

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS MÚLTIPLES FACETAS DE LA GOBERNANZA GLOBAL

En torno al concepto de gobernanza global hay cuantiosas posturas que la definen y la debaten en términos muy heterogéneos. De ningún modo se trata de un término unívoco, de ahí que más allá del hecho de acuñar una definición propia de gobernanza global, lo que más interesa en este apartado es esclarecer las implicaciones que supone adoptar este marco conceptual para el análisis que se lleva a cabo en secciones subsecuentes.

A la luz de este objetivo, en este capítulo se escudriñan distintas acepciones y perspectivas sobre el concepto de gobernanza global, para poder precisar qué es lo que se rescata de cada una de ellas y cuáles de sus componentes quedarán por fuera de este trabajo. Ello no conlleva afán alguno de utilizar todos y cada uno de los elementos de tal concepto para el estudio del caso específico de las pandemias.

En primer lugar, no existe una definición única de gobernanza global, y, segundo, no interesa para las presentes aspiraciones el “agotar” la definición al aplicarla a un fenómeno específico. Por eso, para efectos de delimitar la línea de investigación a la que se adscribe este trabajo, se toma a la gobernanza global como una noción transversal que va más allá de lo estrictamente jurídico, y que, por otro lado, intersecta varios campos de estudio del derecho.

Dentro de la justificación para la selección de la variante global de la gobernanza, como se señala en el capítulo primero, la naturaleza de las pandemias ilustra la ventaja de adoptar un enfoque que también tiene ese carácter. Aun cuando el término “global” es entendido de diversas formas, en estas líneas se emplea la vertiente multinivel, y no el sentido más literal de planetario.

Esto puede dar lugar a peligros analíticos, que se intentan evitar en la medida de lo posible. Sirva este capítulo, entonces, como una exposición del panorama general sobre la gobernanza, para después señalar aquellos postulados que se retoman en capítulos posteriores. Para ello, se presentan argumentos que quedan excluidos del alcance de esta investigación, principalmente por cuestiones metodológicas.

I. EL CONCEPTO DE GOBERNANZA GLOBAL

1. *Evolución y multiplicación del concepto de gobernanza*

Para iniciar con un relato breve de la aparición del término *gobernanza*, vale la pena traer a colación el hecho de que su connotación actual es fruto de un debate en torno a las transformaciones que experimenta el ente denominado “Estado”¹⁴⁹ frente a las dinámicas propias del proceso de globalización.

Luego, el debate sobre los efectos de la globalización en el Estado al que se inserta este trabajo es, a grandes rasgos, el que atañe al efecto que ha tenido este fenómeno multidimensional sobre el Estado en su calidad de ente sociopolítico y jurídico.¹⁵⁰ Así, los elementos del Estado de territorio, gobierno, población y soberanía, son reunidos a través de la referida abstracción.¹⁵¹

A pesar de que se trata de un debate que ha generado incontables obras que desarrollan múltiples posturas, por el momento basta señalar que se adopta la siguiente perspectiva: frente al fenómeno de la globalización, el Estado no se está “disolviendo” en su totalidad, ni mucho menos se está convirtiendo en una figura en vías de desaparición,¹⁵² sino que más bien experi-

¹⁴⁹ Se dice que es un ente abstracto, en tanto se le concibe en este trabajo a través de la inclusión de factores intangibles como el elemento jurídico denominado “soberanía”, o incluso sobre el factor muy amplio de detentación del poder político; con esto, se va más allá incluso de su composición tradicional de territorio, gobierno y población. Sin duda, ello es fuente de debate continuo entre los tratadistas. Para una pequeña muestra de los elementos que consideramos pertenecientes a un Estado, al menos en la acepción que emplearemos en este trabajo, véase Díez de Urdanivia Fernández, Xavier, *El Estado en el contexto global*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2008, pp. 27, 34, 35 y 75; Arnaiz Amigo, Aurora, *Estructura del Estado*, 4a. ed., México, McGraw-Hill, 2003, pp. 4 y ss.; Martí Borbolla, Luis Felipe, *La reinención de la soberanía en la globalización. Perspectivas y alcances de la soberanía del Estado democrático constitucional en un mundo interdependiente*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2007, p. 40; Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Teoría política y constitucional*, México, UNAM, 2006, p. 54. Por supuesto, aunque se ha optado por literatura en lengua castellana, hay también una miríada de autores en otros idiomas.

¹⁵⁰ En este punto, vale la pena hacer énfasis en que esta manera de entender el Estado proviene de la ya clásica formulación de Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 61 y 193-196.

¹⁵¹ Adicionalmente, la dimensión jurídica del Estado ha sido formulada en el ámbito internacional, particularmente en el artículo 1o. de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933, “Convención de Montevideo”. En ella, en lugar del término “soberanía” se incluye el elemento de la “capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados”.

¹⁵² Aunque no son muy frecuentes los autores que llegan a sostener esta postura radical, puede citarse a Ohmae, Kenichi, *El fin del Estado-nación: el ascenso de las economías regionales*,

menta transformaciones en su conformación y desempeño. De esta manera, se observa cada vez más la participación de actores no estatales en los procesos de toma de decisiones, y el uso de mecanismos que no encuadran con el modelo legal tradicional de vinculatoriedad, obligatoriedad y posibilidad de coerción en caso de incumplimiento, a través de un pretendido monopolio de la creación normativa en términos de un derecho público.¹⁵³

La gobernanza se inserta en un modelo económico que enfatiza la actuación de los actores no estatales —en específico, el sector privado y organismos no gubernamentales sin fines de lucro— frente a la de los Estados. Esta presuposición data de las décadas de 1970 y 1980, como un intento de respuesta frente a crisis recurrentes de gobernabilidad traducidas en la incapacidad del Estado para resolver ciertos problemas de manera directa.¹⁵⁴ Derivado de esta situación, se presenció el brote de distintos movimientos sociales, que en un primer instante trajeron como consecuencia (entre otras cosas) que el Estado perdió fuerza frente al mercado como el proveedor de soluciones por excelencia.¹⁵⁵

traducción de Rafael Aparicio Aldazábal, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1997, p. 21; en un grado no tan radical de esta postura de la disolución del Estado, pero sí en cuanto a los efectos irreversibles que ha tenido la globalización en la reducción del papel del Estado frente a la economía, véase Strange, Susan, *La retirada del Estado: la difusión del poder en la economía mundial*, traducción de Joseph Ibáñez, Barcelona, Intermón-Oxfam, 2003, especialmente en la p. 108; para un panorama actualizado del debate, véase también Ávalos Vázquez, Roxana de Jesús, “Globalización y soberanía ¿Desaparición del Estado-nación?”, en García Flores, Eduardo (coord.), *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 81-85.

¹⁵³ Esta postura, que se puede denominar “transformacionalista” de acuerdo con la literatura existente, también se expone en Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización...*, cit., pp. 67 y 68; de igual manera, López-Ayllón, Sergio, *Globalización, estado de derecho y seguridad jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, pp. 6 y 7; también Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003; asimismo, es útil retomar lo expuesto en Becerra Ramírez, Manuel *et al.*, “La soberanía en la era de la globalización”, en Becerra Ramírez, Manuel y Müeller Uhlenbrock, Klaus Theodor (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2010, pp. 56 y 57.

¹⁵⁴ Para una exposición más detallada de este desarrollo de la noción de “gobernabilidad”, véase Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 22-25; esta circunstancia se menciona también en Natera Peral, Antonio, “Nuevas estructuras y redes de gobernanza”, *Revista Mexicana de Sociología*, México, vol. 67, núm. 4, octubre-diciembre de 2005, p. 758.

¹⁵⁵ Esta explicación la retomamos, *grasso modo*, de Santos, Boaventura de Sousa, “Beyond Neoliberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics and

Posteriormente, la evolución de la idea de gobernanza fue más allá de su contraste inicial con el concepto de gobernabilidad, como lo ilustra el hecho de que la Organización de las Naciones Unidas creó la Comisión sobre Gobernanza Global en la década de 1990. Bajo ese auspicio, se planteó un enfoque descrito como el conjunto de las maneras en que los individuos y las instituciones públicas y privadas enfrentan sus asuntos comunes, lo cual incluye tanto a instituciones formales como a los múltiples acuerdos informales que, a través de un proceso continuo en el que diversos intereses en conflicto son ponderados, resultan ser relevantes para la consecución de las metas establecidas.¹⁵⁶ Esta área de análisis, en un inicio, fue presentada como una perspectiva más o menos holística en la rama de las relaciones internacionales, pero posteriormente se centró en la persecución de metas institucionales específicas, como las del Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o las propias Naciones Unidas.¹⁵⁷

Con todo, las discusiones en torno a la gobernanza en general quizá no son tan amplias como las que hay respecto de la globalización,¹⁵⁸ que ya han llegado a ser inconmensurables. Aun así, ambos conceptos se han extendido de manera más o menos paralela¹⁵⁹ hasta llegar a la multitud de corrientes que se han erigido en torno a la idea de gobernanza. No es descabellado suponer, entonces, que se utiliza este término simplemente porque “no hemos

Legality”, en Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez-Garavito, César (eds.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 34.

¹⁵⁶ Palabras más, palabras menos, esta es la explicación que consagró la Comisión de la Gobernanza Global en “Our Global Neighbourhood: The Report of the Commission on Global Governance”, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 2 y 4; dicha definición es de las más recurridas por los autores, según se explica en Overbeek, Henk, “Global Governance, Class, Hegemony”, en Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D. (eds.), *Contending Perspectives on Global Governance*, Abingdon-Nueva York, Routledge, 2005, p. 39; igualmente, en Brand, Ulrich, “Order and Regulation: Global Governance as a Hegemonic Discourse of International Politics?”, *Review of International Political Economy*, vol. 12, núm. 1, febrero de 2005, p. 159; en la misma tesitura, véase Kacowicz, Arie M., “Global Governance, International Governance and World Order”, en Levi-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 688.

¹⁵⁷ Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D., “Introduction. Coherence and Contestation”, en Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D. (eds.), *Contending Perspectives on Global Governance...*, cit., pp. 1 y 4.

¹⁵⁸ De hecho, algunos de los elementos de la literatura sobre gobernanza ya estaban presentes en la relativa a la globalización desde hacía algún tiempo, de acuerdo con Whitman, Jim, *The Fundamentals of Global Governance*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2009, pp. 3 y 4.

¹⁵⁹ Santos, Boaventura de Sousa, “Beyond Neoliberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics and Legality...”, cit., p. 31.

encontrado ninguna otra forma”¹⁶⁰ de llamar a aquello que se pretende explicar. Ante la inevitable polisemia que surge de los debates interminables, es necesario especificar a qué parte de esta discusión nos referiremos para el caso de estudio.

Así, el planteamiento inicial de la gobernanza global surge como respuesta, en cierta medida, a la coyuntura en la que el Estado ya no es el único actor central —si es que alguna vez lo fue en términos absolutos—,¹⁶¹ sino que convive con una serie de instituciones y/o actores que no encuadran en las categorías consideradas como tradicionales. En consecuencia, a continuación se exponen algunas formas de entender el término “gobernanza”, para, posteriormente, dilucidar los elementos que se retoman como herramientas de análisis del fenómeno en el que interesa abundar.

