

# Los nuevos fundamentos de la regulación privada transnacional\*

FABRIZIO CAFAGGI\*\*

RESUMEN: En la sección I de este artículo los factores que dirigen el surgimiento de la nueva Regulación Privada Transnacional son identificados en comparación con, de una parte, el derecho de los mercados y, de la otra, el régimen público internacional. En la sección II, la discusión se centra en la esfera privada, analizando los dos conflictos de interés que surgen de las relaciones entre regulado y regulador y la necesidad de respuestas desde la regulación. En la sección III, se analiza la complementación entre los regímenes públicos y privados. A la luz de esta aproximación en el presente texto se defiende el argumento de la existencia de diferencias entre lo público y lo privado en el ámbito global. La diferencia entre lo público y lo privado se analiza comparando el ámbito

\* Este artículo fue publicado inicialmente en el *Journal of Law and Society*, vol. 38, n.º 1, marzo de 2011, pp. 20-49. Forma parte de un amplio proyecto de investigación del que soy coordinador en EUI\RSCAS sobre "Los fundamentos constitucionales de la regulación privada transnacional", patrocinado por el HUIL. Información y documentos sobre este proyecto de investigación pueden encontrarse en la página web: [www.privateregulation.eu](http://www.privateregulation.eu) Ha sido elaborado mientras me encontraba impartiendo un curso sobre regulación transnacional en el otoño de 2009 en la Universidad de Nueva York, y un seminario en la EUI en el otoño de 2010. Mis agradecimientos para con EYAL BENVENISTI, CINDY ESTLUND, KATHARINA PISTOR y DICK STEWART, quienes me suministraron un estimulante ambiente académico. Mi agradecimientos también para LINDA SENDEN, COLIN SCOTT, PEER ZUMBANSEN y, en particular, para TONY PROSSER por sus útiles comentarios al borrador de este documento; y a FEDERICA CASAROSA y REBECCA SCHMIDT por su asistencia editorial. Las declaraciones habituales aplican.

Trad. del inglés, MAXIMILIANO RODRÍGUEZ.

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2013. Fecha de aceptación: 3 de marzo de 2014. Para citar el artículo: F. CAFAGGI. "Los nuevos fundamentos de la regulación privada transnacional", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio de 2014, pp. 185-217.

\*\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento y de la Facultad de Derecho del *European University Institute*, Italia. Contacto: [fabrizio.cafaggi@eui.eu](mailto:fabrizio.cafaggi@eui.eu)

doméstico con el transnacional. Cuatro modelos diferentes son identificados: hibridación, creación normativa por colaboración, coordinación y competencia. La sección IV resume los resultados del análisis realizado, reconsiderando las relaciones entre lo público y lo privado en el nivel transnacional.

**PALABRAS CLAVE:** regulación privada transnacional, regulación privada, autorregulación, estándares técnicos, organizaciones no gubernamentales.

#### *New foundations of transnational private regulation*

**ABSTRACT:** In section I of this article, the factors driving towards the emergence of new transnational private regulation (TPR) are identified in comparison with, on the one hand, merchant law and, on the other, international public regimes. In section II, the focus is on the private sphere, looking at both the different conflicts of interests arising in the regulatory relationships and the need for governance responses. In section III, institutional complementarity between public and private regimes is examined. In light of this approach, the claim that differences between public and private at the global level exist is substantiated. The public-private divide is analysed, comparing the domestic and the transnational level. Four different models of interaction are identified: hybridization, collaborative law-making, coordination, and competition. Section IV summarizes the results of the analysis, reconsidering the boundaries between public and private at transnational level.

**KEYWORDS:** *Transnational Private Regulation, Private Regulation, Selfregulation, Technical Standards, Non Gubernamental Organizations.*

#### INTRODUCCIÓN

La Regulación Privada Transnacional (en adelante también 'RPT') constituye un nuevo cuerpo de normas, prácticas y procedimientos creados por actores privados, firmas, organizaciones no gubernamentales (en adelante también 'ONG'), expertos independientes creadores de estándares técnicos y comunidades epistémicas, que desarrollan un poder regulatorio autónomo o desarrollan poderes que han sido delegados por el derecho internacional o por la legislación nacional. Su crecimiento reciente refleja, en primer lugar, una reubicación del poder regulatorio desde la esfera local/doméstica a la esfera global y, en segundo lugar, una redistribución entre los reguladores públicos y los privados. Cuando se implementa la RPT se producen fuertes efectos redistributivos entre los actores privados y entre estos y los Estados. Esta RPT se diferencia de la regulación pública global y las formas convencionales de regulación privada identificadas con las leyes de los mercados. Las principales diferencias involucran tanto a los actores como sus efectos.

La RPT se diferencia de la regulación internacional ya que la producción normativa no se basa en la legislación estatal. Se centra, en cambio, alrededor de actores

privados que interactúan con organizaciones internacionales (en adelante también 'IO') y organizaciones intergubernamentales (en adelante también 'IGO'). Ello no quiere decir que los Estados no toman parte o no se encuentran afectados por la RPT. La RPT enfatiza de gran forma el rol del Estado como adoptante de normas (*Rule taker*) en contraposición a su función de creador de normas (*Rule maker*)<sup>1</sup>. Ello produce efectos directos en los participantes del régimen sin necesidad de la intermediación legislativa de los Estados; sin embargo, carece de un cuerpo comprensivo e integrado de principios comunes. La caja de herramientas de los instrumentos regulatorios difiere significativamente de lo que se ha desarrollado en el derecho internacional público. Los regímenes regulatorios privados se especializan por sectores, dirigidos por diferentes constituyentes, usualmente en conflicto, ya que protegen intereses diferentes. Los estándares son generalmente mucho más estrictos que aquellos establecidos por las organizaciones públicas internacionales. La complementariedad entre lo público y lo privado usualmente implica la complementación entre varios estándares, donde lo público provee un estándar mínimo obligatorio y lo privado estándares mucho más estrictos de aplicación voluntaria.

La RPT incorpora una definición más amplia de la esfera privada, yendo más allá de la industria para incluir reguladores liderados por las ONG y organizaciones de múltiples intereses. Así se observa que nuevos actores se han incorporado al espacio regulatorio: en particular ONG, que están generalmente por fuera del ámbito de las normas de mercado o de otras formas de creación normativa privada. La RPT supera las limitaciones tradicionales que existen en las relaciones entre los reguladores y los regulados, alejándose de esta manera de los sistemas tradicionales de autorregulación. La RPT puede ser identificada en varias o diversas formas, pasando por aquellas impulsadas por organizaciones de comerciantes y participantes del mercado, hasta aquellas promovidas por ONG y sindicatos<sup>2</sup>. Ello incorpora:

- i. Un marco regulatorio que involucra empresas individuales, promovido por los accionistas y otros controlantes de poder;
- ii. La regulación y los procedimientos regulatorios mismos de pequeñas empresas por parte de grandes corporaciones multinacionales a lo largo de las cadenas de distribución;
- iii. La regulación de aspectos financieros de empresas por parte de agencias de calificación y firmas contables;
- iv. La regulación de estándares transnacionales de empleo promovidos por sindicatos y organizaciones internacionales como la OIT;
- v. La regulación de aspectos ambientales.

1 Para una mejor distinción y sus implicaciones véase J. BRAITHWAITE. *Regulatory Capitalism*, 2008.

2 Los diferentes objetivos son buscados de estas dos formas. Firmas individuales usualmente regulan o promueven, por ejemplo, la diferenciación de productos, mientras que las asociaciones de comerciantes usualmente promueven la creación de normas uniformes, usualmente creando barreras de entrada a nuevos actores.

La RPT es usualmente voluntaria, tal y como se presenta con la regulación privada local. Aquellas partes que desean incorporarse a los organismos de regulación (privada) son libres de hacerlo; sin embargo, una vez incorporados, se encuentran legalmente vinculados y la violación de las reglas es castigada con sanciones legales<sup>3</sup>. Esa libertad puede ser parcialmente limitada cuando la participación en un régimen privado y el cumplimiento de sus estándares se presenta como una condición para el acceso a otros regímenes que proveen oportunidades de mercado para las entidades reguladas. Usualmente, la suscripción a un régimen o el cumplimiento de unos estándares es una condición de acceso a un mercado o de la capacidad para competir, reduciéndose de esta manera la capacidad para decidir. La voluntariedad puede ser igualmente disminuida por la intervención de lo público cambiando el régimen de voluntario a obligatorio. Menos frecuentes de aquello que se observa en el campo de lo local son los ejemplos de la regulación por delegación privada en el campo transnacional, donde un acto explícito de delegación por una organización internacional o una organización gubernamental internacional empodera al organismo privado con el poder regulador y lo hace de carácter obligatorio para los regulados. Aún más difusos son los ejemplos de antecedentes judiciales en donde se reconoce la regulación privada o en donde las cortes locales reconocen los estándares privados como parte del derecho consuetudinario, público o privado, internacional, haciendo a este obligatorio.

La RPT, como otros regímenes internacionales, produce efectos directos más allá de aquellos que produce para sus suscriptores o miembros de la organización. Los efectos de esos regímenes son difíciles de identificar, y van mucho más allá de la esfera de los miembros del organismo de regulación. Esto produce un efecto directo en el comportamiento de un gran número de regulados y beneficiarios que no han dado su consentimiento previo a las reglas a las que están sometidos. Los principios convencionales del derecho de los contratos y aquéllos de las organizaciones internacionales son útiles (sin embargo inadecuados) para describir esas nuevas formas de regulación, y deben ser analizados y transformados para que allí encajen las nuevas regulaciones<sup>4</sup>. A diferencia del derecho internacional público, en donde el *ius cogens* y la costumbre operan como mecanismos que producen efectos legales en todos los Estados más allá de los firmantes, la RPT no ha desarrollado principios comunes que tengan un efecto vinculante; a cambio, cada sector ha previsto y desarrollado sus propias herramientas<sup>5</sup>.

3 Esta definición difiere de aquellos estándares adoptados en el Acuerdo de Barreras Técnicas al Comercio en su Anexo 1.

4 Los inconvenientes del derecho privado y su utilización en la interpretación de la regulación son examinados por H. COLLINS. *Regulating Contracts*, 1999.

5 Una interesante comparación, más allá del propósito de este documento, está relacionada con la función de las normas de interés público en el derecho internacional público y con aquella de la función pública en la regulación privada transnacional.

La RPT está circunscrita a un comprensible concepto de regulación que incluye dos respuestas a las fallas del mercado y sus efectos disfuncionales<sup>6</sup>. Inicia con la definición convencional que incluye creación de normas, supervisión y cumplimiento. Se concentra en cómo pasar de lo público a lo privado y de lo doméstico a lo transnacional, y puede ayudar a redistribuir recursos financieros y capacidades institucionales de los países desarrollados a aquellos en vía de desarrollo y, en esto último, entre los diferentes participantes. Esta no se suscribe con una noción de regulación que limite o restrinja la autonomía negocial; lo que busca es distinguir entre los regímenes regulatorios que amplían su capacidad y aquellos que reducen su capacidad.

Este documento procede como sigue. En la sección I, los factores que dirigen el surgimiento de la nueva Regulación Privada Transnacional son identificados en comparación con, de una parte, el derecho de los mercados y, de la otra, el régimen público internacional. En la sección II, la discusión se centra en la esfera privada, analizando los dos conflictos de interés que surgen de las relaciones entre regulado y regulador y la necesidad de respuestas desde la regulación. En la sección III se analiza la complementación entre los regímenes públicos y privados. A la luz de esta aproximación en el presente texto se defiende el argumento de la existencia de diferencias entre lo público y lo privado en el ámbito global. La diferencia entre lo público y lo privado se analiza comparando el ámbito doméstico con el transnacional. Cuatro modelos diferentes son identificados: hibridación, creación normativa por colaboración, coordinación y competencia. La sección IV resume los resultados del análisis realizado, reconsiderando las relaciones entre lo público y lo privado en el nivel transnacional.

