

## CAPÍTULO TERCERO

# GOBERNANZA, PRIVATIZACIÓN Y “NUEVA” REGULACIÓN

## I. PRIVATIZACIÓN

Las ciencias sociales han sido sensibles al cambio de enfoque (e incluso de paradigma) que implica el concepto de gobernanza entendido de la manera que hemos explicado en el capítulo anterior. En este sentido, al explicar algunas de las implicaciones del concepto de gobernanza, Picciotto ha señalado que se han dado cambios muy importantes en la esfera “pública” del Estado y en la esfera “privada” de las empresas, la industria y otras instituciones sociales, así como en las relaciones entre las dos.<sup>79</sup> En esta transformación, la privatización de funciones y servicios públicos ha jugado un papel fundamental. En efecto, desde la década de los ochenta del siglo XX es posible identificar una tendencia mundial referente a la privatización de funciones públicas (que va desde el manejo de prisiones hasta la seguridad pública), servicios públicos (que abarca desde la recolección de basura hasta la producción y distribución de energía eléctrica o los servicios de salud), así como de empresas públicas.<sup>80</sup> Igualmente, refiere Picciotto un proceso

<sup>79</sup> Picciotto, Sol, “Regulatory Networks and Global Governance”, ponencia presentada en el W. G. Hart Legal Workshop, Institute of Advanced Legal Studies, University of London, 27-29 de junio de 2006, pp. 1 y 2.

<sup>80</sup> Para el caso de las privatizaciones en América Latina, se puede consultar el ensayo de Baer, Werner y Birch, Melissa, “Privatization and the Changing Role of the State in Latin America”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, núm. 1, otoño de 1992, pp. 1-25.

paralelo por el cual la esfera aparentemente “privada” de la actividad económica se ha convertido en más “pública”. Esto se refiere al surgimiento de una variedad de tipos de regulación que orientan y limitan la conducta del mundo de los negocios, que incluye a los códigos de conducta corporativa, por los que el sector privado adopta estándares públicos para autorregularse.<sup>81</sup>

Ahora bien, una visión crítica de las privatizaciones puede llevar a concluir que el paso de una función o un servicio público de la esfera “pública” a la esfera “privada” conlleva dejar de aplicar a la actividad privatizada una serie de normas y principios de derecho público tendientes a garantizar valores como la rendición de cuentas, el debido proceso, igualdad, racionalidad y la transparencia. En efecto, en la literatura crítica acerca de los procesos privatizadores iniciados en muchos países a partir de mediados de la década de los ochenta del siglo XX se pueden encontrar opiniones como la de Paul Starr, quien parte de una discusión sobre la distinción entre lo público y lo privado como categorías básicas del Estado liberal, para analizar los distintos significados del término privatización.<sup>82</sup>

De esta manera, para Starr la distinción entre público/privado es central en el lenguaje de la formulación de demandas y generación de expectativas en el Estado liberal, en particular, dirigidas hacia el propio Estado. En este sentido, lo público implica una estructura de reglas que limitan el ejercicio del poder del Estado.<sup>83</sup> Además, aquellos que actúan en la esfera de lo público son considerados como públicamente responsables de sus acciones (en particular, ante los ciudadanos). Por otra parte, la expect-

<sup>81</sup> Picciotto, *op. cit.*, pp. 1 y 2.

<sup>82</sup> Starr, Paul, “The Meaning of Privatization”, *Yale Law Journal and Policy Review*, núm. 6, 1988, pp. 6 y 7.

<sup>83</sup> En realidad, el derecho público no sólo limita, sino que también constituye el propio poder en los Estados modernos. En este sentido, se puede identificar en el derecho público una “función constitutiva” de la autoridad pública. Véase Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, *German Law Journal*, vol. 9, núm. 11, 2008, p. 1380.

tativa derivada de lo público es que las decisiones públicas y las deliberaciones respectivas han de ser reportadas públicamente y abiertas a la participación general.<sup>84</sup> En suma, dice Starr, los ciudadanos de un Estado liberal entienden que tienen el derecho de esperar que su gobierno sea público no solamente en los fines, sino también en sus procesos.<sup>85</sup>

En contraste con lo anterior, apunta Starr, cuando los ciudadanos de un Estado liberal piensan en la esfera privada (sus casas, sus familias, sus empresas), reclaman límites al poder del Estado, límites que no son absolutos, pero que, en casos de intervención del Estado en la esfera privada, se exige una justificación basada en el interés público.<sup>86</sup> En otras palabras, las expectativas de los ciudadanos hacia el Estado difieren de acuerdo con la distinción construida entre “lo público” y lo “privado”.

Si esto es así, y si de manera general definimos a la privatización como la transferencia de una función, servicio o actividad de la esfera pública a la esfera privada, entonces la privatización tiene forzosamente un significado político, puesto que tiene un impacto en la reordenación de las demandas y las expectativas en una sociedad. Decir que alguna actividad es pública implica demandas de objetivos y propósitos públicos, responsabilidad y rendición de cuentas de carácter público y apertura o transparencia públicas, de participación y de discusión que, por lo menos en

<sup>84</sup> En su examen de la diferencia entre el derecho público y el derecho privado, así como entre los conceptos de “particular” y “Estado” propio del campo disciplinario del derecho, Gurza observa que de lo que se trata es de “distinguir cuándo opera cierta normativa y lógica jurídica y cuándo otras en la autorización y, prohibición de actos o en la solución de querellas. De manera generalizada se considera como público (perteneciente a la esfera del derecho público) cualquier acto proveniente del estado en el que éste no actúe como particular, o sea, como la parte de un contrato obligada por el derecho privado; y como privado (adscriptible al terreno del derecho privado) cualquier acto con consecuencias jurídicas en el que los participantes, incluido el Estado, se desempeñen como particulares”. Gurza Lavalle, Adrián, *Estado, sociedad y medios. Reivindicación de lo público*, México, Plaza y Valdés, 1998, p. 201.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. 7-9.

