacionales que han dado lugar a la creación de las organizaciones comunitarias y a la cesión de competencias, han permitido la construcción del llamado “derecho comunitario”, que se ha desarrollado como una nueva rama del derecho.

---

<sup>19</sup> Véase a ALLAN R. BREWER – CARÍAS, *Derecho administrativo*, t. I, Caracas – Bogotá, Universidad Central de Venezuela – Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 47.

Según lo ha entendido la doctrina, esta rama del derecho, cuyas normas se basan en la idea de integración de los Estados, no corresponde estrictamente a una categoría del derecho internacional público o privado, en la medida en que esta clase de derecho se construye a partir del concepto de cooperación y no de integración<sup>20</sup>. Tampoco constituye una subespecie del derecho interno, puesto que si bien los ordenamientos comunitarios constituyen fuentes del derecho interno, su ámbito de aplicación rebasa las simples relaciones jurídicas al interior de un Estado y se extiende a situaciones que afectan a diversos Estados o a habitantes de diversos Estados<sup>21</sup>.

En ese orden de ideas, aunque ciertamente existen estrechas relaciones entre el “derecho comunitario”, el derecho internacional y los derechos internos de los países, se considera que el derecho comunitario es un derecho especial y diferente, que surge del conjunto de normas jurídicas contenidas en los tratados o convenios firmados por los Estados para la conformación de una comunidad y en las decisiones proferidas por las autoridades comunitarias, que resultan vinculantes para los Estados que forman parte de la respectiva comunidad. No se trata simplemente de la diversidad de normas jurídicas resultantes de los diferentes tratados suscritos por los Estados, que aunque son obligatorias, carecen de relaciones de vinculación entre ellas, como ocurre en el derecho internacional, sino de un verdadero ordenamiento jurídico compartido por los Estados miembros de una comunidad, en principio económica, pero que puede extenderse a aspectos más generales y políticos<sup>22</sup>. Es así como la doctrina ha definido al derecho comunitario como “un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que dispone de: a) fuentes propias, b) órganos de producción normativa también propios, sujetos a procedimientos y esquemas de relaciones reglados y c) un sistema judicial de garantía de interpretación y aplicación uniforme”<sup>23</sup>.

#### **4. Órganos de producción normativa transnacional que existen independientemente de un tratado internacional**

Finalmente, en la realidad internacional actual puede observarse una cuarta categoría de órganos que son centro de producción normativa transnacional, conformada por una diversidad de órganos cuya existencia, a diferencia de los casos analizados hasta ahora, no depende directamente de un tratado o convenio internacional.

---

<sup>20</sup> En relación con la distinción entre el derecho internacional como consecuencia de la cooperación y el derecho comunitario como expresión de la integración, véase a ROBERTO DROMI, *Derecho administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2004, pp. 777 y ss.

<sup>21</sup> Sobre este aspecto, véase a ANDRÉ DE LAUBADÈRE et PIERRE DELVOLVÉ, *Droit public économique*, 4ª ed., París, Editions Dalloz, 1983, núm. 87.

<sup>22</sup> Esta es precisamente la razón por la cual el Tribunal de las Comunidades Europeas abandonó la mención al derecho internacional al precisar el concepto de derecho comunitario. Al respecto, véase a ARACELI MANGAS MARTÍN y DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 332 y ss.

<sup>23</sup> GUY ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, cit., pp. 111

Para comprender adecuadamente esta categoría, debe comenzarse por destacar que alguna doctrina ha planteado que las prácticas de las relaciones internacionales demuestran la existencia de una especie de “acción global”, la cual se traduce en una “reglamentación administrativa, no en forma de tratados negociados por Estados, pero de estándares y de reglas de aplicación general adoptadas por órganos subsidiarios”, que también incluye “decisiones informales tomadas al controlar e implementar regímenes regulatorios internacionales”<sup>24</sup>.

Para esa misma doctrina, esta categoría incluye órganos de muy diversa índole, pues además de unas llamadas “administraciones sin Estado”, incluye organismos propiamente estatales e incluso organizaciones internacionales formales. Dentro de ese contexto, según la doctrina citada, la “administración pública global o transnacional” estaría conformada por unos llamados “órganos globales administrativos” que serían de cinco tipos, a saber: la “administración internacional”, las “redes transnacionales y los acuerdos de coordinación”, la “administración dispersa”, la “administración híbrida privada–intergubernamental” y los “órganos privados”<sup>25</sup>.

Frente a dichos órganos, en primer lugar, para efectos de la tipología que planteamos en este trabajo y específicamente para identificar la cuarta categoría que estamos analizando, debe excluirse a la llamada “administración internacional” que se concreta en las organizaciones internacionales tradicionales y las organizaciones comunitarias, las cuales, por sus particulares características y su especial desarrollo, deben ser tratadas de manera separada como centros de producción normativa transnacional más específicos, como lo hemos hecho en los puntos anteriores de este mismo trabajo.

Una vez hecha la anterior exclusión, debe destacarse que existen dos notas comunes que caracterizan a los demás órganos transnacionales administrativos mencionados: en primer lugar, que su existencia no tiene origen directo ni necesario en un tratado o convenio internacional en el cual los Estados hayan expresado formalmente su voluntad en el sentido de someterse ellos mismos y sus habitantes a las actuaciones y decisiones del respectivo órgano y, de otra parte, que esta clase de órganos tienen como objetivo influir en organizaciones estatales y aún en los habitantes de esas organizaciones, que no han participado ni directa ni indirectamente en su creación ni en la adopción de sus decisiones.

Dentro de ese contexto, pueden identificarse tres grupos de órganos dentro de la categoría que se analiza: órganos que tienen origen en la voluntad de los Estados sin la formalidad de un tratado o convenio internacional, órganos de carácter mixto

---

<sup>24</sup> BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH y RICHARD B. STEWART, “El surgimiento del derecho administrativo global”, cit., p. 29.

<sup>25</sup> Sobre la clasificación y algunos ejemplos de la “administración pública global o transnacional”, véase a BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH y RICHARD B. STEWART, “El surgimiento del derecho administrativo global”, cit., pp. 32 y ss. Otros ejemplos de esta clase de órganos puede consultarse en SABINO CASSESE, *El derecho global*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2010, 81 y ss., y en JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, *Una aproximación al derecho administrativo global*, cit., pp. 77 y ss.

donde concurren autoridades estatales y particulares, y órganos puramente privados.

**a) Órganos transnacionales que tienen origen en la voluntad de los Estados sin la formalidad de un tratado o convenio internacional:** se incluyen, de una parte, las llamadas “redes transnacionales y los acuerdos de coordinación” y, de otra, las administraciones nacionales con objetivos transnacionales.

Las redes transnacionales y los acuerdos de coordinación se caracterizan porque son órganos que carecen de una estructura formal de toma de decisiones vinculantes y que, en cambio, actúan por medio de mecanismos de cooperación informal entre reguladores estatales, sin que sea necesaria la existencia de un tratado internacional para su funcionamiento. De esta manera, antes que una eficacia propiamente jurídica, podría decirse que sus decisiones, como lo anota la doctrina citada, resultan vinculantes desde una perspectiva sociológica. Como ejemplos de esta clase de órganos, encontramos el Comité de Basilea, compuesto por representantes formales de algunos Estados, que formula directrices y estándares para la regulación y control de las actividades financieras con alcance incluso más allá de los Estados representados, y el Panel o Grupo Intergubernamental sobre el Cambio Climático, también conformado por representantes de Estados, encargado de formular directrices sobre la regulación de los recursos naturales.

