

CAPÍTULO QUINTO

REFLEXIONES FINALES

Por su ubicación geográfica, por la dimensión y las características de su economía, por su tradición histórica y vínculos culturales, entre otros factores, México está plenamente inmerso en los procesos identificados con la globalización. Como pocos países en el mundo, México ha abierto su economía y ha liberalizado su comercio internacional a un grado tal, que ha entrado de lleno en el proceso caracterizado por la intensificación de la competencia económica mundial, con todas las consecuencias que esto ha tenido para las empresas, los trabajadores y para el propio Estado.¹⁸⁷ Asimismo, la presencia y penetración social de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información en nuestro país nos expone permanentemente a los flujos culturales globales o al menos transnacionales, a través de intensas comunicaciones y encuentros, con todos los efectos que de esto derivan sobre las formas simbólicas, las imágenes sociales, las prácticas culturales, los estilos de vida y la des-territorialización de la cultura.¹⁸⁸

Como un elemento relevante de los referidos procesos de globalización en los que está inmerso nuestro país, destaca el creciente impacto que a nivel doméstico tienen las organizaciones internacionales de carácter intergubernamental. La influencia de

¹⁸⁷ A la fecha, México ha suscrito once tratados de libre comercio y un Acuerdo de Asociación Económica con Japón. Véase www.economia.gob.mx .

¹⁸⁸ Utilizo aquí los conceptos de Therborn para caracterizar lo que denomina, en plural, “globalizaciones”. Therborn, Göran, “Globalizations, Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance”, *International Sociology*, vol. 15, núm. 2, junio de 2000, pp. 151-153.

dichos organismos en el mundo es patente: si en algo están de acuerdo la mayoría de los autores inmersos en el debate sobre globalización y gobernanza global, es en la creciente importancia que tienen las organizaciones intergubernamentales en la política global y su impacto en la política doméstica. El fenómeno ha sido apuntado por lo menos desde la década de los setenta, a través de contribuciones, como la de Luard, quien en 1977 observaba el gran crecimiento de lo que él denomina el “gobierno internacional”.¹⁸⁹

Es decir, ante el surgimiento de problemas de carácter internacional,¹⁹⁰ que los Estados no pueden resolver de manera aislada por sí solos, éstos han entrado en asociaciones cooperativas con otros Estados, creando instituciones y normas que sirvan para resolver dichos problemas, y que están dispuestos a acatar. Se trata, además, de una tendencia que viene desde el siglo XIX, como lo ilustran el manejo de los servicios postales y telégrafos, a través de “uniones internacionales”. Sin embargo, en particular después de la Segunda Guerra Mundial han surgido una gran cantidad de instituciones internacionales, agencias, consejos y otras organizaciones, cuya tarea es dar soluciones a los problemas a nivel mundial, lo cual ha ocasionado una importante transformación de la política internacional. Ésta —dice Luard— es la revolución silenciosa de nuestra generación.¹⁹¹

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

¹⁸⁹ Para un análisis más amplio sobre este tema se puede consultar mi trabajo titulado “Reflexiones en torno al concepto de gobernanza global y su impacto en el ámbito jurídico”, *cit.*, nota 28.

¹⁹⁰ Problemas relativos a materias como energía, alimentación, explosión demográfica, medio ambiente, terrorismo, crimen organizado, uso de recursos del lecho marítimo profundo, regulación de multinacionales, telecomunicaciones, etcétera.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. vii.

de coordinar las muchas y totalmente independientes agencias involucradas, las técnicas que esas agencias han tenido que desarrollar para asegurar la cooperación de los gobiernos nacionales y algunos de los problemas políticos que han surgido dentro de algunas de esas agencias internacionales, sobre todo entre países ricos y pobres.¹⁹²

Pero más allá de las decisiones vinculantes que los organismos de este tipo pueden adoptar, debemos mencionar que éstos también están involucrados en la adopción de declaraciones y cartas adoptadas por consenso, y que constituyen lo que se denomina *soft law*. No es este el lugar para hacer un análisis exhaustivo del llamado “derecho blando” o *soft law*.¹⁹³ Por ahora, baste mencionar que, asociado a la literatura sobre la gobernanza global, suelen aparecer, cada vez con mayor intensidad, referencias a una serie de instrumentos normativos que se han identificado con el nombre de *soft law*, caracterizados por su falta de obligatoriedad, uniformidad, justiciabilidad, sanciones y de estructuras de ejecución. Se trata de instrumentos de diverso tipo que comparten, al menos, un punto en común: tienen un contenido normativo, si bien formalmente no son vinculantes, aunque pueden tener relevancia jurídica y, por tanto, producir efectos prácticos.¹⁹⁴ Este tipo de normas tienen cada vez una mayor importancia en la gobernanza global (y en la gobernanza doméstica).

Finalmente, y como señala Delbrück, ya sea con respecto al “derecho blando” o al “derecho duro”, un gran número de instancias en que el derecho doméstico parece ser genuinamente elaborado “en casa”, de hecho no es sino una normativa diseñada “afuera” a nivel de organismos internacionales de carácter inter-

¹⁹² *Ibidem*, p. viii.

¹⁹³ Para una revisión amplia y detallada de este debate se puede consultar Toro Huerta, Mario Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 513-549.

¹⁹⁴ Trubek, D., Cottrell, P. y Nance, M., “‘Soft Law’, ‘Hard Law’, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity”, Jean Monnet Working Paper 02/05, Jean Monnet Program, NWY School of Law, Nueva York, 2005, p. 5.

gubernamental, por parte de equipos de administradores y servidores públicos nacionales e internacionales.¹⁹⁵ En muchos casos los diseños, normas e instituciones producidos por dichos organismos conforman verdaderos “modelos” de solución de problemas, generados en circuitos que trascienden al Estado-nación y en el que participan diversos actores (estatales y no estatales); modelos que a su vez se difunden a nivel global a través de diversos mecanismos.

