

Maite Gambardella d'Etigny\*

Beatriz von Loebenstein Weil\*\*

Universidad de Chile

Santiago, Chile

*mgambardella@derecho.uchile.cl; beatrizvlo@gmail.com*

## Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación.

*Benedict Kingsbury y Richard B. Stewart. Global Law Press,  
Sevilla, 2016, 708 páginas.*

El libro<sup>1</sup> cuya publicación comentamos se enmarca dentro de un proyecto académico colectivo de la *New York University* que tiene por objeto el estudio de ciertos mecanismos provenientes del derecho administrativo y otras ramas del derecho aplicados en el ámbito global, con el fin de mejorar la gobernanza “más allá del Estado”. Ambos autores, Benedict Kingsbury<sup>2</sup> y Richard B. Stewart<sup>3</sup>, son destacados profesores de la universidad antedicha, de las cátedras de derecho internacional y derecho administrativo, respectivamente.

El propósito del libro es presentar al Derecho Administrativo Global como una nueva área de estudio del derecho frente a la aparición de un sistema regulatorio global, entendido como una práctica que no puede explicarse desde las instituciones tradicionales del derecho. En estos términos, la tesis que desarrolla el libro es que el ámbito regulatorio global se sitúa “en medio” del derecho internacional y el derecho administrativo, superando la dicotomía o dualidad conceptual nacional-internacional o interior-exterior, para constituir así espacios y tipos de interacciones diferentes que necesitan del desarrollo de ciertos conceptos y principios que den forma y legitimidad a esta nueva regulación. El libro se deja interpretar

\* Egresada de Derecho, Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Público y Ciencias Penales, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

\*\* Egresada de Derecho, Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

<sup>1</sup> La iniciativa de traducir al español los principales trabajos del proyecto, es obra del profesor de Derecho Administrativo y director de la editorial Global LawPress, Javier Barnes. La traducción fue realizada por un equipo de profesores de la Universidad Carlos III de Madrid con la colaboración del Instituto Pascual Madoz de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Medioambiente de la misma universidad, así como el Departamento de Derecho Público y el equipo editorial.

<sup>2</sup> Teórico del Derecho Internacional que integra la teoría jurídico política y la historia, catedrático de la New York University, director del Institute for International Law and Justice y codirector del programa de Historia y Teoría del Derecho Internacional de la misma universidad.

<sup>3</sup> Teórico del Derecho Administrativo, catedrático de la New York University, director del Centro Frank J. Guarini de Derecho Ambiental y del Territorio, especializado en la búsqueda de soluciones jurídicas a problemas internacionales y ambientales.

como una guía sustantiva y metodológica que tiene por objeto regular y hacerse cargo, por una parte, del espacio global y de dotarlo, por otra, de cierta autonomía dogmática.

La estructura y metodología del libro son, a su vez, consecuentes con la pretensión de teorizar sobre una práctica que abre un espacio dogmático incipiente porque recoge el aporte de los diferentes trabajos que se han desarrollado en la materia, seleccionados por sus propios autores, y los utiliza en la elaboración de una especie de guía que identifica los fundamentos, principios y ámbitos de aplicación de la misma. En este sentido, lejos de estructurarse como un manual, el libro se construye como una guía cuasi metodológica de aproximación al problema a través de la estructura que sigue: se divide en tres partes, a saber, fundamentos, principios y ámbitos de aplicación, los cuales a su vez se desarrollan en varios capítulos.

## I

La primera parte del libro está referida a los fundamentos del Derecho Administrativo Global, sección en la cual se trata el nacimiento inadvertido del mismo, sus características doctrinales, principios y reglas. Identificamos como ideas relevantes dentro de la primera parte del libro la caracterización del Derecho Administrativo Global como creador de normas y principios; el problema de la legitimidad; el carácter prescriptivo del proyecto y las posibles estrategias de diseño institucional; y la construcción de un concepto de “derecho” y de “lo público” que se adecuen al espacio global.

En primer lugar entonces, los sujetos de la Administración Global son los Estados, los individuos, empresas, ONGs y otras colectividades, de manera que se desmonopoliza la creación de normas y principios de los entes gubernamentales y supranacionales. Una de las principales características del Derecho Administrativo Global es que pretende reunir intereses de distintas colectividades superando las normas tradicionales de formación de leyes. Otra de las características doctrinales del Derecho Administrativo Global es el desarrollo de principios y criterios jurídicos tanto de carácter procedimental como sustantivo. Los autores advierten que, debido a la fragmentación de la praxis, de los distintos sectores de la Administración Global y de su limitada integración, cualquier afirmación sobre elementos doctrinales es preliminar y de alcance limitado. Sin embargo, se trata de principios deseables, en el sentido que se aspira a que formen parte de un sistema global, dentro de los cuales se encuentran la participación procedimental y transparencia, la motivación de las resoluciones y decisiones, el control o revisión y la aplicación de estándares sustantivos de proporcionalidad, racionalidad entre medios y fines, evitación de medios restrictivos innecesarios y el respeto a la confianza legítima.

