

## ALTERNATIVAS DE AUTORIDAD EN LA ERA DE LA GOBERNANZA REGULATORIA\*

### ALTERNATIVES TO AUTHORITY IN THE AGE OF REGULATORY GOVERNANCE

Alicia I. Saavedra Bazaga  
Profesora ayudante doctora  
Universidad de Huelva

**RESUMEN:** Los procesos regulatorios se han transformado profundamente en las últimas décadas tras la globalización, propiciando la emergencia de nuevas formas de gobernanza caracterizadas por redes horizontales y la creciente participación de actores no estatales en la producción normativa. Este artículo analiza el impacto de estas transformaciones sobre el Derecho administrativo, describiendo una autoridad regulatoria fragmentada y a menudo desplazada más allá del Estado. Se examinan diferentes formas no convencionales de autoridad (híbrida transnacional, líquida o relativa), evaluando cómo estas categorías permiten comprender la legitimidad de los actores no estatales que ejercen

---

\* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada para su debate en el Seminario de Teoría y Método del Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha, celebrado en Toledo el 30 de mayo de 2025. Expreso mi más sincero agradecimiento a sus organizadores por confiarme este tema, en especial a Susana de la Sierra Morón. Igualmente agradezco, por orden de intervención, en el foro virtual, a Juli Ponce Solé y Francisco Velasco Caballero, así como, en los intercambios informales de esa jornada, a Mercé Darnaculleta Gardella y José María Rodríguez de Santiago, por sus amables comentarios y oportunas observaciones. En el transcurso del seminario, mi gratitud responde a las aportaciones de Ignacio Aymerich Ojea, Héctor Iglesias Sevillano y Pablo Meix Cerceda, sin olvidar felicitar a Joseba Fernández Gaztea, quien desempeñó con gran acierto el papel de *discussant*, a Leonor Moral Soriano por su brillante ponencia y a la moderadora Alba Soriano Aranz por su impecable labor facilitadora del diálogo. Por su lectura de este trabajo con anterioridad al evento, a Rosario Leñero Bohórquez y Javier Barnés Vázquez. No puedo dejar de agradecer, como siempre, el inestimable apoyo de Francisco M. Mora Sifuentes. A lo largo de este trabajo he tratado de incorporar algunas de las observaciones referidas. Cualquier error u omisión que persista en el mismo es de la exclusiva responsabilidad de la autora. Extiendo igualmente mi agradecimiento a los evaluadores anónimos de la revista por sus valiosas sugerencias. La versión final quedó concluida el 27 de noviembre de 2025, fecha en la que se verificaron por última vez las páginas web mencionadas en el texto.

funciones regulatorias con efectos en la esfera pública. Asimismo, se estudia la creciente interdependencia entre gobernanza regulatoria y Derecho administrativo: mientras los regímenes regulatorios privados se benefician de la seguridad y garantías propias del Derecho público, este último amplía su alcance y adapta sus principios para responder a escenarios regulatorios transnacionales, multinivel y multi-actor. Principios que lejos de perder relevancia, resultan esenciales para dotar de legitimidad a esas nuevas formas de regulación. Se sostiene que la crisis de los enfoques estatocéntricos exige una aproximación funcional al Derecho administrativo, capaz de integrar los nuevos espacios regulatorios. Se propone avanzar hacia un modelo en el que los mecanismos de control público incidan *ex ante* sobre los procesos regulatorios privados, sin sacrificar su autonomía funcional, garantizando así la protección de los intereses públicos en un entorno descentralizado.

**PALABRAS CLAVE:** derecho administrativo; regulación; gobernanza regulatoria; autoridad; espacio regulatorio global; legitimidad.

**ABSTRACT:** Regulatory processes have undergone profound transformations in recent decades due to globalisation, leading to the emergence of new forms of governance characterised by horizontal networks, overlapping normative frameworks, and the growing involvement of non-state actors in norm production. This article examines the implications of these transformations for administrative law, depicting a fragmented regulatory authority often displaced beyond the state and distributed across hybrid, multilevel, and transnational arenas. It explores unconventional forms of authority —hybrid authority, liquid authority, and relative authority — and evaluates how these categories contribute to explaining the legitimacy of non-state actors exercising regulatory functions with significant public effects.

Furthermore, the article analyses the increasing interdependence between regulatory governance and administrative law: while private regulatory regimes benefit from the safeguards, predictability, and procedural guarantees derived from public law, administrative law itself expands its scope and adapts its principles to respond to complex transnational regulatory settings involving multiple actors and overlapping jurisdictions.

It argues that the crisis of state-centric approaches requires reconceptualising administrative law in functional terms, enabling it to integrate new regulatory spaces and actors without eroding its foundational principles. Finally, the article proposes a model in which public oversight mechanisms should intervene *ex ante* in private regulatory processes without undermining their functional autonomy, thereby ensuring transparency, accountability, and the protection of public interests in a decentralised regulatory environment.

**KEYWORDS:** administrative law, regulatory governance, legitimate authority, global regulatory space, legitimacy.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. REGULACIÓN NO ESTATAL *DE FACTO* EN LOS LÍMITES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.— 3. AUTORIDAD, LEGITIMIDAD Y PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REGULACIÓN *DE FACTO*: 3.1. Autoridad pública: una aproximación convencional; 3.2. Elementos públicos en la regulación no estatal; 3.3. Formas no convencionales de autoridad para la regulación más allá del Estado: 3.3.1. Autoridad pública internacional; 3.3.2. Autoridad híbrida transnacional; 3.3.3. Autoridad líquida. 3.3.4. Autoridad relativa. 3.4. La autoridad ¿legítima? de los sujetos regulatorios no estatales y el papel de los principios del Derecho administrativo en la era de la gobernanza regulatoria.— 4. REFLEXIONES FINALES.— 5. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

La globalización ha fomentado nuevas formas de gobernanza caracterizadas por redes horizontales y por una participación creciente de sujetos no estatales en los procesos de elaboración normativa en distintos niveles. En respuesta a estas transformaciones, ha surgido un nuevo campo que busca comprender la evolución de la relación entre la regulación y la gobernanza en un contexto global: la gobernanza regulatoria. La gobernanza y la regulación, integradas en ese campo, pretenden dar respuesta, de manera adaptativa, a las demandas de sujetos y procesos regulatorios globales no predeterminados, de un modo que ni la gobernanza ni la regulación podrían alcanzar por sí solas dada la transformación del espacio regulatorio actual.

En este marco, el objeto de la regulación no es estático. Las normas y políticas surgen de interacciones entre diversos actores (gobiernos, partes interesadas, organismos reguladores) que configuran el contenido normativo mediante negociaciones, alianzas y conflictos. La gobernanza regulatoria opera como “una ideología que rechaza el espacio desregulado y como un espacio bien regulado que, sin embargo, carece de regulación”<sup>1</sup>. Sobre la base de la necesidad de regular, la política regulatoria resulta imprescindible para “superar los dos grandes males: los fallos del mercado y los fallos regulatorios”<sup>2</sup>. Los sistemas nacionales siguen siendo fundamentales, dado que los daños generados por la actividad económica promovida globalmente (como los vinculados al comercio, la inversión o la actividad empresarial) no son abordados de forma suficiente por los regímenes regulatorios globales<sup>3</sup>. Para algunos, ello implica un retorno al Derecho administrativo interno<sup>4</sup> como mecanismo para reforzar la capacidad de respuesta y la rendición de cuentas en escenarios regulatorios globales<sup>5</sup>. Los principios propios del Derecho administrativo (como la participación, la transparencia y el control) podrían contribuir a paliar los déficits de legitimidad característicos de los regímenes regulatorios descentralizados que involucran a sujetos no estatales. En la medida en que la toma de decisiones globales se aleja cada vez más de las autoridades nacionales, la relevancia de estos principios se ve incrementada.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Larry C. BACKER, “Theorizing Regulatory Governance Within Its Ecology: The Structure of Management in an Age of Globalization”, *Contemporary Politics*, vol. 24, núm. 5, 2018, pp. 607-630 (p. 623).

<sup>2</sup> BACKER, *ibid.*

<sup>3</sup> Richard B. STEWART, “Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation and Responsiveness”, *American Journal of International Law*, vol. 108, núm. 2, abril de 2014, pp. 211-270.

<sup>4</sup> O como prefieren expresarlo otros autores, acudir al Derecho doméstico como fuente, a través de sus principios generales. Gracias por esta sugerencia a la persona revisora anónima.

<sup>5</sup> Richard B. STEWART, “State Regulatory Capacity and Administrative Law and Governance under Globalization”, *IIJ Working Paper 2016/1 MegaReg Series*, (p. 11).

<sup>6</sup> Esta visión es compartida por Cassese, quien destaca el valor de los mecanismos participativos en el incipiente orden jurídico global. Sabino CASSESE, *The Global Polity. Global dimensions of Democracy and the Rule of Law*. Global Law Press, Sevilla, 2012 (p. 168). Sobre el nuevo papel del Derecho

Se observa aquí una relación de refuerzo mutuo: el Derecho administrativo nacional se beneficia del dinamismo de los regímenes regulatorios globales no estatales, los cuales superan las rigideces burocráticas y ofrecen aplicabilidad transfronteriza. A su vez, estos regímenes se benefician de las garantías del Derecho público, que aportan protecciones esenciales para los destinatarios del Derecho, especialmente cuando el poder regulador se ejerce fuera de la esfera gubernamental nacional tradicional. No obstante, esta integración plantea nuevas cuestiones, en particular en lo relativo al ejercicio de autoridad pública por parte de actores no estatales.

En este trabajo, se pretende realizar un análisis de las formas de autoridad bajo las cuales podrían encuadrarse los sujetos no estatales en sus actividades regulatorias de cara a su debatida legitimidad. Se parte para ello de una contextualización de la regulación no estatal, para continuar con una aproximación a los conceptos de autoridad, poder y legitimidad, tradicionalmente considerados. A continuación se explican las distintas alternativas a la autoridad tradicional para los fenómenos regulatorios más allá del Estado. Se finaliza sugiriendo la utilidad que los principios de Derecho administrativo podrían tener en el plano de la legitimidad de las actividades regulatorias de esos sujetos. Se persigue así poner de manifiesto la relevancia de otras disciplinas y ramas, entre ellas la filosofía del Derecho, para la construcción del Derecho público. La legitimidad de la autoridad como objeto clásico de la filosofía política o la filosofía del Derecho conecta directamente con los intereses científicos del Derecho administrativo.

## 2. REGULACIÓN NO ESTATAL *DE FACTO* EN LOS LÍMITES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La noción de que la gobernanza contemporánea está definida por el «Estado regulador», como sostuvo Majone<sup>7</sup>, aunque sigue teniendo peso, también se ha cuestionado. Hay quien sugiere que la proliferación de la regulación no estatal supera a la de los esfuerzos estatales y, por tanto, se habla de un «capitalismo regulador» en lugar de un Estado regulador<sup>8</sup>. Además, se observa un cambio hacia la gobernanza en red, caracterizada por ser más «corporativa» que «estatal»<sup>9</sup>. Según estos autores, esta corporativización de la gobernanza<sup>10</sup> moldea la vida cotidiana de los ciudadanos

---

Administrativo tras la globalización, véase: Sabino CASSESE, “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, julio de 2012, pp. 603-613.