Ahora bien, resulta importante recalcar que el proceso de generación y difusión de modelos a nivel global se da —como sostiene Meyer— dentro de una estructura social mundial dinámica, competitiva y conflictiva, en la que ni los Estados ni las organizaciones intergubernamentales son los únicos protagonistas.¹⁹⁶ Al lado de ellos, y de manera cada vez más relevante, actúan entidades como empresas transnacionales, ONG nacionales e internacionales, instituciones académicas, *think-tanks* y comunidades científicas y de expertos. Inmersos en esta estructura, los Estados adoptan, modifican o resisten los modelos, dependiendo de una serie de características de los propios Estados, de sus sociedades y de sus procesos políticos y económicos, o bien de su localización geopolítica y regional. Lejos de proponer una visión maniquea según la cual existen agentes externos “malos” y Estados “buenos” a quienes se les imponen modelos por la fuerza, consideramos que la generación de modelos de solución de problemas puede contribuir a lograr beneficios para los países; sin

¹⁹⁵ “This is particularly true in the case of so-called framework conventions that are continuously amended according to the standards of expert knowledge, as either Protocols to conventions, or as recommendations that in turn are often implemented on the domestic level, through executive orders or other regulatory means, below the level of parliamentary legislation, thereby bypassing the national legislative process”. Delbrück, Jost, “Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, núm. 29, 2003, pp. 29 y 30

¹⁹⁶ Véase pp. 39-41, nuestra referencia a la propuesta teórica de Meyer, sobre los “modelos mundiales”.

embargo, a los Estados y sus sociedades les corresponde desarrollar una postura crítica respecto de ellos, para tomar lo positivo y desechar lo que se considere que puede producir consecuencias negativas. Como apuntamos desde la introducción de este trabajo, los Estados deben estar dispuestos a adoptar las recomendaciones que generen beneficios y a adaptarlas a las circunstancias particulares de cada país y también a rechazarlas cuando sean contrarias el interés general y al bienestar público.

Asimismo, cabe destacar que la influencia ejercida por los “modelos” generados en círculos globales no es homogénea en todos los países. Como bien han señalado Held y McGrew, el impacto de la globalización es irregular, lo que impide que ésta sea un proceso universal que se experimenta de forma uniforme en todo el planeta.¹⁹⁷ En buena medida, el impacto concreto en cada país depende de las características de los Estados, de sus estructuras políticas y económicas, o bien de su localización regional.¹⁹⁸ Ya hemos mencionado el ejemplo de algunos países del Este asiático que en su momento adoptaron medidas distintas a las del modelo promovido por el Consenso de Washington cuando lo consideraron pertinente para el interés nacional, con resultados positivos.¹⁹⁹

Sin embargo, debemos reconocer que en la estructura social mundial descrita existen asimetrías de poder e influencia, tanto en razón de las diferencias muy pronunciadas entre los Estados que conforman la comunidad internacional (en términos políticos, militares, económicos) como por el hecho de que algunos actores (por ejemplo, el BM y el FMI) cuentan con el formidable instrumento de la “condicionalidad” en el otorgamiento de sus préstamos, para impulsar la adopción de sus recomendaciones. De esta forma, como observa Held, a todo gobierno que pretenda obtener su ayuda financiera, el FMI y el BM le requerirán, entre otras medidas y vía la “condicionalidad”, que restrinja la expan-

¹⁹⁷ Held y McGrew, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁸ Held, *op. cit.*, pp. 165 y 166.

¹⁹⁹ Véase nota 115.

sión del crédito, achique el gasto público, limite los salarios y los empleos del sector público, devalúe su moneda y reduzca los programas de asistencia social,²⁰⁰ todo lo cual abre la discusión acerca de la existencia de actores hegemónicos en los procesos de generación y difusión de modelos, y la medida en que éstos reflejan la estratificación mundial.

Adicionalmente, lo anterior nos lleva a reflexionar acerca de las implicaciones que de los modelos implícitos o explícitos en el concepto de gobernanza pueden tener en un contexto como el que caracteriza a nuestro país. Esto es, el concepto de gobernanza prescribe ciertas fórmulas de asociación y coordinación del gobierno con las organizaciones privadas y sociales en la implementación de las políticas y la prestación de servicios. Además, la gobernanza recomienda la privatización de servicios o funciones públicas, y la promoción del reemplazo de estructuras altamente centralizadas y jerarquizadas, por ambientes administrativos descentralizados, “horizontales”, “flexibles”, en los que las decisiones sobre distribución de recursos y provisión de servicios son hechas en el punto más cercano a la provisión, así como la creación y expansión de instrumentos diseñados como alternativas a la provisión pública directa de servicios públicos.

Sin embargo, y a pesar de que como formulación teórica y conceptual la propuesta no deja de tener su atractivo, es preciso plantear una serie de interrogantes relativas al efecto que este tipo de medidas pueden tener en contextos en los que existen sociedades civiles débiles y poco organizadas, en las que tradicionalmente han existido grupos de interés particulares muy poderosos, y en sociedades, además, que no han desarrollado poderes públicos con capacidad y fortaleza suficientes para imponer una disciplina social en aras de defender y hacer prevalecer los intereses generales (es decir, en contextos existentes en países como México).

En este tipo de contextos existe el riesgo de que las privatizaciones puedan efectivamente significar cruda y llanamente (como apunta Starr) una relocalización del poder y, a la vez, la

²⁰⁰ Held, *op. cit.*, p. 140.

salida de dicho poder de un régimen de controles por parte del derecho público (tendientes a garantizar valores como la rendición de cuentas, el debido proceso, igualdad, racionalidad y la transparencia),²⁰¹ con lo cual se estaría contribuyendo a la profundización de los desequilibrios y las asimetrías en la sociedad respectiva y a perpetuar una situación en la que el Estado se encuentra en una posición débil para cumplir con la función que le corresponde de garantizar la prevalencia del interés general.