En segundo lugar, al revisar el alcance del Derecho Administrativo Global, los autores reformulan muchos de los problemas comunes sobre la legitimidad de las instituciones internacionales y el déficit democrático de las mismas. En este sentido, la investigación detrás de este estudio pretende subrayar hasta qué punto ciertos mecanismos de participación en los procedimientos o el control judicial que se dan en el ámbito estatal nacional están ausentes a nivel global e invita a pensar en cómo crear e incorporar procedimientos, instituciones, principios y recursos en este ámbito. Dentro de estos procedimientos tienen especial relevancia los mecanismos de control y rendición de cuentas (*accountability*). Al respecto, se desarrollan tres modelos: las instituciones nacionales como contrapeso de la Administración Global; mecanismos internos adoptados por las instituciones globales para la participación, el control y la rendición de cuentas;

y el régimen global de la Administración descentralizada o “diseminada”. En este último caso, las agencias intergubernamentales promueven normas de alcance global para gobernarlas internamente y para ser aplicadas por las Administraciones nacionales cuando operan en la esfera global o se vinculan con estas agencias. De esta forma, el Derecho Administrativo Global ejerce un control sobre algunas actuaciones de la Administración interna nacional.

En tercer lugar, se caracteriza al Derecho Administrativo Global como un proyecto normativo o prescriptivo<sup>4</sup>, esto es, en el cual se plantea qué debe hacerse, qué criterios o principios han de aplicarse, cómo y qué valores o estándares han de solucionar un determinado problema. No se trata de un fenómeno meramente descriptivo, no es un área de estudio neutra. En este sentido, se desarrollan las diferentes estrategias y teorías para el diseño institucional del Derecho Administrativo Global, diferenciando dos planteamientos básicos: el primero consiste en la proyección o trasvase de los principios del Derecho Administrativo Global (“de abajo hacia arriba”)<sup>5</sup>, y el segundo consiste en la configuración de instrumentos jurídicos en el plano internacional (“de arriba hacia abajo”)<sup>6</sup>. Justamente desde el carácter prescriptivo que se propone, se han formulado críticas que comprenden el Derecho Administrativo Global como un proyecto político que debiese explicitarse<sup>7</sup>, donde el principal problema tendrá relación con la legitimidad del mismo.

En cuarto lugar, se desarrolla el concepto de “derecho” en el Derecho Administrativo Global, el que, según sus autores, se basa en un hecho social, poniendo el énfasis en las fuentes de las que emana el derecho, así como en los criterios para el reconocimiento y aceptación de estas<sup>8</sup>. El concepto de derecho se encuentra estrechamente vinculado al concepto de “lo público” y el libro describe el creciente uso de este criterio en la práctica del control judicial, de la motivación y de los requisitos de publicidad y transparencia que rigen y aplican las entidades de la Administración Global. En el mismo sentido, los autores problematizan en

<sup>4</sup> En este sentido se reconocen tres posibles modelos que pueden sistematizar la esfera internacional y que determinan la función primordial del Derecho Administrativo Global: el “pluralismo”, el “solidarismo”, y el “cosmopolitanismo”. El primero se refiere al modelo típico del Derecho Internacional clásico, donde la Administración internacional se encuentra limitada a la ejecución de lo que los Estados acuerden a través de tratados e instituciones internacionales, de manera que la principal función del Derecho Administrativo Global se refiere al control y la rendición de cuentas. El segundo modelo se traduce en un grupo de valores compartidos y en una cooperación basada en la negociación interestatal, existiendo un mayor grado de compromiso de los Estados en favor de la creación de un sistema de Administración global, donde este tendrá por función proteger los derechos de los individuos, constituyendo una concepción liberal. El tercer modelo concibe la gobernanza global como una realidad que deriva de las redes interestatales de la sociedad civil, de los reguladores privados y de los medios de comunicación y de los mercados, entendiendo el Derecho Administrativo Global como un instrumento para la promoción de la democracia. KINGSBURY B. y STEWART R.B (2016), pp.125-137.