## I. EL SURGIMIENTO DE LA NUEVA RPT: CONDUCTORES Y PERSPECTIVAS

El crecimiento de la RPT es usualmente asociado a, si no dependiente de, las deficiencias del Estado regulador como regulador global<sup>7</sup>. Esa debilidad impulsó el advenimiento de instituciones internacionales en la primera mitad del siglo pasado, seguido por el desarrollo de reguladores privados transnacionales en la segunda mitad y, particularmente, en el último cuarto del siglo XX<sup>8</sup>.

6 Véase J. STIGLITZ, "Regulation and failure", en *New Perspectives on Regulation*, D. MOSS y J. CISTERNINO, eds., 2009, 12.

7 Véase K.W. ABBOTT y D. SNIDAL, "Governance triangle", en *The Politics of Global Regulation*, W. MATTLI y N. WOODS, eds., 2009, 50. Sobre la co-relación entre la globalización y el creciente poder de los actores privados transnacionales, véase A.C. CUTLER, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, 2003.

8 La creciente influencia del poder privado en el ámbito global ha sido observado ya por largo tiempo. Véase Y. DEZALAY y B.G. GARTH, *Dealing in Virtue. International Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, 1996); CUTLER, *ibíd.*; S. SASSEN, *Territory, Authority, and Rights from Medieval to Assemblages*, 2006; G.P. CALLIES y P.C. ZUMBANSEN, *Rough Consensus and Running Code*, 2010. La cuestión fue debatida asimismo en los años treinta en

Las transformaciones que han generado los nuevos regímenes regulatorios privados han igualmente modificado el objeto del análisis, pasando del Estado regulador al capitalismo regulador<sup>9</sup>. Este cambio implica no solamente el poder regulador sino también la supervisión y cumplimiento<sup>10</sup>.

La mayor importancia del papel de los reguladores no estatales, a nivel local y a nivel transnacional, no ha generado una desaparición de las diferencias entre lo público y lo privado, pero ha forzado una reconsideración de sus funciones y los límites existentes entre esas dos esferas<sup>11</sup>. En particular, nos obliga a preguntarnos si las instituciones privadas transnacionales deberían ser consideradas como una alternativa a las organizaciones internacionales o si deben ser más bien consideradas como un complemento de aquellas a nivel global, y de los Estados a nivel doméstico<sup>12</sup>. Claramente la respuesta a la pregunta dependerá de la forma y del grado en que lo público y lo privado asimilen la situación que existe o se presenta<sup>13</sup>. La consolidación de una efectiva RPT ocurre frecuentemente cuando instituciones privadas sólidas están listas para complementar y no sustituir la regulación pública a nivel doméstico<sup>14</sup>. Además, una efectiva regulación privada usualmente se consolida en combinación con instituciones públicas sólidas. Sin embargo, también es posible que la RPT preceda a la creación de regímenes públicos cuando, con el propósito de llenar vacíos legales, las organizaciones privadas diseñan nuevos mercados y nuevas instituciones que posteriormente serán suplantadas por híbridos.

El surgimiento de la nueva generación de la RPT está ligado a diferentes factores: algunos de ellos relacionados con la esfera o dimensión institucional, y otros más relacionados con las consecuencias económicas del mercado y la integración

Estados Unidos, en el estudio pionero de Jaffe. Véase L. JAFFE, "Law Making by Private Groups" (1937) 51 *Harvard Law Rev.* 201-253, 213.

- 9 Véase D. LEVI-FAUR y J. JORDANA, "The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order" (2005) 598 *Annals of the Am. Academy of Political and Social Sci.* 200-217; D. LEVI-FAUR, "Varieties of Regulatory Capitalism: Sectors and Nations in the Making of a New Global Order" (2006) 19 *Governance* 363-366, 363.
- 10 Véase BRAITHWAITE, *ob. cit.*, n. 1, p. 185 ss.
- 11 La presencia de actores no estatales en el sistema de gobernanza global es visto por muchos como una característica más de la gobernanza global. Véase A. VON BOGDANDY, P. DANN y M. GOLDMANN, "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activity" (2008) 9 *German Law J.* 1375-1400, 1378 ss.
- 12 Véase ABBOTT y SNIDAL, *ob. cit.*, n. 7, p. 66.
- 13 Aquellos que argumentan que los actores privados que ejercen poder regulatorio deberían ser considerados equivalentes a los actores públicos desde el punto de vista funcional y como tal sujetos del mismo régimen eliminan de plano la posibilidad de complementación (complementariedad entre los dos actores). Mi postura es que la asimilación funcional (sin incorporar lo estructural) es un error y que la diferenciación o distinción entre lo público y lo privado debe mantenerse, inclusive dentro de un cuerpo de principios comunes y el cumplimiento de la ley.
- 14 Las normas relativas a los estándares de los alimentos y las bebidas ilustran de manera adecuada un fenómeno que concierne a varios sectores.

del comercio<sup>15</sup>. La liberalización de los mercados y la difusión de los derechos fundamentales han sido fuertes conductores de la regulación transnacional, generando regímenes específicos por sector, usualmente en conflicto. En varios casos, estos se desarrollan para incrementar la prevención de riesgos que no se pueden monitorear o administrar<sup>16</sup>. Existe un consenso sobre la debilidad de los Estados para regular mercados que operan a través de las fronteras<sup>17</sup>. De igual forma, se han ilustrado ampliamente las dificultades de los Estados individualmente considerados para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales<sup>18</sup>. Las diferencias surgen en relación con el rol de los Estados en la transnacionalización de la regulación<sup>19</sup>. Algunos consideran que pierden su poder para ser creadores de normas; otros consideran que aún mantienen su posición dominante<sup>20</sup>. La lista que se presenta a continuación nos da unos ejemplos de los factores que contribuyen al surgimiento y consolidación de la RPT.

### 1. La necesidad de la armonización internacional

El razonamiento más frecuente está siempre relacionado con la necesidad de superar la fragmentación en la regulación de los mercados, usualmente asociados con la diversas regulaciones estatales<sup>21</sup>. Sin embargo, en algunas ocasiones la RPT se presenta como una reacción en contra de la diversidad de regulaciones privadas a nivel local, generando para el efecto un cuerpo de normas a nivel transnacional<sup>22</sup>. La creación de una RPT puede ser entonces una respuesta a la multiplicidad de regímenes locales de orden público (legislación pública) y/o privado. La armonización de las normas, proceso en el que la armonización privada ha tomado gran importancia, constituye una respuesta a la dispersión normativa. Esa armonización puede estar dirigida a lograr objetivos de carácter general o de carácter particular.

15 Véase G.K. HADFIELD, "The Public and Private in the Provision of Law for Global Transactions", en *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*, V. GESSNER, ed., 2009; J. DAVIS, "Privatizing the Adjudication of International Commercial Disputes: The Relevance of Organizational Form", en *The Enforcement of Transnational Private Regulation*, F. CAFAGGI, ed.

16 Ello es evidente en lo que hace relación con los estándares y seguridad de los alimentos y las bebidas. Véase C. COGLIANESE, A. FINKEL y D. ZARING (eds.), *Import Safety. Regulatory Governance in the Global Economy*, 2009.

17 Véase B. KINGSBURY, N. KRISCH y R.B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law" (2005) 68 *Law and Contemporary Problems* 15-62, 16; ABBOT y SNIDAL, ob. cit., n. 7.

18 Véase J. RUGGIE, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business y Human Rights*, 2008.

19 Véase A.C. CUTLER, V. HAUFLE y T. PORTER, *Private Authority and International Affairs*, 1999; CUTLER, ob. cit., n. 7; SASSEN, ob. cit., n. 8.

20 D. DREZNER, *All Politics is Global*, 2007.

21 Véase W. LEEBRON, "Lying Down with Procrustes: An Analysis of Harmonization Claims", en *Economic Analysis of Fair Trade and Harmonization*, J. BAGHWATI y R.E. HUDEC, eds., 1996, 41.

22 La armonización legal por actores privados se puede traducir en un acuerdo similar a un tratado de una organización comparable con las IO y la IGO.



La fragmentación de la legislación estatal, por ejemplo, constituye una barrera al comercio que ha sido históricamente enfrentada a través de la promoción de la estandarización. La delegación en las IGO se constituye en una respuesta parcial a esa fragmentación. Sin embargo, dicha delegación se constituye en una respuesta parcial pero limitada al establecimiento de estándares con una capacidad de implementación limitada<sup>23</sup>.

Un fenómeno más reciente es la proliferación de RPT en el ámbito global<sup>24</sup>. Por ejemplo, varias formas de RPT, compitiendo entre ellas, han surgido en el ámbito de los estándares de calidad y seguridad de los alimentos, así como en el ámbito de la protección ambiental, con numerosos procesos y estándares de certificación aplicándose a los mismos productos o procesos<sup>25</sup>. Inclusive en el ámbito global la respuesta inicial a la fragmentación local mediante el surgimiento de regulación transnacional ha creado una forma de fragmentación internacional, dirigida por una competencia en la regulación privada. Así, observamos una transformación de la fragmentación de la regulación privada de lo local a lo global, aquel (local) de naturaleza puramente territorial y este (global) de naturaleza puramente funcional.

## 2. Las debilidades de los Estados como creadores de normas

La regulación pública de los Estados creada a través de tratados internacionales ha probado ser de difícil incorporación e inclusive cuando el estándar internacional es incorporado, su aplicación es raramente uniforme<sup>26</sup>. Usualmente, pero no siempre, la RPT surge como respuesta a las falencias de los gobiernos, como es el caso de la incapacidad para lograr consenso alrededor de un tratado internacional. La evidencia sugiere que la incapacidad para lograr consenso político ha generado el surgimiento de la RPT<sup>27</sup>. En el campo ambiental las deficiencias de la Conferencia de Río en 1992 facilitaron el surgimiento de ONG privadas cuyo propósito principal era liderar la creación de regímenes de protección del medio ambiente. Otro ejemplo se puede observar en el surgimiento de sistemas privados

23 ABBOTT y SNIDAL, ob. cit., n. 7, p. 67. Mas véase, en relación con ILO, L.R. HELFER, "Monitoring Compliance with Unratified Treaties: The ILO Experience" (2008) 71 *Law and Contemporary Problems* 193-218.

24 Véase D. VOGEL, "The Private Regulation of Global Corporate Conduct", en MATTLI y WOODS, ob. cit., n. 7, pp. 151 ss., resaltando las diferencias entre la autorregulación convencional; también pp. 156 ss. En una perspectiva diferente, véase A. PETERS et al. (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, 2009.

25 Véase E. MEIDINGER, "Private Import Safety Regulation and Transnational New Governance", en COGLIANESE et al. (eds.), ob. cit., n. 16, p. 233.

26 Véase, en general, ABBOTT y SNIDAL, ob. cit., n. 7, pp. 59, 67.

27 Existe un importante consenso, por ejemplo, en el caso del nacimiento de los certificados privados de forestación. Véase, para una reseña general: E.E. MEIDINGER, "The Administrative Law of Global Private - Public Regulation: The Case of Forestry" (2006) 17 *European J. of International Law* 47-87.



de negociación de carbono que complementan los sistemas de regulación y control del cambio climático<sup>28</sup>.