<sup>86</sup> *Idem*.

teoría, forman parte de un proceso para la formación de las preferencias y decisiones que son consistentes con los intereses de la sociedad en el largo plazo. Y decir que una actividad es privada invoca demandas de protección respecto de la intervención del Estado o de otros ciudadanos. Asimismo, la privatización significa pasar del ámbito que en principio debe ser abierto y visible, a un dominio que es más cerrado al escrutinio y con menos acceso.<sup>87</sup>

Por otra parte, la reordenación de demandas y expectativas implicada en la privatización tiene efectos distributivos. Es decir, transfiere poder a quienes están mejor posicionados para ejercer poder en el mercado. E incluso, en el extremo, puede ser empleada, dice Starr, para “reordenar las relaciones de clase” (como cuando la privatización en Chile fue usada para quebrar el poder de los sindicatos de trabajadores del Estado y reducir sus prestaciones). En suma, la privatización, al redefinir el espacio de “lo público” y “lo privado”, cambia la distribución de recursos materiales y simbólicos que influyen en la configuración de la vida política.<sup>88</sup>

En resumidas cuentas, y manteniéndonos en una línea crítica como la de Starr, podemos afirmar que las privatizaciones han significado una relocalización del poder y, a la vez, la salida de dicho poder de un régimen de controles por parte del derecho público. De esta manera, al entrar en la esfera privada una serie de funciones y actividades desempeñadas con anterioridad en la esfera pública, quedan sujetas a una lógica distinta: la de la protección del interés privado o particular frente al Estado.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 11-18 y 35-41. Mindow argumenta algo parecido, al señalar que los “actores públicos” están sujetos a un régimen de rendición de cuentas como no lo están los “actores privados”. Así, la privatización abre la posibilidad de debilitar o eludir normas de derecho público que están vinculadas con la noción de “acción pública”. Por ejemplo, los “actores públicos” pueden tener el deber de dar explicaciones, ya sea por un deber derivado del derecho administrativo de dar razones de su actuación o por medio de normas que garanticen a los ciudadanos el acceso a la información pública. Minow, Martha, “Public and Private Partnership: Accounting for the New Religion”, *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 5, marzo de 2003, p. 1246.

<sup>88</sup> *Idem*.

Sin embargo, debe señalarse que en contraste con la perspectiva referida, también existe la opinión de quienes consideran que las privatizaciones no necesariamente llevan a la reducción de lo público frente a lo privado (por ponerlo en términos simples). De esta forma, autoras como Freeman han sugerido que la privatización puede verse no como un medio para “achicar al gobierno”, sino como un mecanismo con el potencial de expandir el alcance del gobierno en ámbitos tradicionalmente considerados privados. Así, la privatización puede ser un medio de “publicación” (en inglés, *publicization*) por medio del cual actores privados se comprometen con objetivos tradicionalmente públicos, como el precio de tener acceso a oportunidades lucrativas para generar bienes y servicios, que de otra manera podrían ser provistos directamente por el Estado. Por tanto, afirma la autora, en lugar de comprometer normas de la democracia, como la rendición de cuentas, el debido proceso, igualdad y racionalidad, la privatización puede extender esas normas a actores privados a través de vehículos como el proceso presupuestal, la regulación y el contrato. No obstante lo anterior, aclara de inmediato la autora, 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 pueden resistir y resentir.<sup>89</sup>

Freeman propone que la extensión de normas de derecho público a actores privados puede darse a través de dos mecanismos: leyes y decisiones de los tribunales. Así, a través de los mecanismos legislativos se pueden imponer requerimientos y condiciones para dar apoyos o subsidios fiscales, todos condicionados a que los actores privados sujeten sus actividades a valores “públicos”. Los requerimientos se pueden referir, por ejemplo, a la transparencia de la información, la racionalidad y justificación de las decisiones, equidad y monitoreo por parte de las autoridades. Por su parte, los tribunales podrían interpretar los contratos, la

<sup>89</sup> Freeman, Jody, “Extending Public Law Norms Through Privatization”, *Harvard Law Review*, vol. 116, 2003, pp. 1285 y 1286.

responsabilidad civil, los derechos y deberes de las sociedades mercantiles de forma tal que se pueda obligar a actores privados, bajo ciertas condiciones, a que cumplan con una serie de normas de derecho público que tradicionalmente se ha entendido se aplican exclusivamente a actores estatales (no discriminar, debido proceso, transparencia). Se podría, incluso interpretar los contratos para dar a los beneficiarios de un servicio público privatizado (que no son parte en el contrato, sino terceros), un derecho de acción para lograr el cumplimiento del contrato, incluso si la ley no lo dice expresamente.<sup>90</sup>

En suma, lo que el debate sobre la privatización nos sugiere, es que la línea entre “lo público” y “lo privado” puede perder sus contornos asumidos como claros y precisos bajo una visión tradicional. Es decir, bajo esta última, la aplicabilidad de un régimen de derecho público, por un lado, o la aplicabilidad de un régimen de derecho privado, por otro, está determinada por la calidad de los sujetos involucrados en el ejercicio de ciertas funciones o desempeño de ciertas actividades.

Sin embargo, el debate sobre la privatización y sus implicaciones ha abierto la posibilidad de que, independientemente de la calidad de los sujetos (como “personas de derecho público”, o “personas de derecho privado”), lo determinante para definir qué régimen normativo se aplica sea la actividad o función desempeñada y, específicamente, la existencia de un “interés público” que haya de ser preservado, y valores vinculados con dicho interés, como lo pueden ser la necesidad de establecimiento a controles, transparencia y garantías de racionalidad de las decisiones, entre otros.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pp. 1317-1320. En esta misma línea se encuentra el trabajo de Trebilcock y Iacobucci, quienes afirman que si los mecanismos privados de rendición de cuentas (es decir, los derivados del juego de las fuerzas del mercado) no se consideran adecuados, el Estado puede imponer un régimen de rendición de cuentas a actividades, funciones o empresas privatizadas (si bien esta situación puede tener un impacto negativo en cuanto a los beneficios derivados de los mercados privados). Véase Trebilcock, M. y Iacobucci, Edward, “Privatization and Accountability”, *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 5, marzo de 2003, p. 1451.