A su vez, las administraciones nacionales que actúan con objetivos transnacionales, las cuales han sido identificadas por alguna doctrina como la “administración dispersa”, son las agencias reguladoras internas de un Estado que toman decisiones en temas que afectan directamente o, al menos, generan preocupación a nivel extranjero o global, es decir, en otros Estados y sus habitantes. Como ejemplos de estos órganos encontramos, de una parte, la agencia de los Estados Unidos que prohibió las importaciones de determinados camarones y productos del camarón provenientes de la India, Malasia, Pakistán y Tailandia, con el fin de proteger ciertas tortugas marinas; y las autoridades de algunos estados de los Estados Unidos, así como del Reino Unido, Australia, Canadá, Suiza y Japón, que impusieron restricciones a la inversión extranjera en Myanmar y a las importaciones provenientes de ese país, como consecuencia del desconocimiento de las prohibiciones a los trabajos forzados verificado por la OIT.

**b) Órganos de carácter mixto donde concurren autoridades estatales y particulares:** esta categoría corresponde a lo que la doctrina analizada ha denominado la “administración híbrida privada–intergubernamental”, la cual se encuentra conformada por órganos que combinan tanto actores privados como agencias gubernamentales, que adoptan decisiones o recomendaciones de trascendencia o impacto internacional, aún en Estados y sus habitantes que no han concurrido a la conformación de esos órganos ni han participado en la adopción de sus decisiones. Como ejemplos de estos órganos se encuentran, en primer lugar, la Comisión del Codex Alimentarius, compuesta por órganos de algunos Estados y por particulares interesados, que adopta estándares de

seguridad alimentaria con eficacia transnacional y, de otra parte, la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN, que nació como organización no gubernamental y posteriormente admitió la participación de autoridades estatales, y se encarga de regular y asignar las direcciones de Internet.

**c) Órganos puramente privados:** aquellos que carecen de participación directa o indirecta de los Estados, pero desempeñan funciones de regulación con alcance o eficacia internacional. Como ejemplos de esta clase de órganos encontramos la Organización Internacional para la Estandarización – ISO, que adopta estándares que armonizan reglas de producción y procesamiento a nivel mundial; la Agencia Mundial Anti-doping del Comité Olímpico Internacional, que se encarga de adoptar decisiones relacionadas con las sustancias prohibidas para los deportistas, y las agencias de calificación de riesgos de inversión, como Standard & Poor o Fitch Ratings, que fijan estándares para determinar los riesgos que pueden producirse en determinadas inversiones económicas.

Como puede verse, las tres clases de órganos mencionados se caracterizan por no tener origen directo en un tratado internacional y, por lo mismo, ser extrañas a la categoría de las organizaciones internacionales. Pero, además, estos órganos adoptan decisiones que afectan a algunos Estados y a sus habitantes, sin que dichos afectados, directa o indirectamente, hubieren autorizado esa afectación o hubieren participado en la adopción de las decisiones.

## **B. El desplazamiento de las autoridades administrativas nacionales por autoridades transnacionales**

Reconocida la existencia de unos centros de actuación administrativa y de producción normativa transnacional, aparece la primera expresión de la influencia del derecho administrativo transnacional sobre el derecho administrativo tradicional, que se traduce en el hecho de que diversas decisiones que tradicionalmente tenían como fuente a las autoridades administrativas de cada país, ahora se originan en órganos de la administración pública transnacional, lo cual es especialmente evidente en relación con las organizaciones comunitarias.

Así, por ejemplo, en el caso de los tratados internacionales tradicionales, ellos mismos incluyen, en ocasiones, normas o disposiciones cuya adopción antes correspondía a órganos internos de los Estados firmantes.

Respecto de las organizaciones internacionales, es frecuente encontrar que se han creado órganos e instancias que adoptan decisiones con eficacia vinculante para los Estados y sus miembros, cuya adopción, de no existir la organización internacional, correspondería a las autoridades internas.

Con mayor claridad, en el caso de la Unión Europea podemos encontrar diversas situaciones de sustitución de autoridades administrativas internas por autoridades comunitarias, como es el caso, a título de ejemplo, del derecho de la competencia,

en el cual las normas contenidas en los tratados constitutivos de la Unión han fijado, entre otras disposiciones, que la Comisión Europea, y no las autoridades administrativas internas, es la encargada de investigar los casos de infracción de las conductas restrictivas de la competencia a las que hace referencia el Tratado de Maastricht, e incluso le otorgan la competencia para imponer las sanciones a que haya lugar<sup>26</sup>.

A su vez, en el derecho comunitario andino existen diversos instrumentos aduaneros que facilitan las transacciones comerciales en sus países miembros, entre los que se incluyen normas sobre identificación y avalúo de los bienes, tipos y tarifas de los aranceles, y régimen de controles aduaneros, las cuales son elaboradas por autoridades andinas y, en ocasiones, aplicadas por autoridades del mismo orden. Al respecto, tradicionalmente tanto la expedición de las normas aduaneras específicas como su aplicación, correspondían a las autoridades administrativas internas, pero con la aceptación de la existencia de las autoridades comunitarias y el otorgamiento de competencias a las mismas, se evidencia un fenómeno de desplazamiento de las autoridades internas por las autoridades transnacionales.

Sin embargo, este fenómeno no se limita a los tratados internacionales y a las organizaciones internacionales y comunitarias, sino que se extiende a los órganos que forman parte de todos los demás centros de actuación administrativa transnacional a los que hemos hecho referencia. Así, en relación con los órganos de producción normativa transnacional que existen independientemente de un tratado internacional, como se evidencia en los ejemplos mencionados atrás, dichos órganos llevan a cabo actuaciones de contenido administrativo que implican algunas veces el desplazamiento de las autoridades nacionales.

En resumen, el reconocimiento de una administración pública transnacional genera, como primera consecuencia en el derecho administrativo tradicional, que algunas actuaciones materiales y decisiones formales que antes correspondían a las autoridades administrativas internas de los Estados, sean ahora realizadas o adoptadas por autoridades transnacionales de muy diversos orígenes.

Pero frente a ese fenómeno de desplazamiento, debe hacerse notar que en relación con los órganos que conforman la cuarta categoría de centros que producen normatividad transnacional analizada atrás, los problemas jurídicos que su existencia y actuación plantean resultan especialmente inquietantes.

Así, en primer lugar, en relación con el origen de los órganos, es necesario hacer claridad sobre la legitimidad de su creación, pues en la medida en que la creación no se fundamenta directamente en un tratado o convenio internacional deberá

---

<sup>26</sup> Sobre la posibilidad de crear e imponer sanciones por parte de las autoridades comunitarias europeas, véase a LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, "Derecho comunitario y medidas sancionadoras", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, abril-junio de 1993, Madrid, Editorial Civitas, pp. 251 y ss.

encontrar y justificar su existencia en algún orden jurídico normativo, pues, de lo contrario, se tratará de simples “órganos o autoridades de hecho” que sustituirían a las autoridades administrativas internas sin un fundamento válidamente aceptable.

De otra parte, todavía más importante es hacer claridad sobre la legitimación para la actuación de estos órganos, pues su autoridad no necesariamente es reconocida por los destinatarios de sus decisiones, a pesar de la eficacia fáctica que puedan tener las mismas. Es decir, puede afirmarse que sus decisiones si bien pueden ser eficaces no necesariamente son legítimas para los Estados y las personas que no hacen parte de esos órganos, ni han intervenido directa ni indirectamente en su creación ni en la adopción de las decisiones, lo cual es extraño a la filosofía de las fuentes normativas tradicionales y puede implicar violación de derechos de los sujetos pasivos de esas decisiones y actuaciones.

## **II. LA NORMATIVIDAD ADMINISTRATIVA TRANSNACIONAL**

Para comprender los principales problemas que plantea la existencia de una normatividad transnacional, es necesario confirmar la existencia misma de una función administrativa transnacional (A), y analizar la incorporación de las normas transnacionales a los derechos nacionales (B) y la jerarquía de las normas transnacionales en los derechos internos (C).