### 3. Las debilidades de la regulación estatal en la supervisión del cumplimiento. Estándares internacionales

Las instituciones gubernamentales no solo son poco efectivas en la creación de normas sino también en el monitoreo y cumplimiento de las violaciones a los regímenes transnacionales<sup>29</sup>. Es por ello que la efectividad de la implementación por parte de los Estados es usualmente cuestionada<sup>30</sup>. Con frecuencia la creación normativa en el orden transnacional se complementa con la supervisión administrativa y judicial en el ámbito local, dando lugar a una complementariedad vertical entre lo público y lo privado. El uso del monitoreo y supervisión local genera usualmente resultados que contradicen el fundamento de la transnacionalización de la regulación<sup>31</sup>. El monitoreo y supervisión locales usualmente se encuentran en línea con los incentivos de los Estados, abogados y cortes locales, pero no con los intereses propios de los regímenes transnacionales. Así, los recursos para el monitoreo y la supervisión se pueden adjudicar para promover el interés local o doméstico en detrimento del interés global, tal y como lo ha demostrado la evidencia en materia ambiental. Con ello no queremos decir que el monitoreo y la supervisión local no deberían jugar un papel importante. Por el contrario, el papel que deben jugar las cortes nacionales es de suma importancia. Sin embargo, es importante reconocer sus limitaciones. La seguridad alimentaria y los mercados financieros nos suministran buena evidencia de cómo los países que importan alimentos o capitales pueden ser incapaces de controlar las violaciones que ocu-

28 Véase R.O. KEOHANE y D.G. VICTOR, *The Regime Complex for Climate Change*, 2010, 26.

29 Esas dificultades, entre otros factores, han llevado a que los factores de calidad y seguridad de los alimentos y las bebidas sean responsabilidad directa de los operadores privados que hacen parte de la cadena. Véase S. HENSON y J. HUMPHREY, *The Impacts of Private Food Safety Standards on the Food Chain and on Public Standard-Setting Processes*, 2009; OECD, "Final Report on Private Standards and the Shaping of the Agro-Food System", AGR/CA/APM (2006) 9/FINAL (2006).

30 Véase la crítica del derecho convencional internacional y sus debilidades por KINGSBURY et al., ob. cit., n. 17, p. 15; B. KINGSBURY y N. KRISCH, "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order" (2006) 17 *European J. of International Law* 1-13; VON BOGDANDY et al., ob. cit., n. 11; B. KINGSBURY, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law" (2009) 20 *European J. of International Law* 23-57, y la respuesta de A. SOMEK, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law: A Reply to BENEDICT KINGSBURY" (2009) 20 *European J. of International Law* 985-95, y MING-SUNG KUO, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law: A Reply to BENEDICT KINGSBURY" (2009) 20 *European J. of International Law* 997-1004.

31 Véase F. CAFAGGI, "Enforcing Transnational Private Regulation" y R. Stewart, "Enforcement of Transnational Public Regulation", en CAFAGGI, ob. cit., n. 15.

ren normalmente en los países exportadores de esos productos o capitales<sup>32</sup>. La implementación de la regulación transnacional puede estar parcializada, por lo que el surgimiento de la RPT acompañada de técnicas de implementación puede responder a tales inconvenientes.

#### 4. Las debilidades del derecho internacional público

Las debilidades de los Estados individualmente considerados y la necesidad de respuestas multilaterales han contribuido al crecimiento del derecho internacional más allá de sus dominios convencionales en los inicios del siglo XX<sup>33</sup>. Las dinámicas de la transferencia del poder regulatorio, de los Estados nacionales a las organizaciones internacionales, ha cambiado sustancialmente desde aquel entonces<sup>34</sup>. El rol central de los ejecutivos locales y ONG ha sido parcialmente sustituido por la creación de redes y otras formas de participantes internacionales por fuera de las formas convencionales reconocidas por el derecho internacional público<sup>35</sup>.

El sistema internacional aún se basa en la premisa de que la responsabilidad del Estado es el factor predominante en la implementación de la regulación transnacional. Los límites de un sistema fundamentado en la responsabilidad del Estado en garantizar la efectividad del régimen regulatorio sugiere lo siguiente: (i) la necesidad de solucionar los problemas relacionados con la intermediación estatal y (ii) la necesidad de establecer una aplicación directa de los regímenes transnacionales a las partes que son afectadas directamente por el proceso regulador<sup>36</sup>. Los limitantes del derecho internacional, y en particular la incapacidad de las entidades no gubernamentales y las entidades de derecho internacional para regular la creación normativa, han generado varios efectos<sup>37</sup>. De una parte, la transformación de la esfera pública se puede observar con el surgimiento de nuevas

32 Las crisis alimentarias en los años noventa demostraron que los países importadores fueron incapaces de controlar los peligros relacionados con la seguridad en los alimentos, por lo que cambiaron la forma como aproximaban el tema trasladando esa responsabilidad a los miembros de la cadena de suministro. Véase HENSON y HUMPHREY, ob. cit., n. 29 y, para una descripción más amplia, COGLIANESE et al., ob. cit., n. 16.

33 M. KOSKENNIEMI, "History of International Law since World War II", en *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2007.

34 J.E. ALVAREZ, *International Organizations as Law Makers*, 2006.

35 A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order* (2004); A.-M. SLAUGHTER, "Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy" (2003) 24 *Michigan J. of International Law* 1041-1076.

36 Id. (2003), p. 1056. On legitimacy deficits of such networks in general, S. PICCIOTTO, "Networks in International Economic Integration: Fragmented States and the Dilemmas of Neo-liberalism" (1996) 17 *Northwestern J. of International Law and Business* 1014-1056, 1045.

37 KINGSBURY et al., ob. cit., n. 17; A. CASSESE, "Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation" (2005) 37 *J. of International Law and Politics* 663-694; VON BOGDANDY et al., ob. cit., n. 11, pp. 1375 ss.

instituciones, aplicando nuevos principios de derecho administrativo global<sup>38</sup>. De otra parte, esas limitantes han favorecido el desarrollo y consolidación de la RPT.

## 5. Tecnología

Otro factor que contribuye con la RPT es el desarrollo de nuevas tecnologías que ayudan a redistribuir el poder regulatorio a favor de actores privados y transforman el papel del Estado<sup>39</sup>. ICT y particularmente la regulación de internet provee una ilustración del papel de la tecnología en el cambio del poder regulador de lo nacional a lo transnacional y de lo público a lo privado<sup>40</sup>. De hecho, la característica principal es la hibridación. El conflicto y subsecuente acuerdo entre Google y la República Popular de China refleja los nuevos modelos de regulación a nivel global basados en contratos entre firmas multinacionales y Estados.

IPR se constituye en otra área donde el interés público internacional y el interés de los Estados están en conflicto<sup>41</sup>. Si bien es claro que los Estados mantienen aún un rol importante, especialmente en relación con la seguridad y los derechos fundamentales, los modelos regulatorios evidencian una creciente importancia de la dimensión privada transnacional<sup>42</sup>.

## 6. Estándares técnicos

Los estándares técnicos han sido creados por actores privados durante largo tiempo en el ámbito internacional. Tales estándares no constituyen un factor determinante en el surgimiento de reguladores privados pero sí influyen en el surgimiento de regímenes privados de regulación. En particular, ellos juegan un papel preponderante en el desarrollo de nuevas formas de regulación privada. La regulación transnacional, pública y privada, en relación con la seguridad ha, por ejemplo, adoptado un esquema determinado por la cadena de distribución que es de difícil supervisión para los Estados. Las fronteras entre los estándares normativos y los técnicos han desaparecido, e inclusive si aún pueden distinguirse, el impacto de la estandarización técnica en la regulación privada es fuerte. Las instituciones de estandarización técnica han incrementado su influencia en los regímenes regulatorios, moviéndose de los estándares de producto a los estándares de procesos y

38 Véase KINGSBURY, ob. cit., p. 17.

39 CASSESE, ob. cit., n. 37.

40 Véase R. DEIBERT, J. PALFREY, R. ROHOZINSKI y J. ZITTRAIN (eds.), *Access Denied, The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, 2008; Y. Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, 2006; D. TAMBINI, D. LEONARDI y C. MARSDEN, *Codifying Cyberspace ± Communications Self-Regulation in the Age of Internet Convergence*, 2008.

41 Véanse las diferentes contribuciones en K.E. MASKUS y J.H. REICHMANN, *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, 2005.

42 Véase MATTLI y WOODS, ob. cit., n. 7.

aumentando la calidad en la administración de los estándares. La regulación privada usualmente representa una combinación de diferentes estándares, muchos de ellos elaborados directamente por reguladores privados, otros por creadores de estándares y posteriormente adoptados o refrendados por los reguladores privados<sup>43</sup>.

Los estándares privados, elaborados por organizaciones privadas o híbridas, afectan algunas dimensiones de la RPT: ellos contribuyen a la reducción de diferencias entre sectores ya que son un común denominador de los estándares técnicos relacionados con el control de calidad y también reducen la distancia entre la regulación transnacional pública y privada. Usualmente, organizaciones públicas y privadas se refieren a los mismos estándares técnicos, tal y como se demuestra en el caso de la seguridad alimentaria, la protección ambiental y la responsabilidad social empresarial.

## 7. Gobernabilidad de los efectos distributivos

El desarrollo de la RPT produce importantes efectos distributivos conectados con el costo de la regulación y su impacto. Tales efectos no pueden ser dirigidos o gobernados únicamente por políticas fiscales de los Estados. Existe un costo relacionado con la transferencia de lo público a lo privado, pero también de las economías desarrolladas de Occidente a las economías en desarrollo del Sur<sup>44</sup>. Simétricamente, existe una transferencia de poder de los Estados del Sur a los actores privados ubicados en economías desarrolladas con la creciente influencia de BRIC (Brasil, Rusia, India y China)<sup>45</sup>. Esa internacionalización de los efectos distributivos ha producido diferentes respuestas. En algunas ocasiones, regímenes privados se crean con el propósito de administrar los efectos distributivos. Por ejemplo, regímenes liderados por ONG han surgido para proveer respuestas distributivas a los regímenes de comercio públicos y privados. En otras instancias las estructuras de gobernabilidad han tratado de gobernar la redistribución de recursos y capacidades. IGO's continúan jugando un papel importante en asegurar el crecimiento de las capacidades reguladoras, pero ahora cuentan con un apoyo constante por parte de actores privados.

Un segundo efecto distributivo está relacionado con el impacto de la regulación privada y el efecto de la distribución en el poder regulatorio de las estructuras

43 Ejemplos van desde ISO a los estándares profesionales como aquellos adoptados por IASB para la profesión contable.

44 El ejemplo de la seguridad alimentaria es un gran ejemplo. Véase Codex Alimentarius Commission (CAC), Joint FAO/WHO Food Standard Programme: Considerations of the Impact of Private Standards (2010), en <[http://www.fsis.usda.gov/PDF/2010-CAC/cac33\\_13e.pdf](http://www.fsis.usda.gov/PDF/2010-CAC/cac33_13e.pdf)>.

45 La regulación privada es elaborada por organizaciones usualmente controladas por actores privados, comerciantes y ONG's ubicadas en países occidentales, pero es implementada y supervisada en economías en desarrollo. El costo de la supervisión es usualmente transferido a los miembros de la cadena de distribución y parcialmente a los consumidores en Occidente.

de mercado, particularmente en el grado de concentración de los mercados y la distribución de poder de mercado entre actores privados de acuerdo al tamaño de las firmas reguladas. De esa forma existen consecuencias respecto de la distribución en la reubicación de poderes de regulación e inclusive en el tamaño de las firmas. Es difícil, si no imposible, para pequeños comerciantes afrontar el costo de la regulación privada, haciéndoles imposible mantener o ganar acceso a los mercados. Como resultado, la regulación privada incrementa el poder y participación del mercado de los grandes participantes en el mercado, reduciendo de esa manera la participación de los pequeños, o inclusive eliminándolos<sup>46</sup>.

Esos factores, al mismo tiempo, son causa y efecto; ellos constituyen, y pueden generar en el futuro, el surgimiento de nuevos regímenes e instituciones que buscan prevenir la distribución inequitativa<sup>47</sup>.