Por último, debemos mencionar que, en relación con la privatización de servicios públicos, Araujo ha identificado en toda su complejidad los significados que la privatización puede tener en relación con dichos servicios (complejidad que plantea diversos retos al derecho administrativo, como disciplina científica y como ejercicio profesional). De esta manera, el referido autor señala lo siguiente:

A este respecto, es necesario de entrada mencionar que esta modalidad de gestión se corresponde con lo que es el objeto del presente desarrollo: la privatización de los servicios públicos, si bien hay que ponerse de acuerdo con su significado. Hay privatización, referente al plano jurídico, desde el momento en que se opera legalmente la transformación de una actividad de servicio público en actividad privada o, en una actividad reglamentada, esto es, regulada con intensidad por el Estado, pero actividad privada (privatización funcional). La privatización puede significar también la modificación del modo de gestión por efecto del cambio de una gestión pública a una gestión privada, en todo o parte de un servicio público (privatización organizativa). Por último, la privatización se da en razón del cambio de habilitación, por ejemplo, cuando se implanta un sistema de autorización en sustitución de un sistema de concesión de servicio público (privatización formal)...<sup>91</sup>

Todo lo anterior plantea un reto teórico-conceptual, pues se opone a una visión tradicional de cuáles son los alcances de las normas de derecho público y cuál es el ámbito que corresponde exclusivamente a “lo privado” y su protección frente a la acción pública.

## II. LA “NUEVA” REGULACIÓN

Vinculado con las transformaciones del Estado moderno relativas a las privatizaciones, diversos autores hablan también

<sup>91</sup> Araujo-Juárez, José, *Manual de derecho de los servicios públicos*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2003, p. 219.

del surgimiento de un “nuevo Estado regulatorio”. Braithwaite, por ejemplo, señala que las privatizaciones de los años ochenta y noventa del siglo XX no siempre fueron acompañadas de una desregulación, sino más bien del surgimiento de nuevas técnicas de regulación como alternativas al control y el comando directos.

En este mismo sentido, Martínez ha señalado que en muchos procesos de privatización y de *despublicación* no hay, propiamente hablando, desregulación o sólo la hay parcial, sino que más bien ha habido un cambio de regulación, por lo que en propiedad habría que hablar de *neorregulación* o de *rerregulación*.<sup>92</sup>

Por su parte, autores como Vincent-Jones han hablado más específicamente de la contractualización de los servicios públicos como un instrumento de la “nueva” regulación, definida como el proceso por el cual los servicios públicos son desempeñados cada vez más por empresas privadas o agencias estatales o cuerpos voluntarios semiautónomos en relaciones contractuales con agencias públicas. La contractualización implica el reemplazo de formas burocráticas por formas de “cuasi-mercado” de provisión.<sup>93</sup>

En esta línea, Vincent explora la idea de la “regulación por contrato”. En este esquema, las agencias estatales como compradoras son reguladas y ellas mismas ejercen funciones regulatorias, las cuales pueden actuar a través de los estándares contractuales que pueden establecer, y del monitoreo de las prácticas de ejecución del contrato celebrado con el proveedor (privado) del servicio (público).<sup>94</sup> Finalmente, Vincent-Jones concluye que la

<sup>92</sup> Martínez López-Muñiz, J. L., “Nuevo sistema conceptual”, en Ariño Ortiz, Gaspar (ed.), *Privatización y liberalización de servicios*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 137.

<sup>93</sup> Si bien —para este autor— dichas formas tienen un futuro, es incierto en el largo plazo, pues ha habido experiencias negativas en el Reino Unido, en salud y educación. Vincent-Jones, Peter, “The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services”, *Public Law*, verano de 1999, p. 304.

<sup>94</sup> “Public purchasers may make various uses of contract as a regulatory mechanism and management tool”. “Once contracts have been awarded, it is in

contractualización de servicios públicos, y la creación de “cuasi-mercados”, puede en ciertos casos y con el establecimiento de ciertas limitaciones, ofrecer ventajas significativas en comparación con formas burocráticas de organización que han dominado los servicios públicos en el Reino Unido y otras sociedades capitalistas. Bajo condiciones regulatorias apropiadas —afirma— la “gobernanza contractual” puede ayudar a generar soluciones al problema de cómo valores democráticos tales como la apertura, participación y rendición de cuentas pueden hacerse efectivos en este tipo de arreglos, para lograr una más eficiente, efectiva y responsable provisión de servicios públicos.<sup>95</sup>

Por otro lado, resulta interesante mencionar la propuesta teórica de Colin Scott, quien busca diseñar un modelo conceptual novedoso para explicar las posibilidades de la regulación en el marco de las transformaciones que están experimentando los Estados modernos. Colin Scott propone el empleo de la metáfora que llama “espacio regulatorio”, como un modelo (normativo) que sirva de base para un mejor diseño institucional de la regulación.<sup>96</sup> Para este autor, en el tema de la regulación, el problema central del control (o falta de control) está estrechamente vinculado a la

the interest of public authorities to use contract as a mechanism for controlling the quality and cost of service provision. The performance of contracts is of obvious interest to public purchasers. The transaction costs of running contractual relationships in terms of monitoring, defaults, sanctions, penalties, dispute resolution and termination of contracts are likely to be critical indicators of regulatory success or failure”. *Ibidem*, p. 316.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>96</sup> Scott define la regulación como un proceso o conjunto de procesos por medio de los cuales se establecen normas y se monitorea la conducta de aquellos que están sujetos a las normas o retroalimentan (*feedback*) el régimen, para lo cual existen mecanismos destinados a mantener la conducta de los actores regulados dentro de los límites aceptables del régimen (ya sea por acción ejecutiva o por otros mecanismos). Asimismo, admite que puede darse una noción más estrecha, hablando de regulación como un instrumento de gobernanza que tiene como eje principal el despliegue de autoridad. Scott, Colin, “Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design”, *Public Law*, verano de 2001, pp. 329 y 330.