<sup>7</sup> Giandomenico MAJONE, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, *West European Politics*, vol. 17, núm. 3, 1994, pp. 77-101.

<sup>8</sup> David LEVI-FAUR, “The Global Diffusion of Regulatory Capitalism”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598, marzo 2005, pp. 12-32.

<sup>9</sup> John BRAITHWAITE, “The Regulatory State?”, en R.A.W. RHODES, Sarah A. BINDER y Bert A. ROCKMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 408-427 (p. 408).

<sup>10</sup> El término gobernanza podríamos acotarlo, como contrapuesto al modelo clásico de regulación, caracterizándose por una organización institucional horizontal en red, en que los sujetos o actores cooperan en múltiples niveles de gobierno, de manera descentralizada con participación de agentes tanto

más profundamente que las instituciones públicas. Es más, se ha sugerido que la corporativización no es sólo un producto de la actividad reguladora, sino también una fuerza impulsora de su expansión<sup>11</sup>. Según Braithwaite y Drahos, el espacio regulador mundial está cada vez más dominado por los intereses empresariales, y los Estados se ven relegados al papel de “legislados” [*rule-takers*] en lugar de “legisladores” [*rule-makers*]. Como observan, no tienen voz sobre las normas que aplican, es un discurso de dominación:

“[...] incluso en el plano de las normas, la medida en que los Estados se han convertido en ‘rule-takers’ en lugar de ‘rule-makers’ es mayor de lo que la mayoría de los ciudadanos piensa, en gran medida porque cuando los gobiernos anuncian nuevas leyes reguladoras les da cierta vergüenza revelar que el poder legislativo nacional votó a favor de esas leyes sin tener voz ni voto en su elaboración”<sup>12</sup>.

Concluyen, por tanto, que “las instituciones contemporáneas de regulación empresarial mundial están erosionando la soberanía nacional y parlamentaria”.<sup>13</sup>

En sintonía con lo expuesto, la concepción tradicional de la regulación en la teoría jurídica europea que incorpora la noción de control jerárquico ejercido por una autoridad superior, caracterizada por cumplir una “función directiva”<sup>14</sup>, ha sido desplazada parcialmente, en determinados ámbitos de políticas públicas, por estrategias regulatorias alternativas, como la autorregulación<sup>15</sup>. Los sectores de alta complejidad técnica son particularmente adecuados para este tipo de enfoque. Esta preferencia

---

públicos como privados, con normas emanadas de forma descentralizada y con pluralidad de centros de producción normativa.

<sup>11</sup> BRAITHWAITE, *ibid.*

<sup>12</sup> John BRAITHWAITE y Peter DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000 (p. 3).

<sup>13</sup> BRAITHWAITE and DRAHOS, *ibid.*: 628.

<sup>14</sup> Anthony I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart, Oxford, 2004, p. 2. En la doctrina española, sobre los orígenes de la noción de regulación y su expansión global, en particular, la caracterización del *Regulatory Law* anglosajón y el papel de la globalización como motor de difusión de los enfoques de regulación económica, puede verse Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, “Manual de Derecho administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2024, pp. 625-649.

<sup>15</sup> Si bien las definiciones de autorregulación son diversas, Baldwin *et al.* proponen una concepción interdisciplinaria que identifica dos elementos fundamentales: experiencia técnica [*expertise*] y eficacia [*effectiveness*]. Robert BALDWIN *et al.*, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2012 (p. 139). En español, véase Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005. Y, más reciente y en el marco de la globalización, de la misma autora, “Autorregulación normativa y Derecho en la globalización” en Mercè DARNACULLETA GARDELLA, José ESTEVE PARDO e Indra SPIECKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015. Para una visión más reciente sobre estas estrategias reguladoras alternativas desde un punto de vista crítico tras la Gran Recesión Económica y la pandemia de Covid-19, cuestionando las presunciones en favor de las privatizaciones, la autorregulación y la eficiencia del sector privado, y apelando al control judicial de la Administración Pública, véase: Juli PONCE SOLÉ, “El fracaso de la administración garante. Mitos, falacias y lecciones de la pandemia para las administraciones públicas, el derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, 2021 (p.2).

por la autorregulación responde a una lógica implícita que compara los regímenes regulatorios públicos con esquemas privados siendo estos últimos percibidos como más eficientes<sup>16</sup>.

A pesar de su atractivo, la autorregulación plantea importantes desafíos en clave de Derecho público. Una crítica fundamental se refiere a la separación de poderes: los órganos autorregulatorios no solo ejercen funciones normativas, sino también interpretativas, adjudicatorias y de ejecución, incluida la imposición de sanciones<sup>17</sup>. En esta línea, Baldwin *et al.* llaman la atención sobre las preocupaciones de Derecho público que suscita la autorregulación, especialmente en relación con su capacidad para alcanzar los fines legítimos de la regulación (por ejemplo, en el caso de asociaciones profesionales privadas que dictan sus propias normas). Dado que tales asociaciones carecen de legitimidad democrática, resulta difícil justificar la adopción de decisiones regulatorias que afecten a terceros. Estas objeciones sobre la legitimidad son frecuentes en contextos donde actores privados ejercen funciones reguladoras<sup>18</sup>.

Otras preocupaciones de Derecho público (como la rendición de cuentas y la justicia procedimental [*procedural fairness*] de las asociaciones autorreguladas) han sido abordadas por la profesora Black. Basándose en la teoría de sistemas, con herramientas como la autopoiesis y el Derecho reflexivo, ha explorado la posibilidad de “constitucionalizar” los regímenes autorregulatorios. Su modelo de “autonomía constitucionalizada” sugiere que los principios del control jurisdiccional podrían extenderse a estos organismos autorregulados<sup>19</sup>. Desde la perspectiva de la teoría regulatoria, su propuesta se enmarca dentro de un enfoque institucionalista, centrado en las dimensiones procedimentales de la regulación. Entender la regulación como un proceso (más que como un conjunto aislado de actuaciones públicas o privadas)

---

<sup>16</sup> Sin embargo, ciertas concepciones alternativas de la autorregulación superan dicha dicotomía público-privada. Julia Black, por ejemplo, propone una definición más inclusiva y dinámica. Conceptualiza la autorregulación como un proceso colaborativo: “La ‘autorregulación’ describe la situación en la que un grupo de personas u organismos, actuando de forma conjunta, desempeña una función reguladora respecto de sí mismos y de otros que aceptan su autoridad” Julia BLACK, “Constitutionalising Self-Regulation”, *The Modern Law Review*, vol. 59, núm. 1, enero 1996 (p. 27). Es importante señalar que esta concepción se distingue de otros modelos como la autorregulación “consensual” de Ogus o la “autorregulación impuesta” de Ayres y Braithwaite, así como de los enfoques corporativistas o neocorporativistas, ya que cada uno plantea problemáticas distintas desde la perspectiva del Derecho público.

<sup>17</sup> Anthony I. OGUS, “Rethinking Self-Regulation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1995, pp. 97-108 (p. 99).

<sup>18</sup> Sobre estudios que analizan estos déficits de legitimidad véase: Susanne SCHALLER, “The Democratic Legitimacy of Private Governance. An Analysis of the Ethical Trading Initiative”, Duisburgo: Institute for Development and Peace, Universidad de Duisburgo-Essen, INEF Report, 91/2007.

En la misma línea, Mendes y Venzke han estudiado los activos de legitimidad [*legitimacy assets*] de los sujetos no públicos en el contexto del Derecho europeo e internacional. Véase la sección de este trabajo sobre autoridad relativa. Véase Joana MENDES e Ingo VENZKE, “Introducing the Idea of Relative Authority”, en *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Joana MENDES e Ingo VENZKE (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2018, pp.1-26.

<sup>19</sup> BLACK, 1996. Las bases son: un enfoque del Derecho que sea flexible, estratégico y contextual, un concepto no unitario de lo público y una comprensión compleja de la naturaleza de las asociaciones autorreguladoras.

podría constituir un primer paso para abordar los desafíos de legitimidad en espacios regulatorios multifactoriales y multinivel.

Muchas de estas propuestas teóricas pueden leerse como una respuesta a los abusos que la industria ha cometido con respecto del privilegio de la autorregulación<sup>20</sup>. Entre las estrategias regulatorias que han surgido para corregir los problemas derivados de aquella, tenemos los modelos metarregulatorios (autorregulación supervisada)<sup>21</sup>, o marcos más ambiciosos como la “regulación inteligente” [*smart regulation*], un concepto introducido por Gunningham *et al.* en 1998<sup>22</sup>. Esta estrategia defiende “una forma de pluralismo regulatorio que adopta mecanismos flexibles, imaginativos e innovadores de control social”<sup>23</sup>. Fue concebida como respuesta a la insuficiencia tanto del modelo de *command-and-control*<sup>24</sup> como de los mecanismos de mercado frente a retos medioambientales complejos.

Las opciones de mercado también se promovieron e implementaron, como alternativas al modelo de *command-and-control*, principalmente por economistas, que argumentaban a favor de su mayor eficiencia<sup>25</sup>. El papel de las instituciones públicas sigue siendo importante, aun cuando la autorregulación sin intervención estatal ha sido posible desde hace tiempo<sup>26</sup>. Es el caso del Derecho comercial transnacional de origen privado, esto es, la *Lex Mercatoria*, que surgió antes de que el Estado consolidara el monopolio de la autoridad legítima en su territorio, y se desarrolló en redes tempranas de comercio a larga distancia<sup>27</sup>. Hoy en día, sin embargo, en el ámbito

---

<sup>20</sup> OCDE, “Industry Self-Regulation: Role and Use in Supporting Consumer Interests”, *OECD Digital Economy Papers*, núm. 247, OECD Publishing, París, 01-03-2015.

<sup>21</sup> Peter DRAHOS (ed.), *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, ANU Press, Acton, Australia, 2017, (p. 13).

<sup>22</sup> Neil GUNNINGHAM, Peter GRABOSKY con Darren SINCLAIR, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Clarendon, Oxford, 1998. Más elaborado en trabajos posteriores: Neil GUNNINGHAM, Darren SINCLAIR, “Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy”, *Law & Social Inquiry*, vol. 24, núm. 4, 1999, pp. 853-896.

<sup>23</sup> Neil GUNNINGHAM y Darren SINCLAIR, “Smart Regulation”, en *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, Peter DRAHOS (ed.), ANU Press, Acton, Australia, 2017 (p. 133).

<sup>24</sup> Nótese, como bien señala la persona revisora anónima, para quien busque un correlativo en el ámbito hispánico de este concepto anglosajón, éste sería la potestad de ordenación y limitación. Uso el concepto original porque el contexto de la explicación de este artículo va más allá del Estado, del contexto español.