<sup>5</sup> Esta perspectiva pone el acento en la legalidad, en el control y rendición de cuentas y en la participación en las actividades de la Administración global, mediante una proyección y adaptación de las herramientas del Derecho Administrativo Interno. Respecto de esta forma se reconocen tres límites que dificultan la transposición del instrumental del Derecho Administrativo Nacional al Derecho Administrativo Global, a saber, la informalidad y la flexibilidad de la Administración global; la difusión del mecanismo de adopción de decisiones en un sistema multinivel; y el elemento privado en la Administración global. KINGSBURY B. y STEWART R.B (2016), pp.141-145.

<sup>6</sup> Este mecanismo se ajustaría más a los patrones del Derecho Internacional contemporáneo y evitaría algunos de los problemas relacionados con la aplicación de los instrumentos internos del Derecho Administrativo. Constituiría mecanismos de control y rendición de cuentas en el espacio global donde los individuos, grupos y Estados participarían en los procedimientos administrativos globales y el control de las resoluciones se confiaría a organizaciones internacionales independientes. Este planteamiento encuentra también dificultades, pues requeriría la legalización e institucionalización de los sistemas administrativos globales que actualmente operan de modo informal y flexible, así como los problemas de legitimación y déficit democrático. Kingsbury B. y Stewart R.B (2016), pp.145-148.

<sup>7</sup> En este sentido HANNA RACHED, D. (2014). Doomed aspiration of pure instrumentality: Global Administrative Law and accountability. *Global Constitutionalism*, 3:3, p.372. “A more convincing reading of the GAL project may see it as an attempt to carve common ground from the bottom-up and to agree on a normative level-playing field from where to assess and criticize currently existing decision-making processes and Structures”.

<sup>8</sup> En este sentido sostienen los autores que el positivismo de Hart opera como punto de partida, pues las teorías jurídicas enfocadas en el Estado, o que comienzan y terminan en él o en un mandato de único soberano no resultan especialmente útiles en el ámbito del espacio global.

torno a la justificación que existe detrás de la utilización del término “derecho” en este campo e indican que, en lugar de deslindar los distintos niveles de regulación, ya sea por sector, por territorio o por finalidades, es preferible tratarlos como un todo, como un conglomerado variado que incluye instituciones, redes transnacionales, administraciones nacionales y sujetos particulares. Se propone así la idea de un “espacio administrativo global” que supone el abandono de las formas tradicionales de comprender el derecho internacional, según las cuales lo internacional es intergubernamental y en las que existe una clara diferencia entre lo internacional y lo nacional. El Derecho Administrativo Global implica, en palabras de sus autores, el “desbordamiento de estas estrictas barreras”<sup>9</sup>. El libro postula que para que podamos hablar de derecho es necesario que toda organización o régimen sectorial que se integra y se valora como parte del sistema global, contenga límites y normas que sean inherentes al Derecho Público. En este sentido, “lo público” es entendido por los autores como aquello que ha sido forjado por toda la sociedad y que es aplicada por y para toda la sociedad, tiene carácter público y general.

## II

La segunda parte del libro está referida a los principios del Derecho Administrativo Global: la rendición de cuentas, participación, transparencia, motivación y control. En esta sección consideramos como aspectos relevantes el problema de la falta de ponderación de intereses, así como la construcción de un criterio interpretativo al momento de aplicar los conceptos de la gobernanza global en sede judicial.

Respecto del problema de la falta de ponderación de los intereses afectados en la gobernanza regulatoria a nivel global<sup>10</sup>, el libro explica cómo la estructura fragmentada de la regulación global fracasa sistemáticamente a la hora de considerar y proteger los intereses de las personas que son habitualmente ignoradas, debido a las estructuras institucionales de la regulación global. Una de las fuentes de este problema reside en lo limitada y concreta que puede ser la función asignada a una determinada organización, es decir, la excesiva focalización y especialización en un sector determinado de la gobernanza global. Los autores hablan de una “visión de túnel” por parte de los fundadores de estas organizaciones, creadas precisamente para un fin particular.

Particularmente interesante resulta el análisis de los retos que supone para los tribunales nacionales la gobernanza global y cómo estos pueden ponderar si una resolución emanada de una organización intergubernamental satisface las exigencias de “lo público”, puesto que los autores pretenden plantear un criterio que vaya más allá de la pregunta tradicional de cómo los tribunales nacionales deben incorporar el derecho internacional, construyendo una teoría unificada más general y amplia que también pueda utilizarse por los jueces internacionales cuando se enfrentan a la legislación nacional, o para que las organizaciones intergubernamentales evalúen y juzguen las normas de otras instituciones globales. La respuesta