circunstancia de la posesión fragmentada de recursos clave.<sup>97</sup> Es decir, los límites al poder regulatorio en los Estados modernos están marcados por el hecho de que los recursos relevantes para tener dicho poder y ejercer capacidades están dispersos o fragmentados entre distintos tipos de actores, estatales y no estatales (aquí hay un obvio eco del concepto de gobernanza explicado en el capítulo anterior). Según este autor:

Estos recursos no están restringidos a la autoridad formal del estado derivada de la legislación o de contratos, sino que también incluye información, riqueza y capacidades organizacionales. La posesión de estos recursos está fragmentada entre agencias estatales, y entre entes estatales y no-estatales. La combinación de información y capacidades organizacionales puede dar a una empresa que está regulada autoridad informal considerable, que es importante en el resultado hasta de la formación de reglas formales o de procesos de aplicación de las normas. Puesto de otra manera, las capacidades derivadas de la posesión de recursos clave no son necesariamente ejercitadas jerárquicamente dentro del espacio regulatorio, del regulador hacia el regulado. Consideramos la presencia dentro del espacio son solamente de reguladores y regulados, sino de otras organizaciones interesadas, estatales y no estatales, que poseen recursos en un grado variable. Las relaciones pueden ser caracterizadas como complejas, dinámicas y horizontales, incluyendo interdependencia negociada. Esta re-conceptualización de los procesos regulatorios es importante para entender los límites del derecho en la regulación. La naturaleza dispersa de los recursos entre organizaciones en el mismo espacio regulatorio significa que los reguladores no tienen el monopolio sobre la autoridad formal e informal. Esta observación dirige nuestra atención a la necesidad de concebir estrategias de regulación consistentes en una amplia gama de procesos negociados, de los que la formación de reglas y su implementación son sólo dos.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> *Idem.*

<sup>98</sup> Como observa este autor, la metáfora del “espacio regulatorio” propuesta a cerca a la noción de gobernanza que hemos examinado líneas arriba. *Ibidem*, p. 330.

En suma, la metáfora del “espacio regulatorio” (cuya afinidad con la noción de gobernanza resulta evidente) sugiere fijarnos en la circunstancia de que la autoridad regulatoria y la responsabilidad están en muchas ocasiones dispersas entre varias organizaciones, públicas y privadas, y que la autoridad pública-estatal no es la única fuente de poder e influencia dentro del dominio regulado. En este sentido, el modelo propuesto por Scott orienta su atención en las interacciones de cada uno de los que participan en el espacio, y está abierto a la posibilidad de reconocer sistemas plurales de autoridad (formal e informal) y de otros recursos y un complejo de intereses y acciones.<sup>99</sup>

Como puede apreciarse, el modelo del “espacio regulatorio” plantea una serie de retos a presupuestos tradicionales del derecho administrativo, pues por un lado su lógica lleva a cuestionar una visión de la regulación basada en el ejercicio jerárquico del poder del Estado sobre el “sector privado”. Y, por otro lado, el modelo conlleva el cuestionamiento de la distinción convencional entre “actores públicos” y “actores privados”. En lugar de ello, la metáfora lleva a una idea de la regulación como producto de relaciones horizontales entre los actores involucrados, y de un espacio en el que se funden (por así decirlo) actores públicos y privados para generar orden.

Además, el modelo lleva también a repensar la concepción tradicional de autoridad, pues, en palabras del propio Scott, “[l]a posesión de autoridad jurídica formal no determina de ninguna manera la forma en que la autoridad es ejercida, y puede ser significativamente atemperada por autoridad informal poseída por otros actores”.<sup>100</sup> En este esquema, la posesión de uno o más de otros recursos clave, como información, riqueza y organización, con frecuencia confiere autoridad informal que a su vez, puede estar dispersa en el “espacio regulatorio” entre actores estatales y no estatales. En última instancia, la formación de las reglas y los procesos de implementación de las mismas estarán domina-

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 336 y 337.

dos por las interacciones de dichos actores, y el despliegue que hagan de los recursos a su disposición. Esto puede llevar, en el extremo, a situaciones en las que los procesos regulatorios estén dominados por actores privados, a pesar de que no tengan ningún tipo de autoridad formal. A su vez, esta forma de concebir la autoridad obliga también a repensar cuestiones relacionadas con la naturaleza de la rendición de cuentas, y temas vinculados con el control democrático sobre los procesos regulatorios.<sup>101</sup>

Cabe aclarar que Scott no propone que su modelo del “espacio regulatorio” sirva para explicar la totalidad de los procesos