La metáfora del “espacio regulatorio” de Scott abre la posibilidad de aproximarnos de otra forma al problema planteado. Es decir, si, por un lado, efectivamente, hay casos en los que la formulación de políticas públicas y la regulación pública se dan dentro de esquemas en los que interactúan actores estatales y no estatales que poseen uno o más de otros recursos clave, como información, riqueza y organización, y si, por otro lado, dichos actores operan en un contexto caracterizado por una situación de gran desequilibrio entre ellos (medido según la posesión de los referidos recursos clave), entonces se puede llegar a una situación en la que los procesos regulatorios estén dominados por los actores (privados) más poderosos, a pesar de que no tengan ningún tipo de autoridad formal.²⁰²

Asimismo, si ciertas propuestas relativas a la gestión indirecta de los servicios públicos presuponen condiciones de certidumbre, estabilidad y racionalidad de los actores, mientras que en realidad muchas de las administraciones públicas de América Latina se caracterizan por otro tipo de condiciones,²⁰³ puede uno

²⁰¹ Starr, *op. cit.*, pp. 45-47.

²⁰² Scoot, *op. cit.*, pp. 50-53.

²⁰³ Tales como el “exceso de informalidad”; la prevalencia de sistemas de tipo clientelar o patrimonialista, una cultura administrativa que busca y permite privilegios, discrecionalidad, nepotismo, búsqueda de rentas; la debilidad del Estado de derecho; la ausencia de mecanismos de supervisión, donde los procedimientos escritos pueden ser desechados; la ausencia de cuerpos de administradores de carrera regidos por sistemas de mérito, la “discontinuidad” y “pérdida de memoria institucional”, así como problemas de coordinación e inestabilidad.

entonces por lo menos preguntarse qué efectos prácticos habrán de tener las referidas propuestas en el mundo social. Asimismo, es necesario reflexionar sobre los posibles riesgos que los esquemas flexibles, descentralizados, delegativos, pueden tener en cuanto a la fragmentación del gobierno, la pérdida de coherencia y consistencia en las políticas en contextos de administraciones públicas como las que caracterizan a América Latina.

Debemos aclarar, sin embargo, que lo anterior no significa que rechacemos de manera absoluta y por principio las privatizaciones o las formas de gestión indirecta de servicios públicos (ni tampoco los esfuerzos por introducir racionalidad gerencial en el sector público). Al contrario, reconocemos, como señala Aguilar, que estas medidas han sido una respuesta a los problemas crecientes de operación del gobierno, al déficit fiscal creciente, a la calidad incierta de servicios públicos, a los efectos de políticas económicas erróneas, a la ineficiencia e irresponsabilidad pública de los gobiernos, que produjo en muchos países la desconfianza de los ciudadanos en relación con la capacidad y la seriedad directiva de los gobiernos.²⁰⁴

Nuestro apunte, como explicamos desde la introducción de este trabajo, es una nota de cuidado, de precaución, que sostiene, por un lado, la conveniencia de un detallado análisis contextual, crítico, previo a la adopción de fórmulas y medidas como las arriba referidas, y, por otro lado, la necesidad de acompañarlas de un programa más acabado e integral de desarrollo de las instituciones políticas y de las administraciones públicas en los tres niveles de gobierno de nuestro sistema federal, que además involucre a la sociedad. Nuestra apuesta no es por la defensa a ultranza del sector público como proveedor único, monopólico, de servicios, sino por un régimen en el cual, cuando se considere necesaria y conveniente la participación de actores no estatales en la provisión de servicios públicos, el legislador, la administración pública e incluso los tribunales contribuyan a crear un ambiente regulatorio que vele por el interés general.

²⁰⁴ Aguilar, *op. cit.*, p. 140.

Ahora bien, la prestación de servicios públicos por particulares abre cuestionamientos acerca del trazado de la línea entre “lo público” y “lo privado”, amén de incidir sobre temas de responsabilidad pública y privada y la rendición de cuentas de los distintos tipos de proveedores del servicio. Pero en el nivel más general, la privatización y la gestión indirecta de los servicios públicos parecen enfrentar una lógica mercantil que choca (o puede chocar) con la lógica pública que obedece (o debiera obedecer) al interés común de satisfacción de necesidades y garantía de derechos. Sin embargo, lo anterior no necesariamente tiene que suceder así. El Estado debe diseñar mecanismos de intervención que “publifiquen” la acción de los particulares que presten servicios públicos, que los comprometan con objetivos públicos, a cambio de tener acceso a oportunidades lucrativas en la generación de bienes y servicios, que de otra manera podrían ser provistos directamente por el Estado. Como afirma Freeman, en lugar de comprometer normas de la democracia, como la rendición de cuentas, el debido proceso, igualdad y racionalidad, por medio de medidas de “publificación” se pueden extender esas normas a actores privados a través de vehículos como el proceso presupuestal, la regulación y el contrato.²⁰⁵

Por otro lado, no debe perderse de vista que muchos servicios públicos están vinculados con los derechos sociales de los ciudadanos (ciertamente, tal es el caso del servicio público de guarderías del IMSS). En estos casos, la eficacia del derecho social respectivo, el ejercicio del mismo por parte de sus titulares, depende de la provisión del servicio público. Y la provisión de servicios públicos por parte de particulares no debe convertirse en pretexto para desvincular al Estado de su calidad de responsable y garante primario de los derechos sociales. Esto, además, ha

²⁰⁵ Pero recordemos que la autora aclara que esto “puede” o “no puede” suceder, porque la circunstancia de que el Estado pueda efectivamente imbuir a actores privados con normas públicas que se atribuyen al gobierno es algo que éstos pueden resistir y resentir. Freeman, Jody, “Extending Public Law Norms Through Privatization”, *Harvard Law Review*, vol. 116, 2003, pp. 1285 y 1286.

de justificar y legitimar los mecanismos de “publificación” que se pudieran crear.