<sup>25</sup> Sin embargo, otros autores advierten que el simple hecho de tratarse de enfoques basados en el mercado no garantiza ni la eficiencia ni la eficacia, dado que los poderes públicos siguen desempeñando un papel relevante, incluso cuando ello conlleva decisiones regulatorias inadecuadas o lo que se ha denominado “fallos del Estado”, Cento VELJANOVSKI, “Economic Approaches to Regulation”, en Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 18-35 (p. 31).

<sup>26</sup> Incluso en contextos carentes de autoridad estatal: Hans J. KLEINSTEUBER, “The Internet Between Regulation and Governance”, en Christian MÖLLER y Arnaud AMOUROUX (eds.), *The Media Freedom Internet Cookbook*, OSCE, Viena, 2004 (p. 64).

<sup>27</sup> Hugh COLLINS, “Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of Ius Cogens”, en Stefan GRUNDMANN, Florian MÖSLEIN y Karl RIESENHUBER (eds.), *Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (p. 385).

regulatorio global, el margen de actuación de las instituciones públicas para preservar el interés general se ha visto reducido. La regulación ha adquirido hoy una dimensión global que trasciende el aparato centralizado del Estado-nación: los marcos regulatorios no estatales se han multiplicado en espacios transnacionales, dando lugar a redes difusas de regulación privada no circunscritas a una única jurisdicción<sup>28</sup>. Este fenómeno contrasta con las formas tradicionales de cooperación internacional, tales como los tratados y acuerdos entre Estados soberanos, que representaban el modelo clásico de coordinación jurídica transfronteriza<sup>29</sup>.

Históricamente, el Estado ha desempeñado un papel central en los regímenes regulatorios globales. Un rol que ha sido cuestionado por la internacionalización de la actividad económica y el ascenso de estructuras regulatorias no estatales. Más allá de la presencia o ausencia del Estado en la esfera reguladora global, existen argumentos doctrinales tanto a favor como en contra de su participación. Julia Black, entre otros, ha sostenido que una dependencia continuada del Estado limita el abanico de respuestas regulatorias posibles, por lo que aboga por una concepción “descentralizada” de la regulación. Considerar la regulación desde esta perspectiva, afirma Black, es también fundamental para “cuestionarnos nuestra comprensión acerca de dónde residen las fuentes de legitimidad, autoridad o poder en la sociedad”<sup>30</sup>. Si bien esta visión descentralizada puede contribuir a identificar las verdaderas fuentes de influencia regulatoria en un mundo globalizado también plantea interrogantes importantes. Otros autores advierten del riesgo de que dicha descentralización dé lugar a una fragmentación que afecte a la propia noción de estatalidad.

Una de las principales preocupaciones en este sentido es la dificultad para atribuir responsabilidad por los efectos de decisiones regulatorias adoptadas en esferas globales pero con impacto nacional. A medida que la autoridad se dispersa entre múltiples actores y niveles institucionales, se complica la identificación de los responsables de los resultados regulatorios que afectan materialmente al interés público. Esta dispersión de la responsabilidad plantea un desafío significativo a la legitimidad de la gobernanza regulatoria global. Además, se produce una competencia regulatoria. Los sistemas jurídicos nacionales se transforman en productos regulatorios que compiten dentro de un entorno regulador transnacional más amplio. Desde esta perspectiva, el cálculo político convencional (basado en la oferta y demanda de apoyo electoral) se amplía para incluir presiones de tipo mercantil. Si los sujetos regulados consideran que las normas nacionales son excesivamente gravosas, pueden “retirarse de la relación”, es decir, “salir” de la jurisdicción mediante la deslocalización o reestructuración de sus operaciones más allá de las fronteras<sup>31</sup>. Para evitar tales salidas y retener

---

<sup>28</sup> Mathias KOENIG-ARCHIBUGI, “Global Regulation”, en Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2010 (p. 409).

<sup>29</sup> BALDWIN *et al.*, 2010: 425.

<sup>30</sup> Julia BLACK, “Critical Reflections on Regulation”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 27, 2002, pp. 1-36 (p. 5).

<sup>31</sup> Véase Albert O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1970.

a los sujetos regulados, los legisladores nacionales tienden a adaptar sus normas, participando así en lo que comúnmente se denomina “selección regulatoria estratégica” [*regulatory shopping*].

Un ejemplo lo encontramos antes de la crisis financiera de 2008, cuando a las entidades financieras se les permitió seleccionar sus propios reguladores, lo que llevó a muchas de ellas a optar por supervisores más permisivos: “muchas firmas cambiaron de regulador a voluntad, en busca de las normas más laxas y los reguladores más indulgentes”<sup>32</sup>.

Además, los reguladores no estatales (otro ejemplo serían los organismos de normalización o estandarización) también participan en esta competencia, no solo entre ellos, sino a veces incluso con los propios gobiernos. Como observa Scott:

“los reguladores privados a veces compiten con los gobiernos, por ejemplo, en la fijación de normas medioambientales, y en ocasiones también los someten a escrutinio más directo, por ejemplo, mediante el establecimiento y monitoreo del cumplimiento de estándares en materia de derechos humanos”<sup>33</sup>.

Cuando tales estándares globales se aplican en el ámbito nacional, son las instituciones domésticas las encargadas de interpretarlos y hacerlos operativos.

En consecuencia, los acuerdos regulatorios descentralizados generan dos dinámicas paralelas: por un lado, la producción normativa nacional se ve condicionada por las preferencias de los sujetos regulados, tratando así de evitar su salida de la jurisdicción; por otro, los estándares globales no estatales son interpretados e implementados internamente, con las autoridades nacionales actuando como ejecutoras y, en ocasiones, siendo ellas mismas objeto de supervisión. Ambos escenarios plantean desafíos similares, especialmente en lo que atañe a la legitimidad y la autoridad. Tales desafíos se sitúan en la intersección entre la regulación y la gobernanza.

### 3. AUTORIDAD, LEGITIMIDAD Y PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REGULACIÓN *DE FACTO*

#### 3.1. Autoridad pública: una aproximación convencional

Si buscamos en otros ámbitos de conocimiento, desde una perspectiva sociológica clásica, el término *Herrschaft* de Max Weber (traducido habitualmente como “autoridad”) no guarda relación directa con el *dominium* latino, aunque en el siglo XVII fue traducido al inglés como “dominion” y como “authority”. En un intercambio de correspondencia con Robert Michels, Weber reconoció la ambigüedad del término,

---

<sup>32</sup> “Regulator Shopping”, *The New York Times*, 21 de mayo de 2009, vol. 158, núm., 54682, A34. Editorial.

<sup>33</sup> Colin SCOTT, “Independent Regulators”, en Mark BOVENS, Robert E. GOODIN y Thomas SCHILLEMANS (eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 2014 (p. 475).

pero insistió en que este implicaba un gobierno de tipo personal, antes que una organización impersonal. En este sentido, *Herrschaft* hace referencia al poder (personal): la capacidad de imponer la voluntad propia sobre otros en una relación o estructura social. De acuerdo con ello, para Weber el objetivo de toda autoridad se expresa a través del concepto de poder<sup>34</sup>.

El poder puede adoptar distintas formas, por ejemplo, un poder despótico es una forma diferente a un poder infraestructural. Desde una perspectiva foucaultiana, Kjaer distingue entre “poder”, “autoridad” y “autoridad política”, asociando el poder público con el poder político y el poder privado con el no político. El poder político, sostiene, se basa en una pretensión de autoridad y se distingue por su carácter público [*publicness*]<sup>35</sup>. Para Kjaer, el Derecho constituye el medio a través del cual se configuran tanto el poder político como las pretensiones de autoridad:

“y es a través de su estructuración jurídica como el poder se condensa y generaliza, y como las pretensiones de autoridad se justifican. El Derecho establece la distinción entre poder político y no político y, en ese sentido, es el Derecho el que constituye lo político como un ámbito específico de la sociedad, y no lo político lo que constituye el Derecho. El estudio de lo político es, por tanto, el estudio del Derecho”<sup>36</sup>.

Desde esta perspectiva, los actores privados pueden ostentar poder, pero no autoridad pública, dado que su poder es de naturaleza no política y no está inserto en un marco jurídico que le confiera legitimidad en la esfera pública. Esto plantea una cuestión: ¿podría la mera obediencia a las normas o el cumplimiento dar lugar a una autoridad pública legítima? El poder político (o autoridad pública, o derecho a gobernar) exige legitimación a través del Derecho. En este punto, ha entrado en

<sup>34</sup> El término *Herrschaft* en la obra de Weber ha sido traducido al inglés principalmente como “authority”. Sin embargo, en la más reciente traducción al inglés de *Economy and Society*, “Herrschaft” se traduce no como “authority”, sino como “rule” o “rulership”. Véase la traducción de Keith Tribe: Max WEBER, *Economy and Society: a new translation*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2019 (p. 472).

<sup>35</sup> Jeremy Waldron ha señalado que la definición del Estado de Max Weber resulta deficiente respecto de la aspiración a la “publicness”, carácter público o cualidad pública. Véase: Jeremy WALDRON, “Can There Be a Democratic Jurisprudence?”, *New York University School of Law, Public Law Research Paper*, núm. 08-35, 2008. El elemento de *publicness* también ha sido utilizado con fines de gobernanza global, por ejemplo, por Goldmann, quien recurre a la teoría del discurso para criticar la gobernanza global desde esta perspectiva: véase Matthias GOLDMANN, “Public and Private Authority in a Global Setting: The Example of Sovereign Debt Restructuring”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 25, núm. 1, 2018, pp. 331-364. Artículo 14.

También en relación con el Derecho Internacional, véase: Armin von BOGDANDY, Philipp DANN y Matthias GOLDMANN, “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, *German Law Journal*, vol. 9, núm. 11, 2008, pp. 1375-1400.

El importante papel del elemento del carácter público [*publicness*] también lo ha destacado, a nivel supranacional, Armin von Bogdandy, quien se refiere al “elemento de ‘publicness’ como la característica que distingue al Derecho público europeo del Derecho privado”, en ‘The Idea of European Public Law Today’, *The Administrative State. The Max Planck Handbooks in European Public Law*. Vol. I.

<sup>36</sup> Poul F. KJAER, “From the Private to the Public to the Private? Historicizing the Evolution of Public and Private Authority”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 25, núm. 13, 2018 (pp. 3-4).

juego un tercer concepto: la legitimidad. La legitimidad, entendida como “la aceptación popular de un gobierno, régimen político o sistema de gobernanza”, puede abordarse tanto desde una perspectiva normativa como desde un enfoque positivo o empírico. En sentido normativo, se refiere a la cuestión filosófica de si un orden político merece reconocimiento, esto es, trata asuntos como las fuentes adecuadas de legitimidad o la validez del reconocimiento de un régimen político determinado. En sentido empírico, se centra en el grado de aceptación que un sistema de gobernanza obtiene por parte de sus destinatarios, la legitimidad “se basa en enfoques empíricos que intentan medir el grado de aceptación popular de los regímenes existentes o probar explicaciones causales de niveles bajos o altos de legitimidad”<sup>37</sup>. Ambas dimensiones son relevantes al evaluar la legitimidad de la producción normativa privada. Por un lado, es preciso analizar hasta qué punto los regímenes regulatorios privados son aceptados en la práctica (dimensión empírica). Por otro lado, debe examinarse si los actores privados deben ser reconocidos como normativamente legítimos para ejercer funciones regulatorias, especialmente cuando ejercen autoridad que afecta a los destinatarios del Derecho público (dimensión normativa), esto es, qué fuentes de legitimidad resultan adecuadas para considerar legítimo un sistema de gobernanza en el que actores privados ejercen autoridad.