En ese sentido, hay una versión muy general de la idea de gobernanza, según la cual ésta consiste en “todos los modos de coordinar la acción social en la sociedad humana”.¹⁶² Sin embargo, salta a la vista el carácter demasiado amplio de esta frase, por lo que hace falta referirse al aspecto más específico de la línea de investigación a la que se adscribe este trabajo y, así, evitar el riesgo de que al hablar de gobernanza nos refiramos a todo y a nada a la vez.¹⁶³

También hay que hacer la distinción entre la gobernanza “como un medio” y la (buena) gobernanza “como un fin”.¹⁶⁴ En este sentido, interesa más explorar de qué manera este esquema puede servir como herramienta —es decir, la gobernanza “como un medio”— para la consecución de un objetivo último —en el que encuadraría la visión de gobernanza “como un fin”—, específicamente la de proporcionar protección frente a pandemias. Por lo

¹⁶⁰ La frase proviene de Finkelstein, Lawrence S., “What is Global Governance?”, *Global Governance*, vol. 1, núm. 1, invierno de 1995, p. 368.

¹⁶¹ Se procede de forma cautelosa frente a estas afirmaciones, pues no podría decirse que las formas noestatales de autoridad nunca han existido; por el contrario, hay muestras evidentes de que han estado presentes con el transcurrir del tiempo. La diferencia, consistiría en el grado en el que tales formas de gobernanza noestatal han cobrado relevancia bajo el capitalismo inmerso en la globalización. Véase Sinclair, Timothy J., “A Private Authority Perspective on Global Governance”, en Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D. (eds.), *Contending Perspectives on Global Governance*, Abingdon-Nueva York, Routledge, 2005, p. 179.

¹⁶² Esta es una de tantas variantes de la gobernanza expuestas en Risse, Thomas, “Governance in Areas of Limited Statehood. Introduction and Overview”, en Risse, Thomas (ed.), *Governance Without a State?*, Nueva York, Columbia University Press, 2011, p. 9.

¹⁶³ Finkelstein, Lawrence S., “What is Global Governance?...”, *cit.*, p. 368.

¹⁶⁴ Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D., “Introduction. Coherence and Contestation...”, *cit.*, p. 8. En este espacio se distingue entre la gobernanza como un sustantivo (es decir, como el fin o el objetivo) y la gobernanza como un verbo (es decir, el medio o el proceso).

tanto, esta aclaración aleja a esta investigación de la visión de la “buena gobernanza” en términos de una cuestión normativa, es decir, algo deseable por sí mismo, que surge cuando se cumplen condiciones básicas para las funciones de un gobierno, como el Estado de derecho, los derechos humanos, el componente democrático, entre otros.¹⁶⁵

La acepción de gobernanza que enfatiza aspectos deontológicos o prescriptivos consiste más bien en un grupo de requisitos estructurales que deberían cumplir los Estados cuando se llevan a cabo evaluaciones de sus acciones internas. Al utilizar en esta investigación el término “gobernanza” en lo general, no se alude del todo a estándares mínimos de democracia, rendición de cuentas, equilibrio de poderes, etcétera;¹⁶⁶ aunque no se puede dejar de reconocer la presencia del íntimo vínculo que tiene el concepto de “buena gobernanza” con estos elementos prescriptivo-normativos.¹⁶⁷ Por ende, el uso de ambos términos de forma separada obedece más a una decisión personal y no tanto a una afirmación de que son conceptos que siempre tienen que ser distinguidos el uno del otro, pues en ocasiones no ocurre así.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Estos aspectos de la “buena gobernanza” pueden observarse, por ejemplo, en Ladwig, Bernd y Rudolf, Beate, “International Legal and Moral Standards of Good Governance in Fragile States”, en Risse, Thomas (ed.), *Governance Without a State?... cit.*, p. 202; igualmente, en Peters, B. Guy, “Governance as Political Theory”, en Levi-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance... cit.*, p. 26.

¹⁶⁶ Incluso, la Organización de las Naciones Unidas ha emprendido una serie de campañas de fomento del desarrollo en África bajo los estándares de la “buena gobernanza”, que consiste en el apoyo a los elementos que subyacen en el crecimiento económico, una mejor distribución de los ingresos y la consecuente reducción de la pobreza. Aunque uno de estos elementos consiste en una mayor inclusión de los actores del sector privado, ya hemos señalado que no abordaremos este sentido del término “gobernanza” enfocado exclusivamente hacia el desarrollo económico. Véase Comisión Económica para África de la Organización de las Naciones Unidas, *Striving for Good Governance in Africa. Synopsis of the 2005 African Governance Report Prepared for the African Development Forum IV*, p. 1.

¹⁶⁷ El ejemplo más claro de este uso es el empleado por el Banco Mundial, en el cual se define como “la manera en que el poder es ejercido en el manejo de los recursos económicos y sociales de un país para efectos del desarrollo” (el énfasis es nuestro), la cual puede encontrarse en *Governance and Development*, Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo-Banco Mundial, 1992, pp. 1 y ss. Por otra parte, esta acepción de la palabra en inglés *governance* por parte del Banco Mundial ha sido traducida al español como “governabilidad” en el caso de los llamados “Indicadores de Governabilidad” de la citada institución. Véase Fundación Este País, “Indicadores de governabilidad del Banco Mundial”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 59, septiembre de 2007, pp. 59 y ss.

¹⁶⁸ Para un concepto de “buena gobernanza” en su versión más amplia, que a pesar de que no es la que se utiliza principalmente, sí incluye varios de los aspectos que se recuperan en este trabajo, véase Esty, Daniel C., “Good Governance at the Supranational Scale...”, *cit.*, p. 1496.

Entonces, se opta por una concepción más “neutra” de la gobernanza, que la deja un tanto desprovista de varios elementos prescriptivo-normativos (en el sentido de lo que debe ser).¹⁶⁹ La pretensión, pues, es utilizar una parte de la base conceptual de la gobernanza global como un marco de referencia para el estudio jurídico que se construye en capítulos posteriores.¹⁷⁰ Con esto, se intenta preservar el carácter estrictamente descriptivo y procesal de la gobernanza, ya que, como se señaló, este término puede referirse tanto a un enfoque conceptual que describe un fenómeno como a una serie de herramientas para la toma de decisiones, orientados ambos a la consecución de ciertos fines u objetivos.¹⁷¹ Así, la parte del marco general de la gobernanza a la que se adhiere este trabajo consiste en el estudio de mecanismos creados principalmente por organizaciones (interestatales) internacionales y dependencias gubernamentales nacionales, que no necesariamente tienen un carácter de jurídicamente vinculante.¹⁷²

2. El carácter global de la gobernanza

En cuanto a la línea de investigación conocida como *gobernanza global*, ésta es definida, entre otras maneras, como

...los procesos, tradiciones, acuerdos institucionales y regímenes jurídicos a través de los cuales se ejerce la autoridad y se toman e implementan decisiones *en un nivel global*. Los procesos y acuerdos institucionales pueden ser formales (como sucede entre gobiernos) e informales (que involucran una serie de actores que tienen o no alguna participación gubernamental).¹⁷³

¹⁶⁹ Esta manera de entender a la gobernanza global, en términos de algo que puede ser bueno, malo o indiferente, no es creación propia. Véase, por ejemplo, Thakur, Ramesh y Weiss, Thomas G., “Framing Global Governance, Five Gaps”, *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 1, 2008, p. 79.

¹⁷⁰ Esto, además, cumple la función de subsanar, si bien de forma mínima, la brecha teórica existente entre los estudios jurídicos y los estudios de teoría política relacionados con los bienes públicos. Véase Petersmann, Ernst-Ulrich, “Introduction and Overview: A Research Agenda for Making «Global Public Goods Theory» More Policy Relevant”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 13, septiembre de 2012, p. 711.

¹⁷¹ Esta distinción entre la gobernanza como mecanismos específicos de solución de problemas y la gobernanza como una herramienta teórico-analítica, e incluso las distintas facetas de esta última, puede observarse, por ejemplo, en Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D., “Introduction. Coherence and Contestation...”, *cit.*, pp. 3-5.

¹⁷² Natera Peral, Antonio, “Nuevas estructuras y redes de gobernanza...”, *cit.*, p. 759.

¹⁷³ Deere-Birkbeck, Carolyn, “Global Governance in the Context of Climate Change...”, *cit.*, p. 1174; aunque no incluye el elemento *global* en la definición, esta variante de la

Para efectos de este estudio, se rescata la segunda parte de esta definición, referida al carácter tanto formal como informal de los procesos de toma de decisión. Dentro del gran debate sobre el impacto que ha tenido la globalización sobre el funcionamiento del Estado, el factor relevante de la noción de gobernanza estriba en que las normas jurídicas provenientes de los órganos de un Estado son generalmente considerados como los mecanismos de control más formalizados, pero no como los únicos.¹⁷⁴ En la definición apenas transcrita no se comparte la manera de visualizar lo “global”, y las razones para ello se discuten en párrafos posteriores.

Por otro lado, la gobernanza global también está conformada por una red no jerárquica¹⁷⁵ de instituciones internacionales y transnacionales, donde se asume que los Estados ya no tienen el papel único de toma de decisiones a nivel internacional, sino que hay una participación cada vez mayor de actores no estatales en los procesos de creación de normas y reglas, así como en la supervisión de su cumplimiento.¹⁷⁶ En esa tesitura, las decisiones informales, tomadas ya sea por entes gubernamentales o bien por los llamados actores no estatales, pueden tener tanto o incluso más efectos en

gobernanza también se observa en Thakur, Ramesh y Langenhove, Luk van, “Enhancing Global Governance Through Regional Integration”, en Cooper, Andrew F. *et al.*, *Regionalisation and Global Governance. The Taming of Globalisation?*, Londres, Routledge, 2008, p. 20. La idea de gobernanza como un uso o ejercicio de la autoridad puede observarse también en las palabras de Michalski, W., Miller, R. y Stevens, B., “Governance in the 21st Century: Power in the Global Knowledge Economy and Society”, *Governance in the 21st Century*, París, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2001, p. 9.

¹⁷⁴ Rosenau, James, “Governance in the Twenty-first Century”, *Global Governance*, vol. 1, núm. 1, invierno de 1995, p. 29; esto se enfatiza también en Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, en Bogdandy, Armin von y otros (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, Springer, 2010, p. 7.

¹⁷⁵ La idea de redes gubernamentales como una figura de gobernanza global idónea para enfrentar las consecuencias de la globalización es un elemento central en la obra de Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 10, 11 y 264.

¹⁷⁶ Brühl, Tanja y Rittberger, Volker, “From International to Global Governance: Actors, Collective Decision-Making and the United Nations in the World of the Twenty-First Century”, en Rittberger, Volker (ed.), *Global Governance and the United Nations System*, Tokio United Nations University Press, 2001, p. 2; Aalberts, Tanja E., “Patterns of Global Governmentality and Sovereignty”, en Guzzini, Stefano y Neumann, Iver B. (eds.), *The Diffusion of Power in Global Governance. International Political Economy Meets Foucault*, Basingstoke, Palgrave-MacMillan, 2012, p. 234; para ejemplos sobre cómo esta idea también encuentra eco en el ámbito de la salud pública, véase Hoisington, M., “A Special Role for the World Health Organization in the Creation of a Living, Breathing Global Health Governance Constitution”, *Global Health Governance*, vol. VI, núm. 2, verano de 2013, p. 2, disponible en: <http://ghgj.org>.

la sociedad que las decisiones formales adoptadas por organismos estatales; esto es, normas y otros actos jurídicos.¹⁷⁷ Por lo tanto, son un punto de referencia para los análisis de ciertos fenómenos, como lo serían en este caso los mecanismos de preparación y respuesta frente a pandemias.