Por último, debemos recordar que en la perspectiva de Gurza examinada en el capítulo tercero, lo público no es sinónimo de lo estatal.²⁰⁶ Es decir, tanto actores privados pueden hacerse cargo de lo público (una necesidad pública, considerada así como producto de una valoración social avalada por el Estado) como actores estatales pueden con su actuación no conducirse conforme al contenido ético inherente en el concepto de lo público (o sea, pueden no conducirse “para beneficio del todo social”, y ejercer sus funciones estatales de manera no transparente, fuera de la vista de todos y sin entregar cuentas al público). En otras palabras, el hecho de que una tarea socialmente relevante se encuentre atribuida a “órganos públicos” o a “servidores públicos” no necesariamente significa que en su desempeño real dichos actores estatales actúen en beneficio del “interés público”. Bien puede suceder que actúen en beneficio de ciertos intereses privados (de ellos como particulares o de otras personas). Llevado al terreno de los convenios de subrogación, esto significa que uno de los retos que enfrenta el Estado mexicano es crear un ambiente administrativo y regulatorio que garantice que los actores estatales y no estatales encargados de lo público se desempeñen de acuerdo con la garantía de los intereses públicos (lo cual no es incompatible con la obtención de un beneficio económico por parte de los concesionarios o subrogatarios).

En suma, consideramos que debiera darse una reflexión en torno al concepto de gobernanza que centre su atención en la relevancia de las condiciones y el contexto, para el efecto de medir de alguna manera el impacto que las distintas opciones de política pública (los distintos *modelos*) pueden tener en las diversas sociedades. Y es que, si bien el concepto de gobernanza comprende las dimensiones de Estado, sociedad civil y sector privado,²⁰⁷ no

²⁰⁶ Gurza, *op. cit.*, pp. 57 y 58.

²⁰⁷ Recuérdese que el documento del PNUD en el que se da una definición de gobernanza, citado en la nota 48, no puede considerarse en sentido estricto

ha tomado suficiente cuenta de la existencia de relaciones asimétricas entre los diferentes actores (poseen y controlan recursos y poderes diferenciados), y las relaciones de conflicto que entre ellos se entablan. La conducción de los asuntos públicos, la organización de la acción colectiva para la resolución de los problemas del conjunto social, es en realidad un proceso conflictivo en el que se enfrentan gran variedad de intereses, apoyados en poderes, capacidades y recursos distintos.

Dicho lo anterior, resulta interesante apreciar cómo, a través de su análisis relativo a los procesos de privatización impulsados por el FMI y aplicados con decisión por muchos Estados, Stiglitz entrevé los peligros que se pueden dar a raíz de un contexto caracterizado por un desequilibrio en las relaciones de fuerza entre quienes participan en lo que Scott llamaría el “espacio regulatorio”:

El FMI arguye que es muy importante privatizar a marchas forzadas; más tarde ser verá el momento de ocuparse de la competencia y la regulación. Pero el peligro estriba en que una vez generado un grupo de interés éste cuenta con el incentivo, y el dinero, para mantener su posición monopólica, paralizar las regulaciones y la competencia y distorsionar el proceso político. Existe una razón natural por la cual el FMI ha estado menos preocupado por la competencia y la regulación de lo que podría haber estado. La privatización de un monopolio no regulado puede aportar más dinero al Estado y el FMI enfatiza más los temas macroeconómicos, como el tamaño del déficit público, que los estructurales, como la eficiencia y competitividad de la industria. Fueran o no los monopolios privatizados más eficientes que los estatales a la hora de producir, a menudo resultaron más eficientes a la hora de explotar su posición dominante: el resultado fue que los consumidores sufrieron.²⁰⁸

En otras palabras, las privatizaciones que no toman en cuenta un contexto caracterizado por la ausencia o deficiencia de meca-

como un documento académico, pues por su origen necesariamente tiene un sesgo diplomático que tiende a inhibir la idea de conflicto.

²⁰⁸ Stiglitz, *op. cit.*, p. 84.

nismos de regulación estatal pueden llevar a la creación de situaciones monopólicas; a distorsionar el libre mercado y a debilitar aún más las capacidades regulatorias del Estado. Puede afirmarse entonces que Stiglitz coincidiría con Scott, cuando éste afirma que en el extremo, la idea de un “espacio regulatorio” en el que coexisten actores estatales y actores privados en una situación de desequilibrio en favor de los segundos, puede llevar a que los “procesos regulatorios puedan estar dominados por los actores privados que no tienen ninguna autoridad formal”.²⁰⁹

Ahora bien, la reflexión que venimos desarrollando en este capítulo es útil para entender el contexto normativo e institucional del régimen de subrogación de las guarderías del IMSS. En efecto, la reforma del IMSS aludida en el capítulo anterior,²¹⁰ vinculada al desarrollo y a la extraordinaria expansión del régimen de subrogación de las guarderías del propio Instituto, no es ajena a ciertos modelos impulsados por diversas agencias financieras internacionales (y no sólo por ellas). De esta manera, la reforma del IMSS puede ser interpretada como parte de la adopción de un modelo de solución de problemas relacionados con la economía de la salud, generada en círculos internacionales (específicamente, el Banco Mundial) y adoptada por México, en los términos señalados en el capítulo precedente. Este hecho, además, puede interpretarse como parte de lo que Held ha denominado la “internacionalización del proceso de elaboración de decisiones políticas”, lo cual ha dado lugar a una notable tensión entre la idea de Estado —centrado en la política nacional y en las instituciones nacionales— y la naturaleza del proceso de elaboración de decisiones a nivel internacional.²¹¹

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 52, nota 100.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 68 y 69.