<sup>101</sup> Quizá uno de los ejemplos que nos permiten ver con mayor claridad lo que sugiere esta postura pueda encontrarse en lo que se ha dado en llamar las “autoridades reguladoras autónomas”, que han proliferado en muchos países en las últimas décadas, como instrumentos alternativos de regulación económica y social, que en buena medida se alejan del modelo de intervención directa por parte del Estado. En este sentido, Jordana ha observado que: “Sin embargo, para completar el análisis de los procesos políticos en las nuevas políticas regulativas, también es necesario considerar la dimensión de los actores: tener en cuenta el papel de las redes de actores, públicos y privados, y su interrelación con las constelaciones institucionales antes descritas. En este sentido, más que plantear la clásica teoría de la ‘captura’ del regulador, donde un grupo de intereses empresariales consigue dominar las decisiones del órgano regulador, debemos entender que las políticas regulativas pueden favorecer a complejas coaliciones de actores, donde participen tanto representantes de intereses privados como también distintos segmentos del ámbito público, que tengan una visión compartida sobre la orientación de la política pública, y consigan mantener con suficiente estabilidad un cierto predominio sobre el proceso de toma de decisiones en la política. Para observar estas configuraciones de actores con intereses en las distintas políticas regulativas, su configuración y dinámica, podemos emplear la aproximación de las redes políticas (*policy networks*), cuyos elementos de análisis nos permiten identificar aspectos como el tamaño de las redes, los actores participantes, los mecanismos de relación entre éstos, su grado de formalización, o la intensidad de los contactos que establecen, entre otras variables. Identificando las coaliciones existentes de actores, o los núcleos de relación estable que se forman, podemos luego aproximarnos al estudio de su impacto en el proceso político, discutiendo hasta qué punto distintas configuraciones de actores (o su transformación) inciden en el contenido de las decisiones políticas adoptadas con relación al sector analizado”. Jordana, Jacint, “¿Hacia un nuevo Estado regulador? Las autoridades reguladoras autónomas”, *Sistema*, núms. 184-185, enero de 2005, p. 107.

regulatorios, ni que sea aplicable a todo tipo de relación entre reguladores-regulados en los Estados modernos (admite que la idea de las relaciones jerárquicas y de la distinción clara entre lo público y lo privado sigue dominando en muchas ocasiones la percepción y las prácticas en el ejercicio de los poderes regulatorios). Sin embargo, sí sugiere el autor que los Estados modernos han experimentado ciertas transformaciones, por lo menos desde la década de los ochenta del siglo pasado, que obligan a crear nuevos conceptos por parte del derecho público.<sup>102</sup>

En conclusión, como en el caso de la privatización, los fenómenos vinculados con la “nueva” regulación plantean también una serie de retos teórico-conceptuales: ¿cuál es el *locus* de la autoridad?; si hay un tipo de “autoridad informal”, ¿quién la controla y cómo?; o simplemente ¿no se le puede (debe) controlar?; ¿sobre qué base podría concebirse un régimen que garantice la protección de valores caros al derecho público en relación con formas noestatales de autoridad (en caso de que éstas existan)?

Éstos son los tipos de preguntas que tienen que contestar los estudios que examinen los fenómenos vinculados con la gobernanza desde la perspectiva doméstica a que nos hemos referido en el anterior capítulo y en el presente.

### III. LA DISTINCIÓN ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO: HACIA UNA RECONCEPTUALIZACIÓN

Como se desprende de la discusión desarrollada en los dos apartados anteriores, uno de los temas más relevantes que merece ser reconsiderado es el de la distinción entre lo público y lo privado. ¿Qué es “lo público”? y ¿cuál su diferencia con “lo privado”? Adrián Gurza Lavalle ofrece una conceptualización interesante y novedosa sobre lo público, que resulta útil para la discusión que venimos desarrollando en el presente trabajo. Para este autor:

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 352.

Lo público es una dimensión social que obliga al Estado a salvaguardar un conjunto de intereses (que por medio de un conflicto de índole política terminan por ser) considerados como prioritarios por la sociedad. Más propiamente, lo público es una dimensión impuesta al Estado por la sociedad bajo una determinada correlación de fuerzas, en la que ésta consigue poner al margen de la lógica del mercado un complejo de tareas socialmente necesarias para la reproducción y desarrollo de la sociedad como un todo. Al considerar como un deber la protección de ciertas actividades, funciones o espacios considerados socialmente valiosos, la comunidad decide financiarlos colectivamente.<sup>103</sup>

Es decir, lo público implica un proceso por el cual ciertas actividades se llegan a considerar y definir como socialmente valiosas (este es el contenido ético que se encuentra en la base de lo público), lo cual tiene como consecuencia que el Estado se erija en el garante de la reproducción de dicha actividad. Asimismo, lo público requiere de un reconocimiento por parte del Estado (siendo la ley el mecanismo fundamental para tal reconocimiento). En otras palabras, es el Estado el que reconoce (o no) una actividad, función o espacio social con un valor tal, que justifica su “desmercantilización”. De esta manera, el Estado otorga el estatuto de “público” a una necesidad social, a una actividad o función, y con ello los excluye del mercado “y se asume como el garante —no necesariamente el administrador— de su satisfacción o reproducción”.<sup>104</sup>

Por otro lado, la determinación de lo público no es algo que ocurra de una vez y para siempre. Al contrario, se trata de una definición que puede cambiar y variar en el tiempo, por lo que puede extenderse o estrecharse para cubrir o dejar de cubrir ciertas actividades.<sup>105</sup> Además —afirma Gurza— esa determinación

<sup>103</sup> Gurza Lavalle, Adrián, “Lo público, un descuido de la administración pública”, *Estudios Políticos*, núm. 5, 1994, p. 147.

<sup>104</sup> Gurza Lavalle, Adrián, *Estado, sociedad y medios. Reivindicación de lo público, cit.*, pp. 188 y 189.

<sup>105</sup> “Lo público incorpora un determinado carácter general que permite comprenderlo como un producto histórico, vale decir, que explica qué tipo de inte-

es producto del conflicto, resuelto de acuerdo con una correlación de fuerzas que cristaliza en un pacto social o consenso que cimienta una específica configuración histórica del Estado.<sup>106</sup>

Lo anterior significa que a pesar de que es el Estado el que reconoce y otorga estatuto de público a una actividad o función social, ese reconocimiento depende de un proceso conflictivo que se da en la sociedad en general y que termina por “transmitir” al propio Estado una definición de qué actividad o función ha de considerarse como pública. Por ello es que Gurza afirma que lo público es una dimensión “impuesta” al Estado por la sociedad bajo una determinada correlación de fuerzas enfrentadas en una lucha política e ideológica.<sup>107</sup>

reses pueden ser incluidos dentro de él y a qué obedece esta inclusión... Por su naturaleza, lo público es también la cristalización de un determinado nivel de fuerzas. En tanto que correlación de fuerzas, lo público no es una dimensión social inmutable, tiene posibilidades de extensión o estrechamiento para cubrir o desconocer ciertas demandas sociales específicas como públicas; todo depende del nivel de fuerzas en el momento preciso del conflicto. No obstante, la configuración básica de lo público, anteriormente explicada, opera como la matriz fundamental que determina lo que es y lo que no es obligación del Estado frente a la sociedad, vale decir, que preclasifica las necesidades sociales en su viabilidad de ser acogidas en el seno estatal como parte integrante de lo público”, Gurza Lavalle, Adrián, *La reestructuración de lo público. El caso Conasupo*, México, ENEP Acatlán, 1994, pp. 65 y 67.