En otro orden de ideas, el carácter global que se adopta en estas líneas se entiende como una perspectiva multinivel, que tiene lugar de forma simultánea en los niveles nacional/local, regional e internacional.¹⁷⁸ En este sentido, hay que marcar una distinción precisa entre esta acepción del término global y la que se maneja en otros espacios, que se utiliza para denotar un espacio estrictamente internacional, que involucra a (casi) todos los países del orbe, con lo que se estaría hablando de un ámbito que se encuentra internacionalizado en un mayor grado; esto es, un espacio literalmente planetario.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Aunque las normas jurídicas son en sí actos jurídicos en un sentido amplio, se hace esta distinción para efectos de señalar que las normas no son la única fuente de derecho que interesa examinar en este trabajo. En cambio, los actos informales a los que se hará alusión quedan por fuera incluso de los actos jurídicos formales distintos de las normas, ya sean contratos, decretos, resoluciones administrativas, que son formales en tanto siguen un determinado procedimiento detallado para su creación.

¹⁷⁸ La acepción de global que se emplea aquí tiene a su vez distintas aristas, pero la idea en general de entenderlo como una simultaneidad de los distintos niveles o espacios puede encontrarse, por ejemplo, en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 99; Kaul, Inge, “Global Public Goods: Explaining their Underprovision”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 3, septiembre de 2012, pp. 731 y 736.

¹⁷⁹ Hay que destacar el hecho de que no hay ningún afán de postular lo equivoco que resulta concebir el espacio global de esta manera; simplemente, se trata de una decisión personal que obedece a las características de este trabajo, toda vez que la forma de concebir el espacio global en los términos que se acaban de señalar también se encuentra a lo largo de la literatura sobre el tema. Por ejemplo, Esty, Daniel, “Good Governance at the Supranational Scale...”, *cit.*, p. 1495, nota 9; Overbeek, Henk, “Global Governance, Class, Hegemony”, en Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D. (eds.), *Contending Perspectives on Global Governance...*, *cit.*, p. 39; Deere-Birkbeck, Carolyn, “Global Governance in the Context of Climate Change: the Challenges of Increasingly Complex Risk Parameters”, *International Affairs*, vol. 85, núm. 6, 2006, p. 1174; llama la atención que la Organización Mundial de la Salud recuperó esta visión de lo global en Feachem, Richard G. A. y Sachs, Jeffrey D. (dirs.), *Global Public Goods for Health. Report of the Working Group 2 of the Commission on Macroeconomics and Health*, Organización Mundial de la Salud, 2002, pp. 6 y 7; para una crítica a las limitaciones de entender lo global en un sentido planetario o de “un solo mundo”, véase Dingwerth, Klaus y Pattberg, Phillipp, “How Global and Why Governance? Blind Spots and Ambivalences of the Global Governance Concept”, *International Studies Review*, vol. 12, núm. 4, diciembre de 2010, p. 703. Por otro lado, para una crítica dirigida a la visión de lo global que se plantea como punto de partida en el presente trabajo, véase Bozorgmehr, Kayvan, “Rethinking the «Global» in Global Health: a Dialectic Approach”, *Globalization and Health*, vol. 6, octubre de 2010, p. 4, donde se explica que lo global no puede ser simplemente la unión de todos los niveles geográ-

Hay que aclarar que el espacio global al que se refieren estas líneas no pretende asimilar conceptualmente los planos internacional y nacional/doméstico, sino más bien reconocer sus diferencias para posteriormente emprender el análisis por partes. Esto se justifica, porque el tema de fondo, que son los mecanismos para enfrentar las pandemias, se presenta en el marco de una constelación jurídica de múltiples niveles que operan de manera simultánea y no de forma aislada, pues si fuera esto el caso, no tendría sentido hablar de una perspectiva multinivel.¹⁸⁰

3. Generalidades sobre la relación entre gobernanza global y derecho

La concepción de la gobernanza en general y la vertiente global en particular que se retoma se apoyan en una visión según la cual los Estados son entes político-jurídicos, con una capacidad de crear, implementar y ejecutar las decisiones públicas —incluyendo, pero no limitándose, al derecho— para una colectividad.¹⁸¹ Por eso, las numerosas implicaciones que tiene la gobernanza, tal como se entiende en estas líneas, la sitúan en un plano que va más allá de su rama de origen (la teoría o ciencia política), y abarca una multitud de disciplinas, entre las cuales se encuentran la sociología, la economía y el derecho.¹⁸²

De entre las vertientes de la gobernanza global que reflejan el papel del Estado frente a la globalización, este trabajo se adscribe a la llamada

ficos existentes. Ahora bien, el conjunto de los niveles que conforman el espacio global ya se encuentra plasmado en documentos internacionales oficiales, y por mencionar un ejemplo, véase la reciente *Declaración Política de Río sobre Determinantes Sociales de la Salud*, emitida en Río de Janeiro, Brasil, el 11 de octubre de 2011, bajo el auspicio de la Organización Mundial de la Salud, que en su punto 7 señala que “la buena salud y el bienestar para todos deberían gozar de alta prioridad en el ámbito local, nacional, regional e internacional”.

¹⁸⁰ Se hace énfasis en este aspecto de los problemas y las soluciones multinivel en Zürn, Michael, “Global Governance as Multi-level Governance”, en Levi-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance...*, cit., p. 731.

¹⁸¹ Esta presunción del papel de un Estado no necesariamente se limita al paradigma occidental y de democracias liberales; la amplitud de esta noción de Estado es a propósito, puesto que con ello se incluyen a Estados que no encuadran bajo esta etiqueta, a sabiendas de que el modelo de la gobernanza emerge en un contexto muy propio de este tipo de Estados. Aunque se utiliza el término “estatalidad” y no propiamente el de “Estado”, es útil ver lo expuesto en Risse, Thomas, “Governance in Areas of Limited Statehood...”, cit., pp. 3, 4 y 8.

¹⁸² Aunque el derecho no se incluye explícitamente, véase a este respecto Peters, B. Guy, “Governance as Political Theory”, en Levi-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance...*, cit., p. 25.

“gobernanza centrada en el gobierno”,¹⁸³ que conlleva una intersección de las modalidades de gobernanza “a través del gobierno” (en la que los órganos del Estado emiten las normas, los actos administrativos y los fallos judiciales de manera vertical) y “con” el gobierno (cuando éste se sitúa en un plano de coordinación y horizontalidad con otros actores públicos y privados¹⁸⁴) que con la de gobernanza “sin el gobierno”.¹⁸⁵ No se ignora que esta última categoría es un enfoque sobremanera innovador dentro de la gobernanza y la relación con el derecho.

Dentro del espacio denominado global, recientemente, y de forma vinculada al concepto de gobernanza, ha proliferado el de derecho administrativo global. Aunque en este trabajo se retoman argumentos de esta rama, se opta más por el uso de la gobernanza global de cara al ámbito internacional, así como sus derivados en el campo jurídico, como el de autoridad pública.¹⁸⁶ Uno de los problemas es que, como lo han precisado otros autores, algunos de los postulados del derecho administrativo global parten de una equiparación entre el derecho administrativo doméstico o nacional¹⁸⁷ y el internacional. Esto puede resultar equívoco, en la medida en que ambos niveles o espacios poseen marcadas diferencias en cuanto a

¹⁸³ Esta denominación de la línea de gobernanza a la que pertenecería nuestro enfoque se retoma, entre otros, de Levi-Faur, David, “From «Big Government» to «Big Governance»?”, en Levi-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance...*, cit., p. 11.

¹⁸⁴ Se comparte la opinión de que aunque la horizontalidad es una característica presente en las relaciones internacionales, las estructuras verticales no dejan de desempeñar un papel esencial en las funciones que desempeñan los Estados nacionales. Véase Slaughter, Anne-Marie, *The New World Order...*, cit., pp. 20-22.

¹⁸⁵ Tal aclaración de las distintas facetas que puede adquirir la versión de la *gobernanza* a la que nos referimos deriva de la multitudina formulación de Rosenau, James, “Governance in the Twenty-first Century...”, cit., p. 15; en este mismo sentido, véase Risse, Thomas, “Governance in Areas of Limited Statehood...”, cit., p. 9.

¹⁸⁶ Como ejemplos de estos estudios, para el plano internacional, véase Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law...”, cit., pp. 10-12; asimismo, para una introducción a la manera en que el marco conceptual de la gobernanza global ha sido transformada en una herramienta de análisis capaz de observar la manera en que los distintos planos interactúan entre sí, véase Krisch, Nico, “Global Governance as Public Authority: An Introduction”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 4, octubre de 2012, pp. 977-979.

¹⁸⁷ Por cuestiones de simplificación, se utiliza el vocablo “doméstico” de manera intercambiable con el del espacio nacional, a sabiendas de que aquél se trata de una terminología propia del derecho internacional, mientras que este último es mucho más amplio y, además, ninguno de estos dos se circunscribe exclusivamente al ámbito jurídico. Véase, por ejemplo, Aust, Anthony, *Handbook of International Law*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 11 y 12.

sus fuentes normativas y su operatividad, por lo que no pueden ser unificados en el plano conceptual.¹⁸⁸

También hay que tener cuidado al insertarse en el debate sobre la gobernanza desde una perspectiva propiamente jurídica, puesto que en su marco teórico abunda un lenguaje que deriva primordialmente de la teoría política, con expresiones como “obediencia” (*compliance*)¹⁸⁹ o “legitimidad”. Asimismo, la inclusión de decisiones consideradas como informales requiere de una explicación más detallada capaz de retratar los distintos grados de informalidad que podrían existir en la gestión de determinado bien público, los cuales van desde “algo” informales —reuniones oficiales que no derivan en la emisión de actos jurídicos vinculantes— hasta “muy” informales —que podrían consistir en correos electrónicos o llamadas telefónicas con un efecto manifiesto en los destinatarios—. ¹⁹⁰ Para contar con un estándar mínimo, en los siguientes capítulos sólo se toman en cuenta instrumentos plasmados por escrito, que aun así siguen siendo considerados informales en la medida en que no son vinculantes, y en ocasiones su creación no deriva de un procedimiento claramente definido.

Utilizar un modelo teórico como el de la gobernanza lleva también aparejado el riesgo de, por un lado, sobreestimar los efectos de las medidas informales,¹⁹¹ que resultan difíciles de medir y de apreciar empíricamente;¹⁹² y, por otro lado, el de subestimar las cuestiones formales. Al equipararse ambas se hacen a un lado las características propias de los mecanismos que sólo

¹⁸⁸ Esta equiparación se expresa, por un lado, en Kingsbury, Benedict *et al.*, “El surgimiento del derecho administrativo global”, *El nuevo derecho administrativo global en América Latina. Desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*, Buenos Aires, RAP, 2009, p. 24; también se desarrolla en Kuo, Ming-Sung, “On the Constitutional Question in Global Governance: Global Administrative Law and the Conflicts-Law Approach in Comparison”, *Global Constitutionalism*, vol. 2, núm. 3, noviembre de 2013, pp. 443-445 y 451; para una crítica a esta corriente, véase Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law...”, *cit.*, p. 24.

¹⁸⁹ Tal es el caso, por ejemplo, de Rosenau, James, “Governing the Ungovernable: the Challenge of a Global Disaggregation of Authority”, *Regulation & Governance*, vol. 1, núm. 1, marzo de 2007, pp. 89 y 90.