## II. DESENREDANDO LA ESFERA PRIVADA: EXPLORANDO LOS CONFLICTOS DE INTERÉS Y LAS RESPUESTAS DE LOS REGÍMENES ESTATALES

Para estos momentos debería estar claro que la esfera privada no es homogénea y necesita ser desenredada<sup>48</sup>. La RPT incorpora numerosos regímenes, reflejando la complejidad de la esfera privada<sup>49</sup>. Algunos de ellos están liderados por la industria; algunos promovidos por ONG, otros de manera conjunta por la industria y ONG, muchas veces complementados por la intervención pública, dando lugar a la existencia de acuerdos entre varios agentes (tripartitos o multilaterales)<sup>50</sup>. Mientras a primera vista todos están gobernados por actores privados, todos persiguen diferentes objetivos e incorporan diferentes dimensiones y grados de interés público, dependiendo de la composición de sus sistemas de gobernabilidad y de los efectos que puedan tener en el público en general. Esta pluralidad de intereses

46 Existe consenso relativo sobre los efectos distributivos de la regulación privada, aunque los efectos varían significativamente de sector a sector. Véase, en el caso de los estándares de calidad de los alimentos, OECD, ob. cit., n. 30; HENSON y HUMPHREY, ob. cit., n. 29; Y. Amekawa, "Reflections on the Growing Influence of Good Agricultural Practices in the Global South" (2009) 22 *J. of Agricultural and Environmental Ethics* 531-557; L. Busch y C. Bain, "New! Improved? The Transformation of the Global Agrifood System" (2004) 39 *Rural Sociology* 321-346. In the environmental field, for carbon footprint labelling, S.G. MAYSON, "Carbon Footprint Labelling in Climate Finance", en *Climate Finance*, R.B STEWART, B. KINGSBURY y B. RUDYK, eds., 2009, 283.

47 Véase F. CAFAGGI y K. PISTOR, "The Distributional Effects of TPR", paper no publicado.

48 Véase VOGEL, ob. cit., n. 24, p. 156; D. VOGEL, "Private Global Business Regulation" (2008) 11 *Annual Rev. of Pol. Sci.* 261-282; G.C. Shaffer, "How Business Shapes Law: A Socio Legal Framework" (2009) 42 *Connecticut Law Rev.* 147-184. In a different and closer perspective to the text, D. LEVI-FAUR, "The Global Diffusion of Regulatory Capitalism" (2005) 598 *Annals of the Am. Academy of Pol. and Social Sci.* 12-32.

49 Para un mapa conceptual, véase ABBOTT y SNIDAL, ob. cit., n. 7, pp. 57-62.

50 El modelo tripartito es frecuente en el sector laboral pero también en el medio ambiente y la seguridad alimentaria. El modelo unilateral se presenta en el área de la regulación financiera y del comercio electrónico.

usualmente se traduce en diferentes estrategias de regulación o en la concentración del proceso regulatorio en diferentes niveles. Como podemos observar, mientras los regímenes liderados por la industria se concentran en la creación de normas, los regímenes liderados por las ONG se concentran primordialmente en el cumplimiento por parte de las firmas y frecuentemente implementan<sup>51</sup>. Esas diferencias se ven usualmente reflejadas en la escogencia de los modelos de gobernanza y los mecanismos de supervisión, particularmente en el balance entre el control judicial y el no judicial<sup>52</sup>. La relevancia de la gobernabilidad para la RPT resalta la necesidad de incluirla como una dimensión adicional junto con los aspectos procedimentales y funcionales, inclusive con una aproximación al tema de la responsabilidad.

Los actores privados tienen diferentes y muchas veces conflictivos propósitos para la creación e implementación de regímenes privados transnacionales. Sus preferencias pueden diferir no solo en lo concerniente a la elección de un nivel óptimo entre el Estado, lo regional y lo global, sino también en relación con la arquitectura normativa que será adoptada por cada régimen específico. Ciertamente, los regímenes regulatorios privados liderados por ONG difieren sustancialmente de las formas tradicionales de regulación privada, pero inclusive los regímenes liderados por la industria, que se concentran en las necesidades de regulación, presentan características muy diferentes asociadas con la ley del mercado<sup>53</sup>.

Esos conflictos no se presentan únicamente o están restringidos a los diferentes componentes de la esfera privada sino también entre ellos mismos. En el caso de las ONG los conflictos se pueden presentar entre las organizaciones basadas en su valor y aquellas basadas en sus intereses<sup>54</sup>.

Para demostrar cómo las asociaciones entre los actores privados pueden llevar a la existencia de diversos regímenes y, en particular, diferentes estructuras de gobernabilidad, he elaborado en trabajos anteriores algunas referencias sobre el concepto de las relaciones de regulación<sup>55</sup>. Esto incluye no solo al regulador y los regulados sino también a los beneficiarios del proceso regulatorio, aquellos que son supuestamente beneficiados con el cumplimiento de la regulación y afectados con su incumplimiento.

El uso de una estructura de relación regulatoria, una que incluye a los beneficiarios, redefine la naturaleza de la capacidad de respuesta y los medios a través de los cuales la efectividad de la regulación puede ser medida. La efectividad no

51 Compárese, por ejemplo, el Forest Stewardship Council o el Marine Stewardship Council con IFRS en la profesión contable o con IATA en el mercado del transporte aéreo.

52 Véase CAFAGGI, *ob. cit.*, n. 31.

53 Las diferencias son grandes con la llamada visión europea continental y la más limitada visión americana según la cuál las diferencias con las normas del mercado son ampliamente reconocidas.

54 Véase ABBOTT y SNIDAL, *ob. cit.*, n. 7, p. 61.

55 Véase F. CAFAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, 2006, 3; para una elaboración más reciente, F. CAFAGGI, "Governance of Transnational Private Regulation", en *Handbook of Governance*, D. LEVI-FAUR, ed.

solo mide el cumplimiento por parte de los regulados sino que también observa los efectos del proceso regulatorio en los beneficiarios finales<sup>56</sup>.

Las siguientes cuatro ilustraciones demuestran las diferentes relaciones regulatorias que dependen de actores dominantes dentro del órgano regulador; su corta descripción sugiere las implicaciones que conlleva la creación de normas y el conflicto de interés. Los ejemplos que se ofrecen a continuación tienen como propósito ilustrar que los modelos de gobernanza en los distintos sectores tienen y comparten características comunes.

### 1. Liderados por la industria

Este modelo representa el tipo de estructura ideal en donde el regulador y el regulado coinciden mientras los beneficiarios se encuentran fuera del órgano de regulación, esto es, no son miembros (beneficiarios) pero son afectados por el proceso regulatorio. Es lo opuesto a la estructura de regulación pública en la que el regulador y el regulado difieren y la captura del regulador por los regulados es uno de los grandes problemas de la gobernanza<sup>57</sup>.

Ejemplos de este modelo son las asociaciones de comerciantes que regulan la conducta de los actores del mercado o las organizaciones de comerciantes creados por y para los mismos comerciantes. Estos usualmente concurren y la elección entre las dos variantes depende de la estructura del mercado y la representatividad y gobernanza de las asociaciones<sup>58</sup>.

En el mundo real, inclusive en el caso de los modelos liderados por la industria, la coincidencia perfecta entre regulador y regulados no se presenta. Tres ejemplos nos demuestran las divergencias y sus implicaciones para la gobernanza.

En el área de los mercados financieros, los estándares contables son establecidos por firmas de profesionales para regular las compañías listadas en beneficio de los inversionistas<sup>59</sup>. La Junta de Normas Internacionales de Contabilidad (The International Accounting Standards Board) (IASB) produce estándares internacionales en materia de reporte financiero (IFRSs), adoptados por firmas para cumplir con los

56 Véase F. CAFAGGI, "Compliance and Effectiveness in Transnational Private Regulation".

57 La diferenciación no implica una falta de diálogo. La creciente necesidad de una capacidad de respuesta ha cambiado el modelo regulatorio en el dominio público, incrementando las formas de diálogo entre regulador y regulado.

58 La hipótesis que debe ser verificada mediante investigación empírica es que, en mercados oligopólicos, los actores con gran poder forman carteles, mientras en mercados altamente competitivos las asociaciones juegan un papel importante. Sin embargo, en algunos casos los grandes participantes utilizan a las asociaciones para ejercer sus poderes, usando carteles como mecanismos puramente informales.

59 Véase T. BUTHE y W. MATTLI, *Private Global Regulation: The Politics of Setting Standards for International Products and Financial Markets*, 2011; T. BUTHE y W. MATTLI, "Global Private Governance: Lessons from a National Model of Setting Standards in Accounting" (2005) 68 *Law and Contemporary Problems* 225-262.



requerimientos establecidos por las bolsas de valores, el Financial Stability Board y otras entidades<sup>60</sup>. Allí, la concurrencia no se presenta al nivel más alto entre los reguladores (unas pocas firmas profesionales operando en un mercado oligopólico) y los regulados (sus clientes). La independencia profesional del regulador de las entidades reguladas es altamente disputada y, hasta cierto punto, las instituciones del mercado han generado una importante transformación. Así, el manual de debida diligencia tuvo como propósito reflejar algunos de los problemas que surgen o son consecuencia natural de la responsabilidad que se deriva de las relaciones entre regulador y regulados<sup>61</sup>. Los intereses del regulador y aquellos de los regulados de hecho se encuentran alineados, pero las iniciativas para supervisar en el beneficio de los beneficiarios es débil.

Un segundo ejemplo puede encontrarse en el área de los estándares de calidad de los alimentos, donde las asociaciones de comerciantes (*retail*) en competencia crean estándares sobre la calidad de los alimentos que deben ser aplicados en la cadena de mercadeo por los proveedores y los miembros de la cadena de distribución. Esta circunstancia se evidencia en los diferentes modelos de creación de estándares desarrollados en los últimos 15 años<sup>62</sup>. Los productos de la regulación de las organizaciones de comerciantes son, por ejemplo, los códigos elaborados por la Asociación de Distribuidores Británica (*British Retail Association*), posteriormente adoptadas por la Asociación de Distribuidores Holandeses (BRC), o aquellos elaborados por la IFS (una alianza franco-alemana). Un ejemplo más amplio se encuentra en la Cámara de Comercio Internacional (ICC), que publica documentos sobre políticas y formas contractuales modelo en casi todos los sectores de negocios relevantes, y además administra una de las instituciones arbitrales más importantes del planeta<sup>63</sup>. La diferencia entre este y el segundo y tercer modelo que se describen a continuación no está referida a la existencia de uno o varios dominadores del mercado, sino más bien en relación con la falta de representatividad de los beneficiarios en los órganos de gobierno.

60 Para una visión global de los requerimientos que explícitamente se hacen a las sociedades inscritas en bolsa para cumplir con los estándares internacionales en materia de reporte financiero, véase <http://www.iasplus.com/country/useias.htm>.

61 Por ejemplo, la junta del IASB está compuesta por 15 expertos de la junta del IFRS, dependiendo de su experiencia en la creación de normas, miembros usuarios, contadores o académicos. Véase <http://www.ifrs.org/The+organization/Members+of+the+IASB/Members+of+the+IASB.htm>. Véase BUTHE y MATTLI, ob. cit., n. 59; T. BUTHE y W. MATTLI, "International Standards and Standard-setting Bodies", en *The Oxford Handbook of Business-Government Relations*, D. COEN, G. WILSON y W. GRANT, eds., 2009, 440.

62 Véase OECD, ob. cit., n. 29; véase también, GLOBALGAP, General Regulations, Integrated Farm Assurance, Parte II 3.1(vii), disponible en: [http://www.globalgap.info/cms/front\\_content.php?idart=14](http://www.globalgap.info/cms/front_content.php?idart=14)

63 Véase la página web de la CCI: <http://www.iccwbo.org/id97/index.html>

## 2. Un segundo modelo, primordialmente organizacional y liderado por ONG

En este modelo, los reguladores y los regulados son diferentes pero los reguladores y algunos beneficiarios coinciden. El organismo regulador es gobernado por ONG mientras que los regulados son firmas. Este modelo es desarrollado en el campo de las certificaciones donde las ONG definen los requerimientos para la certificación de productos y servicios que las firmas deben cumplir con el propósito de beneficiar a los consumidores finales. No obstante, esas organizaciones contribuyen igualmente al monitoreo y cumplimiento de los derechos de los consumidores.