Es frecuente que la autoridad se equipare al “derecho a gobernar”<sup>38</sup>. Esto da lugar a una serie de preguntas fundamentales: ¿cómo se confiere hoy tal derecho a un sujeto? ¿Es necesario que los reguladores (especialmente los privados o híbridos) cuenten con autorización legal para que su autoridad se considere legítima? Mientras que las autoridades públicas derivan su legitimidad de mandatos legales, los reguladores privados suelen carecer de tal autorización formal. Como señala Kjaer, los instrumentos jurídicos ayudan a condensar y delimitar la autoridad como poder institucionalizado: “no existe forma de autoridad fuera de su forma jurídica”, porque “el Derecho se convierte en constitutivo de la autoridad”<sup>39</sup>. Esta lógica suscita dudas sobre la legitimidad de reguladores *de facto* cuyo poder no se fundamenta en una autorización jurídica. ¿Pueden considerarse legítimas las normas que se observan y aplican en la práctica si no han sido validadas formalmente por el Derecho? Más aún: ¿puede la pericia técnica [*expertise*] justificar una excepción al principio del Estado de Derecho [*rule of law*]?

La idea de que el Derecho constituye un elemento esencial del ejercicio de la autoridad se ejemplifica en la sentencia *Meroni* del Tribunal de Justicia de la Unión

<sup>37</sup> <https://www.britannica.com/topic/legitimacy>

<sup>38</sup> T. CHRISTIANO, “Authority”, entrada en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Publicado por primera vez el viernes 2 de julio de 2004; revisión sustantiva el miércoles 11 de enero de 2012.

<sup>39</sup> KJAER, 2018: 3-4. Sobre un enfoque de la autoridad desde la filosofía del Derecho que aborda la paradoja de la autoridad (es decir, si las autoridades legítimas tienen derecho a imponer obligaciones incluso cuando están equivocadas, y el poder de obligar en tales casos), véase: Scott J. SHAPIRO, “Authority”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, en Jules COLEMAN y Scott SHAPIRO (eds.), editor asociado Kenneth Einar HIMMA, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 383-439 (p. 383), versión en línea.

Europea<sup>40</sup>. Esta decisión aclara que la delegación de poderes regulatorios dentro de la Unión está sujeta a límites jurídicos. Aunque las entidades privadas desempeñan un papel relevante en la ejecución del Derecho de la UE (a menudo en paralelo con las instituciones públicas tradicionales), sus funciones regulatorias deben ejercerse dentro del marco establecido por los Tratados.

En el asunto *Meroni*, el Tribunal abordó la delegación de funciones públicas (en particular, poderes normativos) a organismos privados creados al amparo del Derecho privado. El caso se refería a la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que había delegado poderes regulatorios en entidades externas no establecidas por el Tratado. El Tribunal sostuvo que dicha delegación era inadmisibles cuando implicaba la transferencia de poderes discrecionales. En palabras de la sentencia:

“No puede excluirse la posibilidad de confiar a *entidades creadas con arreglo al Derecho privado*, dotadas de personalidad jurídica propia y con facultades propias, *la tarea de poner en práctica* determinadas ‘disposiciones financieras comunes a varias empresas’ mencionadas en el apartado (a) del artículo 53” [énfasis añadido]<sup>41</sup>.

Sin embargo, el Tribunal introdujo una distinción esencial:

“Delegar un poder discrecional, confiándolo a *organismos distintos de aquellos que el Tratado ha establecido* [énfasis añadido] para ejercer y controlar ese poder dentro de los límites de sus competencias respectivas, haría ineficaz tal garantía”<sup>42</sup>.

En otras palabras, si bien la delegación de poderes ejecutivos claramente definidos puede ser admisible (siempre que estén sujetos a control jurídico estricto), no lo es la delegación de poderes discrecionales que impliquen un amplio margen de apreciación. El Tribunal concluyó que los poderes en cuestión habían sido delegados de forma indebida a entidades de Derecho privado completamente ajenas a la estructura institucional de la Comunidad. Conforme al Tratado, la delegación formal de poderes solo es aceptable cuando estos son de naturaleza puramente ejecutiva y su ejercicio puede ser fiscalizado conforme a criterios específicos establecidos por la autoridad delegante.

Esta sentencia subraya el principio conforme al cual la autoridad debe ser conferida por un órgano jurídicamente habilitado para delegarla. El Derecho no solo es el medio a través del cual se ejerce la autoridad, sino también su condición de posibilidad: constituye el fundamento jurídico del derecho a gobernar [*right to rule*].

En un mundo anteriormente dominado por una autoridad pública cimentada en el Derecho público, la creciente influencia de reguladores no estatales<sup>43</sup> que ejercen

<sup>40</sup> Asunto 9/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, S.p.A. contra Alta Autoridad de la CECA* [1957-58] ECR.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>43</sup> Habría que matizar, como sugiere la persona revisora anónima que en muchos casos, estos centros regulatorios globales adoptan decisiones que no son vinculantes, aun cuando permeen al ordenamiento interno y aun cuando no ejercen autoridad. Por ejemplo, Basilea. Véase: Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, “El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa

formas no convencionales de autoridad representa una transformación significativa. Este fenómeno se analiza en la sección siguiente.

### 3.2. Elementos públicos en la regulación no estatal

Aunque la distinción clásica entre autoridad pública y privada conserva su relevancia conceptual, la doctrina recientemente ha introducido enfoques más matizados. Kjaer, adoptando una perspectiva funcional e histórica, sostiene que “la función y el significado tanto de la autoridad pública como de la privada se han transformado fundamentalmente”<sup>44</sup>. Con el tiempo, ambas formas de autoridad (pública y privada) se han expandido y evolucionado, modificando así su papel y su significado dentro de la sociedad. Hoy en día, la frontera entre las esferas pública y privada es cada vez más difusa. No obstante, el elemento de lo público, o el carácter público [*publicness*] sigue desempeñando un papel central en la legitimación del ejercicio de la autoridad pública. Si, como se argumentó en el apartado anterior, el Derecho es lo que constituye la autoridad pública legítima, entonces el carácter público [*publicness*] se convierte en un criterio clave para identificar lo que califica como Derecho desde el inicio.

Aquí podríamos adentrarnos en debates más profundos, cuyo análisis pormenorizado sería demasiado ambicioso para este breve trabajo. Me refiero a la definición misma de Derecho, que sigue siendo intensamente disputada. Ha dado y sigue dando para ríos de tinta. Teóricos como H.L.A. Hart<sup>45</sup> o Robert Alexy<sup>46</sup> han debatido extensamente sobre la distinción entre lo que es y lo que no es Derecho, sin que se haya alcanzado un consenso. Me referiré a un aspecto concreto que considero podría ser relevante para este trabajo: el carácter público o cualidad pública [*publicness*] del Derecho. Algunos autores, como Jeremy Waldron, sostienen que la *publicness* es un elemento aspiracional del Derecho, intrínsecamente vinculado a la promoción del bien común. Más concretamente, Waldron afirma: “En lugar de decir que nada es Derecho si no promueve el bien común, podríamos decir que nada es Derecho a menos que *pretenda* promover el bien común, es decir, a menos que se presente como orientado en esa dirección”<sup>47</sup> [cursivas mías]. Según esta tesis, una norma califica como Derecho no porque alcance efectivamente el bien común, sino porque pretende orientarse hacia él. Es decir, el Derecho se presenta como dirigido al interés

---

bancaria. Implicaciones para el derecho público”, en María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ (coord.), *Regulación bancaria: transformaciones y estado de derecho*, 2014, pp. 184-251.

<sup>44</sup> KJAER, 2018: 1.

<sup>45</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, con epílogo editado por Penelope A. BULLOCH y Joseph RAZ, e introducción y notas de Leslie GREEN, Clarendon law Series, Oxford, 2012, 3ª ed., (1.ª ed., Londres, Oxford University Press, 1961).

<sup>46</sup> Robert ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, septiembre de 2008, pp. 281-299.

<sup>47</sup> Jeremy WALDRON, “Can There Be a Democratic Jurisprudence?”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, núm 08-35, 2008. Traducido al castellano por mí en Francisco M. Mora Sifuentes (ed.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, 2.ª ed., Fontamara, México, 2017, pp. 237-284.

público. Desde esta perspectiva, las normas elaboradas por sujetos privados que benefician incidentalmente al interés general (sin proponérselo) no calificarían como Derecho en sentido normativo. Cuando la producción normativa privada se orienta principalmente a la defensa de intereses particulares, cualquier beneficio público es meramente accesorio y no resultado de un compromiso deliberado con el bien común. Así, para que una norma pueda considerarse Derecho, debe estar dirigida al interés público desde su origen, y no simplemente tolerada mientras sirva a objetivos privados.

Esto plantea la posibilidad de reforzar la legitimidad de la regulación privada mediante la integración de principios de Derecho público desde su diseño. La incorporación de *principios propios del Derecho administrativo* (como la transparencia, la participación y la rendición de cuentas) podría servir para introducir una orientación pública en regímenes regulatorios de carácter privado. De este modo, se contribuiría a garantizar que las normas privadas no solo permitan un beneficio público, sino que lo promuevan activamente. Si el Derecho es un elemento legitimador precisamente porque contiene una dimensión inherente de carácter público [*publicness*], ¿podría entonces la introducción de dicho elemento añadir legitimidad a la regulación privada? En este sentido, los principios de Derecho público podrían operar como elementos legitimadores dentro de sistemas regulatorios privados; su incorporación contribuiría a cerrar la brecha de legitimidad. Tales modelos híbridos resultan especialmente relevantes en el espacio regulatorio global, donde actores no estatales ejercen autoridad en ausencia de fuentes legales tradicionales o de mandatos claramente definidos.

Han surgido nuevos enfoques teóricos para dar cuenta de la transformación de la autoridad en un contexto postnacional. Estos buscan armonizar, en cuanto al aspecto de la legitimidad, formas no tradicionales de producción normativa con los marcos normativos tradicionales. El diálogo con tales teorías puede contribuir a esclarecer cómo las nuevas configuraciones regulatorias pueden coexistir con los principios jurídicos consolidados sobre quién puede ejercer autoridad y en qué condiciones.

### 3.3. Formas no convencionales de autoridad en el espacio regulatorio global

#### 3.3.1. Autoridad pública internacional

Tradicionalmente, el Derecho internacional público ha regulado el ejercicio de la autoridad pública a nivel internacional, siendo los Estados los titulares principales de dicha autoridad. Sin embargo, la internacionalización de la regulación ha conducido a la proliferación de regímenes regulatorios diversos. Este pluralismo genera desafíos complejos, como el de la selección estratégica de regímenes jurídicos beneficiosos [*regime shopping*] y disputas sobre qué normas resultan aplicables, en qué contextos y bajo la autoridad de quién<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> BALDWIN *et al.*, 2010: 373.