²¹¹ “Las operaciones del FMI y del Banco Mundial ofrecen interesantes ilustraciones de algunos de los temas más controvertidos que plantean las organizaciones internacionales. Si bien el FMI fue fundado en 1944 durante la Conferencia de Breton Woods para supervisar las reglas globales que gobernaban las relaciones monetarias y de cambio, su principal propósito actualmente es suministrar recomendaciones técnicas, orientaciones económicas y préstamos fi-

Asimismo, el modelo de subrogación de guarderías implica la existencia de un instrumento de “gobernanza contractual”, cuyo análisis resulta muy relevante para la presente reflexión. En efecto, un análisis más cuidadoso de los contratos públicos que permiten a los particulares prestar o realizar servicios y funciones públicos puede servir para ilustrar la importancia de medir sus efectos según el contexto. Es decir, el contrato público puede ser un instrumento de regulación, *si hay las condiciones* para que su adjudicación se realice de acuerdo con el mejor cuidado de las necesidades públicas y para que opere un monitoreo y supervisión eficaz sobre su ejecución. Pero si esas condiciones no se dan, entonces el interés público puede ser hecho a un lado y dar así lugar a la prevalencia de los intereses particulares involucrados. Llevando al terreno de los convenios de subrogación de las guarderías del IMSS, la anterior observación nos permite sostener que ante un escenario caracterizado por la falta de dichas condiciones, lo que veremos será un conjunto de actores (estatales y no estatales) actuando en beneficio de algunos intereses privados.

En el caso de la Guardería ABC, la serie de irregularidades documentadas por la recomendación de la CNDH nos permite concluir que se descuidó el interés público (adjudicar el servicio a quien mejor garantice la provisión del servicio, en las mejores condiciones de seguridad, higiene, localización, etcétera), y se benefició el interés privado de los particulares subrogatarios (obtener ganancias económicas, aun sin cumplir con las condiciones legales para la provisión del servicio de guardería); por no hablar de la posibilidad de algún interés privado (como hipótesis, pues esto no está probado en el caso), de los actores estata-

nancieros a las economías con graves dificultades, especialmente las del mundo en desarrollo... En la mayoría de los casos, el acceso a la asistencia financiera del FMI está sujeto a condiciones específicas, habitualmente conocidas como el principio de ‘condicionalidad’. A todo gobierno que pretenda obtener su ayuda financiera, el FMI le requerirá que restrinja la expansión del crédito, achique el gasto público, limite los salarios y los empleos del sector público, devalúe su moneda y reduzca los programas de asistencia social”. Held, *La democracia y el orden social, cit.*, pp. 140 y 141.

les involucrados que haya salido beneficiado con la adjudicación del contrato o en el proceso de su monitoreo y supervisión. Y esto nos permite entender el convenio de subrogación IMSS-Guardería ABC como una especie de microespacio regulatorio, con todas sus potencialidades, y con todos los riesgos señalados por Scott.²¹²

Consideramos que el examen del caso de la Guardería ABC permite señalar que en el tema de la contratación pública hay toda una agenda abierta en cuanto a cambios normativos por realizar y temas por explorar y analizar en el caso de México, para el efecto de contribuir a generar las condiciones que el esquema de “regulación por contrato” funcione. En dicha agenda, algunos temas se refieren al régimen de la contratación pública en sí mismo (perspectiva interna), y otros al contexto político, administrativo y cultural de los contratos públicos (perspectiva interna).

En la perspectiva interna, y tomando como base el ilustrativo ensayo del administrativista argentino Luis Cordero Vega,²¹³ podemos hacer la siguiente sistematización de temas para la agenda referida:

En lo normativo:

A. Revisar las normas sobre procedimientos de adjudicación de contratos, para garantizar que sean verdaderamente públicos, transparentes y competitivos en la selección de los participantes;²¹⁴

²¹² *Op. cit.*, pp. 51-53.

²¹³ Cordero Vega, Luis, “Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal”, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Contratos administrativos*, México, UNAM, 2007, pp. 46-66.

²¹⁴ Recuérdese lo que hemos mencionado en el capítulo IV sobre la necesidad de establecer estándares más precisos acerca del tipo de criterios que pueden justificar las excepciones a la regla general de adjudicación previa licitación en la contratación pública no se establecen, así como la necesidad de que existan y funcionen los mecanismos para garantizar que aquellos estándares se apliquen. Véase *supra*, pp. 82 y 83.

- B. Establecer reglas y pautas claras de evaluación y monitoreo de la ejecución de los contratos;
- C. Diseñar fórmulas para que algunos aspectos de la toma de decisiones que el derecho administrativo exige de los actores públicos, como la transparencia, ecuanimidad, participación, consistencia, racionalidad e imparcialidad, se exija también de los particulares cocontratantes;
- D. Determinar con toda precisión cuáles son los requerimientos legales a los que han de ajustarse los actores privados que desempeñan funciones públicas.

En la agenda de investigación académica:

- A. Estudiar a los contratos públicos como un instrumento posible de intervención;
- B. Revisar las categorías tradicionales del derecho administrativo para explicar la participación de privados en funciones públicas;
- C. Examinar al contrato administrativo como modelo de intervención administrativa que permite más flexibilidad, e identificar y evaluar las consecuencias de largo alcance generadas por este método de regulación;
- D. Estudiar la tensión entre el organismo público que adjudica un contrato público a un particular y los que tienen las facultades de supervisión y monitoreo de la ejecución del contrato, y la capacidad que el actor privado cocontratante tiene para interpretar y aplicar las reglas del contrato, dándoles contenido práctico y atenuando la línea divisoria entre la elaboración de políticas públicas y la implementación de funciones;
- E. Analizar las situaciones bajo las cuales el ejercicio de funciones gubernamentales por parte de actores privados puede crear también conflictos de interés entre los fines privados y los públicos por la ausencia de responsabilidad o la pérdida de otros valores del derecho administrativo, como la participación y la imparcialidad;

- F. Definir criterios para determinar cuándo los actores privados deben ser tratados como públicos;
- G. Determinar en qué medida o grado se pueden ver frustrados los beneficios de la participación privada en la provisión de servicios y funciones públicos (tales como el conocimiento experto, la capacidad de innovación, y eficiencia), debido a la imposición de controles a los que típicamente están sujetos los entes públicos
- H. Reorientar el derecho administrativo hacia el estudio de actuaciones público-privadas complejas que caracterizan la relación contemporánea y recoger en las categorías tradicionales del derecho administrativo el rol del sector privado como descubridor de hechos, elaborador de políticas y administrador;
- I. Identificar y analizar las hipótesis y circunstancias bajo las cuales debieran preferirse los medios de intervención tradicionales del derecho administrativo, y no los contratos públicos con particulares.