¹⁹⁰ Aunque resulte exagerado, esta circunstancia no es inusual ni en las instancias gubernamentales ni en las relaciones internacionales entre Estados; el problema en ocasiones es más bien el asignarle efectos específicos a uno de estos actos en particular. Véase, por ejemplo, la mención de acuerdos informales en Guzman, Andrew T., *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 27.

¹⁹¹ Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law...”, *cit.*, p. 10.

¹⁹² Esta problemática ya se identifica y discute en Dingwerth, Klaus y Pattberg, Phillipp, “How Global and Why Governance?...”, *cit.*, p. 708.

están disponibles por medio de una normatividad previamente establecida y con efectos legales vinculantes o de carácter obligatorio. Sea como sea, el grado de informalidad a su vez incidirá en el instrumento de medición que se emplee para examinar de qué manera se tomó tal o cual decisión en un contexto definido.

El término “gobernanza” encuentra recepción en la teoría jurídica en el campo más amplio que se conoce como derecho público, el cual, *grosso modo*, es el que se encarga de abordar fenómenos relacionados con la interacción de los Estados entre sí y con otros entes no estatales, o incluso con las personas en lo individual.¹⁹³ Con esto, se le distingue de la rama de derecho privado, aun cuando las diferencias entre lo que se considera público de lo que se considera privado no siempre quedan resueltas por esta división conceptual, y, además, puede variar según el lugar y el tiempo en que uno se sitúe.¹⁹⁴ Sin embargo, para efectos de este trabajo, se parte de la premisa de que el tema de la protección frente a las pandemias tiene un carácter eminentemente público, y, por lo tanto, opera generalmente bajo la supervisión del Estado. Esto no significa que dicha actividad siempre sea desempeñada de forma directa por órganos con carácter gubernamental o interestatal,¹⁹⁵ sino que la misma puede llevarse a cabo por actores de naturaleza *prima facie* privada, dependiendo de las características del sistema de salud de que se trate.

En otros foros de discusión se ha propuesto la utilización del concepto de “autoridad pública internacional”,¹⁹⁶ como una respuesta frente a los límites conceptuales que tiene la noción de gobernanza, sobre todo para el

¹⁹³ Tal manera de emplear la noción de gobernanza en el campo jurídico se compare con Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público...*, *cit.*, pp. 95 y 102; también, Gessner, Volkmar, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, trad. y edición de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 35; en el mismo sentido de incluir al derecho público como el receptor del debate de la gobernanza, pero desde un punto de vista proveniente de la teoría política en general y el estudio de las relaciones internacionales en particular, véase Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D., “Introduction. Coherence and Contestation...”, *cit.*, p. 7.

¹⁹⁴ Para una explicación más detallada, véase Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza...*, *cit.*, pp. 65-72.

¹⁹⁵ Esto equivaldría a convertir a la gobernanza en un sinónimo de lo gubernamental, lo cual, evidentemente, contravendría la razón de ser que tiene el uso del término; sin embargo, hay que señalar que aunque se elige un enfoque de “gobernanza centrada en el gobierno” (*state-centered governance*), se utilizan también aspectos que van más allá de lo que implica este término, pues la visión de una “gran gobernanza” (*Big Governance*) comparte algunos rasgos con aquél, pero se distingue por reconocer que tanto la gobernanza como el gobierno pueden expandirse. Véase Levi-Faur, David, “From «Big Government» to «Big Governance»?...”, *cit.*, pp. 10 y 13.

¹⁹⁶ Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law...”, *cit.*, pp. 12-15.

campo del derecho internacional público. Esta idea aspira a recuperar aspectos que pueden ser analizados desde un rasero legal, y así vencer la falta de traducción epistemológica directa que hay desde la gobernanza, propia de la teoría política, y las relaciones internacionales hacia el derecho, donde es indispensable contar con categorías delimitadas de forma más nítida,¹⁹⁷ si bien no necesariamente en términos de los binomios absolutos legal/no legal, vinculante/no vinculante, obligatorio/no obligatorio.¹⁹⁸

A manera de aclaración, y con el propósito de enunciar ámbitos jurídicos, las ramas del derecho que podrían considerarse incluidas en la visión de gobernanza global que se adopta en este trabajo son las del derecho internacional público, por un lado, y el derecho constitucional y administrativo nacionales correspondientes a México, por el otro. Se estima que éstos son los principales ámbitos jurídicos que fueron puestos en marcha durante la pandemia por influenza A(H1N1) de 2009, y no es posible comprender los mecanismos que se emplearon sin recurrir a una transversalidad con estas características.

II. EL USO DEL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA

A lo largo de este apartado se discurre sobre la utilización del esquema de gobernanza no sólo como herramienta conceptual, sino también como una serie de mecanismos particulares encaminados a resolver problemas específicos.¹⁹⁹ En este sentido, los elementos que se mencionaron previamente son reiterados a la luz del modo en que son empleados en la literatura, sin afán exhaustivo.

1. *Las acciones de los gobiernos nacionales y las organizaciones intergubernamentales*

El enfoque de la gobernanza global parte de la suposición de que, por una parte, el Estado no es el único que se hace cargo de la procuración de

¹⁹⁷ Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público...*, cit., p. 105.

¹⁹⁸ Hay que precisar que no se afirma con esto que estos binomios se han vuelto irrelevantes; por el contrario, continúan siendo los puntos de comparación de los principios legales en contraste con los de otra naturaleza. Véase Goldmann, Matthias, “We Need to Cut off the Head of the King: Past, Present and Future Approaches to Soft Law”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, núm. 2, junio de 2012, p. 363.

¹⁹⁹ Graz, Jean-Christophe y Nölke, Andreas, “The Limits of Transnational Private Governance”, en Guzzini, Stefano y Neumann, Iver B. (eds.), *The Diffusion of Power in Global Governance. International Political Economy Meets Foucault*, Basingstoke, Palgrave-MacMillan, 2012, p. 133.

los bienes públicos —como lo es la salud pública—, y, por otra parte, los métodos coercitivos no son los únicos métodos eficaces para la realización de una determinada actividad de interés público. Mucho menos, a raíz del acelerado proceso de globalización que ha contribuido a difuminar las líneas claras que existían entre lo nacional y lo internacional, así como —en algunas ocasiones— entre la actuación que puede considerarse como pública y la que se considera privada.²⁰⁰

Más allá de las bases teórico-conceptuales de las que parte esta afirmación, sus ramificaciones pueden rastrearse a lo largo de la tradicional distinción entre los actos de autoridad y los actos de naturaleza estrictamente privada (pudiendo ambos ser ya sea formales o informales), específicamente el modo en que son regulados por el marco normativo. No está de más señalar que entre todas las variantes hay una versión del concepto de gobernanza que la concibe exclusivamente como los medios a través de los cuales los Estados adquieren y ejercitan la autoridad para proveer bienes y servicios a los ciudadanos.²⁰¹

El esquema de gobernanza que se centra en las actividades de los Estados ha sido el blanco de críticas debido a las limitaciones inherentes al alcance de sus análisis en cuanto al papel que desempeñan de cara al proceso conocido como globalización.²⁰² La posible respuesta a esta crítica no reside en que se ubique en el mismo nivel a los actores no estatales con los Estados, dado que estos últimos siguen teniendo una preeminencia en tanto son la fuente principal de normas jurídicas o decisiones públicas, y de la actividad política en general.²⁰³ Sin embargo, ello no deja de ser una

²⁰⁰ Entre muchos otros, véase a este respecto Nye, Joseph S. y Keohane, Robert, “Introduction”, en Nye, Joseph S. y Donahue, John D., *Governance in a Globalizing World...*, cit., p. 12; también, Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 81.

²⁰¹ Esta manera de entender a la gobernanza está más relacionada con los criterios de “buena gobernanza” que se mencionaron con antelación, empleados por distintos organismos internacionales, y que en ocasiones han sido traducidos al español como “governabilidad”. Una visión reciente de gobernanza centrada exclusivamente en el gobierno-Estado es la definición plasmada en Fukuyama, Francis, “What is Governance?”, *Governance*, vol. 26, núm. 3, julio de 2013, pp. 350 y 351. Otro ejemplo de esta utilización de la gobernanza enfocada casi exclusivamente en las acciones del gobierno se encuentra en McNeil, Mary y Malena, Carmen, “Social Accountability in Africa: An Introduction”, en McNeil, Mary y Malena, Carmen (eds.), *Demanding Good Governance. Lessons from Social Accountability Initiatives in Africa*, Washington, Banco Mundial, 2010, p. 13.

²⁰² Hewson, Martin y Sinclair, Timothy J., “The Emergence of Global Governance Theory”, en Hewson, Martin y Sinclair, Timothy J. (eds.), *Approaches to Global Governance Theory*, Albany, State University of New York Press, 1999, p. 16.

²⁰³ Otro ejemplo de esta visión se puede observar en Whitman, Jim, *The Fundamentals of Global Governance*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2009, p. 4.

cuestión de *grado* en sí, pues no cabe duda de que la participación de los actores no estatales en la gestión de los llamados bienes públicos resulta ser relevante en mayor o menor medida, según sea el caso.

Esta circunstancia encuentra eco tanto en el ámbito nacional, a través de los actos jurídicos emitidos por los órganos estatales, como en el internacional, en la medida en que las instituciones internacionales operan como un reflejo de los intereses de los Estados nacionales para enfrentar problemas de índole común.²⁰⁴ En este sentido, la proliferación de actores en el plano internacional ha conducido a lo que se conoce como una “fragmentación”, ya que, al no contar con un órgano único encargado de tomar todas las decisiones, hay un aumento en el número de organismos tanto interestatales como no estatales que a menudo deriva en multiplicidad y duplicidad de funciones; esfuerzos por obtener mayor presencia y legitimidad frente a organismos alternos, o bien tensiones ideológicas.²⁰⁵

El ámbito de la salud pública no es ajeno a esta circunstancia, por lo que tanto los órganos de los Estados nacionales como las organizaciones interestatales dedicadas a actividades relacionadas con este rubro se enfrentan a las citadas consecuencias de la fragmentación de forma continua. Se ha sostenido que hay un escenario cada vez más poblado de todo tipo de actores,²⁰⁶ frente al cual surge la necesidad de encontrar modelos capaces de explicar el panorama cambiante y proponer soluciones.

²⁰⁴ Ello coincide, en términos generales, con los propósitos y principios externados en la Carta de las Naciones Unidas, especialmente en su artículo 1o., párrafos 3 y 4.

²⁰⁵ Por supuesto, aunque estas consecuencias aparentan ser desventajas derivadas de la carencia de un gobierno central internacional, las ventajas de construirlo tampoco serían las suficientes como para proponer su instauración. Más bien, se aceptan estas consecuencias como un resultado natural de las relaciones internacionales cuyas deficiencias son sorteadas en aras de arribar a los objetivos comunes. Para una explicación sobre la importancia del enfoque de la gobernanza global encaminado a retratar esta coyuntura, véase Rosenau, James, “Global Governance in the 21st Century...”, *cit.*, p. 19; Hewson, Martin y Sinclair, Timothy J., “The Emergence of Global Governance Theory...”, *cit.*, p. 5; Nicolaidis, Kalypso y Shaffer, Gregory, “Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance Without Global Government”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 y 4, verano-otoño de 2005, especialmente en las pp. 263, 264 y 315; Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización...*, *cit.*, p. 71.