Junto a los sujetos estatales tradicionales, instituciones informales y estructuras en red (como los organismos financieros transnacionales) ejercen hoy funciones de elaboración de normas, difusión de información o resolución de controversias. Estas funciones suelen tener efectos significativos sobre los sistemas jurídicos nacionales<sup>49</sup>, lo que exige una redefinición del concepto de autoridad y reabre los debates sobre su legitimidad.

Este fenómeno ha dado lugar al concepto de *gobernanza sin gobierno*, en particular en las críticas a formas opacas y carentes de control democrático de autoridad internacional privada, que hay quien considera una amenaza para las instituciones democráticas<sup>50</sup>. Como sostienen Bogdandy *et al.*, ciertos actos realizados por instituciones regulatorias informales pueden entenderse como actos de poder, esto es, como ejercicios de *autoridad pública internacional*. Sin embargo, para sostener esta idea, es necesario adoptar un concepto más amplio de autoridad (uno que vaya más allá de las nociones tradicionales fundadas en el poder coactivo porque si no, dichas instituciones no podrían considerarse como titulares de autoridad en el sentido clásico del Derecho público). Bajo una concepción ampliada, más allá del ejercicio tradicional de la autoridad pública internacional, dicha autoridad también puede residir en instituciones internacionales informales, en la medida en que sus actos “afecten la libertad de otros en la persecución de intereses comunes”<sup>51</sup>. Con base en esta definición, tales actos requieren una legitimidad adicional a la mera aquiescencia estatal al acuerdo fundacional de la institución. Identificar estos ejercicios de autoridad, desde una perspectiva más funcional que subjetiva, por tanto, permite abrir la posibilidad de someterlos a marcos jurídicos más eficaces en nombre de la legitimidad.

En este marco ampliado, la autoridad se entiende como “la capacidad jurídica para determinar a otros y reducir su libertad, es decir, para configurar unilateralmente su situación jurídica o fáctica”<sup>52</sup>. Cuando la autoridad se concibe de este modo, la autoridad pública internacional resulta posible y adopta múltiples formas que se desarrollan en paralelo a la lógica tradicional de *command-and-control*. Estas formas pueden afectar la libertad en el sentido ya desarrollado. Por ejemplo, algunas instituciones ejercen lo que se ha denominado “autoridad semántica” (una forma de autoridad construida discursivamente y reforzada por el contexto social)<sup>53</sup>. La información desempeña un papel central en estos modelos. Los reguladores informales ejercen su autoridad no mediante normas coactivas, sino a través de la producción y circulación estratégica de información. No obstante, como reconocen Bogdandy *et al.*, “es difícil determinar qué actos informativos tienen la suficiente influencia como para consti-

---

<sup>49</sup> Armin von BOGDANDY, Matthias GOLDMANN e Ingo VENZKE, “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 1, febrero de 2017, pp. 115-145 (p. 116).

<sup>50</sup> A. Claire CUTLER, Virginia HAUFLE y Tony PORTER (eds.), *Private Authority and International Affairs*, State University of New York Press, Albany, 1999. En prefacio.

<sup>51</sup> BOGDANDY, GOLDMANN y VENZKE, 2017: 117.

<sup>52</sup> BOGDANDY, DANN y GOLDMANN, 2008: 1381-1382.

<sup>53</sup> BOGDANDY, GOLDMANN y VENZKE, 2017: 143.

tuir ejercicios de autoridad y, por tanto, deban ser analizados desde el paradigma del Derecho público”<sup>54</sup>.

En definitiva, incluso cuando las instituciones internacionales informales actúan bajo marcos que buscan otorgarles legitimidad, su impacto constante sobre los individuos de a pie exige un examen más riguroso de sus fundamentos normativos. La desconfianza jurídica persiste, a pesar de los esfuerzos del Derecho internacional público por proporcionar legitimidad estructural. Otros modelos teóricos, que a continuación se explican, también han sido desarrollados para conceptualizar la autoridad no estatal en contextos globales y para abordar los problemas de legitimidad que tales modelos implican.

### 3.3.2. *Autoridad híbrida transnacional*

Más allá del marco del Derecho internacional público, diversas disciplinas como la ciencia política, las relaciones internacionales y la economía política internacional han analizado la distribución cada vez más ambigua del poder regulador<sup>55</sup>. Uno de los conceptos surgidos de esta literatura es el de *autoridad híbrida transnacional*:

“El poder de las normas técnicas se asemeja a una forma de autoridad híbrida transnacional, en la que la ambigüedad debe entenderse como una característica estructural. Dicha ambigüedad define no solo el estatuto de los actores públicos y privados implicados en la estandarización y la regulación, sino también el ámbito material de los asuntos regulados y el espacio en el que dicha autoridad es reconocida a través del cumplimiento de las normas”<sup>56</sup>.

Al igual que otras formas no tradicionales de regulación, la autoridad híbrida transnacional plantea importantes cuestiones de legitimidad. La ambigüedad del término *hibridación* se extiende también a las fuentes de su legitimidad. Con frecuencia, los reguladores híbridos se benefician de esta incertidumbre puesto que, como señala Graz, esta situación difumina las fronteras entre el capitalismo transnacional y la soberanía territorial. Algunos de estos reguladores invocan la noción de autoridad híbrida transnacional para protegerse frente a mecanismos de control público, es decir, para “ejercer autoridad al margen del control soberano”<sup>57</sup>. Sin embargo, la *rendición de cuentas*, principio general con efectos jurídicos, sigue siendo una posible fuente de legitimidad. Para que esta rendición de cuentas resulte significativa, es preciso identificar claramente el papel que desempeña cada actor, tanto en los procesos regulatorios como en los mecanismos de control. La dificultad radica en que estos actores suelen estar integrados en redes complejas de relaciones formales e informales, lo que complica la delimitación de responsabilidades y actuaciones. En

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>55</sup> Para un análisis desde el Derecho Público, véase: Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, “Los sujetos del Derecho Público global”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ, Isaac MARTÍN DELGADO y Pablo MEIX CERECEDA (dirs.), *Derecho público global: fundamentos, actores y procesos*, 2020, pp. 115-157.

<sup>56</sup> Jean-Christophe GRAZ, *The Power of Standards: Hybrid Authority and the Globalisation of Services*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019 (p. 1).

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 496.

respuesta a esta complejidad, algunos autores han propuesto la idea de una *rendición de cuentas mediante la participación* (una forma de rendición de cuentas de carácter procedimental):

“La rendición de cuentas tiene lugar, cada vez más, a través de la participación en estructuras en red, en las que pocos actores—ya sean nacionales o supranacionales, públicos o privados—ejercen verdadera autonomía, debiendo justificar constantemente sus actuaciones ante los demás miembros de la red”<sup>58</sup>.

Este enfoque parte de la idea de que los sujetos no operan con plena autonomía, sino que deben justificar sus decisiones ante otros sujetos dentro del entramado regulatorio. La cuestión sigue siendo si la rendición de cuentas puramente procedimental basta por sí sola para legitimar las actividades regulatorias de organismos independientes que tienen un impacto significativo en los ordenamientos jurídicos internos.

### 3.3.3. *Autoridad líquida*

Nico Krisch ofrece una alternativa a las concepciones estatales de la autoridad mediante su teoría de la *autoridad líquida*. Este modelo refleja un mayor dinamismo, impulsado por la informalidad y la multiplicidad institucional<sup>59</sup>: al considerar formas líquidas de autoridad, resulta posible una concepción más amplia de la misma. Krisch sostiene que las formas tradicionales o “sólidas” de autoridad (basadas en el mandato y en la jerarquía institucional) ocultan cuestiones cruciales de legitimidad, rendición de cuentas y legalidad en el plano global<sup>60</sup>.

Para abordar estos problemas, derivados en gran medida del carácter particular de la gobernanza global, Krisch propone un *modelo de deferencia* de la autoridad. Este enfoque de inspiración sociológica “pretende captar formas de autoridad en una amplia variedad de contextos, públicos y privados, más allá de las instituciones gubernamentales formales del Estado moderno”<sup>61</sup>. En este modelo, la autoridad no se determina por actos jurídicos de reconocimiento, sino que emerge de prácticas sociales de reconocimiento. La autoridad se construye, por tanto, sobre la *deferencia*, no sobre el mandato, permitiendo que entren en juego formas de autoridad más “suaves”. La autoridad se concibe así en grados, como una realidad ajustable, y sus fuentes de reconocimiento exceden el empoderamiento legal formal. Por ejemplo, la autoridad de los organismos de certificación en los mercados globales no deriva de una autorización formal, sino del reconocimiento generalizado de sus sellos por parte de consumidores, productores y distribuidores.

Krisch sugiere que esta concepción ampliada permite nuevas formas de analizar cómo se construye y ejerce la autoridad, y cómo podrían redefinirse los criterios de

<sup>58</sup> *Ibid.*, en p. 484.

<sup>59</sup> Nico KRISCH, “Liquid authority in global governance”, *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 237-260 (p. 237).

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 241.

legitimidad y rendición de cuentas en el ámbito global<sup>62</sup>. Esta visión tiene afinidades con enfoques sociológicos y con teorías sistémicas basadas en la “autopoiesis” (reflexividad) y el “acoplamiento estructural”, similares a los mecanismos de adaptación en sistemas biológicos<sup>63</sup>. Desde esta óptica, la autoridad no se confiere por una fuente legal externa, sino que se *autogenera* dentro del propio sistema. Sin embargo, esta autoridad es también volátil, ya que la reflexividad de ciertos sistemas puede proyectarse hacia el entorno y ejercer influencia sobre otros sistemas. Si se entiende correctamente, la autoridad no sería “establecida” por una autoridad jurídica o por el Derecho, sino “autocreada” en el seno de cada sistema.

Michael Zürn amplía esta idea de autoridad líquida al introducir el concepto de *autoridad reflexiva*<sup>64</sup>. A pesar de su carácter fluido y descentralizado, la autoridad reflexiva puede adoptar también características “sólidas”, como la coerción. Según Zürn: “las agencias de calificación también ejercen presión sobre los Estados para que adopten políticas que les aseguren una buena calificación; de lo contrario, el acceso al crédito se vuelve imposible o, al menos, más costoso. Es en esta forma indirecta que la autoridad reflexiva puede adquirir un carácter coercitivo”<sup>65</sup>. De este modo, la autoridad líquida y reflexiva se torna coercitiva no a través de mandatos legales, sino mediante influencias estructurales.