<sup>9</sup> KINGSBURY B. y STEWART R.B (2016). p. 156

<sup>10</sup> Otros factores que agudizan la falta de ponderación se refieren a la existencia de intereses económicos y políticos de los fundadores de las organizaciones y el menoscabo de las garantías procedimentales cuando imponen sanciones con el objeto de lograr la celeridad de los procesos. Por su parte los autores Eyal Benvenisti y George Downs agregan otros elementos indicando que el traslado del poder decisorio del nivel nacional al global ha otorgado mucho poder a los Ejecutivos nacionales, por sobre el poder del legislativo o el del poder judicial, lo que ha significado una centralización en la toma de decisiones. Además, señalan que el fenómeno de fragmentación de las organizaciones reguladoras globales en un sistema con regímenes muy heterogéneos, opera estructuralmente en beneficio de los países más desarrollados y sus empresas aliadas, lo que genera una desigual estructura en la gobernanza global.

se encuentra, de acuerdo a los autores, en el carácter público de una norma o resolución. Los criterios de lo público se relacionan con un carácter democrático, pues son parte del proceso de organización política y de las expectativas de la sociedad o de la institución, por lo que rebasan la esfera meramente jurídica.

### III

La tercera parte del libro está dedicada a la revisión del ámbito de aplicación del Derecho Administrativo Global y, particularmente, a los casos más emblemáticos y desarrollados de la gobernanza global. El primero corresponde a la Organización Mundial de Comercio (OMC)<sup>11</sup> y el segundo al arbitraje de inversión como sistema de gobernanza<sup>12</sup>. Los autores destacan la jurisprudencia sobre el trato justo y equitativo que deben proveer los Estados a los inversionistas extranjeros, la que ha logrado sistematizar una serie de criterios que debiesen regir la conducta del Estado, donde se consideran los principios normativos de estabilidad, predictibilidad y coherencia, protección de la confianza legítima, garantía del debido proceso, prohibición de denegación de justicia, transparencia y proporcionalidad.

Finalmente, el libro dedica un capítulo al Derecho Administrativo Global y la democracia deliberativa. Este capítulo final o epílogo, en palabras de los propios autores, vuelve a revisar los principales temas tratados a lo largo de la obra, poniendo énfasis en la democracia deliberativa y los problemas que en esta relación se suscitan. En efecto, dadas sus características, se presentan problemas relacionados con la subordinación a la estructura global, el consentimiento pasivo ante las normas sustantivas, las dificultades para alinear múltiples sistemas jurídicos y conceptos de representación, la extensión de la Administración y la inexistencia de un *ethos* global<sup>13</sup>.

A modo de conclusión, creemos que el libro contribuye ampliamente al estudio del derecho, pues identifica las características y problemas que subyacen a la regulación global, cuales transitan entre el derecho público y la teoría del derecho, manifestando desde una práctica la necesidad de repensar las instituciones tradicionales del derecho, sea desde la creación de un nuevo campo de estudio o bien, desde la comprensión misma del derecho administrativo o la teoría del derecho. Especialmente relevante parece la crítica formulada sobre la falta de legitimidad, ya sea por la desigual distribución de poderes entre los Estados o por la falta de representación. En este sentido, puede considerarse un aporte del Derecho Administrativo Global la creación de principios sustantivos y procedimentales que tengan por objeto mejorar ciertas falencias democráticas, de transparencia o falta de legitimidad a nivel interno. Particularmente en Chile, la aplicación de estos principios permite dar respuesta a problemas concretos como, por ejemplo, la falta de un contencioso administrativo.

<sup>11</sup> Es una de las instituciones de la gobernanza global más desarrollada y prolífica. Las distintas dimensiones de la OMC tienen diferentes niveles de aplicación del Derecho Administrativo Global, siendo el área más significativa la relativa a la normativa interna de la OMC para regular la toma de decisiones de las autoridades nacionales y las normas y procedimientos que regulan la relación horizontal entre la OMC y otros organismos reguladores internacionales.

<sup>12</sup> El mecanismo de resolución de disputas representa una forma de gobernanza global en que participa un tribunal en el espacio administrativo global.

<sup>13</sup> La idea de inexistencia de un *ethos* a nivel global motiva críticas en cuanto a la posibilidad de responder a los problemas de legitimidad a través de la democracia deliberativa. En este sentido, "Among the main partners of GAL, global democracy is one such candidate. Scholars discuss whether the word, the concept and the conventional machinery of democracy, being an 'indispensable normative component for the legitimacy of a legal order', can be transposed into the transnational context. The absence of a demos at that level, for Weiler, makes that alternative innocuous". HANNA RACHED, D. (2014), p.367.