*Consumer International* es una organización internacional no gubernamental con miembros y afiliados. Su estatus legal es el de una empresa sin ánimo de lucro regulada por el derecho inglés. Sus miembros son organizaciones de consumidores que igualmente deben ser sin ánimo de lucro y políticamente independientes. Los afiliados pueden ser organizaciones públicas y privadas.

Oxfam International es una fundación registrada en Holanda. Fue creada en 1995 por un grupo de ONG. Consta de 14 organizaciones, llamadas afiliados, representadas por un agente miembro parte de la junta de miembros<sup>64</sup>. Oxfam está conformada solo por ONG pero sus funciones como regulador están limitadas a gobiernos nacionales. Otro ejemplo es Amnistía Internacional. Amnistía Internacional inició sus campañas en 1961 y actualmente tiene 2.2 millones de miembros en por lo menos 150 países alrededor del mundo<sup>65</sup>. Tal y como lo señalan sus estatutos, Amnistía Internacional está estructurada en secciones, redes internacionales, grupos afiliados y miembros internacionales<sup>66</sup>. Igualmente opera mediante la publicación de reportes que pueden evidenciar temas controversiales. Su actividad principal está más relacionada con la supervisión que con la creación de estándares.

## 3. El modelo liderado por expertos

Un tipo de regulación privada diferente de los tipos ya descritos está liderada primordialmente por expertos. Esta circunstancia se presenta en los casos de estandarización técnica, aunque usualmente su "captura" por la industria diluye su neutralidad y objetividad<sup>67</sup>. La definición de expertos ha cambiado con el paso del tiempo y en algunas áreas de *expertise* esta definición se ha tornado en una menos jerárquica. En el ámbito de la gobernanza del internet, la proliferación de comunidades de autorregulación se ha incrementado sustancialmente, generando

64 En esta fundación no existe representación de la industria o del gobierno. Véase sobre la creación de Oxfam en: [http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/constitution\\_0.pdf](http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/constitution_0.pdf)

65 Véase <http://www.amnesty.org/en/who-we-are/history>

66 Véase <http://www.amnesty.org/en/who-we-are/accountability/statute-of-amnestyinternational>

67 Véase H. SCHEPEL, *Constitution of Private Governance*, 2005.

la multiplicación de organizaciones sin ánimo de lucro o redes informales. En este modelo las reglas son mayoritariamente técnicas; el regulador es una organización privada sin ánimo de lucro, supuestamente independiente de la industria y de los beneficiarios finales, pero es sujeto constante de su captura por la industria. El regulador es diferente de los regulados y de los beneficiarios y su legitimidad se fundamenta en su experiencia.

#### 4. El modelo de múltiples asociados

Una cuarta categoría es el modelo de múltiples asociados, en el que tanto el reglado como los beneficiarios están representados en el organismo de regulación con diferencias en lo que a la representación de sus intereses se refiere. Ocasionalmente organismos públicos hacen parte del gobierno ya sea como partes u observadores. Allí se presentan dos variantes: una organizacional y otra contractual.

En la variante organizacional, los órganos de regulación, las asociaciones, fundaciones, corporaciones sin ánimo de lucro se componen de múltiples circunscripciones. Debemos anotar qué modelo organizacional usualmente desarrolla funciones regulatorias mediante la utilización de diferentes tipos de contratos, frecuentemente con efectos más allá de los miembros del organismo regulatorio. Las dos figuras más recurrentes son las federaciones (p. ej., los órganos de segundo nivel de representación de los organismos nacionales) o un modelo de múltiples asociados funcional en donde los individuos y las organizaciones tienen participación. En el seno del órgano de gobierno, los diferentes participantes son representados en una junta y en una asamblea general.

Inclusive en las organizaciones de múltiples asociados se presentan diferencias que evidencian la distribución de poderes entre las circunscripciones. En algunos casos existen circunscripciones que lideran y determinan el régimen de regulación y los mecanismos de supervisión y control, mientras que a los otros miembros se les dan poderes para expresar su opinión o retirarse. En otros casos, el poder está distribuido simétricamente, produciendo usualmente una regulación basada en principios que se desarrolla de manera más específica en el proceso de implementación<sup>68</sup>. Este modelo se ilustra de manera adecuada por ICANN en el campo de la gobernanza de internet. Es una organización sin ánimo de lucro con el estatus de una corporación, organizada bajo las leyes de California. ICANN no se basa en membresía. Está gobernada por una junta directiva cuyos miembros son nombrados por diferentes organizaciones, principalmente técnicas, sobre la base del principio de representación global que garantiza una gran representación geográfica. Las características más interesantes de esta institución están relacionadas con la combinación de miembros técnicos y

68 Usualmente, en los modelos de múltiples asociados la regulación es incompleta al momento de la creación normativa. La regulación contractual solo se completa con posterioridad.

no técnicos de la junta de gobierno y la naturaleza de los regulados, que incluye organizaciones internacionales, Estados, firmas y consumidores.

Un segundo ejemplo de este modelo lo encontramos en el *Forest Stewardship Council* (FSC) y la *Marine Stewardship Council* (MSC). El primero es una asociación, regulada por el derecho mexicano<sup>69</sup>. La segunda es una compañía incorporada en Inglaterra y registrada como una organización de beneficencia ante la *Charity Commission*<sup>70</sup>. La FSC está compuesta de tres cámaras que representan diferentes intereses (organizaciones sociales e indígenas, organizaciones ambientales, y organizaciones económicas y/o comerciales) que son coordinadas por la asamblea general y todas representadas de manera equitativa en la junta. Claramente las dos cámaras de las organizaciones sociales e indígenas y las organizaciones ambientales lideran las FSC, mientras que los intereses económicos de la industria tienen su voz en la tercera cámara, disfrutando de un tercio del poder de voto<sup>71</sup>. Allí, los conflictos de interés entre el regulador y los regulados son poco frecuentes ya que la estructura de gobierno del regulador incluye tanto a los regulados como a los beneficiarios<sup>72</sup>. Sin embargo, algunos conflictos surgen y las respuestas desde la organización son requeridas<sup>73</sup>.

Un tercer ejemplo es la *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA)<sup>74</sup>. Dicha asociación nació de la iniciativa de instituciones financieras y la asesoría técnica de firmas internacionales de abogados, y fundamentalmente ha definido las reglas para las operaciones OTC (*over-the-counter market*)<sup>75</sup>. Las reglas relacionadas con las operaciones sobre swaps y derivados son estipuladas en el *master agreement* redactado por ISDA, y posteriormente adaptadas a la legislación local<sup>76</sup>. ISDA es un ejemplo de regulación privada asociada con el *soft law* a nivel internacional y con el *hard law* en el nivel local.

69 Véase, para una buena ilustración, E.E. MEIDINGER, C. ELLIOTT y G. OESTEN, "The Fundamentals of Forest Certification", en *Social and Political Dimensions of Forest Certification*, E.E. MEIDINGER, C. ELLIOTT y G. OESTEN, eds., 2003, 3; E.E. MEIDINGER, "Multi-Interest Self-Governance through Global Product Certification Programs", en *Responsible Business? Self-Governance in Transnational Economic Transactions*, O. DILLING, M. HERBERG y G. WINTER, eds., 2008, 259-291.

70 Su estructura organizacional consiste primordialmente de tres organismos: la Junta de Fideicomitentes, el Consejo de Accionistas y la Junta de Asesores Técnicos.

71 Véase, para una visión de la forma de organización de la FSC: <http://www.fsc.org/governance.html> and de la MSC <http://www.msc.org/about-us/governance/structure>

72 MEIDINGER, ob. cit., n. 69.

73 Véase, por ejemplo, la reforma al sistema de supervisión introducida recientemente en la FSC. Véase también MEIDINGER, ob. cit.

74 Para una descripción sucinta, véase G. MORGAN, "Market Formation and Governance in International Financial Markets: The Case of OTC Derivatives" (2008) 61 *Human Relations* 637-660. Para mayor información, véase ISDA's homepage at <http://www.isda.org/>.

75 La asociación está compuesta de tres categorías: (1) miembros principales (los vendedores), (2) miembros asociados (primordialmente firmas de abogados y expertos) y (3) los suscriptores. Véanse los estatutos de ISDA en: <http://www.isda.org/>

76 Véase el ISDA Master Agreement (2002).

El modelo organizacional también presenta una colaboración entre los actores públicos y privados. Ejemplos que incluyen a los Estados pueden encontrarse en el campo de los deportes y la responsabilidad social empresarial: WADA y la UN Global Compact<sup>77</sup>. WADA es la agencia mundial de dopaje a cargo de regular y monitorear las reglas relacionadas con el dopaje. Está compuesta de organizaciones públicas y privadas que representan diferentes sectores del deporte<sup>78</sup>. La UN Global Compact es una iniciativa de Naciones Unidas del año 2000 que tiene el propósito principal de materializar diez principios de comportamiento empresarial internacionalmente aceptados. Global Compact está dirigida, principalmente, a las empresas cuyas acciones o comportamiento intenta regular. Sin embargo, los estándares se han desarrollado con la participación de otros grupos de interés, tales como gobiernos, organizaciones civiles y sindicales, así como las Naciones Unidas<sup>79</sup>.

En el dominio de las organizaciones lideradas por expertos encontramos organizaciones con participación de múltiples grupos de interés como ISO. ISO es una asociación incorporada en Suiza y que está sometida al Código Civil suizo. Sus miembros son organizaciones creadoras de estándares a nivel nacional<sup>80</sup>. Mientras que en los países desarrollados dichos organismos son de carácter privado, en los países en vía de desarrollo son representados por agencias gubernamentales. ISO desarrolla primordialmente estándares de aplicación voluntaria. No obstante lo anterior, la adopción obligatoria de los estándares de ISO por organizaciones internacionales está aumentando.

La segunda variante está representada en el modelo contractual. Este opera a través de contratos regulatorios en la forma de contratos multilaterales, contratos en redes y contratos o acuerdos *master/marco*. Contratos regulatorios (*regulatory contracts*) son usados frecuentemente en el campo de la responsabilidad social empresarial, pero también aplicados en otras áreas, desde los mercados financieros hasta la protección ambiental y los estándares alimentarios. En el campo de la responsabilidad social empresarial los líderes son usualmente grandes distribuidores (*retailers*) pero también se incluye a los trabajadores, fabricantes y consumidores<sup>81</sup>. En otras estancias es liderado por los productores, incluyendo también distribuidores y consumidores. Este modelo de regulación privada usa contratos comerciales en la cadena de suministro para coordinar y regular las actividades de diferentes empresas (fabricantes y distribuidores), y las relaciones entre los distribuidores

77 Para una breve referencia de los diferentes modelos, véase J.G. RUGGIE, "Business and Human Rights: The Evolving International Agenda", CSRI Working Paper n. 38, 2007.

78 WADA fue fundada en 1998 como una agencia independiente con una junta, un comité ejecutivo y varios comités especializados, véase [www.wadaama.org/Documents/About\\_WADA/Statutes/WADA\\_Statutes\\_2009\\_EN.pdf](http://www.wadaama.org/Documents/About_WADA/Statutes/WADA_Statutes_2009_EN.pdf)

79 Para una descripción más detallada del esquema de gobierno, véase [www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/stages\\_of\\_development.html](http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/stages_of_development.html)

80 Véanse los artículos 3.1. y 3.1.1 de los estatutos de ISO.

81 Véase RUGGIE, ob. cit., n. 77.

de segundo nivel y sus empleados. La ilustración más evidente se presenta en el campo de los estándares de calidad de los alimentos, en donde la aproximación desde la perspectiva de la cadena de distribución demuestra la función y capacidad regulatoria de los contratos en la cadena. Allí, la pregunta más relevante en cuanto a la gobernanza está relacionada con los incentivos que se les ofrecen a los distribuidores, usualmente los agentes más poderosos en el proceso regulatorio, para actuar en representación de los beneficiarios, empleados de los fabricantes y sus consumidores finales. Mientras que los incentivos para regular el tema de la seguridad en los alimentos en representación de los consumidores son suficientes, en el caso de los empleados son débiles o inexistentes. En particular, la supervisión de las normas laborales y de responsabilidad social empresarial parece ser problemática ya que la mayoría de los grandes distribuidores no cuentan con los incentivos suficientes para monitorear y, mucho menos, castigar las violaciones a tales normas.