### **A. La función administrativa transnacional**

El reconocimiento de la existencia de una normatividad administrativa transnacional supone, como lo vimos, la existencia de una especie de organización administrativa transnacional, pero también de una función administrativa global, entendida como la expedición, la aplicación y el desarrollo de esa normatividad transnacional. En consecuencia, para reconocer la existencia de un derecho administrativo global, es necesario establecer si existe una función administrativa transnacional.

Al respecto, los profesores KINGSBURY, KRISCH y STEWART se manifiestan de acuerdo con esta idea bajo el argumento de que a nivel internacional existen actividades llevadas a cabo por actores propios de la escena internacional, que corresponden a las ideas tradicionales de función legislativa y jurisdiccional, a través de la suscripción de tratados y de la resolución de conflictos por tribunales internacionales, pero también existen otro tipo de actividades al mismo nivel que no pueden ser clasificadas dentro de ninguna de las funciones mencionadas, las cuales corresponderían a la noción de función administrativa global.

Frente a esta posición, consideramos que una atenta observación del discurrir de la realidad internacional permite concluir que efectivamente no todas las actividades llevadas a cabo por los Estados con alcance internacional, o por organizaciones internacionales u otra clase de actores que intervienen a nivel mundial, tienen como finalidad la creación de normas jurídicas o la resolución de

conflictos y, por lo mismo, no toda la actividad internacional con relevancia jurídica puede ser calificada como función legislativa o jurisdiccional global.

Al respecto, los ejemplos son múltiples: la actividad de policía llevada a cabo por la Organización Internacional de Policía Criminal – Interpol<sup>27</sup>; las recomendaciones sobre acciones formuladas para fortalecer los derechos de los trabajadores, así como las sanciones por el incumplimiento de las mismas impuestas por la Organización Internacional del Trabajo – OIT<sup>28</sup>; las recomendaciones sobre el manejo financiero y bancario formuladas por el Comité de Basilea<sup>29</sup>; la administración de los dominios y direcciones numéricas de protocolo de Internet por parte de la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN<sup>30</sup>; las prohibiciones de participación en competencias deportivas internacionales impuestas por la Agencia Mundial Antidoping – WADA (por sus siglas en inglés)<sup>31</sup>; las decisiones en materia de competencia o en materia aduanera adoptadas por los órganos comunitarios de la Unión Europea o de la Comunidad Andina de Naciones, o las decisiones de hacer uso de la fuerza en territorios extranjeros adoptadas por el Consejo de Seguridad de la ONU.

En relación con las mencionadas actividades con relevancia jurídica transnacional, en la medida en que ellas no pueden ser calificadas ni como expresión de función legislativa ni tampoco como expresión de función jurisdiccional, puede afirmarse que corresponden al ejercicio de una función administrativa global, entendida esta función desde un punto de vista negativo, en cuanto se trata de una actividad pública que no corresponde al concepto de legislación ni de jurisdicción<sup>32</sup>.

Además, a pesar de que poco pueden tener en común las investigaciones llevadas a cabo por la Interpol con la administración de dominios web por parte de ICANN o la aplicación de reglas aduaneras o de competencia por parte de autoridades comunitarias, lo cierto es que ellas implican una especie de ejecución de la normatividad internacional, por lo cual, también en ese orden de ideas, corresponden a la noción de función administrativa transnacional.

---

<sup>27</sup> Véase a ALLAN R. BREWER-CARIAS, “Interpol y el nuevo derecho administrativo global: el procedimiento administrativo global tendiente a buscar asegurar que la cooperación policial internacional se circunscriba a la materia de los delitos comunes y no abarque la de delitos políticos, militares, religiosos y raciales”, disponible en <http://www.allanbrewercarias.com>. [consultada el 20 de septiembre de 2012]

<sup>28</sup> Véase a ELISABETTA MORLINO, “Labour Standards: Forced Labour in Myanmar”, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, cit., pp. 1 y ss.

<sup>29</sup> Véase a MAURICIO BAQUERO HERRERA, “Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la supervisión bancaria”, en GONZALO RAMÍREZ CLEVES (editor), *El derecho en el contexto de la globalización*, cit., pp. 423 y ss.

<sup>30</sup> Véase a BRUNO CAROTTI y LORENZO CASINI, “A Hybrid Public-Private Regime: The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the Governance of the Internet”, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, cit., pp. 29 y ss.

<sup>31</sup> Véase a LORENZO CASINI, “Hybrid Public-Private Bodies within Global Private Regimes: The World Anti-Doping Agency (WADA)”, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, cit., pp. 37 y ss.

<sup>32</sup> Sobre el concepto negativo de administración y función administrativa, véase a ADOLF MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, cit., pp. 7 y ss.

En este sentido, debe hacerse notar que el reconocimiento de la existencia de una administración pública y de una función administrativa transnacionales va acompañado del reconocimiento de una ampliación del sistema tradicional de fuentes. En efecto, las fuentes de los derechos administrativos internos se amplían como efecto de la incorporación de los tratados internacionales celebrados por los Estados; de las normas que tienen origen directamente en las organizaciones internacionales o en órganos específicos de ellas; de las normas producidas por autoridades comunitarias que resultan directamente aplicables en los derechos internos, y de las normas proferidas por los órganos que existen de manera independiente a tratados internacionales que resultan vinculantes para los habitantes y aún para las autoridades de Estados soberanos que no intervinieron en su elaboración, constituyéndose en cierta forma en fuente del derecho administrativo interno.

### **B. La incorporación de las normas transnacionales a los derechos administrativos nacionales**

Las Constituciones Políticas de los Estados suelen establecer procedimientos más o menos complejos para la recepción de las normas transnacionales en el ordenamiento jurídico y para que ellas gocen de eficacia como normas jurídicas, lo cual es especialmente cierto para los tratados internacionales tradicionales. Así, en ocasiones se acepta la recepción automática y en otros casos se exige el cumplimiento de un procedimiento especial.

Como consecuencia de esa diversidad de modalidades de incorporación, la doctrina ha construido las concepciones monista y dualista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. La concepción monista supone que existe una unidad entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional, de forma tal que la norma internacional se aplica de manera inmediata en el derecho interno e incluso de forma prevalente. En cambio, en la concepción dualista, el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional son sistemas que coexisten y son perfectamente independientes y separados, de tal manera que para que se aplique una norma internacional en el derecho interno es necesario un acto o procedimiento de incorporación al mismo<sup>33</sup>.

En relación con estas dos posibilidades, por ejemplo, el derecho colombiano ha dispuesto, como regla general, un procedimiento especial para la recepción de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno y para que los mismos gocen de eficacia como norma jurídica, el cual prevé la intervención de las

---

<sup>33</sup> Véase a FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ, "Los tratados como fuente del derecho en la Constitución", en *Revista de Administración Pública*, n° 90, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, septiembre – diciembre 1979, p. 9.

diversas ramas del poder público e implica la aplicación de la teoría dualista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno<sup>34</sup>.

En cambio, otros ordenamientos jurídicos, como el peruano o el español, prevén en su Constitución Política la eficacia inmediata de los tratados internacionales en el derecho interno, sin necesidad de procedimientos de incorporación especiales, lo cual se traduce en la aceptación, en esos Estados, de la concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

Sin perjuicio de la aplicación de las teorías monista y dualista mencionadas, no debe perderse de vista que para la entrada en vigencia de un tratado internacional también es necesario que se cumplan los requisitos previstos en el propio instrumento internacional para que ello ocurra. En este sentido, la doctrina, desde una perspectiva general y con base en la Convención de Viena, ha señalado que “un tratado entra en vigor en la forma y fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores. A falta de disposición concreta del tratado o de otro acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado”<sup>35</sup>.