En suma, se trata de crear las condiciones normativas e institucionales para que los instrumentos de *contracting out* empleados en la prestación de servicios públicos puedan generar beneficios reales. Deben, por tanto, crearse mercados verdaderamente competitivos entre los oferentes y diseñarse procedimientos de contratación gubernamental abiertos y verificables.

Pero la perspectiva externa nos lleva a otro terreno de reflexión. En este caso, se trata de idear la forma de generar un ambiente regulatorio adecuado, para que la administración pública pueda establecer estándares contractuales y monitorear eficazmente las prácticas de ejecución de los contratos celebrados con los proveedores (privado) del servicio (público). Esto es, cuando se analiza con mayor profundidad el caso de la Guardería ABC, puede concluirse que el problema no está en el régimen de subrogación en sí mismo, sino en lo que ha identificado la ASF en su diagnóstico. El problema está en una “inadecuada e insuficiente regulación y

supervisión del Estado”, en la ausencia de una “administración eficiente de todas las autorizaciones emitidas”, en la carencia de “personal suficiente y especializado para supervisar, verificar, vigilar, inspeccionar y dar seguimiento al cumplimiento cabal de las obligaciones por parte de los particulares”. El problema está en la ausencia de mecanismos eficientes para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en todos los ámbitos de la gestión pública; en última instancia, en la debilidad de los entes públicos encargados de las funciones de regulación y supervisión de las actividades y procesos que han sido delegados a particulares. Como afirma el diagnóstico de la ASF, todas estas carencias y debilidades generan distorsiones en los objetivos, propósitos y metas de las políticas públicas, propicia la discrecionalidad en las decisiones y autorizaciones, e invita a la negligencia, al dispendio, a la ineficiencia y al mal uso de los recursos públicos, lo que facilita el contubernio y las prácticas de corrupción.²¹⁵

En nuestra opinión, el gran tema es la debilidad del Estado en nuestro país. En un momento en el que se debate sobre el impacto de la globalización sobre los Estados modernos (en el que para algunos el Estado se diluye y para otros se transforma), en México debemos entrar en esta discusión teniendo en cuenta que todavía hay asuntos y temas más básicos relativos a la construcción de nuestro Estado y que, vale decirlo, forman parte de las especificidades del contexto regional.

De esta forma, consideramos que el tema de la debilidad del Estado merece una reflexión más profunda, pues una mirada superficial a la política en México, y en general, en América Latina, podría llevar al observador lejano a concluir que los Estados de la región han sido fuertes, perfectamente capaces de guiar y orientar a la sociedad en la dirección en la que los líderes políticos han pensado ser la más adecuada. Y en verdad, una historia plagada de líderes políticos percibidos como “hombres fuertes” o caudillos parecería inducir a pensar que el Estado ha sido capaz

²¹⁵ ASF, *op. cit.*, pp. 93-100.

de ordenar y dominar a la sociedad de una manera eficiente, a lo largo de la historia de nuestros países.²¹⁶

Sin embargo, esta visión es lejana a la realidad. Muy al contrario, hay evidencia suficiente para mostrar que los Estados en América Latina, y México en particular, han sido tradicionalmente débiles frente a poderosos grupos sociales que frecuentemente han conseguido imponer sus intereses a la autoridad política formal. Asimismo, la mayoría de los Estados de la región no han sido capaces de desarrollar a plenitud instituciones públicas relativamente autónomas de la sociedad, capaces de establecer y mantener un “orden político” y capaces de administrar el “interés público”.

Durante los siglos XIX y principios del XX, por ejemplo, la región estuvo caracterizada por la existencia de los llamados “Estados oligárquicos”;²¹⁷ esto es, Estados en los que las instituciones políticas estaban controladas por unas cuantas familias identificadas con un pequeño grupo de terratenientes. En esos años, los intereses del Estado fueron los intereses de esas familias.

Otra manifestación de la condición histórica del Estado en América Latina es su debilidad fiscal. Por ejemplo, en la segunda mitad del siglo XX los Estados latinoamericanos tenían niveles de carga fiscal sumamente bajos, en relación con los niveles de otros países; por ejemplo, algunos de Europa occidental. Así, en los años cincuenta la carga impositiva en Argentina y Brasil era de 18%, y la de México, del 10.1%; mientras que la de Italia equivalía a 36%, la de Noruega a 41 % y la del Reino Unido a 42%.²¹⁸ En la actualidad, dichos porcentajes equivalen en Argen-

²¹⁶ Este razonamiento puede encontrarse *in extenso* en Serna, José Ma., “Governability and Governance in Latin America: a Regional perspective”, en la conferencia internacional *Globalisation and Sustainable Good Governance: Opportunities and Challenges*, Delhi, India, University of Delhi, 15 al 22 de marzo de 2005.

²¹⁷ Véase Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002.

²¹⁸ Comisión Económica para América Latina, *Estudio económico de América Latina*, ECLA, 1955. Citado por Cervantes, Alejandro, “La política fiscal”, *Cuestiones Nacionales*, México, núm. 4, 1957, p. 35.

tina a 18.1%; en Brasil a 21.2%; en México a 15.4%; en Italia a 30%; en Noruega y Reino Unido a 31.2%.²¹⁹

Asimismo, los altos niveles de violencia social que han experimentado algunos países latinoamericanos constituyen otra manifestación de la debilidad del Estado en la región. Resulta interesante aludir en este tema al programa diseñado por el presidente de Colombia, César Gaviria, en la década de los noventa del siglo XX, que llamó “Estrategia Nacional contra la Violencia”. La premisa básica de dicha iniciativa consistió en reconocer que la violencia en Colombia estaba estrechamente vinculada a la debilidad del Estado. Por tanto (y esto es una clara lección en relación con lo que sucede en México hoy día), la pacificación requería el fortalecimiento de la presencia del Estado a lo largo de todo el país.