<sup>106</sup> “Lo considerado valioso, como producto directo de una ética social bajo determinada correlación de fuerzas entre poseedores y desposeídos, implica generalmente la defensa de ciertos factores nacionales necesarios para un mejor destino *común*, o la universalización de ciertas posibilidades de progreso que igualan un estándar *común* para todos como miembros de una misma patria. Claro está que el consenso de estos comunes, en un primer momento, no es sino producto del desgarramiento social y de las luchas en que éste se manifiesta, pero al paso del tiempo, algunos de estos consensos se impregnan de tal manera en el tejido social que terminan por perder su carácter político, tornándose en normas culturales de convivencia civilizada”. Gurza, “Lo público...”, *cit.*, p. 147.

<sup>107</sup> En este tenor, afirma Gurza que la administración pública trabaja sobre el sistema de necesidades sociales, pero no *in toto*, sino sobre la parte de él que ha sido legitimada para justificar su atención prioritaria frente a otros intereses potencialmente esgrimibles bajo el rubro de interés público. Del sistema de

Asimismo, esa “dimensión”, que es lo público, implica una tensión entre diversos sentidos, que en conjunto caracterizan el contenido de aquélla:

Lo público-estatal alude a lo que es para todos, por lo que la idea asociada de amplitud o libertad de acceso encontraría en él una adecuación de significado pertinente; no obstante, cuando lo que es de importancia para el cuerpo social en su conjunto debe ser administrado por la autoridad competente para el caso, se hace necesaria cierta vigilancia colectiva de dicha autoridad. La sociedad no tiene derecho de intervención sobre el desempeño de la beneficencia pública si ésta se encuentra en manos privadas, pero lo tiene en cambio frente a cualquier acto o decisión de autoridad pública. La transparencia o vigilancia pública está indisolublemente vinculada a la constitución de una autoridad pública. Así, en un término como presupuesto público se combina el triple sentido de público propio de ésta tensión: *público porque es para beneficio del todo social, público porque es administrado por el Estado y público porque debe ser ejercido de manera transparente, a la vista de todos y entregando cuentas al público, es decir, no ocultamente, de cara a la vigilancia social, con responsabilidad pública que supone cuidado en el manejo de los asuntos públicos y rendición de cuentas a los interesados.*<sup>108</sup>

Ahora bien, ¿qué es “publicable”?<sup>109</sup> ¿qué actividades o funciones sociales debe entenderse que son “para beneficio del todo

necesidades sociales sólo una porción es publicada asumiendo el estatuto de necesidad pública, mientras que el resto permanece en el terreno de los intereses sociales de índole individual o colectiva, pero no pública, es decir, sin derecho a una satisfacción instrumentada en la esfera de la administración pública y garantizada en la esfera del estado. Gurza, *Estado, sociedad y medios, cit.*, p. 203.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 55 y 56. Las cursivas son nuestras.

<sup>109</sup> Contraria a la “publicación” se puede identificar a la “despublicación” que Martínez López-Muñiz caracteriza “por su significación precisa y no susceptible de graduación, por cuanto se trata pura y simplemente de un acto jurídico-público de contrario imperio a la *publicatio*, por el que se suprime la reserva a la titularidad exclusiva de los Poderes públicos sobre un determinado tipo de actividad o servicio, devolviéndolo en consecuencia al ámbito del ejer-

social”, y por tanto deben ser “administradas por el Estado” y deben “ser ejercidas de manera transparente, a la vista de todos y entregando cuentas al público”? En el esquema que venimos explicando, consideramos que en principio, cualquier actividad o función social podría llegar a considerarse como pública, dependiendo de las condiciones, problemática y evolución histórica de cada sociedad. Sin embargo, Gurza sugiere que distintos modelos de Estado establecen una especie de predeterminación o preclasificación política y cultural de las materias consideradas como legítimamente publicables y de los medios privilegiados para la realización de su estatuto público. Así, el modelo de Estado liberal clásico verá como legítima a la publicación de ciertos dominios y como ilegítima la publicación de otros, y lo propio hará el modelo del Estado de bienestar.<sup>110</sup>

cicio de la libertad de empresa, del derecho de propiedad y del conjunto de las libertades económicas-bajo la pertinente regulación alternativa. En toda despublificación hay pues siempre, claramente, un antes y un después bien definidos, determinados de ordinario por la entrada en vigor de la ley que la formalice”. Martínez López-Muñiz, J. L., “Nuevo sistema conceptual”, en Ariño Ortiz, Gaspar (ed.), *Privatización y liberalización de servicios*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 137.