Las anteriores reflexiones son aplicables, en general, a los tratados internacionales celebrados por los Estados soberanos, así como a las normas jurídicas provenientes directamente de organizaciones internacionales o de órganos de esas organizaciones internacionales. No obstante, en relación con las normas propias del derecho comunitario es necesario hacer unas precisiones adicionales relacionadas con las normas de derecho primario y las normas de derecho derivado<sup>36</sup>.

El derecho comunitario primario u originario hace referencia a aquellas normas en virtud de las cuales los Estados miembros han manifestado directamente su voluntad de sometimiento, como por ejemplo, los tratados de constitución de la Unión Europea y sus modificaciones o el Acuerdo de Cartagena y sus modificaciones para el caso de la Comunidad Andina de Naciones. En relación con este derecho primario, como se trata de convenios o tratados internacionales, resultan directamente aplicables las reflexiones anteriores, de tal manera que la aplicación del monismo o el dualismo dependerá de los respectivos textos constitucionales.

---

<sup>34</sup> Sobre el procedimiento de incorporación de los tratados en el ordenamiento jurídico colombiano, véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 26 de agosto de 2004, radicación 1.583.

<sup>35</sup> MARCO GERARDO MONROY CABRA, *Derecho internacional público*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1995, p. 63.

<sup>36</sup> Sobre la situación del derecho comunitario, véase a ARACELI MANGAS MARTÍN y DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 332 y ss; a GUY ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, cit., pp. 192 y ss, y a SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”, en *Tratado de derecho comunitario europeo*, t. 1, Madrid, Editorial Civitas, 1986, pp. 509 y ss.

A su vez, el derecho comunitario secundario o derivado se concreta en las normas expedidas por las diversas autoridades comunitarias creadas por los tratados constitutivos y a las cuales se atribuyen competencias normativas. A diferencia de lo que ocurre con la normatividad primaria, la secundaria goza de eficacia inmediata y directa en los diversos ordenamientos jurídicos de los países miembros de la organización comunitaria. Es decir, que una vez expedida por el órgano comunitario competente, es de obligatorio cumplimiento para los países miembros, sin necesidad de que se expida un acto de incorporación, aplicándose así la concepción monista respecto de esta clase de normas, conclusión que resulta válida en los diversos sistemas comunitarios y que se desprende de los textos de los tratados constitutivos y de las interpretaciones hechas por los tribunales de justicia comunitarios.

Finalmente, en relación con la normatividad supranacional que no tiene origen o vinculación con un tratado internacional, esto es, la expedida por los órganos globales que fueron identificados atrás como órganos de producción normativa transnacional que existen independientemente de un tratado internacional, se presentan especiales problemas con su incorporación en el derecho interno.

En efecto, como se explicó atrás, una de las características más relevantes de esta normatividad consiste en que a pesar de ser normas eficaces, no necesariamente son legítimas para los Estados y las personas que no hacen parte de esos órganos, pues ellos no han intervenido directa ni indirectamente en su creación ni en la adopción de las decisiones, y mucho menos han decidido voluntariamente dar aplicación a las mismas. Se trata, en consecuencia, de un fenómeno principalmente sociológico sin una respuesta jurídica clara, pues son normas que resultan aplicables en la práctica, pero que jurídicamente no tienen una incorporación formal a los ordenamientos jurídicos internos.

Además, se requieren esfuerzos especiales para establecer la validez de las decisiones adoptadas por estos órganos, especialmente por no existir un referente superior respecto del cual verificarla. El principal problema para hacerlo se concreta en que en muchos casos no es posible identificar un sistema de fuentes aplicable a sus actuaciones y mucho menos una norma fundamental de referencia, pues no existe un verdadero “ordenamiento jurídico transnacional o global” respecto del cual pueda determinarse si las decisiones son efectivamente válidas o no.

Sobre este aspecto de la validez debe destacarse que la doctrina ha comenzado a hacer algunos esfuerzos para construir una propuesta de principios aplicables a esas decisiones, los cuales tienen como función servir de referente superior y de norma fundamental del “ordenamiento jurídico transnacional o global”, así como de fundamento para el ejercicio de un eventual control de las decisiones de los órganos analizados. Entre esos principios se suelen mencionar por la doctrina la participación procesal de los destinatarios de las decisiones, la transparencia, el carácter razonado de la decisión, la posibilidad de que exista una revisión de las

decisiones y el deber de proporcionalidad en las medidas adoptadas<sup>37</sup>, así como la aplicación de los derechos humanos universalmente aceptados<sup>38</sup>. Igualmente, otro sector de la doctrina menciona el principio de razonabilidad, con el cual se busca evitar que las decisiones dependan de la simple voluntad o capricho de la autoridad que adopta la decisión, así como el principio del debido proceso, según el cual debe cumplirse un procedimiento para la adopción de la decisión, que tome en consideración la opinión del eventual afectado y le permita ejercer una contradicción<sup>39</sup>.

Sin embargo, a pesar de la importancia de esas propuestas de la doctrina, las cuales pueden llevar a construir realmente unos principios jurídicos en el derecho administrativo transnacional o global, lo cierto es que este tema también está apenas en construcción.

### **C. El rango normativo de las normas transnacionales en los derechos internos**

El nivel jerárquico o rango normativo que corresponde a los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico de un país depende de las normas del respectivo Estado. En este sentido ha expuesto la doctrina:

Cuestión íntimamente vinculada a la anterior es la del nivel jerárquico de los convenios internacionales en relación a las fuentes internas. Normalmente, en los sistemas de recepción especial, la exigencia de la previa transformación determina que sólo tengan el rango que corresponda a la norma que opera la transformación, y no uno superior, ya que la disposición en cuestión es considerada únicamente como tal norma interna y no en su dimensión de norma internacional. En cambio, los sistemas que admitan la aplicación de un tratado internacional, en cuanto tal, llevan implícito su reconocimiento como norma especial y, por ende, suelen admitir su superioridad sobre las normas de derecho interno<sup>40</sup>.

En concordancia con lo expuesto, por ejemplo, en el derecho colombiano, como los tratados internacionales requieren de la expedición de una ley por parte del Congreso como parte del procedimiento para lograr su eficacia en el ordenamiento jurídico interno, el rango normativo que se les atribuye, como regla general, es el mismo de la ley. Sin embargo, existen otros casos, como algunos tratados de derechos humanos y los tratados referidos a los límites del Estado, en los cuales,

---

<sup>37</sup> Sobre estos principios, véase a BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH y RICHARD B. STEWART, “El surgimiento del derecho administrativo global”, cit., pp. 54 y ss, y a JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “Approach to the principles of global administrative law”, en JAVIER ROBALINO-ORELLANA y JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (eds.), *Global administrative law. Towards a lex administrativa*, Londres, Cameron May, 2010, pp. 33 y ss.

<sup>38</sup> En relación con la aplicación de los derechos humanos a las decisiones de las autoridades globales, véase a JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, *Una aproximación al derecho administrativo global*, cit., pp. 33 y ss.

<sup>39</sup> Sobre la razonabilidad y el debido proceso como principios jurídicos supranacionales, véase a AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, cit., pp. VI-24 y ss.

<sup>40</sup> FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ, “Los tratados como fuente del derecho en la Constitución”, cit., p. 9.

por disposición expresa de la Constitución Política, los tratados internacionales gozan de un rango constitucional.