Esta breve comparación de los diferentes modelos demuestra tanto la complejidad de la esfera privada como la necesidad de incorporar a los beneficiarios en el análisis con el propósito de tener una visión completa del sector. Los modelos descritos anteriormente resaltan las diferentes relaciones de regulación definidas por el tipo de gobernanza existente en cada régimen, sobre la base de los acuerdos de autorregulación tradicionales, donde los reguladores y los regulados coinciden mientras que los beneficiarios son dejados por fuera del esquema. Las diferentes posiciones de los beneficiarios, ya sea dentro o fuera de las organizaciones, generan diversas estructuras de gobernanza en una muy simple representación de lo que es la regulación privada. Al desentrañarse la esfera privada es posible reformular las preguntas acerca de la legitimidad, dependiendo de cómo los conflictos de interés se encuentran alineados o desalineados con las organizaciones.

Además, esos modelos generan varios interrogantes relacionados con la legitimidad, asociados con las diferentes tipologías de los conflictos, e ilustran las diversas respuestas desde la gobernanza. Un alto número de conflictos sin resolver reduce los niveles de legitimidad interna y externa. Las diferentes opciones que existen desde el punto de vista organizacional sugieren que la característica principal no solo es la internalización de los beneficiarios en las relaciones de regulación, sino también el reconocimiento y solución de los conflictos entre los diferentes intereses de las entidades reguladas<sup>82</sup>. Los retos que se generan con el surgimiento de nuevos regímenes suponen preocupación en cuanto a la efectividad de los diferentes modelos existentes en el manejo de los conflictos de interés y en la imposición de responsabilidades a las partes que son ajenas a las organizaciones

82 Para simplificar la clasificación hemos asumido la homogeneidad de los regulados, mientras que consideramos que los intereses de los beneficiarios pueden diferir.

pero parte del régimen<sup>83</sup>. En la próxima sección analizaremos las relaciones entre la esfera privada y la esfera pública, con el propósito de identificar cómo operan las diferentes estructuras institucionales.

### III. LA DIVISIÓN ENTRE LO PÚBLICO-PRIVADO Y LA COMPLEMENTARIEDAD INSTITUCIONAL EN LOS SISTEMAS MULTINIVEL

Después de analizar la esfera privada y ofrecer una breve descripción de los diferentes modelos, una nueva estructura de trabajo es necesaria para describir la interacción entre las esferas públicas y privadas a nivel transnacional<sup>84</sup>. Primero es necesario describir los cambios en la asignación de poder normativo, y luego inferir las posibles implicaciones jurídicas que puedan resultar.

La asignación de poder normativo entre los actores públicos y privados a nivel estatal ha venido presentándose en las últimas cuatro décadas, cuando las transformaciones estructurales del Estado regulador fueron inicialmente promovidas en el área angloamericana y luego esparcidas a lo largo del mundo occidental<sup>85</sup>. El cambio del modelo de bienestar al modelo regulatorio ha igualmente evolucionado hacia la creación de diferentes formas de cooperación y/o competencia entre los organismos de regulación públicos y privados<sup>86</sup>. La división convencional entre los mercados globales y los Estados se ha transformado profundamente<sup>87</sup>. Los Estados no solo han retenido la intervención directa en los mercados mediante las privatizaciones y la regulación de muchas actividades, sino que también la dimensión de la regulación ha sido transformada radicalmente, dando lugar al surgimiento de diversas formas de capitalismo regulatorio<sup>88</sup>. Los actores privados, como ya lo hemos visto, han empezado a desempeñar nuevas funciones, involucrándose en diferentes formas de regulación. Este fenómeno incorpora varios modelos que dependen de: (i) quién se considera que forma parte de la esfera privada (indus-

83 Véase, para un análisis más detallado de la dimensión de gobernanza, CAFAGGI, ob. cit., 2011, n. 55.

84 *Ibíd.*

85 Véase R. BALDWIN and M. CAVE, *Understanding Regulation* (1999); W. STREECK, *Reforming Capitalism* (2008); L. BRUSZT y R. HOLZHACKER, *The Transnationalization of Economies, States, and Civil Societies* (2009); C. SCOTT, "Regulatory Governance and the Challenge of Constitutionalism", en *Regulation After the Regulatory State*, D. OLIVER, T. PROSSER y R. RAWLINGS, eds., 2010; T. PROSSER, *The Regulatory Enterprise* (2010).

86 Véase J. BLACK, "Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes" (2008) 2 *Regulation & Governance* 137-164; C. SCOTT, "Regulating Private Legislation", y T. Prosser, "Regulatory Agencies, Regulatory Legitimacy and European Private Law", en *Making European Private Law*, F. CAFAGGI y H. MUIR WATT, eds. (2008), 235 y 254 respectivamente. Para un análisis comparativo, G. de BUÁRCA y C. SCOTT (eds.), *Law and New Governance in the EU and the US* (2006); C.F. SABEL y J. ZEITLIN, *Experimentalist Governance in the European Union: Towards a New Architecture* (2010).

87 Véase ABBOT y SNIDAL, ob. cit., n. 7

88 LEVI-FAUR y JORDANA, ob. cit., n. 9.



tria, expertos, ONG), (ii) cuál es el alcance de la actividad de regulación y (iii) qué sectores son examinados (regulación de mercado o derechos fundamentales).

Diferentes formas han sido empleadas, desde la transferencia (expres) del poder normativo a los actores privados hasta la delegación informal, desde los acuerdos de co-regulación con diferentes adjudicaciones de funciones hasta los cambios entre la regulación *ex ante* y la responsabilidad *ex post*, generando negociaciones entre los litigantes y llegando a la esfera de la regulación privada<sup>89</sup>. A nivel estatal, esos modelos están limitados por las normas constitucionales<sup>90</sup>. La delegación del poder normativo está limitada en varios sistemas legales por las doctrinas de la "acción del Estado" u otras equivalentes; los límites son en buena parte consecuencia de los principios reinantes en las doctrinas de no delegación, según las cuales el Estado no puede delegar sus poderes a favor de actores privados<sup>91</sup>. Esas transferencias son usualmente interpretadas como una consecuencia del deterioro de la capacidad de los Estados para regular, ya sea por su captura o por su falta de capacidad/experiencia técnica.

En la búsqueda de legitimidad de esas diferentes formas de regulación se requieren diversas respuestas en función de los orígenes y efectos del poder regulatorio<sup>92</sup>. Los regímenes que se fundamentan en la libertad contractual y de asociación tienen variadas respuestas en cuanto a la legitimidad, incluyendo aquellas basadas en la protección de derechos fundamentales y el medio ambiente.

Esa transferencia de poder regulatorio no es, sin embargo, la única forma que afecta su redistribución. En varios contextos los nuevos espacios globalizados (como internet) generan nuevos modelos de gobernanza que se traducen en diferentes formas de compartir el poder de regulación entre lo público y lo privado. ¿Cuál es la naturaleza de la relación existente entre la redistribución del poder a nivel estatal y a nivel internacional entre los actores públicos y privados?

Tres características de la esfera pública están cambiando las relaciones con la esfera privada: el incremento significativo en el uso del *soft law* (derecho blando); la limitada delegación de poder regulatorio de las organizaciones internacionales y las organizaciones intergubernamentales a los reguladores privados; el limitado, pero en crecimiento, efecto directo en los actores privados de los regímenes públicos de regulación. Por razones de espacio me concentraré en la primera de estas dimensiones.

89 Véase G.D. MAJONE, "International Regulatory Cooperation. A Neo-institutional Approach", en *Transatlantic Regulatory Cooperation*, G.A. BERMAN, M. HERDINGEN y P. LINDSETH, eds., 2001, 109; F. CAFAGGI, "Rethinking Self-regulation in European Private Law", en CAFAGGI, ob. cit., 2006, n. 55.

90 Véase F. CAFAGGI, "Private Law Making and European Integration", en Oliver et al., ob. cit., n. 86.

91 Para un análisis detallado de los Estados Unidos de Norteamérica, véase G.E. METZGER, "Private Delegation, Due Process and the Duty to Supervise", en *Government by Contract*, J. FREEMAN y M. MINOW, eds., 2009, 291. Para un repaso general véase CAFAGGI, ob. cit.

92 BLACK, ob. cit., n. 87.

El *soft law* puede ser usado como una alternativa o complemento de la regulación privada. A nivel transnacional el *soft law* puede incrementar la competencia entre lo público y lo privado y reducir la cooperación cuando el mismo se desarrolla como una alternativa a la regulación privada. Cuando se usa como un complemento refuerza la coordinación ya que requiere que sus principios sean aceptados a nivel doméstico. La expansión del *soft law* a nivel transnacional puede reducir el número de acuerdos de co-regulación basados en una combinación de regulación pública y privada y en un incremento en el reconocimiento de los estándares diseñados privadamente por organizaciones internacionales. El derecho privado, especialmente a nivel nacional, puede convertirse en un instrumento para consolidar el *soft law* internacional, dando lugar a una complementariedad institucional vertical.

Mientras que las referencias de actores privados de organizaciones internacionales que escogen *hard* o *soft law* se han analizado adecuadamente, poco trabajo se ha adelantado sobre la influencia del *soft law* en las formas y el contenido de la regulación privada transnacional. El *soft law* es usualmente relacionado con la autorregulación en una sola categoría, unificados (la regulación privada transnacional y el *soft law*) bajo la supuesta falta de obligatoriedad de ambos. Ya he demostrado en trabajos anteriores que este no es un análisis adecuado ya que la regulación privada es "voluntaria pero obligatoria", y por ello no debería ser catalogada como *soft law*<sup>93</sup>.

Hasta ahora, en este escrito, el uso del *soft law* se ha asociado con la regulación privada, pero haciendo énfasis en su complementariedad. Esos regímenes se han diferenciado de aquellos, predominantes en el ámbito doméstico, que combinan el *hard law* y la regulación privada. Sin embargo, en ciertas condiciones el *soft law* puede constituir una alternativa, más que un complemento, de la regulación privada. Ya que esta preserva el poder de producción normativa en lo público mientras que suministra un alto nivel de flexibilidad y adaptabilidad.

### 1. La redefinición de la complementariedad institucional

La complementariedad institucional puede tomar diferentes formas: complementariedad horizontal, que se presenta cuando regímenes públicos y privados coexisten a nivel transnacional; complementariedad vertical, que se presenta cuando un régimen privado transnacional es complementado por la legislación pública a nivel nacional o viceversa. Las dos formas pueden dar lugar a diferentes formas de coordinación y, consecuentemente, a diferentes problemas para la gobernanza.

La aproximación desde la complementariedad institucional, desarrollada anteriormente, sugiere que a nivel transnacional la efectividad de la regulación privada depende de la credibilidad y legitimidad de las instituciones públicas, incluyendo

93 Véase CAFAGGI, ob. cit., 2006, n. 55.

la del sistema de justicia, tanto a nivel nacional como internacional. No obstante lo anterior, la regulación privada transnacional contribuye a la legitimidad de los regímenes públicos. La visión convencional que vincula la legitimidad a la esfera pública y la efectividad a la privada es profundamente insatisfactoria. Es la naturaleza de la complementariedad entre las diferentes esferas y la relación entre la legitimidad y la efectividad lo que varía en el nivel transnacional<sup>94</sup>.

En varias circunstancias la regulación privada transnacional se correlaciona con (i) la existencia y (ii) la naturaleza de los regímenes públicos. La complementariedad institucional entre las organizaciones públicas internacionales y la regulación privada transnacional se puede materializar en diferentes formas dependiendo de su función regulatoria<sup>95</sup>. En el campo de la creación normativa existe un amplio espectro, desde la delegación hasta la adopción, desde acuerdos regulatorios con obligaciones mutuas hasta las asociaciones público-privadas, incluyendo la integración organizacional con la creación de redes u otras formas de cooperación. Cada modo regulatorio posee diferentes problemas de legitimidad y efectividad, y de su correlación<sup>96</sup>.