²⁰⁶ La idea está presente, por señalar unos cuantos casos, en Taylor, Allyn L., “Governing the Globalization...”, *cit.*, p. 500; Kickbusch, Ilona, Heinz, Wolfgang y Silberschmidt, Gaudenz, “Addressing Global Health Governance...”, *cit.*, p. 550; Loughlin, Kelly y Berridge, Virginia, “Global Health Governance: Historical Dimensions of Global Governance”, *Global Health Governance Discussion Paper*, núm. 2, Center on Global Change & Health from the London School of Hygiene & Tropical Medicine-Department of Ethics, Trade, Human Rights and Health Law of the World Health Organization, diciembre de 2005, p. 5; Kiddell-

2. La participación de actores no estatales

La gobernanza, como se expuso en párrafos anteriores, se apoya sobre la base de que la entrada en escena de múltiples actores no estatales convierte a su efectiva coordinación con el sector público, ya no sólo en una ventaja, sino en una necesidad. Sin embargo, en el transcurso del trabajo se pone énfasis en los instrumentos y no en los actores, ya que habría una gama hartamente numerosa de todos los que pueden ser incluidos. Para efectos de una distinción teórica, se divide a los actores no estatales en aquellos “voluntarios” que no tienen fines de lucro, por un lado, y en empresas u organizaciones con fines de lucro, por el otro.²⁰⁷ Esta tarea de determinar el “quién es quién” requiere de ciertas herramientas metodológicas, que por el momento no están disponibles.

Por otro lado, no se niega del todo la importancia de seleccionar a los participantes no estatales, con el fin de lograr coordinar a estos diferentes actores no sólo con los gobiernos, sino entre sí, lo cual es uno de los múltiples objetivos de los enfoques provenientes de la gobernanza global.²⁰⁸ No basta con mencionar a la cooperación o la coordinación como soluciones para estimar que ahí estriba todo el problema desde la perspectiva de la gobernanza. Más bien, hay una complejidad inherente en el hecho de que es inevitable la asignación de responsabilidades, y éstas se distribuyen a lo

Monroe, Rachel, “A Non-State Centric Governance Framework for Global Health”, *Working Paper for ISGlobal*, núm. 11, Barcelona Institute for Global Health, 2013, pp. 3 y 4, disponible en: <https://bit.ly/2IGoMV9>.

²⁰⁷ Esta distinción no es de creación propia, sino que se adopta, entre otros, de Rose-nau, James, “Governance in the 21st Century...”, *cit.*, pp. 23 y 24; de forma similar, estas categorías se exponen como un punto de partida en Lee, Kelley y Buse, Kent, “Business and Global Health Governance”, *Global Health Governance Discussion Paper*, núm. 5, Center on Global Change & Health from the London School of Hygiene & Tropical Medicine/Department of Ethics, Trade, Human Rights and Health Law of the World Health Organization, diciembre de 2005, pp. 6 y 7. Para una explicación de las razones por las que este tipo de distinción demasiado tajante puede ser problemática en algunos contextos, véase Risse, Thomas, “Governance in Areas of Limited Statehood. Introduction and Overview...”, *cit.*, p. 13.

²⁰⁸ Algunos de los objetivos que se identifican en el marco de la gobernanza global son: la creación de procesos consultivos apropiados para la identificación y evaluación de los riesgos; la cooperación internacional en el marco de las cargas compartidas, la asignación de responsabilidad y el intercambio de conocimiento, la adaptabilidad de los regímenes e instituciones internacionales a las circunstancias cambiantes, la vigilancia efectiva del cumplimiento de las reglas y normas, y la prevención de la denominada “captura regulatoria” en el manejo del riesgo. Véase Deere-Birkbeck, Carolyn, “Global Governance in the Context of Climate Change...”, *cit.*, p. 1174.

largo de entidades pertenecientes a los niveles nacional, regional y local, en las que no es poco común encontrar jurisdicciones superpuestas.²⁰⁹

En cuanto a la selección de los actores que se considerarían relevantes para una posible intervención en alguno de los diferentes niveles o espacios de actuación, la gobernanza global tampoco está en este punto exenta de críticas y peligros. Dentro del esquema económico actual, la participación de actores privados introduce un factor nocivo para la búsqueda de soluciones que velan por el interés común: la generación de intereses privados y el afán de maximizar ganancias, que a su vez afectan directamente el resultado de las decisiones encaminadas a la creación de reglas y normas.²¹⁰

Al plantear la necesidad de una coordinación entre los gobiernos y los actores no estatales, los problemas surgen en mayor medida cuando se intenta establecer previamente una cooperación internacional entre los Estados. No queda claro si para la integración de los actores privados a la ecuación es indispensable que exista primero una coordinación intra- e interestatal efectiva y consensuada. Sea como sea, la versión de la gobernanza global que se utiliza en esta investigación se encuentra en una fase anterior a la de la integración de los actores no estatales, pues la coordinación entre autoridades de distintos niveles puede ser un presupuesto para que se dé aquélla.

En términos generales, toda vez que la gobernanza global emerge de un ámbito teórico distinto al jurídico —específicamente, el de la teoría política y el de las relaciones internacionales—, ello implica que, como se ha señalado en líneas anteriores, algunas de las categorías que emplea este enfoque no tienen un equivalente en la teoría jurídica, con todo y que se pretenda generarlas a través de nociones como *soft law* o “estándares no-vinculantes”. Sin embargo, estas categorías también resultan relevantes para los estudios jurídicos aun cuando quedan por fuera de los estándares de validez del derecho.

Dicho de otro modo: no se considera necesario proponer que los estándares, protocolos o acuerdos adquieran un carácter más formal,²¹¹ o bien

²⁰⁹ El darle sentido a la proliferación de jurisdicciones es parte del objetivo de la gobernanza global. Véase Rosenau, James, “Governance in the 21st Century...”, *cit.*, p. 18; también véase Deere-Birkbeck, Carolyn, “Global Governance in the Context of Climate Change...”, *cit.*, p. 1185.

²¹⁰ En el caso de las pandemias, resulta claro que los grupos con intereses económicos pretenden incidir en las decisiones de políticas públicas, en maneras que no necesariamente benefician a la población general, sino todo lo contrario. Véase Brena Sesma, Ingrid, “La responsabilidad social y las emergencias sanitarias”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Emergencias sanitarias*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 24 y 25.

²¹¹ Ya se plantea esta opinión en Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, pp. 521 y 522.

a que los actores no estatales sean reconocidos o investidos de manera solemne por el derecho positivo, para poder asumir que se trata de cuestiones jurídicamente relevantes. La visión de gobernanza global que se adopta en estas líneas hace un énfasis en un fenómeno que se asume que se ha incrementado recientemente: en la actualidad, hay una proliferación en la cantidad de instrumentos y mecanismos informales que tienen tanto o más efectos que los formales, lo que ocurre a modo de respuesta al proceso que se conoce como globalización.²¹² En capítulos posteriores se observará de qué manera, por ejemplo, algunas de las directrices de la Organización Mundial de la Salud, que no tienen efectos legalmente vinculantes en el caso de las pandemias, encuadran en este supuesto.

III. EL CARÁCTER GLOBAL DE LA GOBERNANZA

1. *Distintos niveles de gobernanza*

En atención al entendimiento de lo global como un conjunto multinivel, a continuación se abordan los distintos espacios que conforman esa idea. Puesto que no se les puede asimilar, ya que cada uno cuenta con características propias, se realiza la diferenciación para efectos del análisis de subsecuentes capítulos.

A. *Gobernanza en el ámbito local o nacional*

Al discutir sobre el plano local, en donde se asume que el Estado, a través del gobierno, es el principal²¹³ encargado de velar por la obtención y distribución de los bienes colectivos tales como la salud pública, puede ser atrevido discutir en términos de gobernanza. No es inusual que el Estado se coordine con entes particulares que cumplen con la función de brindar

²¹² Véase también Overbeek, Henk, “Global Governance: From Radical Transformation to Neo-Liberal Management”, *International Studies Review*, vol. 12, núm. 4, diciembre de 2010, p. 700.

²¹³ Hay un estrecho vínculo con esta afirmación de que el Estado es “el principal” y no “el único”, y la idea de responsabilidad social ha sido empleada en el contexto de las emergencias sanitarias, lo que se traduce en el hecho de que las instituciones gubernamentales no son las únicas con una obligación de intervenir durante las pandemias, sino que también se requiere de la participación del sector privado, representado por grupos con intereses económicos particulares. Véase Brena Sesma, Ingrid, “La responsabilidad social y las emergencias sanitarias...”, *cit.*, p. 23.

servicios, y ello puede ocurrir de manera casual e incluso involuntaria, donde no podría hablarse en sentido estricto de un proceso de gobernanza.²¹⁴ La privatización gradual de los servicios públicos, y la debilidad o de plano inexistencia de órganos estatales encaminados al otorgamiento de un bien colectivo²¹⁵ puede derivar en la incapacidad del Estado para generar condiciones en las que estos bienes públicos se encuentren disponibles para la población en general. El fracaso de las políticas de Estados que se desentendían de los problemas colectivos y delegan las funciones relativas a la salud pública a los actores no estatales —trátase de descentralización,²¹⁶ privatización o desregulación— es un tema polémico que todavía engendra largos debates en la literatura.²¹⁷

Por otro lado, la naturaleza conceptual de la aplicación del modelo de gobernanza en el ámbito local en general complica la posibilidad de emprender estudios comparados de marcos normativos —a pesar de que los análisis jurídicos multinivel no son en absoluto tierras ignotas—, puesto que

²¹⁴ En este sentido de lo que constituye un proceso de gobernanza, véase Risse, Thomas, “Governance in Areas of Limited Statehood...”, *cit.*, p. 15.

²¹⁵ En un capítulo posterior se examinará de qué manera el caso de la salud pública en México obedece más a este último supuesto, si bien no de forma exclusiva.

²¹⁶ Véase la exposición de Saito, Fumihiko, “Decentralization and Local Governance: Introduction and Overview”, en Saito, Fumihiko (ed.), *Foundations for Local Governance. Decentralization in Comparative Perspective*, Heidelberg, Physica-Verlag/Springer, 2008, p. 6.