Lo expresado podría llevar a pensar que en los Estados donde los tratados internacionales se encuentran en la misma posición jerárquica que las leyes ordinarias, dichas leyes podrían modificar lo previsto en un tratado internacional. Al respecto, la doctrina ha expuesto diversos razonamientos para sostener que los tratados internacionales, aunque jerárquicamente se ubiquen en la misma posición que las leyes comunes internas, gozan de una cierta primacía, por lo cual las citadas leyes deberán respetar lo establecido en los tratados<sup>41</sup>.

En este sentido, para el análisis de las relaciones entre las leyes ordinarias internas y los tratados internacionales no sólo deben tenerse en cuenta la soberanía de los Estados y el respeto del principio de autodeterminación, sino también los principios del derecho internacional. Al respecto, uno de los principios del derecho internacional es el *pacta sunt servanda*, el cual se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena e implica que, “sin perjuicio de la supremacía de la Constitución, las autoridades también deben respetar los compromisos internacionales adquiridos por el Estado que han sido incorporados a la legislación interna”<sup>42</sup>.

En ese orden de ideas, así en el sistema normativo los tratados internacionales debidamente incorporados en el ordenamiento interno se ubiquen jerárquicamente en la misma posición que las leyes ordinarias, en virtud del principio *pacta sunt servanda* del derecho internacional, las autoridades internas, incluyendo al legislador, deberán respetar el contenido de dichos tratados.

La consecuencia de esta circunstancia respecto del derecho administrativo se traduce en que las actuaciones de la administración pública no sólo deberán respetar las leyes que tienen origen en el ordenamiento jurídico interno, sino también los principios y las reglas que se desprenden de los tratados internacionales que han sido debidamente incorporados al ordenamiento jurídico interno. Igualmente, el legislador, al expedir normas en materia administrativa, deberá también tener en cuenta lo dispuesto en los tratados internacionales.

En este aspecto nuevamente el derecho comunitario presenta algunas especificidades frente a la situación general de los tratados internacionales. Para el efecto, en primer lugar, debe hacerse notar que dicho análisis se fundamenta principalmente en el concepto de primacía, que es una de las características más importantes que se atribuye al derecho comunitario, que también es identificada por la jurisprudencia y la doctrina como prevalencia o preeminencia del derecho

---

<sup>41</sup> Sobre las diversas justificaciones de la prevalencia de los tratados internacionales, véase a IGNACIO DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 124 y ss.

<sup>42</sup> Desde una perspectiva de derecho comparado, la doctrina ha señalado: “...una vez contraída válidamente la obligación [internacional], ésta no puede alterarse unilateralmente por ningún órgano del Estado, tampoco por el legislador, porque ello supondría negar el principio *pacta sunt servanda*” (IBÍDEM, p. 126).

comunitario, con base en el principio de distribución de competencias<sup>43</sup>. Sin embargo, la aplicación de ese atributo no excluye, como parecería deducirse de algunas posiciones jurisprudenciales y doctrinales, la aplicación del criterio jerárquico o de la categoría normativa con la cual se incorporan las normas comunitarias a los ordenamientos jurídicos internos.

El atributo de la primacía del derecho comunitario ha sido construido por la jurisprudencia comunitaria europea desde las sentencias Van Gend and Loos de 5 de febrero de 1963 y Costa/ENEL de 15 de junio de 1964, y se encuentra consagrado expresamente en el derecho comunitario originario de diversas organizaciones comunitarias como la Comunidad Andina de Naciones. El principio de primacía “consiste en la preferente aplicación del derecho comunitario (originario y derivado) sobre el derecho interno en caso de conflicto de normas de uno y otro origen”<sup>44</sup> y que, por lo mismo, la norma comunitaria goza “de prioridad aplicativa sobre cualquier otra norma nacional que, en consecuencia, resulta desplazada por ella”<sup>45</sup>. Como consecuencia práctica de este principio, ha dicho la doctrina que respecto del derecho comunitario “no es aplicable el principio de *lex posterior*, ni tampoco el de la ordenación jerárquica por rango de la legislación interna, ya que la primacía determina la aplicación preferente del derecho comunitario frente a cualquier texto interno, anterior o posterior a la norma europea, y con independencia de la «clase que sea» la norma interna”<sup>46</sup>.

Ahora bien, como se expresó, debe destacarse que la doctrina ha centrado el análisis de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno básicamente sobre la base de la distribución de competencias y la consecuente primacía del derecho comunitario en los temas cedidos a la organización comunitaria en virtud de esa distribución, sin detenerse en mayor medida sobre el principio de jerarquía. Sin embargo, excepcionalmente se encuentran algunas reflexiones sobre la dificultad que genera, desde el punto de vista jerárquico, la incorporación del derecho comunitario. Así, por ejemplo, ha dicho la doctrina:

La jerarquía, en efecto, podría reconocerse, en todo caso, a unas normas concretas: los tratados. Pero no es fácil aplicar por extensión a los reglamentos y directivas comunitarias la misma condición y reconocerles el mismo rango que a los tratados o, al menos, un rango superior a las leyes<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Sobre los principios de ordenación de las relaciones internormativas, y la diferencia entre jerarquía, primacía o prevalencia y distribución de competencias, véase a SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, t. I, Derecho administrativo y sistema de fuentes, Madrid, lustel, 2009, pp. 82 y ss, y a JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, vol. I, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Arcés, 2000, pp. 176 y ss.

<sup>44</sup> FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 357.

<sup>45</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo I*, 12ª ed., Madrid, Civitas, 2004, p. 160.

<sup>46</sup> SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, t. I, cit., p. 115.

<sup>47</sup> SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”, cit., p. 536 (nota 81).

Frente a esa dificultad, la doctrina se ha limitado a considerar que el principio de la jerarquía no es el que explica de manera clara las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos internos, sino que es el principio de la competencia o, mejor, la cesión de competencias constitucionales internas a los órganos comunitarios, el que mejor explica la primacía y eficacia directa que tiene el derecho comunitario<sup>48</sup>. Así, puede afirmarse que el análisis del rango normativo con el cual se incorporan las normas comunitarias en el derecho interno no ha sido un problema que llame particularmente la atención de la doctrina.

Sin embargo, no solo desde el punto de vista jurídico sino también desde la perspectiva de la aplicación práctica de las normas comunitarias al interior de cada uno de los Estados miembros, es evidente que el rango o jerarquía de dichas normas plantea problemas que no han sido suficientemente analizados. Así, según lo tiene entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, el hecho de que las normas comunitarias, tanto originarias como derivadas, se apliquen de forma preferente sobre las normas internas, no significa que dichas normas comunitarias tengan un rango superior a las normas internas y, mucho menos, que tengan un rango constitucional<sup>49</sup>.

Con fundamento en lo anterior, desde un punto de vista formal, es claro que los tratados de derecho comunitario primario se ubican dentro de la regla general de los tratados internacionales, en el sentido de que una vez incorporados tienen formalmente la categoría que le otorgue la Constitución Política que, en el caso colombiano, es de ley, precisamente por haber sido adoptados en el ordenamiento interno mediante una norma con esa categoría normativa, lo cual implica que jerárquicamente son leyes de la república.

En lo que tiene que ver con el derecho derivado, es importante hacer notar que no todas sus normas tienen la misma categoría, aún al interior de los mismos ordenamientos jurídicos comunitarios, es decir, que el reconocimiento de un derecho comunitario implica la aplicación de un principio de jerarquía normativa al interior del mismo. En efecto, de acuerdo con el ámbito de competencias de cada uno de los órganos comunitarios que tienen competencias normativas, sus normas pueden tener un rango diferente<sup>50</sup>.

Teniendo en cuenta esa distinción de rangos de la normatividad comunitaria dentro de la misma estructura normativa interna de la organización comunitaria, es lógico pensar que la posición jurídica en la cual se incorporan al derecho interno,

---

<sup>48</sup> IBÍDEM, p. 536.