La creación normativa privada a nivel transnacional puede complementar tratados internacionales o *soft law* o puede igualmente ser complementada por la imposición (pública) de la misma a través de las cortes locales. La complementariedad puede presentarse a través de diferentes formas de adopción o reconocimiento similar al que se presenta a nivel nacional, en donde los Estados reconocen los acuerdos de autorregulación entre profesionales o acuerdos colectivos entre comerciantes y organizaciones de consumidores. Usualmente, los regímenes privados de regulación son adoptados por organizaciones internacionales y se convierten en obligatorios, por lo menos en las jurisdicciones pertenecientes a esas organizaciones<sup>97</sup>. Por ejemplo, los estándares CSR pueden ser reconocidos por

94 Esa complementariedad es particularmente relevante cuando los regímenes en conflicto tratan de externalizar costos a los otros, ya que las instituciones estatales que típicamente gobiernan esos procesos no están presentes.

95 Se debe anotar que, a diferencia del proceso de producción normativa en las organizaciones internacionales, en el campo de la regulación privada transnacional aún estamos lejos de identificar reglas comunes a todos los regímenes. La función de llenar lagunas es primordialmente desempeñada por regulaciones privadas a nivel local. Teniendo en cuenta sus grandes diferencias, la construcción de un acuerdo de principios comunes es una tarea bastante compleja.

96 Este es el principal problema analizado por GAL. Véase KINGSBURY et al., ob. cit., n. 17, 19 ss.; B. KINGSBURY y R.B. STEWART, "Legitimacy and Accountability in Global Regulatory Governance: The Emerging Global Administrative Law and the Design and Operation of Administrative Tribunals of International Organizations", en [www.iilj.org/aboutus/documents/LegitimacyAccountabilityandGAL.UNAT\\_volumefinalAug82008.pdf](http://www.iilj.org/aboutus/documents/LegitimacyAccountabilityandGAL.UNAT_volumefinalAug82008.pdf)

97 Véase, por ejemplo, el reconocimiento explícito de los sistemas de ISO/IEC como estándares internacionalmente aceptados por el Acuerdo TBT. Véase, en el caso de los mercados financieros, J. BLACK y D. ROUCH, "The Development of the Global Markets as Rule-Makers: Engagement and Legitimacy" (2008) 2 *Law and Financial Markets Rev.* 218-233, 223.

la ILO, y los estándares privados elaborados por ISO pueden ser adoptados por la OMC al cumplir con los acuerdos SPS o TBT<sup>98</sup>.

El argumento de este artículo es que las esferas pública y privada se influyen mutuamente: la distribución entre el *hard law* y el *soft law* en el ámbito público afecta las funciones de la regulación privada transnacional, mientras que la escogencia de modelos regulatorios, que implican diferentes relaciones de regulación, refleja y afecta la naturaleza del régimen público internacional. Cuando el *hard law*, incluyendo los tratados internacionales, se implementa, la regulación privada actúa como un complemento para especificar reglas y las diseña para mercados específicos, y frecuentemente la delegación formal o informal se implementa. Cuando el *soft law* es escogido la regulación privada opera principalmente como un vehículo para endurecer el *soft law*, entregándole fuerza vinculante. En el primer caso se incrementa la efectividad, en el segundo caso le confiere mayor legitimidad. Obviamente existen regímenes de regulación privada transnacional que operan con independencia de cualquier régimen público y buscan legitimidad en diferentes niveles.

#### IV. LA DIVISIÓN PÚBLICO-PRIVADO A NIVEL TRANSNACIONAL: MODELOS E INSTITUCIONES

Esta sección entrega una respuesta preliminar a las siguientes preguntas: ¿los modelos de relaciones entre la regulación pública y la privada a nivel transnacional son similares o diferentes de aquellos que se encuentran a nivel nacional? ¿Los reguladores públicos y privados presentan o no similitudes en sus esquemas de gobernanza a nivel nacional y transnacional? ¿Cuáles son las características de la redistribución del poder normativo entre los actores públicos y privados? ¿Cuáles son los factores determinantes para que se presente la redistribución?

Debemos señalar que la distinción entre lo público y lo privado también se presenta a nivel transnacional, si bien con unas características bastante diferentes de aquellas que se presentan a nivel nacional. Los modelos de adjudicación de poder normativo entre lo público y lo privado a nivel estatal no puede ser trasladada al nivel transnacional<sup>99</sup>.

Las diferencias entre la esfera pública y la privada preocupa, en particular, al marco legal. Mientras que el derecho internacional público está compuesto, mayoritariamente, por unas normas y principios generales aplicables a todos los Estados y a las organizaciones internacionales, y de unas normas específicas solo

98 Véase RUGGIE, ob. cit., n. 77; J. RUGGIE, "Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development", A/HRC/8/5 (2008); J. STIGLITZ, "Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities" (2008) 23 *Am. University International Law Rev.* 451-558.

99 Véase CASSESE, ob. cit., n. 37, 670 ss.

aplicables a sus signatarios, la RPT carece de un marco legal común y se direcciona hacia sectores específicos influenciados por regímenes privados locales. Adicionalmente, las reglas de interpretación difieren en cada caso. Mientras que en el dominio público las normas son aquellas del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 31 y 32), y adicionalmente las normas establecidas en cada instrumento específico y las prácticas de las instituciones, en el caso de la RPT las reglas de interpretación son aquellas relacionadas con el instrumento elaborado para constituir un régimen (contratos, derecho de sociedades). Tales reglas dependen igualmente de cada sistema doméstico escogido para incorporar el instrumento.

El cambio del nivel nacional al transnacional produce importantes efectos relacionados con la re-adjudicación del poder normativo de lo público a lo privado. El poder privado se ha incrementado sustancialmente en los últimos años adjudicándose un gran porcentaje del poder regulatorio<sup>100</sup>. La aparente paradoja se genera cuando la transferencia de poder regulador de lo público a lo privado a nivel transnacional se presenta en el marco de la legalización de las relaciones internacionales, históricamente asociadas con el surgimiento de las esferas público y privadas<sup>101</sup>. Esta "aparente" paradoja explica las diferencias con otros modelos y el crecimiento de la esfera privada que a su vez coincide con la deslegalización<sup>102</sup>. Consideraciones estratégicas estimulan a los actores privados a escoger el nivel transnacional. Algunas industrias promueven esta evolución para responder a la integración del comercio y la competencia internacional y para mejorar su posición a través de la explotación de su influencia y efectividad a nivel transnacional, esperando, de esta forma, tener un impacto más importante en las políticas domésticas.

Existen cuatro formas como se transforman las relaciones entre lo público y lo privado: (i) hibridación; (ii) creación normativa por colaboración; (iii) coordinación; (iv) competencia<sup>103</sup>.

(i) La hibridación entre las herramientas del derecho público y aquellas del derecho privado se presenta en dos direcciones: los principios del derecho administrativo se aplican a organizaciones privadas que ejercen poder regulatorio a nivel transnacional<sup>104</sup>; las reglas y principios de los contratos y organizaciones privadas se aplican a las organizaciones internacionales y a las organizaciones públicas internacionales para regular la actividad de firmas y otras organizaciones.

100 Véase CUTLER et al., ob. cit., n. 19; J. BRAITHWAITE y P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, 2000; CUTLER, ob. cit., n. 7.

101 Véase J. GOLDSTEIN, M. KAHLER, R.O. KEOHANE y A.-M. SLAUGHTER, *Legalization and World Politics*, 2001.

102 Véase G. TEUBNER (ed.), *Global Law Without a State*, 1997.

103 Para analizar las diferentes perspectivas véase KINGSBURY, ob. cit., n. 30, y VON BOGDANDY et al., ob. cit., n. 11.

104 Véase KINGSBURY et al., ob. cit., n. 17.

(ii) La creación normativa por colaboración se presenta cuando los actores privados se involucran en procesos cuyas normas son creadas de manera conjunta<sup>105</sup>. Una variante se presenta cuando los actores privados elaboran reglas y los actores públicos subsiguientemente las aprueban o acogen<sup>106</sup>. Claramente, cuando lo último ocurre, los actores privados interiorizan los principios sobre los cuales el actor público acoge o adopta las reglas privadas<sup>107</sup>. La creación normativa por colaboración puede presentarse en las organizaciones con múltiples participantes que involucran tanto a actores públicos como privados, o bien mediante contratos regulatorios en la forma de acuerdos o memorandos de entendimiento.

(iii) La coordinación implica la independencia entre regímenes públicos y privados. A diferencia de la creación normativa por colaboración, aquí los dos regímenes son autónomos pero sus actividades de regulación son mutuamente influenciadas. La coordinación tiene diferentes propósitos. En algunos casos la coordinación busca mejorar la disuasión. Un ejemplo típico es el de un régimen público que define la diligencia debida en relación con el cumplimiento de estándares privados. En otras instancias, incrementa la efectividad mediante el uso de reglas de monitoreo transnacional. La coordinación favorece igualmente los trasplantes legales; promueve la transferencia de estrategias de regulación y supervisión de lo público a lo privado y viceversa, tal y como se presenta en el caso de la cadena de distribución adoptada por varios regímenes de seguridad públicos<sup>108</sup>. Usualmente los reguladores privados elaboran reglas que más tarde son adoptadas por el regulador público, ya sea mediante decisiones judiciales o actos administrativos.

(iv) La competencia entre los regímenes públicos y privados a nivel transnacional se presenta cuando los actores privados elevan los estándares definidos previamente por los actores públicos, disminuyendo de esta manera la legitimidad de la regulación pública y tomando el liderazgo sin estar sometidos a los requerimientos procedimentales del derecho internacional público. En algunos eventos, la competencia puede producir trasplantes legales cuando aquellos que van liderando la competencia son imitados por los nuevos actores. La competencia se presenta verticalmente entre reguladores transnacionales y Estados, y horizontalmente entre organizaciones internacionales y reguladores privados.

105 Usualmente se citan los códigos de buenas prácticas para establecer estándares sociales y ambientales como los establecidos por ISEAL y el UN Global Compact.

106 Esta situación se presenta a nivel de organizaciones con múltiples participantes: por ejemplo, el Código de Antidopaje adoptado por WADA.

107 Un fenómeno en crecimiento se presenta en la negociación entre grandes multinacionales y países en desarrollo. Sobre este fenómeno en el campo de los mercados financieros véase K. PISTOR, "Global Network Finance: Institutional Innovation in the Global Financial Market Place" (2009) 37 *J. of Comparative Economics* 552-567.

108 Véase F. CAFAGGI, "Legal transplants in TPR: New challenges for Comparative Law".

Los cuatro modelos sugieren que la complementariedad institucional puede tomar diferentes formas dependiendo de: la identidad de los participantes y, en particular, los actores privados que tienen un papel dominante; los instrumentos adoptados, contractuales u organizacionales; los objetivos del régimen regulatorio de incrementar la legitimidad y/o mejorar la efectividad. Los incentivos para las partes para adoptar uno u otro varían dependiendo del sector, el nivel de integración del mercado y su estructura. Mientras se ha resaltado que los cambios en la esfera pública han sido un factor importante en la determinación de cómo se ha desarrollado la regulación privada, las formas de complementariedad dependen del modelo adoptado por los reguladores privados.

En relación con los actores privados, las diferentes combinaciones de modelos de gobernanza entre los regulados y los beneficiarios pueden afectar la escogencia. La investigación empírica es necesaria en este punto para aclarar si los modelos generales se presentan para distinguir entre las formas de complementariedad seleccionadas por los reguladores liderados por organizaciones no gubernamentales y las formas de complementariedad escogidas por los reguladores privados liderados por la industria. Relacionar los cuatro modelos de RPT descritos anteriormente en este trabajo con los cuatro modelos de complementariedad suministra nuevos datos sobre la forma como el espacio de regulación transnacional es definido.