<sup>110</sup> “El modelo liberal se tipifica por el carácter restringido de la publicación políticamente legítimable y por el recurso preferente de la regulación para incidir en el tráfico socioeconómico, que de tal manera, permanece en manos de los privados. De hecho, el supuesto último está en la premisa de que la garantía estatal pública se satisface con la vigilancia y sanción de los derechos políticos fundamentales, ya que éstos aseguran la participación de los privados en la vida pública. Por el contrario, el Estado de bienestar supone una tendencia publicadora de áreas importantes de la vida social y una recurrencia a la intervención directa por la vía del gasto y de la creación de un aparato público administrativo, sustrayendo de la acumulación económica privada las materias investidas de estatuto público. El primado de los derechos políticos individuales, sobre los que se produce la vida pública del Estado liberal, se ve desplazado por el primado de los derechos sociales que fundamentan la acción publicadora del Estado de bienestar, una vez que los derechos individuales ceden paso a los de carácter social y que se afianza este cambio en la percepción de la sociedad sobre el sentido de legitimidad de la esfera pública, se consolida y amplía considerablemente el efecto desmercantilizador de lo público”. Gurza, *Estado, sociedad y medios*, cit., pp. 190 y 191.

Desde una perspectiva de derecho administrativo, se puede plantear igualmente la pregunta de qué hace que un servicio sea público. ¿Qué es lo que hace que una actividad, que tiene ciertos aspectos empresariales (manejo de recursos humanos, servicios, capitales y tecnología), sea considerada como un servicio público? Consideramos que la respuesta consiste en un reconocimiento colectivo de la existencia de una necesidad de interés general, y la valoración y decisión del Estado de satisfacerla invistiendo a la administración pública de potestades para hacerlo.<sup>111</sup>

Por último, resulta interesante destacar que en la perspectiva de Gurza, lo público no es sinónimo de lo estatal. 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 este sentido, afirma Gurza:

Que lo público no es sinónimo del Estado es de fácil demostración con un ejemplo que nos regala la historia reciente del país. Una de las constantes y más reiteradas demandas en el proceso de reforma política que se ha vivido en los últimos años es que el Estado, por sus peculiares características, no puede ser el respon-

<sup>111</sup> “Como cuestión previa interesa destacar que el servicio público por ser lo primero (*servicio*), ha de consistir en la actividad de prestación asumida por una organización, destinada a aportar alguna utilidad a los particulares; y por ser lo segundo (*público*), ha de ser gestionado en nombre de la colectividad y ofrecido por el Estado. De ahí que el elemento orgánico de la noción de servicio público referido a la *asunción de la actividad* por el Estado, si bien significa la responsabilidad de garantizar la real prestación, no comporta la de excluir necesariamente la realización de la prestación por sujetos distintos al Estado, partiendo del hecho de que aquél es libre para elegir el *sistema de prestación* que considere más idóneo para cada servicio público y cada momento”. Araujo-Juárez, José, *Manual de derecho de los servicios públicos*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2003, pp. 195 y 211.

sable de los procesos electorales y que éstos deberían quedar en manos de la sociedad civil y de los partidos políticos. La petición considera que el Estado no asegura la claridad, imparcialidad, legalidad y credibilidad de tales eventos, es decir, que el Estado no garantiza la publicidad o el carácter público de los mismos. En efecto, en México el poder del Estado en muchas de sus manifestaciones no es público, y lo mismo podría asegurarse de los cargos ‘públicos’, de algunas partidas del presupuesto ‘público’ y de muchos organismos de la administración ‘pública’... Por la naturaleza y definición de lo público el Estado no puede ser su sinónimo, pero además en México no lo es porque el Estado no garantiza la publicidad de sus actos, valga decir, no obra conforme a criterios públicos.<sup>112</sup>

Que lo público no necesariamente coincide con el “aparato estatal” o “aparato gubernamental”, se manifiesta en el debate actual sobre la redefinición del objeto de estudio de la administración pública como disciplina científica y como ejercicio profesional. En este sentido, afirma Gurza que si lo público constituye el objeto de estudio de la ciencia de la administración pública, es posible proponer que ésta, en tanto ejercicio profesional, sea

<sup>112</sup> “De esta manera, el Estado debe hacerse cargo de lo público en tanto que matriz de su pacto social fundante y por ello, se le confunde con lo público mismo; no obstante, la sociedad puede perfectamente guardar para sí el cuidado de ciertos intereses públicos: la institución del *ombudsman* en Europa es un ejemplo de organismo no estatal con carácter y desempeño públicos. Muy típicamente, las funciones públicas que la sociedad recupera se relacionan con aspectos en los que el Estado, al ser juez y parte, se desempeña deficientemente como tutor obligado de los derechos sociales de carácter público: procesos políticos, impartición de justicia, etcétera. En todo caso, lo público requiere del Estado con independencia de que tenga lugar en el aparato administrativo estatal o en el seno de la sociedad civil, pues lo público deviene tan sólo mediante su explícito reconocimiento por parte del Estado, quien así le otorga a esta dimensión de la sociedad un carácter regulativo universal que no podría adquirir de otra forma. Por ello, no toda demanda social se convierte inmediatamente en necesidad pública, sólo cuando su satisfacción se considera obligatoria mediante el reconocimiento político de la misma, es posible hablar de que ha adquirido un carácter público”. Gurza, “Lo público...”, *cit.*, pp. 138 y 146-148.

entendida como el complejo de procesos decisorios, actividades, funciones, y medios tendientes a la mejor resolución de las necesidades públicas según los mecanismos sociales o políticos con que éstas se determinen. Pero, por otro lado, sostiene que la administración pública, como disciplina científica, ha de servir a lo público no sólo mediante el análisis del aparato gubernamental público, sino a través del estudio y comprensión más amplia de la gestión de lo público como problema social, es decir, a través de la producción de conocimiento efectivo sobre la conformación de necesidades públicas, la mejor resolución de éstas y el debido comportamiento de las formas organizativas, de carácter gubernamental o social, que garantizan el interés público mediante la administración de lo público mismo. Por lo anterior, concluye Gurza, es necesario entender la administración pública como administración de lo público antes que como ejercicio de la actividad gubernamental.<sup>113</sup> Como puede apreciarse, en esta afirmación existe un eco del enfoque de la gobernanza, tal y como lo examinamos en el capítulo precedente.