<sup>49</sup> Véase Corte Constitucional, sentencia C-256 de 1998. En sentido similar, véase Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2007.

<sup>50</sup> Sobre las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino y sus jerarquías, véase a JORGE ANTONIO QUINDIMIL LÓPEZ, *Instituciones y derecho de la comunidad andina*, cit., pp. 174 y ss, y a LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, "Los tratados internacionales como fuente del derecho administrativo en Colombia", en *Fuentes del derecho administrativo, Memorias del IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2010, pp. 173 y ss.

desde el punto de vista formal, varía según la clase de norma secundaria de que se trate. Lo anterior significa que las relaciones entre las normas comunitarias y los ordenamientos jurídicos internos, concretamente la incorporación al derecho interno, no puede basarse simplemente en los principios de primacía y competencia, sino que en su incorporación es también importante el análisis del principio de jerarquía.

Ahora bien, lo expresado no significa que deba desconocerse la primacía en el sentido de que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas internas sin importar la posición jerárquica en que se incorporen, pero sí es necesario que exista una asimilación a los rangos normativos internos. Lo anterior es especialmente importante para conocer las competencias y la forma en que se habrá de dar ejecución interna a la normatividad comunitaria, así como para conocer la eficacia concreta que cada norma comunitaria habrá de tener. Al respecto, debe precisarse que, a la luz del principio de primacía, lo afirmado podría traducirse en que es posible que una norma comunitaria de inferior categoría resulte desconociendo una ley interna sin que ello convierta en ilegal a la norma comunitaria, salvo que la misma desconozca la distribución de competencias fijada en el derecho originario o que desconozca una norma comunitaria de superior jerarquía.

De manera concordante con lo anterior, puede decirse que la primacía del derecho comunitario no se traduce en una “primacía en la validez, sino solo una primacía en la ejecución”, de tal manera que “la disposición jurídica [interna] incompatible con una regulación comunitaria no es, por lo tanto, nula, sino únicamente inaplicable al caso particular”<sup>51</sup>. En ese orden de ideas, no existiendo una primacía absoluta de parte del derecho comunitario, no cabe duda de que el principio de la jerarquía resulta relevante para entender la forma como las normas comunitarias se incorporan al ordenamiento jurídico interno.

Finalmente, en cuanto a la normatividad originada en órganos de producción normativa transnacional que existen independientemente de un tratado internacional, como consecuencia de las dificultades expuestas en cuanto a su incorporación, también es evidentemente problemática su ubicación jerárquica al interior de los ordenamientos jurídicos internos.

En efecto, como se explicó atrás, se trata de normas cuya validez y legitimidad en muchos casos no son claras a pesar de que puedan tener eficacia práctica, por lo cual tanto su integración formal a los ordenamientos jurídicos como su rango normativo al producirse tal incorporación resultan inciertos. En este sentido, dada la ausencia de un referente de validez aplicable a estas normas, la aplicación del principio de jerarquía, aún por fuera de los ordenamientos jurídicos internos, resulta discutible.

---

<sup>51</sup> HARTMUT MAURER, *Derecho administrativo, parte general*, traducción de la 17ª ed. alemana, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 129.

En esas circunstancias, como ya lo explicamos, es indispensable comenzar por consolidar el reconocimiento de unos principios generales aplicables a esta clase de normatividad global, que sirvan como referente para establecer la validez y el rango normativo de esta clase de normas y de las situaciones a que ellas dan lugar. Igualmente, es importante considerar que esta normatividad deberá respetar, por lo menos, las normas constitucionales del Estado en el cual pretende tener efectos, por lo cual ha de entenderse que jurídica y jerárquicamente se trata de normas que están condicionadas por la respectiva Constitución Política.

### **III. EL CONTROL DE LA NORMATIVIDAD Y DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRANSNACIONAL**

Uno de los aspectos más importantes del derecho administrativo tradicional, íntimamente ligado a la vigencia del Estado de derecho y al respeto de los derechos de las personas, se refiere a la construcción de mecanismos adecuados de control a las actuaciones de la administración pública. Este tema es otro de los que plantea especiales preocupaciones en el análisis del derecho administrativo transnacional, pues respecto de algunas de sus expresiones los sistemas de control se encuentran apenas en desarrollo o, lo que es más grave, en algunas de esas expresiones los controles son casi inexistentes.

En términos generales, el control de las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas puede ser llevado a cabo directamente por órganos de la misma administración pública (A) o, como mayor garantía para los derechos en juego, por autoridades externas a esa administración (B).

#### **A. Control administrativo interno por las mismas autoridades transnacionales.**

El control administrativo puede tomar múltiples formas y objetivos, cuyo rasgo común se encuentra en que se lleva a cabo directamente por la propia administración pública que expide o aplica la normatividad.

La primera dificultad consiste en que en el derecho administrativo transnacional no existe un régimen general de control administrativo de las decisiones de las autoridades, sino que el mismo depende estrictamente de la organización interna del respectivo sistema transnacional. Así, habrá organizaciones en las cuales pueden identificarse instrumentos similares a los tradicionales controles jerárquico o de tutela, y otras en las cuales no exista un control administrativo.

Al respecto, puede afirmarse que la situación más frecuente consiste en que las decisiones de las autoridades administrativas transnacionales carecen de control administrativo. Lo anterior, principalmente, porque la forma de organización de los órganos de la administración transnacional en general no prevé la existencia de relaciones jerárquicas o de tutela que permitan aplicar estas formas tradicionales de control.

En cuanto al contenido del control administrativo, en los casos en que exista, dado que el mismo puede basarse tanto en criterios jurídicos como técnicos y de conveniencia, será necesario también remitirse a la normatividad interna del respectivo sistema administrativo global y a los principios básicos que se consideren aplicables al derecho administrativo transnacional.

Finalmente, dentro de la idea de control administrativo también es posible advertir otras situaciones en las cuales el objeto de control por parte de las autoridades transnacionales son ciertas actuaciones de las autoridades internas. En efecto, es posible que un sistema administrativo transnacional prevea que una autoridad del sistema controle ciertos actos, hechos u omisiones de las autoridades internas, caso en el cual los órganos administrativos nacionales, tradicionalmente encargados de llevar a cabo el control administrativo, resultan desplazados por las autoridades administrativas transnacionales. Como ejemplo de esta situación, se encuentra el caso de la Comisión Europea que tiene atribuidas funciones de control de algunas decisiones internas en materia de derecho de la competencia.

### **B. Control externo por otras autoridades transnacionales.**

Como lo expresamos al inicio de este punto, el otro mecanismo tradicional de control de las decisiones y actuaciones administrativas y que se considera fundamental para la garantía de los derechos de los sujetos afectados por dichas decisiones y actuaciones, es el control realizado por autoridades externas a la autoridad administrativa que expide o aplica la normatividad, especialmente por autoridades con carácter de jueces independientes.

En esta segunda clase de control es donde se evidencian de mejor manera las transformaciones del derecho administrativo clásico como consecuencia del derecho administrativo transnacional. En efecto, el control jurisdiccional de las decisiones de las autoridades administrativas transnacionales, en muchos casos, no es competencia de los jueces internos de los países, sino de tribunales que han sido creados por esas organizaciones globales.

Así mismo, y de manera aún más trascendental frente a la estructura clásica del derecho administrativo, la realidad actual revela que diversas decisiones del orden interno, es decir, adoptadas no por autoridades transnacionales sino por autoridades internas de cada Estado, pueden ser objeto de control por las instancias jurisdiccionales de la respectiva organización transnacional.

Esta situación es evidente en el caso de las organizaciones comunitarias. Así, por ejemplo, en el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el competente para juzgar en general las decisiones de las autoridades de la Unión Europea, pero también, en algunos casos, para juzgar la legalidad de los actos, conductas y omisiones de las autoridades administrativas internas, desplazando la competencia de los jueces administrativos de los Estados miembros.