Tanto Krisch como Zürn caracterizan la autoridad líquida como una forma no tradicional y descentralizada de poder regulador. Sin embargo, Zürn muestra que dicha autoridad puede exhibir rasgos propios de la autoridad sólida, como la coerción. Esta coerción no se deriva de un mandato legal, sino del efecto acumulado de las interacciones entre actores sociales y económicos. En otras palabras, incluso cuando interactúan con autoridades tradicionales otras formas de autoridad (como la autoridad epistémica<sup>66</sup>) ¿deberían poder llegar a coaccionar a autoridades democráticamente legitimadas? A mi juicio, debería establecerse algún tipo de control cuando esa reflexividad termina coaccionando el interés público mediante la presión sobre instituciones públicas creadas normativamente para protegerlo.

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>63</sup> La teoría de sistemas disuelve el problema de la agencia en redes complejas de funciones, posiciones y roles comunicativos. Al hacerlo, abandona por completo la presuposición del sujeto unitario. Esta idea puede encontrarse en la teoría de sistemas sociales autopoieticos de Luhmann. Para otros enfoques desde el Derecho y la teoría social, véase: Bruno LATOUR, *The Making of Law*, Malden, MA: Polity Press, Cambridge, UK, 2010.

<sup>64</sup> Michael ZÜRN, “From Constitutional Rule to Loosely Coupled Spheres of Liquid Authority: a Reflexive Approach”, *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 261–285.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>66</sup> Una autoridad epistémica es reconocida como experta e imparcial al mismo tiempo, sobre la base del prestigio general de una institución. Las agencias de calificación crediticia son un ejemplo de este tipo de autoridad epistémica. Estas pueden convertirse en “autoridades epistémicas políticamente asignadas”, es decir, cuando una autoridad epistémica es investida de autoridad pública por instituciones políticas, adquiriendo mayor visibilidad en la gobernanza global. Más sobre este tipo de autoridad, véase Michael Zürn, en p. 271.

Incluso si se admitiera que fuentes de legitimidad distintas a las democráticas pueden justificar ciertas formas de autoridad reflexiva, dichas fuentes son tan fluidas como la autoridad líquida misma. Como advierte Julia Black, ello puede minar su capacidad funcional<sup>67</sup>. ¿Debe permitirse que una autoridad de carácter tan volátil prevalezca sobre formas tradicionales de autoridad que garantizan la protección del interés público? La cuestión es que la aplicación de una construcción sociológica de la autoridad en el plano global (que da lugar a formas líquidas) puede generar más problemas de los que pretende resolver. El Derecho administrativo, adaptado a los espacios regulatorios globales contemporáneos, podría arrojar mayor claridad sobre la legitimación de reguladores privados mediante la incorporación de principios propios del Derecho administrativo, en lugar de recurrir a nuevas formas de autoridad que requerirían mecanismos alternativos de legitimación, generando mayores problemas de legitimidad, control y seguridad jurídica.

#### 3.3.4. *Autoridad relativa*

Dado que persisten disputas sobre el ejercicio de la autoridad pública y las correspondientes cuestiones de legitimidad (que no se resuelven con un retorno al Estado, ni mediante la apelación a tribunales o administraciones internacionales —o al menos, no del todo—) el concepto de *autoridad relativa* ofrece un marco alternativo para analizar estos problemas en la gobernanza regulatoria.

Según Roughan, la autoridad relativa puede entenderse de dos formas. En un primer sentido, natural, se considera relativa cuando un actor posee más o menos autoridad que otro. En un segundo sentido, *relativo* equivale a dependiente o interconectado, es decir, “algo que existe o posee una determinada característica solo en comparación con otra cosa; no es absoluto ni independiente”. Esta segunda acepción es la que prioriza la autora, quien define la autoridad relativa como una forma de poder normativo compartido o ejercido de manera independiente, y propone una “teoría justificativa relativizada, en la que las autoridades pueden ser legítimas de manera interdependiente y no exclusivamente independiente”<sup>68</sup>. Para ella, esta interdependencia afecta directamente a la evaluación de la legitimidad. Sostiene, por ejemplo, que la autoridad del Derecho internacional debe entenderse en relación con otros órdenes jurídicos e institucionales, y que solo mediante el establecimiento de relaciones apropiadas entre ellos pueden justificarse sus pretensiones normativas.

Una perspectiva complementaria es la propuesta por Mendes y Venzke, quienes abordan la autoridad relativa mediante el análisis de los *activos de legitimidad* [*le-*

---

<sup>67</sup> Julia BLACK, “‘Says Who?’ Liquid Authority and Interpretive Control in Transnational Regulatory Regimes”, *International Theory*, vol.9, núm. 2, 2017, pp.271-300 (p. 286).

<sup>68</sup> Nicole ROUGHAN, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2013 (p. 137).

*gitimacy assets*] que pueden ser movilizados por distintos actores institucionales<sup>69</sup>. Estos activos corresponden a los recursos argumentativos que una institución puede invocar en apoyo de su autoridad.<sup>70</sup> Los autores sostienen que dichos recursos se relacionan específicamente con el grado de inclusión del actor, su especialización funcional y su capacidad para proteger derechos<sup>71</sup>. Su marco conceptual articula dos ideas fundamentales: en primer lugar, que la autoridad debe entenderse siempre en relación con otros actores institucionales; y, en segundo lugar, que debe evaluarse con base en los activos de legitimidad de cada actor.

En consecuencia, Mendes y Venzke afirman que el ejercicio de la autoridad pública debe justificarse tanto en relación con otros actores como en función de los recursos específicos que respaldan su legitimidad. Su objetivo es evitar la fragmentación y la dispersión de la autoridad, que podrían agravar los problemas de legitimidad. Abogan por una *gobernanza articulada*, en lugar de una gobernanza difusa, donde la autoridad esté claramente asignada y justificada en cada caso<sup>72</sup>.

Si bien reconocen el valor normativo de los enfoques clásicos basados en la separación de poderes, Mendes y Venzke no adoptan esa perspectiva. Tampoco, como Roughan, buscan establecer “condiciones umbral” para la legitimidad última, es decir, “las condiciones bajo las cuales una autoridad puede exigir obediencia de manera justificada”<sup>73</sup>. En su lugar, la noción de autoridad relativa que proponen constituye un marco analítico que complementa, y no sustituye, las aproximaciones normativas existentes. Su finalidad es arrojar luz sobre problemas más profundos de legitimidad, especialmente en contextos donde actores *de facto*<sup>74</sup> ejercen autoridad junto a autoridades formales y deben evaluarse en relación unos con otros.

### 3.4. La autoridad ¿legítima? de los sujetos regulatorios no estatales y el papel de los principios del Derecho administrativo en la era de la gobernanza regulatoria

Los distintos enfoques sobre la autoridad expuestos anteriormente responden al surgimiento de formas *de facto* y no convencionales de autoridad que se han multiplicado en las últimas décadas, es decir, formas que no se ajustan a los modelos clásicos

<sup>69</sup> Joana MENDES e Ingo VENZKE, “Introducing the Idea of Relative Authority”, en Joana MENDES e Ingo VENZKE (eds.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp.1-26

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>74</sup> Para una valoración realista de los activos de legitimidad en el nivel institucional de la UE, que tenga en cuenta las “relaciones de poder de facto”, véase: Eoin CAROLAN y Deirdre CURTIN, “In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers”, en Joana MENDES e Ingo VENZKE (eds.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 53-76.

de autoridad pública. El auge de la nueva gobernanza refleja una transformación más amplia: la creciente influencia de los mercados y las redes; la creciente dependencia del Estado de sujetos no estatales para la ejecución de políticas públicas, especialmente tras las reformas del sector público de los años ochenta; y el desarrollo de estrategias orientadas a gestionar de manera eficaz ecosistemas regulatorios complejos.

Ya en 1998, Gunningham y Grabosky formularon esta transformación en su teoría de la regulación inteligente [*smart regulation*], señalando que las funciones regulatorias no son desempeñadas únicamente por los Estados, sino también por organizaciones, corporaciones y asociaciones profesionales. Hoy en día, los actores privados juegan un papel significativo en la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Los órganos de expertos participan activamente en los procesos regulatorios nacionales, supranacionales e internacionales, no solo en estructuras ya consolidadas, sino también en nuevos espacios, a menudo informales. Cuando los actores privados operan dentro de estructuras tradicionales, su participación en la elaboración de normas puede ser sometida con mayor facilidad a mecanismos de control jurídico y político. No obstante, cuando actúan al margen o en paralelo a dichas estructuras, suelen eludir los mecanismos convencionales de rendición de cuentas. Estos espacios alternativos suelen ser no jerárquicos, en redes en las que diversos actores interactúan y ejercen poder fáctico sin estar integrados en marcos clásicos del Derecho administrativo.

Esta evolución de la gobernanza genera nuevas preocupaciones sobre la legitimidad de los “sujetos reguladores no estatales”. En la era de la gobernanza regulatoria, el espacio regulatorio ya no gira en torno al Estado. En su lugar, se presenta como una constelación en red de entidades híbridas público-privadas. Coexiste una pluralidad de autoridades y los enfoques existentes centrados en el Estado sobre la autoridad no pueden explicar adecuadamente la pluralidad de autoridad legítima<sup>75</sup>. Sin embargo, ello no implica que el Derecho público interno (y, en particular, el Derecho administrativo) haya perdido su relevancia. Por el contrario, los conceptos del Derecho administrativo resultan cada vez más pertinentes en la esfera global: el derecho y la política nacionales resisten frente a la globalización<sup>76</sup>. Como señala Kingsbury, “los Estados establecen y sostienen regímenes regulatorios globales para construir mercados, corregir fallos de mercado, promover la seguridad y, en definitiva, avanzar en el bienestar de sus ciudadanos en condiciones de interdependencia global, donde la acción puramente doméstica resulta insuficiente”<sup>77</sup>.

En el marco del Derecho Administrativo Global (en adelante GAL por sus siglas en inglés), los principios del Derecho administrativo (como la rendición de cuentas,

---

<sup>75</sup> ROUGHAN, 2013: 208-2015.

<sup>76</sup> Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK, en Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK (eds.), *The Frontiers of Public Law*, “Introduction: The Frontiers of Public Law”, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 1-16, p. 6.

<sup>77</sup> Benedict KINGSBURY, “Frontiers of Global Administrative Law in the 2020s”, en Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK (eds.), *The Frontiers of Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 41-70. En España, véase: Héctor IGLESIAS SEVILLANO, *Derecho Administrativo Global: Una teoría normativa*, Aranzadi, 1.ª ed., 2020, 352 pp.

la participación y la capacidad de respuesta) se han extendido a los entes reguladores privados e híbridos. Estos principios se han utilizado para proporcionar una justificación normativa de sus actuaciones y para mitigar los problemas de legitimidad. En algunos casos, se han invocado para proteger derechos fundamentales y el Estado de Derecho, así como para incidir sobre los efectos distributivos y de bienestar de los actores regulatorios globales<sup>78</sup>. Sin embargo, algunos autores han expresado su preocupación por el hecho de que la aplicación de principios del Derecho administrativo en contextos globales pueda, en ocasiones, legitimar sistemas injustos en lugar de promover la justicia sustantiva<sup>79</sup>. Mendes y Venzke advierten sobre este riesgo, subrayando la necesidad de marcos normativos que vayan más allá del formalismo procedimental y aborden cuestiones normativas más profundas<sup>80</sup>. Ante estas dificultades, el uso de principios del Derecho administrativo en el ámbito global, según Kingsbury, permite “proporcionar lentes valiosas desde las cuales criticar los arreglos institucionales existentes y exigir reformas”<sup>81</sup>.