²¹⁷ Para una ilustración sobre la cuestión ideológica en el tema de la salud pública, véase especialmente el reporte de Oxfam, *Blind Optimism. Challenging the myths about private health care in poor countries*, Oxfam Briefing Paper 25, pp. 2-4, disponible en: <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/bp125-blind-optimism-0902.pdf>; estos peligros también son documentados, por señalar un caso, en el estudio emprendido en Stucker, David *et al.*, “Mass Privatisation and the Post-Communist Mortality Crisis: a Cross-National Analysis”, *The Lancet*, vol. 373, núm. 9661, enero de 2009, pp. 399 y ss., en donde se menciona que hay evidencia estadística que indica cómo las privatizaciones masivas en los países del antiguo bloque comunista a partir de la década de 1990 se reflejaron en un aumento perceptible en la tasa de mortalidad. Entre otras razones, se debe a una serie de factores directamente asociados a los servicios de salud que hicieron la transición del ámbito público al privado. Anteriormente esto se atemperaba cuando había la presencia de un mayor capital social; esto es, cuando las privatizaciones no se hacían a rajatabla, sino que se acompañaban de una estructura social incluyente. Igualmente, véase Meier, Benjamin Mason, “Employing Health Rights for Global Justice: the Promise of Public Health in Response to the Insalubrious Ramifications of Globalization”, *Cornell International Law Journal*, vol. 39, otoño de 2006, especialmente pp. 731-733; en el sentido contrario y a favor de las políticas del Banco Mundial, consistentes en promover la cesión de las actividades públicas a actores no-estatales, ya sea el sector privado o bien organizaciones no gubernamentales, que impulsa dicho organismo a través de los créditos que otorga a países en vías de desarrollo, véase Harman, Sophie, “The World Bank and Health”, en Kay, Adrian y Williams, Owain David (eds.), *Global Health Governance...*, *cit.*, pp. 235, 237 y 241.

el marco conceptual de la gobernanza, con un carácter extraído principalmente de la teoría política, no logra hacer una distinción precisa entre los diferentes niveles formales de gobierno que pueden existir entre uno y otro país.²¹⁸ La distinción no es absoluta, dado que por lo general ello continúa suscitándose a manera de respuesta frente a tendencias provenientes del ámbito internacional.²¹⁹

Por supuesto, ello no es un defecto de la gobernanza en sí. Proponerse un estudio exhaustivo en estos términos sería inalcanzable, en la medida en que no se trata sólo de llevar a cabo una cartografía detallada de todas las estructuras normativo-institucionales que existen al interior de cada país. Implicaría, también, poder llevar a cabo previamente una distinción muy tajante entre toda la gama de niveles que van desde lo global hasta lo local, que pasan por lo internacional, lo transnacional, lo regional, lo intercomunal, lo estatal, lo subestatal local, lo local no estatal y demás subdivisiones. A fin de cuentas, ello no podría hacerse sobre la base de que en estos niveles hay una relación estrictamente jerárquica, ni que uno de ellos necesariamente abarca a otro.

Como nota adicional, y tal como se expondrá a lo largo del estudio de caso que da origen a esta investigación, no se visualiza a la gobernanza global en términos de una integración o sustitución de todos los niveles o espacios de gobierno —local-nacional, regional y global— para aglomerarlos en uno solo. Más bien, se adopta una visión de que todos ellos se encuentran interrelacionados y operan de forma simultánea con niveles de efectividad que varían, sin que esto implique duplicidad de funciones o una notoria falta de coordinación entre las organizaciones internacionales y las dependencias gubernamentales nacionales. La decisión de abordar tal o cual fenómeno desde uno u otro ámbito de actuación dependerá de la selección respecto de cuál de ellos será el más apto.

B. *Gobernanza en el ámbito internacional*

Dentro de las muchas variantes que adquiere la noción de gobernanza, también se encuentra el marco conceptual de la línea de la llamada gobernanza internacional, que es una forma muy general de explicar las relacio-

²¹⁸ Esta crítica se retoma de Stoker, Gerry, “Was Local Governance such a Good Idea? A Global Comparative Perspective”, *Public Administration*, vol. 89, núm. 1, 2011, pp. 18 y 19.

²¹⁹ Palabras más, palabras menos, véase la explicación en Latham, Robert, “Politics in a Floating World. Toward a Critique of Global Governance”, en Hewson, Martin y Sinclair, Timothy J. (eds.), *Approaches to Global Governance Theory...*, cit., p. 30.

nes de poder entre los distintos regímenes internacionales que han emergido a lo largo de la historia.²²⁰

Ahora bien, no se pretende abundar mucho en esta línea, sino más bien se propone incluir al plano internacional como uno de los niveles o espacios que se analizan en este trabajo. Para ello, es necesario subrayar las características que sirven de apoyo a fin de distinguir las diferentes maneras en que se puede entender el ámbito internacional en general, más allá de las especificidades que adquiere en su uso por tal o cual autor.²²¹

Desde esta perspectiva, el espacio internacional al que se hace referencia puede distinguirse del plano estrictamente regional, en tanto aquél obedece a características propias que generan la necesidad de acotar a qué se refiere una y otra acepción. El contexto que conduce a la celebración de acuerdos, protocolos, declaraciones, tratados o pactos regionales es distinguible del que corresponde al caso del espacio propiamente internacional, como los tratados con proyección universal/mundial que conforman a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), o los pactos internacionales sobre derechos humanos, por señalar algunos.

Una de las acepciones de gobernanza que se aplican al plano internacional la considera como una respuesta al hecho de que no existe un gobierno formal instaurado en la comunidad internacional de países, puesto que la ONU no cumpliría tal función, o al menos no lo hace en una forma exactamente equiparable a la de los ámbitos nacionales. Más bien, en el plano internacional es necesario buscar otros modos —distintos a un gobierno *per se*— de darle cauce a las relaciones entre los diversos actores, que cada vez más incluyen entes no estatales que intervienen directamente en ciertos temas de interés público.²²²

²²⁰ Aunque no le dedicaremos mayor espacio a esta noción de gobernanza internacional, vale la pena mencionar, aunque sea de paso, que es una línea de estudio proveniente de la llamada “teoría de los regímenes” con sus derivaciones subsecuentes, que enfatizan la creación de regímenes internacionales, como el ambiental, el económico, el de la seguridad, etcétera. De esta manera, la gobernanza internacional en estricto sentido toma un rumbo distinto al de la gobernanza global a que nos referimos en este espacio. Puede encontrarse una breve exposición de esta rama de gobernanza internacional en Hewson, Martin y Sinclair, Timothy, “The Emergence of Global Governance Theory”, en Hewson, Martin y Sinclair, Timothy J. (eds.), *Approaches to Global Governance Theory...*, *cit.*, pp. 11-13.

²²¹ Por ejemplo, se ha detectado que el plano internacional en veces se emplea de manera indistinta al plano regional para denotar cualquier celebración bilateral o multilateral de tratados, que no llegue a ser tan extenso como el espacio global, entendido como la totalidad de las naciones. Véase, en este sentido, Esty, Daniel, “Good Governance at the Supranational Scale...”, *cit.*, p. 1495, nota 9.

²²² Esta explicación cobra relevancia en el espacio internacional, en tanto el aumento en los miembros de la ONU a partir de su creación ha acontecido a la par de una proliferación

Así, la gobernanza global, en tanto enfoque teórico, también se dedica a diseñar modelos de autoridad ante la ausencia de un sistema estrictamente formal de gobierno en la comunidad internacional de Estados.²²³ No obstante, en este punto surgen de nuevo cuestionamientos a la gobernanza global de cara al espacio jurídico internacional, puesto que no hay una distinción suficientemente detallada entre los actos que constituyen un ejercicio de lo que se llama autoridad pública unilateral, de aquellos que no ameritan encuadrar en esta categoría.²²⁴

Luego, en el campo de la salud global, y específicamente en lo que se refiere a las pandemias, se asumen algunas premisas de esta gobernanza internacional,²²⁵ en la medida en que la Organización Mundial de la Salud, autoridad en la materia de salud internacional, está inserta en un panorama mundial cada vez más atiborrado de actores de naturaleza variada.²²⁶

C. Gobernanza en el ámbito regional

Aunque, como ya se dijo, a primera vista es complicado distinguir de forma tajante entre el plano internacional y el regional, pues este último parecería ser una especie de aquél, lo cierto es que a lo largo de la literatura sobre el tema ha emergido el espacio regional como una categoría que puede distinguirse de lo propiamente internacional.²²⁷

acelerada de organizaciones no gubernamentales (ONG), y ambos desarrollos se presentan en un contexto en el que hay un crecimiento poblacional mundial igualmente notable. Véase Rosenau, James, “Governance in the 21st Century...”, *cit.*, p. 15. En este mismo sentido, Balcus, James y Novotny, Thomas E., “New Approaches to Global Health Governance: The Evolution of Public-Private Partnerships”, *Journal of Commercial Biotechnology*, vol. 17, núm. 3, 2011, p. 234, si bien no se comparte buena parte de los argumentos expuestos en el artículo citado en último término.

²²³ Latham, Robert, “Politics in a Floating World. Toward a Critique of Global Governance” en Hewson, Martin y Sinclair, Timothy J. (eds.), *Approaches to Global Governance Theory...*, *cit.*, p. 32.

²²⁴ Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law...”, *cit.*, pp. 4 y 10.

²²⁵ La idea está presente también en Fidler, David P., “Caught Between Paradise and Power: Public Health, Pathogenic Threats, and the Axis of Illness”, *McGeorge Law Review*, vol. 35, núm. 1, 2004, p. 51.

²²⁶ Esta posición era compartida por la anterior directora general de la Organización Mundial de la Salud, Margaret Chan, e inclusive en ocasiones se hace alusión a un anterior monopolio de dicha institución en los temas respectivos. Véase Van der Rijt, Tess y Pang, Tikki, “Resuscitating a Comatose WHO: Can WHO Reclaim its Role in a Crowded Global Health Governance Landscape?”, *Global Health Governance*, vol. VI, núm. 2, verano de 2013, pp. 1 y 2, disponible en: <http://ghg.org>.

²²⁷ Rosenau, James, “Governance in the 21st Century...”, *cit.*, p. 25.

El espacio regional de la gobernanza en ocasiones es considerado como una subunidad dentro del carácter multinivel de lo global; empero, esta manera de interpretar lo regional evade muchas de las tensiones que existen entre dicho nivel y el internacional en general.²²⁸ No puede perderse de vista que el espacio regional en ocasiones surge deliberadamente como una solución alternativa al carácter global en su vertiente planetaria, específicamente a ciertos presupuestos de la globalización que pregonan la expansión del espacio internacional hasta convertirlo en algo que literalmente abarque a todo el orbe.

Por otra parte, no está claro cuáles son los elementos que permiten distinguir la calidad de algo como regional, pues se ha dicho que proviene de algo que va más allá de los límites geográficos, toda vez que incluye factores de afinidad social o cultural.²²⁹ Esta circunstancia dificulta todavía más la tarea de marcar los límites precisos de lo que puede etiquetarse como regional y, además, de sus subdivisiones,²³⁰ dado que no hay un criterio definitivo que resuelva este entuerto.

El objetivo de traer a colación al espacio regional obedece a su carácter peculiar en tanto representa la consolidación de proyectos que por lo general se circunscriben a un grupo definido de países, ya sea por razones geográficas, culturales o económicas.²³¹ Dentro de la gobernanza multinivel, esta regionalización por sí misma no necesariamente afecta el desarrollo del espacio global, sino que, por el contrario, tiene el potencial de fortalecerlo.²³²

Por ende, en la medida en que se abordan distintas aristas en este trabajo, se incluyen instrumentos que podrían considerarse propios de un espa-

²²⁸ Ba, Alice D., “Contested Spaces. The Politics of Regional and Global Governance”, en Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D. (eds.), *Contending Perspectives on Global Governance...*, cit., p. 190.

²²⁹ Schulz, Michael *et al.*, “Conclusion”, en Schulz, Michael *et al.* (eds.), *Regionalization in a Globalizing World. A Comparative Perspective on Forms, Actors and Processes*, Londres, Zed Books, 2001, p. 250.

²³⁰ Thakur, Ramesh y Langenhove, Luk van, “Enhancing Global Governance Through Regional Integration...”, cit., p. 28.

²³¹ Los ejemplos de tratados y organizaciones regionales abundan. Por mencionar algunos: la Unión Europea como un ente supranacional con características regionales; el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá; el Mercado Común del Sur (Mercosur); la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN); la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ANSA); la Unión Africana (UA), entre muchos otros más. Como se puede observar a partir de la naturaleza de estas relaciones, el criterio de una cercanía geográfica influye en la conformación, mas no es el único criterio determinante.