De esta manera, los objetivos de la estrategia fueron: a) garantizar el monopolio estatal del uso de la fuerza; b) recuperar la capacidad del Estado para combatir al crimen y la impunidad, y c) ampliar la cobertura de las instituciones estatales en el territorio nacional colombiano.²²⁰ Las políticas específicas para alcanzar esos objetivos fueron:

- La descentralización el poder y la autoridad a las autoridades locales, bajo la premisa de que la violencia tenía diferentes causas en diferentes regiones, por lo que las autoridades locales debían tener capacidad de decisión, así como medios para luchar contra la violencia de acuerdo con las condiciones específicas de sus respectivas regiones;
- El fortalecimiento de las agencias de aplicación de la ley, particularmente las fuerzas de policía y los tribunales;

²¹⁹ Fuente: ww3.diputados.gob.mx/comparativointernacionalrecaudaciontributaria.pdf

²²⁰ Puede observarse que se trata de un programa eminentemente hobbesiano, y, por tanto, de alguna manera, básico, pero clave en el desarrollo y consolidación de un Estado moderno.

- La eliminación de formas no judiciales de resolver disputas;
- El establecimiento de criterios orientadores para conducir pláticas de paz con la guerrilla;
- La protección de los derechos humanos.²²¹

Cabe observar que diagnósticos como el del documento arriba referido, centrados en las características de los gobiernos e instituciones públicos latinoamericanos, bien podrían ser completados con alguna referencia a la debilidad estatal, explicada en términos del endeble “pacto fundacional”, lo cual no es ajeno a las grandes desigualdades y contrastes que caracterizan a la región y a la poca cohesión social.

Por su parte, otra manifestación más de la debilidad del Estado en América Latina es lo que algunos analistas han denominado “la incompleta penetración del sistema jurídico formal en los países de la región”. Esta perspectiva fue usada por Keith Rosenn en el caso de Brasil, cuando observó que

Muchas áreas de este enorme país son todavía inaccesibles, a pesar de los avances en las comunicaciones y transporte modernos. Gran parte del interior rural todavía es solo nominalmente bajo el control de las autoridades formales. El grueso de la población rural permanece en gran parte sin ser afectada por la estructura jurídica formal... el derecho federal y aun estatal es poco conocido o aplicado en gran parte del interior. La tolerancia continuada de un sistema de autoridad local es un compromiso tácito, en el que los jefes políticos locales aseguran el voto rural a las autoridades federales y estatales, a cambio de amplia autonomía extralegal... No solo en las regiones rurales ha sido limitada la penetración

²²¹ Luis Carlos Galán, quien fuera asesinado cuando se presentaba como candidato presidencial en Colombia, afirmó en alguna ocasión que “Nuestras numerosas guerras civiles muestran que no hemos sido capaces de construir un estado sólido, capaz de tener presencia real en todo el territorio, y capaz de desempeñar funciones fundamentales como la administración de justicia y el mantenimiento del orden público”. Tomado de Alape, Arturo, *La paz, la violencia: testigos de excepción*, Bogotá, Planeta Colombiana Editorial, 1985.

del sistema jurídico. Millones de brasileños de las zonas urbanas viven en favelas, cinturones de pobreza alrededor de las ciudades más importantes. La penetración de la estructura jurídica formal en la favela es fragmentaria y precaria, pues la existencia misma de la favela se basa en una legalidad dudosa. En lugar de ello, la favela es gobernada por una mezcla de sistema jurídico formal y un sistema informal, consuetudinario, así como un curioso conjunto de leyes y regulaciones diseñadas para permitir a las autoridades formales tratar con los favelados sin tener que reconocer la legalidad de la existencia de la favela.²²²

La discusión sobre la “debilidad del Estado” en América Latina y la “incompleta penetración del sistema jurídico formal” nos da una clave para entender el contexto en que operan los convenios de subrogación de guarderías del IMSS. Un contexto caracterizado por la falta de capacidad para desempeñar funciones fundamentales, tales como el mantenimiento del orden público, la administración de justicia, el desarrollo de infraestructura administrativa para implementar políticas de manera eficaz, y, en el esquema del presente trabajo, la incapacidad para establecer y mantener un marco regulatorio adecuado. Frente a esto, muchos modelos de solución de problemas dan por un hecho que estas capacidades (entre otras condiciones) existen.

Por último, debemos mencionar un tema que el referido diagnóstico de la ASF ya apuntaba, y que constituye una cuestión esencial, no resuelta en la agenda nacional, y que a nivel general puede identificarse con el tema del *desarrollo administrativo*. Esto es, la creación de un aparato administrativo profesional, eficiente y eficaz, capaz de implementar de manera consistente las políticas públicas, en todos los niveles de nuestro sistema federal, lo cual es todavía un objetivo pendiente de alcanzar en el México actual.

En cuanto a este tema, podemos decir con Riggs que la evolución de estructuras administrativas del Estado es un proceso

²²² Rosenn, Keith, “Brazil’s Legal Cultura: The *Jeito* revisited”, *Florida International Law Journal*, vol. 1, 1984, pp. 1-30.

complejo, atravesado por dos dinámicas básicas, una política y otra técnica. Ambas se combinan en un solo proceso de creación de patrones de conducta, instituciones, división del trabajo, y relaciones entre las diferentes estructuras del Estado. La dinámica política se relaciona con la definición de la esfera válida de acción de la administración pública frente a la sociedad, así como a la definición de poderes entre las agencias administrativas, la creación de valores que orienta a los distintos segmentos de la burocracia, y a la funcionalidad de la administración pública para el orden político existente. La dinámica técnica se refiere a la introducción de racionalidad gerencial en la organización y procesos internos de las agencias públicas; tiene que ver con elementos tales como la organización del flujo del trabajo, la distribución de la carga de trabajo, las etapas y secuencias del proceso de trabajo, la racionalización de la infraestructura física, entre otros aspectos organizacionales. Sin embargo, la separación de estas dos dinámicas es meramente analítica, pues en realidad están íntimamente amalgamadas, ya que interactúan en la generación de lo que puede denominarse desarrollo administrativo.²²³