La capacidad de adaptación del Derecho administrativo a las realidades regulatorias contemporáneas se manifiesta en la vigencia del GAL como marco conceptual en el panorama actual de la gobernanza. Además de los argumentos de Kingsbury en favor de la relevancia del Derecho administrativo interno más allá del Estado, el enfoque contextual de Mendes y Venzke ofrece herramientas prácticas para delimitar la autoridad de los actores no estatales. Aunque no estén sometidos al Derecho administrativo en sentido estricto, estos actores pueden, no obstante, guiarse por principios de carácter análogo, que funcionan como instrumentos de control público y como posibles fuentes de legitimidad.

Ahora bien, dichos principios no deben aplicarse a los actores no estatales del mismo modo en que se aplican a las autoridades públicas. Así como la autoridad puede concebirse en grados (como muestran las teorías sobre autoridad líquida) las obligaciones que le corresponden deben también ser dependientes del contexto. Analizar a los reguladores no estatales en su contexto institucional, en relación con otros actores institucionales (nacionales, internacionales —autoridades tradicionales—, transnacionales y globales —autoridades híbridas, líquidas o relativas—) permite comprender con mayor precisión cómo los principios análogos al Derecho administrativo pueden ser adaptados y aplicados de manera significativa.

Desde la filosofía política, la legitimidad de la actividad regulatoria no estatal plantea preocupaciones fundamentales. Estas han sido abordadas parcialmente mediante las nociones de autoridad líquida, relativa e híbrida, todas las cuales revelan la insuficiencia de los modelos clásicos de autoridad pública para captar las nuevas realidades. La emergencia de estos constructos alternativos refleja la necesidad persistente de legitimar la regulación no estatal, una tarea para la cual los marcos tradicionales

---

<sup>78</sup> KINGSBURY, 2020: 69.

<sup>79</sup> *Ibidem*. Véase también STEWART, 2014: 211-270.

<sup>80</sup> MENDES y VENZKE, 2018: 3.

<sup>81</sup> KINGSBURY, 2020: 69.

ofrecen soluciones limitadas. El modelo clásico de separación de poderes no puede extenderse sin más para abarcar a los reguladores privados, pues ello suscitaría serias objeciones democráticas.

Mientras que la teoría jurídica puede abordar estas cuestiones con cierto grado de abstracción, la filosofía política pone de relieve su centralidad en el problema más amplio de la gobernanza en la sociedad contemporánea. Incluso si el interés principal aquí es jurídico, las implicaciones de una actividad regulatoria ejercida por sujetos privados sin legitimidad suficiente o con justificación débil deben ser tomadas en serio. En este contexto, los principios del Derecho administrativo pueden actuar como activos de legitimación [*legitimacy assets*]<sup>82</sup> capaces de responder a tales preocupaciones. Esas preocupaciones, provenientes tanto del Derecho público como de la filosofía política, suelen generar en el Derecho privado el temor de que se impongan exigencias de legitimación contrarias a su funcionamiento. Sin embargo, sostengo que la capacidad adaptativa del Derecho administrativo puede extenderse a sus principios. Así, cuando son aplicados como activos de legitimidad por reguladores no estatales en todos los niveles, los principios del Derecho administrativo se “transfieren” al ámbito no estatal, donde son operativizados como “principios análogos al Derecho administrativo”.

La idea no es exigir a los reguladores privados que cumplan los requerimientos del Derecho público del mismo modo que los funcionarios. Incluso si estuviesen dispuestos a ello, su modo de funcionamiento difiere sustancialmente, haciendo esa exigencia prácticamente inviable. No obstante, los principios del Derecho público pueden ser entendidos como activos de legitimidad, adaptados y operativizados adecuadamente por los reguladores no estatales. Al ser contextualizados según su entorno institucional, tales principios pueden contribuir a reforzar su legitimidad sin menoscabar su autonomía funcional; es decir, pueden ser concebidos como principios análogos a los de Derecho administrativo.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

El concepto de regulación ha experimentado una evolución significativa: de una noción cerrada y centrada en el Estado, ha pasado a concebirse como un fenómeno más abierto y plural. Históricamente, la regulación se asociaba a decisiones de política pública ejecutadas mediante mecanismos jerárquicos de tipo *command-and-control*. Sin embargo, en la actualidad, se reconoce cada vez más, desde un enfoque funcional, que la regulación puede ser ejercida por actores no estatales, cuando produce efectos en la esfera pública. Existe regulación *de facto* incluso en ausencia de legitimación democrática formal, pues los destinatarios a menudo acatan normas no vinculantes por razones pragmáticas (por ejemplo, debido a la autoridad técnica

---

<sup>82</sup> Véase Joana Mendes e Ingo Venzke, quienes definen los “activos de legitimidad” como “los recursos argumentativos que un actor institucional puede invocar en apoyo de su autoridad”.

que se atribuye a ciertos estándares internacionales o a las calificaciones crediticias). En estos contextos, el cumplimiento no se impone mediante un mandato soberano, sino que surge de forma orgánica a partir de la confianza en el conocimiento experto, por motivos esencialmente prácticos (como sucede, por ejemplo, con los estándares internacionales sobre productos, o con calificaciones que los Estados siguen por considerar que los actores no estatales poseen el conocimiento técnico más sólido).

En segundo lugar, el panorama doctrinal que busca definir la regulación se encuentra altamente fragmentado. Las definiciones varían considerablemente entre disciplinas (desde la economía y el Derecho hasta la ciencia política y otras áreas) y no existe un consenso consolidado. Esta maleabilidad conceptual se refleja en nuevas estrategias regulatorias, como la regulación responsiva, en la que actores no estatales participan junto a autoridades públicas. En los actuales contextos de gobernanza regulatoria, un enfoque multidisciplinar ofrece el marco más prometedor para comprender las interacciones regulatorias transnacionales, multinivel y protagonizadas por actores públicos, privados e híbridos.

En tercer lugar, adoptar una aproximación funcional<sup>83</sup> a la regulación revela una relación estrecha con el Derecho administrativo. La capacidad del Derecho administrativo para adaptarse a nuevas formas de gobernanza ha estado impulsada, en parte, por la emergencia de actores regulatorios no convencionales. A medida que los actores privados asumen funciones tradicionalmente reservadas a las instituciones públicas (frecuentemente con implicaciones de Derecho público) el Derecho administrativo se ha visto compelido a evolucionar. Esta transformación ha dado lugar a lo que podría denominarse un nuevo Derecho administrativo, que coexiste con modelos tradicionales como los “procedimientos de primera generación”<sup>84</sup>. Desde una perspectiva funcional, actividades que antes estaban reservadas al Derecho público son desempeñadas por actores privados, muchas veces sin estar sometidos a

---

<sup>83</sup> Para una aproximación al Derecho administrativo en la doctrina española véase, entre otros: Francisco VELASCO CABALLERO, “Introducción al Derecho administrativo”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO *et al.* (eds.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 48-49. José ESTEVE PARDO, “La extensión del Derecho público: una reacción necesaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, septiembre-diciembre de 2012, pp. 11-40 (p. 34). Javier BARNÉS, “La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho administrativo”, en Ana M. VAQUER CABALLERÍA, Antonio MORENO MOLINA y Antonio DESCALZO GONZÁLEZ (eds.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 213-249.

<sup>84</sup> “Los procedimientos de primera generación promueven resultados acordes con los mandatos legales y dentro de los límites de la autoridad conferida a quienes ejercen el poder. Los procedimientos de segunda generación procuran reglas simples para regular la actuación ejecutiva en el marco de una administración jerárquica. Los procedimientos de tercera generación en la formulación e implementación de políticas canalizan directamente nuevas necesidades derivadas de los modelos contemporáneos de gobernanza. Las dos primeras generaciones podrían representarse como estructuras lineales o escalonadas. Una red compleja o entrelazada podría representar la tercera”. Véase Javier BARNÉS, “Three Generations of Administrative Procedures”, en Susan ROSE-ACKERMAN, Peter L. LINDSETH y Blake EMERSON (eds.), *Comparative Administrative Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017 (p. 343).

las mismas garantías jurídicas. El auge de la gobernanza regulatoria ha estimulado y acelerado esta evolución. La doctrina administrativista ha abordado este fenómeno con rigor. Nuevos marcos teóricos, como el Derecho Administrativo Global, han surgido para abordar los déficits de legitimidad propios de la regulación transnacional y multiactor. El GAL pretende trasladar al plano global los principios procedimentales del Derecho administrativo (como la transparencia, la participación y la rendición de cuentas). Estos principios han sido aplicados a organismos reguladores globales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional<sup>85</sup>. No obstante, recordemos, como advierten Kingsbury, Mendes y Venzke, la aplicación de los principios del GAL puede generar efectos no deseados y no siempre logra resolver los desafíos normativos más profundos vinculados a la legitimidad.

En este contexto, se han explorado formas alternativas de legitimidad. Una de ellas es la teoría de la autoridad relativa [*relative authority*], que propone evaluar la legitimidad de los actores regulatorios en función de su inclusividad, especialización funcional y capacidad para proteger derechos. Estos criterios operan como activos de legitimidad, es decir, como recursos argumentativos que pueden justificar la autoridad de quienes dictan normas, incluso en ausencia de autorización formal en el Derecho público.

En suma, el panorama contemporáneo de la regulación ha puesto de relieve, y al mismo tiempo ha reforzado, la capacidad adaptativa del Derecho administrativo. Lejos de haber sido desplazado, el Derecho administrativo ha expandido su ámbito hacia “nuevas fronteras”, en respuesta a la difusión de la autoridad regulatoria y a la diversificación de los actores regulatorios<sup>86</sup>. Regulación y Derecho administrativo se han vuelto crecientemente interdependientes. Un Derecho administrativo renovado debe comprender la naturaleza de la regulación en un espacio global, fragmentado y multiactor, si desea mantener su relevancia normativa. Al mismo tiempo, la regulación (en especial cuando es ejercida por actores no estatales) requiere de los principios del Derecho administrativo para salvaguardar el interés público y proteger a los individuos afectados. Esa protección no debe operar únicamente *ex post*, en respuesta a daños ya producidos. Por el contrario, los mecanismos del Derecho público deben adaptarse para incidir *ex ante* en los procesos regulatorios de los actores no estatales, configurándolos de manera que se respeten los valores públicos. Para ello, es preciso ajustar los principios administrativos a las estructuras y lógicas operativas de estos actores, permitiendo una supervisión pública efectiva sin menoscabar su autonomía funcional.

---

<sup>85</sup> Hassane CISSÉ, Daniel D. BRADLOW y Benedict KINGSBURY (eds.), *The World Bank Legal Review: International Financial Institutions and Global Legal Governance*, vol. 3, World Bank Publications, Washington D.C., 2012 (p. 11).