²³² Thakur, Ramesh y Langenhove, Luk van, “Enhancing Global Governance Through Regional Integration...”, cit., pp. 24 y 25.

cio regional, específicamente aquellos que tuvieron impacto directo frente al manejo de la pandemia de 2009. En el capítulo tercero se incluyen tanto el espacio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte como el sistema interamericano de derechos humanos, ya que México forma parte de ambos, y sirven como referente en tanto proporcionan una pauta para interpretar distintos actos emitidos durante la referida pandemia.

D. *Gobernanza multinivel*

En atención a lo expuesto en los apartados que anteceden, se consideró necesario distinguir los diferentes espacios de gobernanza a los que se hará referencia en este trabajo. Ahora, surge la interrogante de si este concepto puede ser aplicable en el plano nacional, ya que a pesar de que su uso en el ámbito internacional ha derivado en la construcción de categorías como las de un derecho no vinculante o *soft law*,²³³ tales categorías no son directamente utilizables en el nivel nacional, puesto que en este espacio jurídico hay una multitud de disparidades que requieren de estudios pormenorizados de derecho comparado.

La gobernanza global entendida como enfoque multinivel parte de ciertas premisas en el plano internacional, que surgen en el tenor de algunas limitaciones de un marco conceptual extraído de la rama de las relaciones internacionales. Por lo tanto, hace falta explicar cómo, a pesar de que se cuenta con un derecho internacional, hay una serie de relaciones no estructuradas o informales que aun así son capaces de dirigir el rumbo en el sistema, ámbito, nivel o espacio internacional.²³⁴

2. *La implementación del modelo de gobernanza en el espacio global*

Aunque en este trabajo se alude al espacio global como el conjunto de niveles conformado por los planos internacional, regional y nacional, se estima que el concepto mismo de gobernanza global surge, en gran medida, como un intento de explicar lo que ocurre en el plano internacional. Aquí, la anarquía ante la ausencia de un gobierno internacional²³⁵ da lugar a cier-

²³³ La explicación sobre por qué la categoría de *soft law* es un fenómeno propio de la sociedad internacional, véase Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional...”, *cit.*, pp. 543-545.

²³⁴ Peters, B. Guy, “Governance as Political Theory”, en Levi-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance...*, *cit.*, p. 24.

²³⁵ No obstante, se ha identificado una línea de pensamiento que prevé el surgimiento de un Estado mundial en el largo plazo, lo cual tampoco es del todo inusitado, puesto que en

tas prácticas y dinámicas entre actores tanto estatales como no estatales, que se traduce en un concierto de actuaciones donde todos los participantes, aunque sumamente heterogéneos entre sí, cumplen una multitud de funciones que se realizan de forma simultánea.²³⁶

Por otro lado, hay que señalar que un análisis que pretenda reflejar el ámbito global puede llevarse a cabo a través de diferentes caminos. Uno de ellos se relaciona con el hecho de que el actual tema de investigación —el régimen jurídico de las pandemias— proviene de un fenómeno que posee características eminentemente globales,²³⁷ en tanto se considera que una pandemia ocurre necesariamente en este plano. De lo contrario, se hablaría más bien de una epidemia con alcances locales o, si acaso, regionales.²³⁸ Esta manera de plantear el adjetivo “global” es pertinente, pero sólo en la medida en que describe hasta cierto punto la magnitud que adquiere un fenómeno. Sin embargo, lo que más interesa, como se señaló en repetidas ocasiones, es el hecho de que los fenómenos globales son enfrentados por la gran cantidad de actores y/o agentes que intervienen en los múltiples niveles (local/nacional, regional e internacional).²³⁹

Para abundar aún más en lo referente a los múltiples espacios que componen el ámbito global, la perspectiva que se adopta en esta investigación,

el siglo XX existieron múltiples voces que promovían su creación. Véase Wendt, Alexander, “Why a World State is Inevitable”, en Cabrera, Luis (ed.), *Global Governance, Global Government. Institutional Visions for an Evolving World System*, Albany, State University of New York Press, 2011, pp. 55 y 56. Sin embargo, esta visión es altamente polémica, y lejos de ser universalmente aceptada en la literatura. Véase para la opinión contraria Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order...*, cit., especialmente pp. 262, 263 y 270.

²³⁶ Por supuesto, esto da lugar a una duplicidad de esfuerzos en no pocas ocasiones. Empero, la gran utilidad de los mecanismos globales estriba en que, por un lado, fortalece la creación nacional de normas jurídicas, y, al mismo tiempo, proporciona una red de seguridad para contemplar la posibilidad de la falta de éxito en el plano nacional. Véase Esty, Daniel, “Good Governance at the Supranational Scale...”, cit., p. 1502.

²³⁷ En otro apartado se ha expuesto por qué la influenza ha sido considerada como una enfermedad global de rápido movimiento. Véase Condon, Bradley y Sinha, Tapen, *Global Lessons from the AIDS Pandemic...*, cit., especialmente p. 19.

²³⁸ Tal sería el caso reciente del ébola, que no adquirió el carácter formal de pandemia, sino que fue una emergencia de salud pública de importancia internacional, al haber azotado distintos países de África occidental.

²³⁹ Esta explicación sobre la distinción que se hace entre el carácter ‘global’ de la gobernanza a partir de las características de fenómenos como el calentamiento global o la propagación del virus del VIH/sida, y el diverso enfoque que autores clave como James Rosenau plantean en cuanto al carácter multidimensional de la vida actual, se puede observar en Latham, Robert, “Politics in a Floating World. Toward a Critique of Global Governance”, en Hewson, Martin y Sinclair, Timothy J. (eds.), *Approaches to Global Governance Theory...*, cit., pp. 26 y 27.

es la que se basa en un análisis con carácter multinivel desde una perspectiva “de arriba hacia abajo” (*top-down*), lo cual implica comenzar en los instrumentos jurídicos y las decisiones de las organizaciones interestatales, para ver de qué manera éstas también se manifiestan en las decisiones nacionales o domésticas.²⁴⁰ Este tipo de enfoques ameritan mayor escrutinio debido al carácter impositivo que muchos países de los que se consideran en vías de desarrollo perciben en las reglas, estándares y normas provenientes del plano internacional, a la vez que destacan las numerosas limitaciones de esta visión “de arriba hacia abajo” en lo que atañe a los problemas globales en salud.²⁴¹

En ese sentido, el caso de los instrumentos jurídicos —ya sean legalmente vinculantes o no— que existen en cuanto a la preparación frente a pandemias, indica la presencia tanto de órganos estatales como de actores no estatales,²⁴² que actúan bajo distintos parámetros de acuerdo con la naturaleza de la actividad en salud pública de que se trate.²⁴³ Sin embargo, no

²⁴⁰ El recurrir a esta perspectiva no es poco común, tal como se explica en Whitman, Jim, *The Fundamentals of Global Governance...*, *cit.*, p. 7; véase asimismo, Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, Richard B., “El surgimiento del derecho administrativo global...”, *cit.*, p. 75. No se puede ignorar que la selección de un enfoque “de arriba hacia abajo” (*top-down*) no refleja por sí mismo el proceso real de surgimiento de esquemas de gobernanza, pues en algunas de sus formulaciones, los mecanismos exitosos que emplean un modelo de gobernanza provienen más probablemente —aunque no exclusivamente— de procesos de abajo hacia arriba (*bottom-up*), como los estudios que se fijan como meta promover la participación de los pacientes en el diseño de políticas de salud, por ejemplo Yishai, Yael, “Participatory Governance in Public Health: Choice, but no Voice”, en Levi-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance...*, *cit.*, pp. 527 y ss.; más bien, se trata de una decisión metodológica que posibilitará una explicación acorde a las aspiraciones de este trabajo. Esta visión del surgimiento de los procesos de la gobernanza se encuentra en Rosenau, James, “Governance in the 21st Century...”, *cit.*, p. 17.

²⁴¹ En el campo de la salud pública internacional, véase especialmente Lee, Kelley, “Understandings of Global Health Governance...”, *cit.*, p. 27; asimismo, vale la pena traer a colación la crítica a este modelo *top-down* en cuanto a que puede convertirse en un modelo despersonalizado. Véase Hunt, Paul y Backman, Gunilla, “Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health”, en Clapham, Andrew y otros (eds.), *Realizing the Right to Health...*, *cit.*, p. 42.

²⁴² Algunos autores consideran que no sólo en los hechos intervienen ambos tipos de actores, sino que también se llega al grado de afirmar que todos ellos tienen una cierta responsabilidad en los preparativos frente a pandemias, con todo y que no queda claro qué alcance jurídico tiene esa responsabilidad: si conlleva sanciones legales concretas, o más bien se trata de una responsabilidad ética o moral. Véase Brattberg, Erik y Rhinard, Mark, “Multilevel Governance and Complex Threats: The Case of Pandemic Preparedness in the European Union and the United States”, *Global Health Governance*, vol. V, núm. 1, otoño de 2011, p. 1, disponible en: <http://www.ghgj.org>.

²⁴³ Por ejemplo, la multiplicidad de actores en veces adquiere la forma de asociaciones público-privadas que emplean esquemas horizontales de gobernanza —entiéndase no jerár-

se abunda más en torno al papel que juegan los actores no estatales, pues los instrumentos emitidos por organizaciones internacionales y autoridades sanitarias nacionales bastan para llevar a cabo un análisis multinivel de la preparación y respuesta frente a la pandemia de 2009.

En suma, utilizar a la gobernanza global como punto de partida, cobra sentido en la medida en que permite adentrarse en esa complejidad y dar una explicación plausible al panorama que rodea un fenómeno como el de la gestión frente a pandemias.

3. *Críticas a la implementación del modelo de gobernanza global*

Ya que la gobernanza global es el marco conceptual con el que se analiza una parte del problema de las pandemias, se mencionan en esta sección algunas de las críticas que se han esgrimido en contra de su amplitud metodológica, así como de sus presupuestos ideológicos.

En primer lugar, se ha señalado que la gobernanza tiende a ignorar las asimetrías de poder entre los actores, así como a visualizar la esfera pública como un ámbito de colaboración entre ellos —al menos, los que son considerados como relevantes— que está “más allá” o “por encima” de cualquier politización.²⁴⁴ Esta carencia del modelo es de suma importancia, especialmente para enfatizar que los esquemas de gobernanza sirven para un solo aspecto, en relación con un determinado tipo de problemas.²⁴⁵

En la misma línea de argumentación, para algunos autores la visión que conlleva el esquema de gobernanza global y sus instituciones implica, entre

quicos y no obligatorios— caracterizados por una pretendida igualdad entre los actores. Véase Burci, Gian Luca, “Public/Private Partnerships in the Public Health Sector”, *International Organizations Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2009, p. 361.

²⁴⁴ Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez-Garavito, César, “Law, Politics and the Subaltern in Counter-hegemonic Globalization...”, *cit.*, p. 8.