En efecto, la principal tarea del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consiste en controlar la legalidad de los actos comunitarios y garantizar la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario, a través del recurso de anulación, el recurso de omisión y la excepción de ilegalidad, consagrados en el Tratado de Roma.

Además, el citado Tribunal tiene una competencia muy importante en materia administrativa, cual es la de conocer de la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario y ordenar el resarcimiento de los perjuicios a que haya lugar, la cual se hace efectiva a través del recurso de incumplimiento consagrado también en el Tratado de Roma<sup>52</sup>.

Por su parte, en la Comunidad Andina de Naciones existe el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, quien conoce de la validez de los actos de las autoridades comunitarias mediante el mecanismo de la acción de nulidad, pero también es competente para conocer de procesos relacionados con la aplicación del derecho comunitario por parte de los Estados miembros, mediante la acción de incumplimiento y la interpretación prejudicial, con lo cual, en muchos casos, puede desplazar al juez administrativo interno en el juzgamiento de actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas internas.

En cuanto a las organizaciones internacionales tradicionales, es frecuente encontrar en ellas tribunales administrativos, como es el caso de la ONU, de la OIT, del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Interamericano de Desarrollo y de la OEA, encargados del control jurisdiccional de las decisiones de los órganos administrativos internos de estas organizaciones internacionales<sup>53</sup>.

Finalmente, respecto de los órganos administrativos transnacionales que existen de forma independiente a un tratado internacional, es, como en relación con la mayoría de los aspectos analizados, donde más se evidencian los problemas de control. En efecto, la realidad demuestra que las decisiones de estos órganos suelen estar excluidas de cualquier clase de control externo, por la ausencia de instancias formalmente consagradas para realizar el control y de referentes normativos claros con fundamento en los cuales pueda ejercerse dicho control. En todo caso, será mediante el análisis de la normatividad aplicable al respectivo órgano transnacional como podrá determinarse la existencia o no de esta clase de control y la forma y legitimidad del mismo, con los consecuentes efectos sobre la legitimidad y eficacia de las actuaciones de ese órgano y sobre los derechos de las personas públicas y privadas afectadas por dichas actuaciones.

## CONCLUSIONES

---

<sup>52</sup> En relación con el sistema jurisdiccional de las comunidades europeas, véase a ARACELI MANGAS MARTÍN y DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 353 y ss.

<sup>53</sup> Véase a PABLO FERNÁNDEZ LAMELA, *Introducción al derecho administrativo internacional*, cit., pp. 36 y ss.

Con fundamento en las anteriores consideraciones y reflexiones, podemos formular las siguientes conclusiones:

1. La visión del derecho administrativo como un derecho exclusivamente interno y con unas relaciones muy limitadas con los fenómenos ocurridos en el plano internacional ha venido cambiando de manera muy importante, en la medida en que los fenómenos de la globalización de la economía y la internacionalización del derecho han producido unas relaciones cada vez más fuertes entre el derecho administrativo y el internacional.

2. Esas relaciones cada vez más estrechas han venido planteando múltiples problemas jurídicos, originados en que actualmente es evidente que existe una serie de fuentes normativas que superan los límites de los Estados, pero que pueden tener o tienen aplicación en la vida administrativa de los mismos y de sus habitantes y que, en su conjunto, según nuestro criterio y desde un punto de vista amplio, es lo que más se acerca a la idea o concepto de derecho administrativo transnacional o global.

3. El primer problema que plantea la existencia de un derecho administrativo transnacional tiene que ver con los centros de producción normativa transnacional, los cuales pueden clasificarse en cuatro grupos, a saber:

- a) Los Estados a través de los tratados o convenciones internacionales de los cuales surgen normas vinculantes tanto para los Estados firmantes como para sus habitantes, llegando a constituir verdaderas fuentes de derecho administrativo.
- b) Las organizaciones internacionales que, a pesar de su variedad, tienen unos rasgos o notas comunes, entre los que se encuentra la posibilidad de adoptar, directamente o a través de sus órganos, decisiones de manera autónoma e independiente, las cuales tienen eficacia no solo internamente en la organización sino muchas veces sobre los Estados que forman parte de dichas organizaciones y sobre sus habitantes.
- c) Las organizaciones comunitarias, que se han desarrollado como un sujeto particular por su finalidad de integración y por su especial capacidad de producción normativa, proveniente de una cesión de competencias hecha por los Estados miembros, dando lugar a que las autoridades comunitarias produzcan normas de imperativo cumplimiento dentro de los ordenamientos jurídicos internos.
- d) Los órganos cuya existencia no depende directamente de un tratado internacional, pero que tienen como objetivo influir en organizaciones estatales y personas que no necesariamente han participado ni directa ni indirectamente en el origen del órgano ni en la producción de la normatividad. Este grupo está conformado, en unos casos, por órganos que tienen origen en los Estados,

mientras que en otros son mixtos en el sentido de que en ellos concurren Estados, órganos estatales y particulares y, en otros casos más, tienen un origen puramente privado.

4. La existencia de esos centros de actuación administrativa y de producción normativa transnacional genera como influencia sobre el derecho administrativo tradicional, que diversas decisiones que tradicionalmente tenían como fuente a las autoridades administrativas de cada país, ahora se originan en órganos de la administración pública transnacional, lo cual es especialmente evidente en relación con las organizaciones comunitarias.

5. El reconocimiento de una normatividad administrativa transnacional implica la existencia de una organización administrativa transnacional y de una función administrativa global, entendida como la aplicación y desarrollo de esa normatividad transnacional, con efectos en los derechos administrativos internos.

6. La incorporación de la normatividad transnacional en los derechos internos depende, en buena medida, de la decisión constitucional del respectivo Estado de adoptar el sistema monista o dualista frente a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Esta decisión influye particularmente en los tratados internacionales tradicionales, en la normatividad originada en organismos internacionales y en el derecho comunitario primario. Por su parte, el derecho comunitario derivado goza de eficacia inmediata y directa en los diversos ordenamientos jurídicos de los países miembros de la organización comunitaria. De otra parte, la normatividad originada en órganos cuya existencia no depende directamente de un tratado internacional presenta especiales problemas en cuanto a su incorporación a los ordenamientos internos, pues, como no existe voluntad de los Estados, su eficacia resulta basada en consideraciones sociológicas y pragmáticas y no en una incorporación formal en términos jurídicos.

7. El nivel jerárquico o rango normativo que corresponde a los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico de un país depende de las normas del respectivo Estado. Sin embargo, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, así en el sistema normativo respectivo los tratados internacionales se ubiquen jerárquicamente en la misma posición que las leyes, las autoridades internas deberán respetar el contenido de dichos tratados. Respecto de la normatividad de derecho comunitario, aunque su análisis se hace principalmente con base en el principio de primacía y no en el de jerarquía, su rango de incorporación en el derecho interno deberá ser coherente con el rango que tiene la respectiva norma en el derecho comunitario. Finalmente, en relación con la normatividad de los órganos cuya existencia no depende directamente de un tratado internacional, dada la ausencia de un referente de validez aplicable a estas normas, la aplicación del principio de jerarquía, aún por fuera de los ordenamientos jurídicos internos, resulta discutible e incierta.