## CONCLUSIONES

En este artículo hemos analizado los diferentes modelos de RPT: (i) desde los regímenes de autorregulación pura, caracterizados por la coincidencia entre los reguladores y los regulados, hasta las organizaciones no gubernamentales, entidades públicas que agrupan tanto a los regulados como a los beneficiarios en su estructura de gobernanza; (ii) desde las formas integradas de cooperación entre lo público y lo privado a través de contratos regulatorios hasta las formas de delegación formal o informal, cuando la reglamentación se traslada a los reguladores privados por parte de organizaciones internacionales, organizaciones intergubernamentales internacionales o directamente por el derecho internacional; (iii) la regulación privada, adoptada por entidades públicas a través de un reconocimiento judicial y/o administrativo; (iv) las directivas y principios que regulan a los actores privados bajo la amenaza de la introducción de normas imperativas. Dos características conceptuales identifican la aproximación que se ha adoptado en el presente escrito: la conexión entre la gobernanza del regulador privado y la actividad de regulación, y el cambio de estructura de organizaciones particulares a regímenes.

La conexión entre la gobernanza y la actividad de regulación se construye alrededor de la relación de regulación. Como se ha evidenciado claramente al momento de explorar las diferentes bases de la organización privada, ejercer funciones de regulación puede ser definido legalmente por la membresía. No



obstante, usualmente los beneficiarios se encuentran fuera de los límites legales de la organización, aunque dentro del régimen. La incorporación de los beneficiarios en la relación de regulación contribuye al cambio de la autorregulación a la regulación privada, mientras se modifica la naturaleza de la regulación como un bien colectivo desde la visión de un club semi-público<sup>109</sup>. De una parte la regulación privada reduce los niveles de exclusión, usualmente en los clubes de alimentos. De otra parte, ello limita los niveles de efectos negativos externos, dentro del proceso regulatorio, el producto y los intereses de los beneficiarios finales.

El cambio de organizaciones a regímenes permite la captura de las dinámicas en regulación privada desde las perspectivas inter-organizacional e intra-organizacional. La noción de régimen en este contexto no se basa primordialmente en quiénes son sus miembros sino en cuáles son los efectos de la regulación. En el marco normativo adoptado la organización es una definición basada en los actores mientras que el régimen es una definición basada en los efectos. Los regímenes como unidades de análisis permiten lograr una definición funcional de la regulación, la cual se adapta de mejor manera con el análisis del alcance de la RPT. Estas unidades definen las reglas comunes para regular las actividades de las entidades reguladas, usualmente en representación de terceras partes, es decir, los beneficiarios finales del proceso de regulación.

El ámbito regulatorio global está cambiando rápidamente; los nuevos participantes han obtenido poder e influencia, en buena medida a expensas de los actores convencionales, ocupando nuevos espacios y como tal creando nuevos retos para los conceptos convencionales de democracia, representatividad y soberanía. El crecimiento de la RPT refleja la redistribución del poder regulatorio desde lo doméstico hasta los niveles transnacionales y desde las entidades públicas a las privadas. Esa redistribución no es, sin embargo, uniforme o direccionada en una misma forma. En algunas circunstancias, inclusive el modelo opuesto es visto pasando de lo privado a lo público, con un incremento en el papel de la regulación pública internacional, especialmente en la supervisión de los regímenes privados, y con un papel más fuerte de las instituciones regionales y los acuerdos comerciales (EU, NAFTA, Mercosur).

La esfera privada a nivel transnacional incorpora diferentes componentes, usualmente soportando posiciones conflictivas en lo que al modelo de regulación y su supervisión se refiere. Los cambios en la esfera privada han ocurrido a través del tiempo tanto en la adjudicación de poder entre los miembros de la industria y las ONG como en la misma industria, donde los MNC, ubicados en economías en vía de desarrollo, tienen preferencias diferentes de aquellas de las pequeñas y medianas empresas en los países en vía de desarrollo. En ese contexto, la adjudicación de poder de mercado se traduce en la redistribución de poder de regulación entre

109 CAFAGGI, ob. cit., n. 55.

los actores del mercado. Como consecuencia de lo anterior, la participación en el mercado regulatorio se convierte en parte de la soberanía global.

El conocimiento convencional exige que la regulación privada le otorgue al regulador una flexibilidad exorbitante, en términos del diseño de la regulación y de las sanciones, mientras que el derecho público es más rígido pero provee mayor certeza y estabilidad. De hecho, la RPT autoriza un espectro mucho más amplio de sanciones, especialmente cuando se considera la combinación de medidas legales y no legales. Este panorama, convincente de por sí, ha sido confrontado por el mayor uso del *soft law* que también suministra gran flexibilidad, en oposición a los regímenes de *hard law* basados en tratados. La relación entre las esferas públicas y privadas ha cambiado profundamente, dando lugar a nuevas combinaciones aún no exploradas.

Existen diferencias significantes entre los niveles local y transnacional. Esas diferencias son causadas en buena medida por la transformación de la esfera pública. El uso del *soft law* como un instrumento de los regímenes internacionales modifica la función de los instrumentos privados para regular el comportamiento de las firmas a nivel internacional. Usualmente contratos y responsabilidad son utilizados para endurecer el *soft law* a nivel local y para crear normas obligatorias que de otra manera no se podrían aplicar. Desde esta perspectiva, los instrumentos de derecho privado le trasladan legitimidad y solidez al *soft law* internacional, reversando la visión convencional según la cual la regulación privada es más efectiva pero carece de menor legitimidad que aquella que posee la regulación pública. Desde una perspectiva institucional amplia, la conclusión general de que los regímenes regulatorios eficaces surgen cuando existen instituciones públicas sólidas también aplica a la regulación transnacional.

El *soft law* puede operar ya sea como alternativa o como complemento de la regulación privada. A nivel transnacional puede incrementar la competencia entre la regulación pública y la privada y reducir la cooperación cuando es utilizada como alternativa a la regulación privada. Cuando es usada como complemento requiere del derecho privado para lograr que sus principios sean obligatorios a nivel local.

Pero también ello puede también afectar la escogencia de la estrategia de la regulación privada, por ejemplo, entre el comando y control y la regulación sensible. De hecho, la creciente expansión del *soft law* a nivel transnacional puede reducir el número de acuerdos "formales" de co-regulación fundamentados en uso combinado de regulación pública y privada, así como en el posterior reconocimiento de estándares diseñados privadamente por organizaciones internacionales. El derecho privado, especialmente a nivel nacional, puede convertirse en un instrumento para reforzar el *soft law* internacional.

A diferencia de la visión convencional que observa a las regulaciones pública y privada como alternativas y sugiere que la regulación pública debería ser escogida cuando la regulación privada fracasa, y viceversa, he argumentado que es necesaria la existencia de organizaciones públicas sólidas para que la regulación privada

pueda operar de manera eficiente y creíble. Esta es la aproximación institucional complementaria. Una regulación privada efectiva y legítima requiere, tanto a nivel internacional como nacional, un grupo de instituciones sólidas que operen con un marco constitucional igualmente sólido.

Debe reconocerse, sin embargo, que la regulación privada opera en la práctica como un sustituto de la regulación pública. Esto ocurre porque la regulación es lenta, más costosa y menos efectiva. Cuando a la regulación privada la precede la regulación pública, usualmente sigue y luego internaliza las reglas privadas, e inclusive las prácticas, por la vía del reconocimiento. Así, descriptivamente, la regulación privada es un complemento y a su vez suplemento; normativamente, debería operar primordialmente como complemento.

La complementariedad opera no solo en una de las etapas del proceso regulatorio (esto es, la creación del estándar) sino también en todas las fases del proceso. Las recientes asociaciones público-privadas, mediante las cuales se establece la cooperación en la creación normativa, han sido complementadas por una arquitectura mucho más compleja, en la cual la creación de normas es adelantada principalmente por un único actor (p. ej., en el caso público, las Naciones Unidas) monitoreado por actores privados a nivel transnacional (conjuntamente, firmas y organizaciones no gubernamentales), siendo luego impuestas a nivel nacional por las cortes. Estos regímenes presuponen la existencia de una complementariedad horizontal y vertical.

La complementariedad horizontal se presenta cuando a nivel transnacional los regímenes públicos y privados interactúan (en el caso de los regímenes de la seguridad en los alimentos y de los estándares ambientales). Esta complementariedad se refleja en el uso de diferentes instrumentos de regulación. Sin embargo, la RPT carece de un marco legal común, similar al suministrado por el derecho internacional, y desarrolla diferentes herramientas para coordinar y solucionar los conflictos<sup>110</sup>. La RPT tampoco cuenta con un cuerpo común de principios para llenar los vacíos para cada régimen. El derecho privado local está diseñado primordialmente para cumplir con dicha función. Sin embargo, teniendo en cuenta las diferencias en el derecho privado de las diferentes naciones, este método de llenar los vacíos genera fragmentación e inconsistencias en un mismo régimen.

La complementariedad vertical se presenta cuando existe un régimen multinivel híbrido: una actividad (creación de normas) opera a nivel transnacional y las otras a nivel nacional (p. ej., supervisión e imposición o ambas). Algunas veces el régimen privado es transnacional y es implementado por legislación pública a nivel estatal (p. ej., los estándares contables)<sup>111</sup>; otras veces el régimen público es definido por el *hard law* o el *soft law* a nivel internacional e implementado de ma-

110 Véase CAFAGGI, ob. cit., n. 55.

111 La publicidad nos suministra una buena ilustración de la complementariedad multinivel entre la regulación privada transnacional y la regulación estatal o regional.

nera primordial por regulación privada a nivel nacional. Los regímenes multinivel implican la coordinación entre los niveles transnacional y nacional, pero también entre los diferentes niveles nacionales. Por ejemplo, en el caso de la supervisión descentralizada, un régimen multinivel necesita la coordinación entre las cortes nacionales, imponiendo el mismo régimen con el propósito de evitar altos grados de diferenciación. Los incentivos para la coordinación judicial pueden ser impulsados por provisiones legales que incorporan el deber de cooperación existente a nivel de las instituciones públicas. Claramente, el poder judicial para imponer tal deber está limitado en los sistemas multinivel público-privados.

En la esfera privada la transnacionalización produce significativos traslados del poder normativo de los países en vía de desarrollo a los países desarrollados. Esas transformaciones se presentan en un contexto en el que el derecho sufre las limitaciones relacionadas con su alcance y sus instrumentos, dando lugar, de una parte, al *soft law* y, de otra, a la regulación privada transnacional. Los actores privados de Occidente, incluyendo firmas y organizaciones no gubernamentales, han obtenido mayor poder normativo.

Los regímenes regulatorios discutidos en este artículo son explorados por sectores específicos y presentan usualmente conflictos de interés a nivel global. Estos incluyen conflictos entre la industria y las organizaciones no gubernamentales y los sindicatos, entre grandes corporaciones multinacionales y pequeños distribuidores que requieren coordinación y normas. Usualmente las cortes locales han suministrado técnicas para definir los límites y la jurisdicción sobre las entidades reguladas y para asegurar el cumplimiento de los principios democráticos. Aun así esos regímenes cuyos efectos de la regulación van más allá de la esfera del regulador, incorporando efectos sobre los regulados y beneficiarios que no adoptaron el régimen voluntariamente, generan serios retos en lo que a la responsabilidad de refiere. Esto supone igualmente retos para la soberanía de los Estados al momento de regular temas que tradicionalmente han estado sujetos a la regulación local. Su naturaleza privada limita el alcance de la revisión judicial por las cortes locales y autoriza la evasión de los mecanismos de intervención que se han estructurado a nivel local. Esos retos requieren de respuestas normativas que igualmente provocan cambios en la gobernanza de los reguladores privados y del proceso regulatorio para ratificar la representatividad y posibilidad de salida del régimen por parte de los beneficiarios de la regulación.