<sup>86</sup> Javier BARNES, “An Expanding Frontier of Administrative Law: The Public Life of Private Actors”, *European Public Law*, vol. 24, núm. 3, 2018, pp. 595-612.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Robert ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, septiembre de 2008, pp. 281-299.
- Larry C. BACKER, “Theorizing Regulatory Governance Within Its Ecology: The Structure of Management in an Age of Globalization”, *Contemporary Politics*, vol. 24, núm. 5, 2018, pp. 607-630. DOI: 10.1080/13569775.2018.1452108
- Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Javier BARNES, “La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho administrativo”, en Ana M. VAQUER CABALLERÍA, Antonio MORENO MOLINA y Antonio DESCALZO GONZÁLEZ (eds.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 213-249.
- Javier BARNES, “Three Generations of Administrative Procedures”, en Susan ROSE-ACKERMAN, Peter L. LINDSETH y Blake EMERSON (eds.), *Comparative Administrative Law*, 2.ª ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, p. 343.
- Javier BARNES, “An Expanding Frontier of Administrative Law: The Public Life of Private Actors”, *European Public Law*, vol. 24, núm. 3, 2018, pp. 595-612.
- Julia BLACK, “Constitutionalising Self-Regulation”, *The Modern Law Review*, vol. 59, núm. 1, enero de 1996, p. 27.
- Julia BLACK, “Critical Reflections on Regulation”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 27, 2002, pp. 1-36
- Julia BLACK, “‘Says Who?’ Liquid Authority and Interpretive Control in Transnational Regulatory Regimes”, *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 271-300. [https://eprints.lse.ac.uk/68918/1/Black\\_%27Says%20who%27%20liquid%20authority\\_author\\_2017%20LSERO.pdf](https://eprints.lse.ac.uk/68918/1/Black_%27Says%20who%27%20liquid%20authority_author_2017%20LSERO.pdf)
- Armin von BOGDANDY, Matthias GOLDMANN e Ingo VENZKE, “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 1, febrero de 2017, pp. 115-145 (p. 116).
- Armin von BOGDANDY, Philipp DANN y Matthias GOLDMANN, “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, *German Law Journal*, vol. 9, núm. 11, 2008, pp. 1375-1400.
- Armin von BOGDANDY, “The Idea of European Public Law Today”, en *The Administrative State, The Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- John BRAITHWAITE, “The Regulatory State?”, en R.A.W. RHODES, Sarah A. BINDER y Bert A. ROCKMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 408-427, p. 408. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199548460.003.0021.
- John BRAITHWAITE y Peter DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 3. Disponible en línea: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Global-Business-Regulation.pdf>
- Eoin CAROLAN y Deirdre CURTIN, “In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers”, en Joana MENDES e Ingo VENZKE (eds.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 53-76. <http://dx.doi.org/10.5040/9781509911943.ch-003>
- Sabino CASSESE, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*. Global Law Press, Sevilla, 2012. Disponible en línea: <http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/02-TheGlobalPolity.pdf>
- Sabino CASSESE, “New Paths for Administrative Law: A Manifiesto”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, julio de 2012, pp. 603-613.
- Hassane CISSÉ, Daniel D. BRADLOW y Benedict KINGSBURY (eds.), *The World Bank Legal Review: International Financial Institutions and Global Legal Governance*, vol. 3, World Bank Publications, Washington D.C., 2012, p. 11.

- Hugh COLLINS, “Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of *Ius Cogens*”, en Stefan GRUNDMANN, Florian MÖSLEIN y Karl RIESENHUBER (eds.), *Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 385. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198723202.001.0001
- Tom CHRISTIANO, “Authority”, Stanford Encyclopedia of Philosophy, entrada publicada por primera vez el 2 de julio de 2004; revisión sustantiva el 11 de enero de 2012. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/authority/> Pronto actualización: Tom CHRISTIANO and Stefan SCIARAFFA, “Authority”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición de invierno 2025), Edward N. Zalta y Uri Nodelman (eds.), forthcoming URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2025/entries/authority/>>.
- A. Claire CUTLER, Virginia HAUFLE y Tony PORTER (eds.), *Private Authority and International Affairs*, State University of New York Press, Albany, 1999, prefacio.
- Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.
- Mercè DARNACULLETA GARDELLA, “Autorregulación normativa y Derecho en la globalización”, en Mercè DARNACULLETA GARDELLA, Josep ESTEVE PARDO e Indra SPIECKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- Peter DRAHOS (ed.), *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, ANU Press, Acton, Australia, 2017, p. 13.
- José ESTEVE PARDO, “La extensión del Derecho público: una reacción necesaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, septiembre-diciembre de 2012, pp. 11-40.
- Matthias GOLDMANN, “Public and Private Authority in a Global Setting: The Example of Sovereign Debt Restructuring”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 25, núm. 1, 2018, pp. 331-364, artículo 14. Disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgl/vol25/iss1/14>
- Jean-Christophe GRAZ, *The Power of Standards: Hybrid Authority and the Globalisation of Services*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019. <https://doi.org/10.1017/9781108759038>
- Neil GUNNINGHAM, Peter GRABOSKY con Darren SINCLAIR, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Clarendon, Oxford, 1998.
- Neil GUNNINGHAM y Darren SINCLAIR, “Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy”, *Law & Social Inquiry*, vol. 24, núm. 4, 1999, pp. 853-896. DOI: 10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x
- Neil GUNNINGHAM y Darren SINCLAIR, “Smart Regulation”, en *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, Peter DRAHOS (ed.), ANU Press, Acton, Australia, 2017, p. 133. Disponible en línea: <http://press-files.anu.edu.au/downloads/press/n2304/pdf/ch07.pdf>
- H.L.A. HART, *The Concept of Law*, con epílogo editado por Penelope A. BULLOCH y Joseph RAZ, e introducción y notas de Leslie GREEN, Clarendon law Series, Oxford, 2012, 3ª ed., (1.ª ed., Londres, Oxford University Press, 1961).
- Albert O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1970.
- Benedict KINGSBURY, “Frontiers of Global Administrative Law in the 2020s”, en Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK (eds.), *The Frontiers of Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 41-70.
- Poul F. KJAER, “From the Private to the Public to the Private? Historicizing the Evolution of Public and Private Authority”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 25, núm. 13, 2018, pp. 3-4.
- Hans J. KLEINSTEUBER, “The Internet Between Regulation and Governance”, en Christian MÖLLER y Arnaud AMOUROUX (eds.), *The Media Freedom Internet Cookbook*, OSCE, Viena, 2004, p. 64. Disponible en línea: <https://www.osce.org/files/fidocuments/blb/13836.pdf>
- Mathias KOENIG-ARCHIBUGI, “Global Regulation”, en Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 409.
- Nico KRISCH, “Liquid Authority in Global Governance”, *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 237-260 (p. 237).

- Bruno LATOUR, *The Making of Law*, Polity Press, Cambridge, UK / Malden, MA, 2010.
- Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, “El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el derecho público”, en María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ (coord.), *Regulación bancaria: transformaciones y estado de derecho*, 2014, pp. 184-251.
- Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, “Los sujetos del Derecho Público global”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ; Isaac MARTÍN DELGADO; y Pablo MEIX CERECEDA (dirs.), *Derecho público global: fundamentos, actores y procesos*, Iustel, 2020, pp. 115-157, ISBN 978-84-9890-384-3.
- Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, “Manual de Derecho administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2024, pp. 625-649, DOI: 10.37417/ManDerAdm/L25.
- David LEVI-FAUR, “The Global Diffusion of Regulatory Capitalism”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, marzo de 2005, pp. 12–32.
- Giandomenico MAJONE, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, *West European Politics*, vol. 17, núm. 3, 1994, pp. 77–101.
- Joana MENDES e Ingo VENZKE, “Introducing the Idea of Relative Authority”, en Joana MENDES e Ingo VENZKE (eds.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp.1-26 Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5040/9781509911943.ch-001>
- OCDE, “Industry Self-Regulation: Role and Use in Supporting Consumer Interests”, *OECD Digital Economy Papers*, núm. 247, OECD Publishing, París, 1 de marzo de 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/5js4k1fjqkwb-en>
- Anthony I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart, Oxford, 2004.
- Anthony I. OGUS, “Rethinking Self-Regulation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1995, pp. 97-108.
- Juli PONCE SOLÉ, “El fracaso de la administración garante. Mitos, falacias y lecciones de la pandemia para las administraciones públicas, el derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, 2021, p.2.
- Nicole ROUGHAN, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Susanne SCHALLER, “The Democratic Legitimacy of Private Governance. An Analysis of the Ethical Trading Initiative”, *INEF Report*, núm. 91/2007, Institute for Development and Peace, Universidad de Duisburgo-Essen, Duisburgo, 2007. Disponible en línea: <https://ciaotest.cc.columbia.edu/wps/idp/0001309/0001309.pdf>
- Héctor IGLESIAS SEVILLANO, *Derecho Administrativo Global: Una teoría normativa*, Aranzadi, 1.ª ed., 2020, 352 pp.
- Scott J. SHAPIRO, “Authority”, en Jules COLEMAN y Scott SHAPIRO (eds.); editor asociado Kenneth Einar HIMMA, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 383-439. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0010
- Colin SCOTT, “Independent Regulators”, en Mark BOVENS, Robert E. GOODIN y Thomas SCHILLEMANS (eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 475.
- Richard B. STEWART, “Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation and Responsiveness”, *American Journal of International Law*, vol. 108, núm. 2, abril de 2014, pp. 211-270.
- Richard B. STEWART, “State Regulatory Capacity and Administrative Law and Governance under Globalization”, *IIJ Working Paper 2016/1* (MegaReg Series), disponible en: [https://iij.org/wp-content/uploads/2016/08/Stewart-State-Regulatory-Capacity-and-Administrative-Law-and-Governance-under-Globalization-IIJ-WP-2016\\_1-MegaReg.pdf](https://iij.org/wp-content/uploads/2016/08/Stewart-State-Regulatory-Capacity-and-Administrative-Law-and-Governance-under-Globalization-IIJ-WP-2016_1-MegaReg.pdf)
- Max WEBER, *Economy and Society: A New Translation*, Keith TRIBE (trad.), Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2019, p. 472.

- Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK, en Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK (eds.), *The Frontiers of Public Law*, "Introduction: The Frontiers of Public Law", Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 1-16.
- Francisco VELASCO CABALLERO, "Introducción al Derecho administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO *et al.* (eds.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 48-49.
- Cento VELJANOVSKI, "Economic Approaches to Regulation", en Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 18-35.
- Jeremy WALDRON, "Can There Be a Democratic Jurisprudence?", *New York University School of Law, Public Law Research Paper*, núm. 08-35, 2008. Disponible en SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1280923>. Traducido por mí al castellano en Francisco M. MORA SIFUENTES (ed.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, 2.ª ed., Fontamara, México, 2017, pp. 237-284.
- Michael ZÜRN, "From Constitutional Rule to Loosely Coupled Spheres of Liquid Authority: A Reflexive Approach", *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 261-285. DOI: 10.1017/S1752971916000270.