8. El control de las decisiones de las autoridades administrativas transnacionales es quizás el punto que plantea más problemas e incertidumbres en

el derecho administrativo transnacional. En efecto, el control administrativo interno de las decisiones de las autoridades transnacionales depende exclusivamente del régimen jurídico propio de cada organización y órgano transnacionales. A su vez, el control externo se realiza por los tribunales que en cada organización internacional o comunitaria se hayan constituido. En todo caso, el control de las decisiones y actuaciones de los órganos cuya existencia no depende directamente de un tratado internacional es el aspecto más problemático, pues las mismas suelen estar excluidas de control jurisdiccional y aún administrativo, en la medida en que en muchos casos sus estructuras carecen de instancias formalmente constituidas para llevar a cabo estos controles, con graves efectos e incertidumbres para la legitimidad de esas decisiones y actuaciones y para los derechos de las personas afectadas por las mismas.

## BIBLIOGRAFÍA

ARCHER, CLIVE: *International organizations*, 2ª ed., Londres, Routledge, 1992.

BAQUERO HERRERA, MAURICIO: “Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la supervisión bancaria”, en GONZALO RAMÍREZ CLEVES (editor), *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

BLUMANN, CLAUDE y LOUIS DUBOIS: *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6ª ed., Paris, LexisNexis, 2010.

BLUMANN, CLAUDE y LOUIS DUBOIS: *Droit matériel de l'Union européenne*, 6ª ed., Paris, Montchrestien, 2012.

BREWER – CARÍAS, ALLAN R.: *Derecho administrativo*, t. I, Caracas – Bogotá, Universidad Central de Venezuela – Universidad Externado de Colombia, 2005.

BREWER-CARÍAS, ALLAN R.: “Interpol y el nuevo derecho administrativo global: el procedimiento administrativo global tendiente a buscar asegurar que la cooperación policial internacional se circunscriba a la materia de los delitos comunes y no abarque la de delitos políticos, militares, religiosos y raciales”, disponible en <http://www.allanbrewercarias.com>. [consultada el 20 de septiembre de 2012].

BUERGENTHAL, THOMAS: *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

CAROTTI, BRUNO y LORENZO CASINI: “A Hybrid Public-Private Regime: The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the Governance of the Internet”, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, 2ª ed., New York, Institute for

International Law and Justice of New York University School of Law e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, 2008.

CASINI, LORENZO e EUAN MACDONALD: "Foreword", en *Global administrative law: cases, materials, issues*, 2ª ed., New York, Institute for International Law and Justice of New York University School of Law e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, 2008.

CASINI, LORENZO: "Hybrid Public-Private Bodies within Global Private Regimes: The World Anti-Doping Agency (WADA)", en *Global administrative law: cases, materials, issues*, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, 2ª ed., New York, Institute for International Law and Justice of New York University School of Law e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, 2008.

CASSAGNE, JUAN CARLOS: *Derecho administrativo*, t. I, 8ª ed., Buenos Aires, LexisNexis y Abeledo-Perrot, 2006.

CASSESE, SABINO: *El derecho global*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2010.

CASSESE, SABINO "Administrative law without the State? The challenge of global regulation", en *New York University Journal of International Law and Politics*, n° 37, New York, New York University School of Law, 2005.

CHAPUS, RENÉ: *Droit administratif général*, t t. 1, 15ª ed., Paris, Montchrestien, 2001.

DE LAUBADÈRE, ANDRÉ e YVES GAUDEMET: *Traité de droit administratif*, t. 1, Droit administratif général, 16<sup>ème</sup> ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.

DE LAUBADÈRE ANDRÉ et PIERRE DELVOLVÉ : *Droit public économique*, 4ª ed., Paris, Editions Dalloz, 1983.

DE OTTO, IGNACIO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1986.

DÍEZ DE VELASCO, MANUEL: *Las organizaciones internacionales*, 16ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2010.

DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA: "Derecho comunitario y medidas sancionadoras", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, abril-junio de 1993, Madrid, Editorial Civitas.

DROMI, ROBERTO: *Derecho administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2004.

FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO: *Introducción al derecho administrativo internacional*, México, Novum, 2012.

FIGUEROA PLA, ULDARICIO: *Organismos internacionales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de derecho administrativo I*, 12ª ed., Madrid, Civitas, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (dir.): *Tratado de derecho comunitario europeo*, 2 ts., Madrid, Editorial Civitas, 1986.

GARRIDO FALLA, FERNANDO: *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO: *El derecho administrativo privado*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1996.

GORDILLO, AGUSTÍN: *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte general, 10ª ed., Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2009.

GORDILLO, AGUSTÍN: “La creciente internacionalización del derecho”, en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coordinador), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

ISAAC, GUY: *Manual de derecho comunitario general*, traducción de la 4ª ed. francesa, Barcelona, Editorial Ariel, 1996.

KINGSBURY, BENEDICT, NICO KRISCH y RICHARD B. STEWART: “El surgimiento del derecho administrativo global”, en *Revista Res Pública Argentina*, n° 2007-3, Buenos Aires, Ediciones Rap, octubre–diciembre de 2007.

LE ROY BENNETT, ALVIN: *International organizations: principles and issues*, Nueva York, Prentice-Hall, 1984.

LÓPEZ GUERRA, LUIS, ET. AL.: *Derecho constitucional*, vol. I, 7ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

MANGAS MARTÍN, ARACELI y DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2005.

MARIENHOFF, MIGUEL S.: *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

MAURER, HARTMUT: *Derecho administrativo, parte general*, traducción de la 17ª ed. alemana, Madrid, Marcial Pons, 2011.

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS: *Una aproximación al derecho administrativo global*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2011.

MERKL, ADOLF: *Teoría general del derecho administrativo*, Granada, Comares, 2004.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO: *Derecho internacional público*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1995.

MORLINO, ELISABETTA: “Labour Standards: Forced Labour in Myanmar”, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, 2ª ed., New York, Institute for International Law and Justice of New York University School of Law e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, 2008.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO: *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, t. I, Derecho administrativo y sistema de fuentes, Madrid, Iustel, 2009.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO: “Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”, en *Tratado de derecho comunitario europeo*, t. I, Madrid, Editorial Civitas, 1986.

NEGRO, SANDRA C.: “Caracterización y clasificación de los esquemas de integración”, en SANDRA NEGRO (dir.), *Derecho de la integración. Manual*, Montevideo, Editorial B. de F., 2010.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *El concepto de derecho administrativo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

QUINDIMIL LÓPEZ, JORGE ANTONIO: *Instituciones y derecho de la comunidad andina*, Valencia, Universidad de La Coruña y Tirant Lo Blanch, 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME: “Approach to the principles of global administrative law”, en JAVIER ROBALINO-ORELLANA y JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (eds.), *Global administrative law. Towards a lex administrativa*, Londres, Cameron May, 2010.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO: “El derecho administrativo frente a la internacionalización del derecho y en particular frente al derecho comunitario”, en MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA (ed.), *Retos y perspectivas del derecho administrativo*, Segunda parte, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO: “Los tratados internacionales como fuente del derecho administrativo en Colombia”, en *Fuentes del derecho administrativo*,

*Memorias del IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2010.

SÁCHICA, LUIS CARLOS: *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985.

SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO: “Los tratados como fuente del derecho en la Constitución”, en *Revista de Administración Pública*, n° 90, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, septiembre – diciembre 1979.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO: *Principios de derecho administrativo*, vol. I, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Arcés, 2000.

SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE: *Tratado de derecho administrativo*, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

SOBRINO HEREDIA, JOSÉ MANUEL: “Las organizaciones internacionales: generalidades”, en MANUEL DíEZ DE VELASCO, *Las organizaciones internacionales*, 16ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2010.

TANGARIFE TORRES, MARCEL: *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*, Bogotá, Baker & McKenzie, 2002.

URUEÑA, RENÉ: *Derecho de las organizaciones internacionales*, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2008.

ZANOBINI, GUIDO: *Curso de derecho administrativo*, vol. I, Buenos Aires, Arayú, 1954.

Bogotá, D.C., septiembre de 2012