Detrás de los debates sobre la privatización y la “nueva regulación” está el tema de “lo público” en las sociedades contemporáneas. Como se desprende del análisis previo, la privatización puede significar la sustracción de una actividad social del campo conducido bajo criterios de interés *público*. Sin embargo, esto no necesariamente tiene que ser así. La “publicación” de funciones o tareas privatizadas (o, ¿por qué no?, también de funciones no *privatizadas* sino simplemente *privadas*), es una opción como técnica de intervención capaz de extender “lo público” más allá del Estado y su maquinaria administrativa.

Lo mismo puede decirse respecto de la idea de la “contractualización de los servicios públicos”, contenida en el concepto de la “nueva regulación”, que es capaz de extender “lo público” a ámbitos de actividad desempeñados por particulares, a través de los estándares contractuales que se puede establecer, y del monitoreo sobre las prácticas de ejecución de los contratos.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 144.

## IV. RECAPITULACIÓN

La globalización está teniendo un impacto sobre los Estados nacionales. En otras palabras, los cambios y procesos que ocurren dentro y alrededor del Estado en el mundo actual (identificados con el concepto de globalización), han venido provocando una serie de transformaciones en el Estado mismo. No obstante, y como ya hemos mencionado, esto 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, el Estado retiene hoy día sus características básicas como Estado territorial, Estado constitucional, Estado-nación democrático y Estado intervencionista, si bien cada vez más comparte responsabilidades en la provisión de seguridad física, seguridad jurídica, autodeterminación democrática y bienestar social, con instituciones al nivel internacional. Así, en cada vez más casos los Estados están entrelazados con nuevos sitios de responsabilidad.

Lo anterior es ilustrado por el concepto de gobernanza, que en su sentido descriptivo nos muestra cómo, en los hechos, actores no gubernamentales, como empresas, organizaciones de la sociedad civil, centros de pensamiento autónomos, organismos financieros internacionales, 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; a su vez, y al tenor de esta tendencia, 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.<sup>114</sup>

Asimismo, en su sentido prescriptivo el concepto de gobernanza se identifica con ciertos procesos referidos a verdaderos modelos de solución de problemas sociales, generados y difundidos en una compleja estructura social mundial, dinámica, competitiva y conflictiva, que tiene como actores a los propios Estados,

<sup>114</sup> Recordar el análisis de Aguilar referido *supra*, pp. 28 y 29.

pero también a entidades como organismos internacionales de diverso tipo, empresas transnacionales, ONG nacionales e internacionales, instituciones académicas, *think-tanks*, comunidades científicas y de expertos, entre otros.

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 sus procesos políticos y económicos, o bien de su localización geopolítica y regional.<sup>115</sup> Manifestación de ello es que algunos países del Este asiático han podido adoptar medidas distintas a las del modelo promovido por el Consenso de Washington cuando lo han considerado pertinente para el interés nacional, con resultados positivos.<sup>116</sup>

<sup>115</sup> Held, *op. cit.*, pp. 165 y 166.

<sup>116</sup> En su explicación de la reacción de algunos países ante las recomendaciones del llamado “Consenso de Washington”, Stiglitz explica: “Las políticas del Consenso de Washington enfatizaron la privatización, pero los Gobiernos nacionales y locales ayudaron a crear empresas eficientes que desempeñaron un papel crucial en el éxito de varios países. Según el Consenso de Washington, las políticas industriales, mediante las cuales los Estados procuran bosquejar la futura dirección de la economía, son un error. Pero los Gobiernos del Este asiático las tomaron como una de sus principales responsabilidades. En particular, pensaron que si iban a cerrar la brecha de ingresos que los separaba de los países más desarrollados tendrían que cerrar la brecha del conocimiento y la tecnología, y para ello diseñaron políticas de educación e inversión. Las políticas del Consenso de Washington no atendieron a la desigualdad, pero los Gobiernos del Este asiático trabajaron activamente para reducir la pobreza y limitar el crecimiento de la desigualdad, porque creían que esas políticas eran

Finalmente, nos permitimos plantear una serie de preguntas que reflejan una inquietud en relación con la adopción acrítica de ciertos modelos, y que de alguna forma nos dan la apertura hacia la siguiente sección del presente libro:

- ¿Qué impacto puede tener la nueva perspectiva de la gobernanza en países con sociedades civiles débiles y poco organizadas, en las que tradicionalmente han existido grupos de interés particulares muy poderosos, y que no han desarrollado poderes públicos con capacidad y fortaleza suficiente para imponer una disciplina social en aras de defender y hacer prevalecer los intereses generales?
- ¿Qué consecuencias puede tener el dar por supuestas ciertas condiciones de certidumbre, estabilidad y racionalidad de los actores implícitas en algunas de las recomendaciones (por ejemplo, de la nueva gestión pública)?
- ¿Qué tan exportable es el modelo de la nueva gestión pública, y qué tan viable es en función de las peculiaridades de los países de América Latina, 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?

importantes para preservar la cohesión social y que dicha cohesión social era necesaria para generar un clima favorable a la inversión y el crecimiento. En términos más generales, las políticas del Consenso de Washington apuntaban a un papel minimalista del Estado, mientras que en el Este asiático los Estados ayudaron a perfilar y dirigir los mercados”. Stiglitz, Joseph E., *El malestar con la globalización*, México, Taurus, 2006, p. 125.

- ¿Cuáles son los 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?
- ¿Que problemas pueden derivar de la implementación de instrumentos como el *contracting out* en la prestación de servicios públicos, en condiciones en las que no existen mercados competitivos entre los oferentes ni tampoco procedimientos de contratación gubernamental abiertos y verificables, ni una sólida experiencia y pericia en la administración de contratos?

Todas estas preguntas y dudas nos permiten ir perfilando un marco teórico crítico, que nos permita generar una interpretación acerca de las razones y circunstancias que pueden haber contribuido a la producción de la tragedia de la Guardería ABC, a la cual nos referiremos en el capítulo siguiente.