²²³ Para Riggs, el desarrollo administrativo de un Estado implica una compleja transformación sociopolítica. Este autor, sin llegar a dar una definición definitiva de lo que desarrollo administrativo significa, sugiere los elementos de una posible definición. Primero, significa un patrón de efectividad creciente en la utilización de los medios disponibles para lograr los fines planteados. Pero admite, esto puede ser la consecuencia del desarrollo administrativo, y no este último en sí mismo. Un segundo elemento, en la visión de Riggs, sería la diferenciación estructural, que ocurre cuando cada una de las etapas en la elaboración de las decisiones de la administración pública obtiene reconocimiento como un procedimiento distinto y, por lo menos en alguna medida, los diferentes roles para la realización de uno o más de esas etapas, se especializan. Un tercer elemento, que es necesario especialmente para lograr la eficacia en la operación de la administración, es el patrón cambiante de interdependencia entre las distintas instituciones, por el que los poderes internos y externos de la administración pública son capaces de revisar el desempeño de las diferentes agencias públicas. Para una discusión más amplia de estos temas se puede ver el trabajo pionero de Riggs, Fred W., "Administrative Development: An Elusive Concept", en Montgomery, J. and Siffin, W. (eds.), *Approaches to Development, Politics, Administration and Change*, McGraw-Hill Book Company, 1966.

En otras palabras: no alcanzaremos un mejor nivel de desarrollo administrativo si no se conjugan la decisión y la conducción políticas necesarias que la realización de tal proyecto conlleva, con los diseños técnicos y organizacionales más adecuados para tal efecto. Y el reto no es menor, como lo demuestra la situación en la que ahora nos encontramos, a casi dos siglos de haber nacido como Estado-nación independiente.

Al parecer, es verdad que eso que denominamos *globalización* está teniendo una serie de efectos e impactos sobre los Estados nacionales. Como ya hemos dicho en diversas ocasiones en el presente libro, los cambios y procesos que ocurren dentro y alrededor del Estado en el mundo actual han venido provocando una serie de transformaciones en el Estado mismo, lo cual no significa que el Estado-nación esté desapareciendo ni que se esté disolviendo su poder de regulación y de organización de las conductas sociales. Más bien, los Estados retienen hoy día sus características básicas como Estado territorial, Estado constitucional, Estado-nación democrático y Estado intervencionista, si bien sus capacidades varían enormemente, en ese mosaico tan diverso formado por los Estados que existen en la actualidad. Pero también debemos reconocer que los Estados cada vez más comparten responsabilidades en la provisión de seguridad física, seguridad jurídica, autodeterminación democrática y bienestar social, con instituciones y actores de diverso tipo al nivel internacional.

El examen del sentido descriptivo del concepto de gobernanza nos ha mostrado un ángulo de algunas de las referidas transformaciones del Estado en la era de la globalización. Como se explicó, en los hechos, se pueden identificar una variedad de actores no gubernamentales, como empresas, organizaciones de la sociedad civil, centros de pensamiento autónomos, organismos financieros internacionales, que tienen hoy día una gran capacidad de decisión e influencia en el procesamiento de los asuntos públicos, en la definición de la orientación e instrumental de las políticas públicas y los servicios públicos. Junto a este fenómeno, han surgido nuevas formas de asociación y coordinación del gobierno

con las organizaciones privadas y sociales en la implementación de las políticas y la prestación de servicios.

Por su parte, el concepto de gobernanza se identifica también (en su sentido prescriptivo) con diversos procesos de construcción y diseño de verdaderos modelos de solución de problemas sociales, generados y difundidos en una compleja estructura social mundial, dinámica, competitiva y conflictiva, en la que los protagonistas no son solamente los Estados, sino entidades, como organismos internacionales de diverso tipo, empresas transnacionales, ONG nacionales e internacionales, instituciones académicas, *think-tanks* y comunidades científicas y de expertos.

La privatización y toda una variedad de instrumentos regulatorios “nuevos”, como la regulación por contrato, forman parte de esos modelos de solución de problemas, generados y difundidos en una estructura social mundial, en la que ciertos agentes juegan un papel fundamental, caracterizado por su capacidad para impulsar ciertos modelos. Entre esos agentes se encuentran instituciones como el BM y el FMI; o bien la OCDE que, como se ha referido, promueven (prescriben) ciertas ideas acerca de lo que ha de considerarse como las “mejores prácticas” o el “buen gobierno” en la resolución de una diversidad de problemas que enfrentan los países. Los Estados, por su parte, adoptan, modifican o resisten dichos modelos dependiendo de una serie de características de los propios Estados, de sus sociedades y procesos políticos y económicos, o bien de su localización geopolítica y regional.²²⁴

México está inmerso en una compleja estructura social global, que genera y difunde modelos de solución relativos a una gran variedad de problemas que enfrentan las sociedades actuales. En la solución de su problemática particular, el Estado mexicano participa de eso que se ha denominado la “internacionalización del proceso de elaboración de las decisiones políticas”. La reforma del IMSS y la expansión del régimen de subrogación de las guarderías del propio instituto no son ajenas a esos procesos.

²²⁴ Held, *op. cit.*, pp. 165 y 166.

Sin embargo, y con esto concluimos nuestro análisis, consideramos necesario aclarar que en nuestra opinión, lo sucedido en la Guardería ABC no es atribuible, en última instancia, a la globalización (malvado favorito de muchos) ni a la gobernanza o a la privatización y la “nueva” regulación ni a agencias u organismos internacionales. Nos debe quedar claro que la tragedia derivó de una problemática esencialmente interna, relacionada con la incapacidad de construir un Estado eficaz y responsable, no digamos ya de un verdadero Estado constitucional y democrático de derecho.