²⁴⁵ Por esta razón, como se expondrá en otro capítulo, la asimetría de poder entre las empresas farmacéuticas y los demás actores en el ámbito de la salud pública impide llegar a arreglos satisfactorios que utilicen un esquema de gobernanza global, puesto que es muy poco plausible que estén dispuestos a negociar su posición actual, que resulta ventajosa, a tal grado que se encuentran muy probablemente en el “mejor escenario posible”, en términos económicos. En cambio, se comparte la idea de que la solución al problema de las empresas farmacéuticas necesita provenir de otro ámbito en el que no operen nociones de gobernanza, sino más bien de regulación o de esquemas de mercado diferentes al actual. Dicho en otros términos: se cree que las propuestas para enfrentar esta situación asimétrica en el sector farmacéutico, si se desea que sean eficaces, tienen que provenir tanto directamente del Estado, a través de un marco regulatorio modificado, o bien directamente del mercado, reflejado en un modelo de participación distinto al actual.

muchas otras cuestiones, estimular la “reproducción continua del sistema capitalista actual”,²⁴⁶ junto con todas sus inequidades y deficiencias —deliberadas o no— que, en lo general, se apoyan en lo que se conoce como la supremacía del capital financiero por encima del trabajo, así como en la denominada división Norte-Sur entre los países desarrollados y los que quedan en la periferia del proceso de globalización.²⁴⁷

Aunque se considera necesario cuando menos puntualizar la existencia de estos puntos de vista, esta investigación no cumple la función de convertirse en un espacio destinado a emprender discusiones de tan largo alcance, que versan sobre la existencia misma —y su combate en todos los frentes a través de figuras contrahegemónicas— de un sistema económico capitalista global. Con base en una perspectiva pragmática, se parte de la premisa de que ante la aparente ausencia de una alternativa estructural global viable al modelo imperante,²⁴⁸ es imperioso encontrar herramientas que permitan paliar muchos de los incontables efectos nocivos que se atribuyen al sistema económico vigente.

En ese orden de ideas, los modelos que derivan de esquemas de gobernanza poseen sesgos que les son inherentes, como consecuencia de las críticas respecto de sus implicaciones ideológicas. De entre las principales, vale la pena mencionar la que expresan Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito, en cuanto a que los mecanismos provenientes de la gobernanza, en general, excluyen de forma latente a “los de hasta abajo”, es decir, aquellos que han quedado al margen de los procesos de globalización y que sufren condiciones de pobreza y marginación.²⁴⁹ No por nada se estima que el discurso de la gobernanza global es formulada en el marco de elites provenientes del llamado “primer mundo” que aspiran a identificar los problemas y proporcionar soluciones desde un parámetro occidental.²⁵⁰

²⁴⁶ Murphy, Craig N., “Global Governance: Poorly Done and Poorly Understood”, *International Affairs*, vol. 76, núm. 4, 2000, p. 799.

²⁴⁷ Aunque no se comparten en su totalidad por estos autores, dichos argumentos pueden observarse en Graz, Jean-Christophe y Nölke, Andreas, “The Limits of Transnational Private Governance...”, *cit.*, p. 119; también, se exponen como parte del debate en Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, Richard B., “El surgimiento del derecho administrativo global...”, *cit.*, p. 69.

²⁴⁸ Hay que puntualizar que sí existen evidentes alternativas locales al modelo capitalista; sin embargo, a lo que nos referimos es al plano económico global, donde hasta ahora el esquema del capitalismo rige sin oponente alguno en el horizonte cercano.

²⁴⁹ Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez-Garavito, César, “Law, Politics and the Subaltern in Counter-hegemonic Globalization...”, *cit.*, p. 9.

²⁵⁰ Brand, Ulrich, “Order and Regulation: Global Governance as a Hegemonic Discourse of International Politics?...”, *cit.*, p. 167.

Esto obedece al carácter “neoliberal” (en el sentido económico) con el que se asocian las visiones de autorregulación, que en el fondo mantienen la perspectiva de dejar que las fuerzas del mercado actúen por sí solas para corregir los “errores”; de ahí que se opte por las maneras informales de resolver los problemas frente a la regulación fuerte y a las normas jurídicas coercitivas.²⁵¹

Aunque se acepte que las carencias del esquema de gobernanza consisten en que no funciona del todo para enfrentar los problemas estructurales de redistribución económica,²⁵² que se encuentran presentes a lo largo de los problemas globales de salud pública y que se expresa con lo que se conoce como “condicionantes sociales de la salud”,²⁵³ como se señala en el capítulo primero, no se adopta el objetivo más amplio de estudiar el problema de las disparidades económicas.²⁵⁴ Esto a su vez daría lugar a una serie de críticas, al pretender abordar de forma simultánea las políticas de combate a la pobreza con las más específicas relacionadas con la salud pública,²⁵⁵ especialmente en lo que se refiere a los programas de lucha contra las enfermedades transmisibles con potencial pandémico.

²⁵¹ Esta variante de la gobernanza se expone en Overbeek, Henk, “Global Governance: From Radical Transformation to Neo-Liberal Management...”, *cit.*, pp. 700-702. El autor también aclara que para superar esta visión parcial es necesario dotarle un carácter histórico al concepto de la gobernanza global, a fin de estar conscientes de que la configuración actual de la relación entre el Estado y el mercado es contingente y temporal, pues las contradicciones inherentes a tal modelo económico son cada vez más latentes.

²⁵² Santos, Boaventura de Sousa, “Beyond Neo-liberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics and Legality...”, *cit.*, p. 41.

²⁵³ Esta afirmación se encuentra planteada y desarrollada en Brena Sesma, Ingrid, “La responsabilidad social y las emergencias sanitarias...”, *cit.*, pp. 21 y 22; Aginam, Obijiofor, *Global Health Governance...*, *cit.*, p. 81; McInnes, Colin, “National Security and Global Health Governance”, en Kay, Adrian y Williams, Owain David (eds.), *Global Health Governance...*, *cit.*, p. 46; Kickbusch, Ilona, Heinz, Wolfgang y Silberschmidt, Gaudenz, “Addressing Global Health Governance...”, *cit.*, p. 551.

²⁵⁴ No obstante, a manera de reconocimiento de la importancia de este problema consistente en la escandalosa disparidad económica entre unos y otros países frente a la calidad de los servicios de salud, puede citarse el estudio al respecto coordinado por Yong-Kim, Jim, Millen, Joyce V., Irwin, Alec y Gershman, John (eds.), *Dying for Growth: Global Inequality and the Health of the Poor*, Monroe, Common Courage Press, 2000.

²⁵⁵ Para una crítica de este tipo respecto de las campañas contra el VIH/sida, véase Condon, Bradly y Sinha, Tapen, *Global Lessons from the AIDS Pandemic...*, *cit.*, p. 14. Por otro lado, como una ejemplificación en torno a este problema de equiparar a los actos administrativos y las políticas públicas de uno y otro tipo (lucha contra la pobreza versus políticas específicas de prevención en salud), sin asumirla como válida o inválida, puede observarse en Brachet-Márquez, Viviane, “Salud y seguridad social 1917-2008. ¿Quién decide?”, en Méndez, José Luis (coord.), *Los grandes problemas de México. XIII. Políticas públicas*, México, El Colegio de México, 2010, p. 366.

Nada de lo anterior menoscaba el uso del concepto de gobernanza global para este estudio. El enfatizar las actuaciones (principalmente) institucionales durante la pandemia por influenza A(H1N1) de 2009 obedece a que permite recuperar parte del modelo de gobernanza global frente al derecho, con todo y las limitaciones que esto conlleva. Se reitera que ningún enfoque teórico es capaz de abarcar todas las posibles aristas de un fenómeno, aun cuando se trate de un área de estudio delimitada como lo son las pandemias en el marco de la salud pública.²⁵⁶

A fin de cuentas, hay que reconocer que el surgimiento del concepto de gobernanza ocurre dentro de un contexto histórico determinado. Si bien su uso ha trascendido a lo largo de los análisis teóricos y en los procesos de toma de decisiones, se trata de una tendencia que a la postre será sustituida, e incluso hay la posibilidad de que la estructura social ya se esté alejando cada vez más del escenario en el que surge este enfoque.²⁵⁷

Asimismo, se ha afirmado que el modelo de gobernanza global sitúa al sector privado en una posición de comodidad, puesto que los acuerdos legalmente no vinculantes o que no tienen el carácter de obligatorios en el sentido jurídico otorgan un mayor margen de maniobra al sustraer el factor de la sanción y la coerción en caso de incumplimiento. De esta manera, puede ocurrir que si el actor no estatal en cuestión considera que el acuerdo o protocolo ya no sirve a sus intereses, ante la falta de supervisión derivado de un carácter no coercitivo, puede optar por la vía de la simulación o, de plano, la de una rotunda inobservancia.²⁵⁸ Esto sirve para tener presente

²⁵⁶ En concordancia con esta afirmación, véase Aginam, Obijiofor, *Global Health Governance...*, *cit.*, p. 105.

²⁵⁷ Aunque se albergan serias dudas sobre si el concepto de gobernanza realmente desaparecería en caso de que existiera otro contexto económico global, no cabe duda de que su relevancia actual es determinada en buena medida por las acciones que se han tomado al amparo de una visión muy particular sobre los asuntos públicos. Entonces, podría pensarse en un escenario “postgobernanza”, en el que muchas de las premisas que hoy sostienen al concepto carecerán de sentido. Véase Overbeek, Henk, “Global Governance: From Radical Transformation to Neo-Liberal Management...”, *cit.*, p. 702.

²⁵⁸ Un ejemplo de esta manipulación del modelo de gobernanza merced a respaldar intereses muy particulares lo es el caso de la industria del tabaco en el momento de que la Organización Mundial de la Salud se encontraba en procesos de discusión para la aprobación del Convenio Marco para el Control del Tabaco, aprobada en la Asamblea Mundial de la Salud en 2003, que entró en vigor en 2005. Se ha documentado de qué forma las corporaciones transnacionales de tabaco utilizaron los argumentos a favor de un modelo de “buena gobernanza” que privilegiara la adopción de acuerdos no obligatorios y que se apoyara más en las medidas voluntarias de este sector privado, toda vez que el Convenio propuesto por la Organización Mundial de la Salud afectó directamente los intereses económicos de estas empresas. Véase Weishaar, Heide y otros, “Global Health Governance and the Commercial

que el modelo de gobernanza no se presenta como la mejor solución para un problema, sino que se requiere primeramente evaluar las condiciones imperantes en tal o cual área a fin de ponderar si un modelo tiene posibilidades de éxito, o no. En el caso específico de las pandemias, se estima que el modelo de gobernanza podría ser útil en la medida en que hay una necesidad de implementar reglas extraordinarias y temporales capaces de enfrentar una situación sumamente anómala a través de, entre otras cosas, una visión incluyente de los otros sectores que están por fuera del aparato gubernamental.

Otro de los problemas salta a la vista al tratar de delimitar de qué manera se aborda la cuestión en torno a las múltiples aristas que adquiere el concepto de globalización. Aunque se mencionan algunas de ellas en este apartado, ello obedece al afán de reconocer que hay un número considerable de temas que forman parte del debate sobre la gobernanza en general, y que, sin embargo, no se explorarán en este estudio, en tanto se retoma uno de todos estos aspectos: de qué manera los actos legalmente no vinculantes pueden determinar el rumbo de las decisiones públicas, e incluso del ejercicio de derechos individuales.

Hay que señalar que en la medida en que la idea de gobernanza global proviene de un área específica de la teoría política y toma en cuenta a ciertos actores relevantes en un área determinada —así, la gobernanza global de la Salud²⁵⁹ tendría que tomar en cuenta a aquellos que toman las decisiones

Sector: A Documentary Analysis of Tobacco Company Strategies to Influence the WHO Framework Convention on Tobacco Control”, *Public Library of Science – Medicine*, vol. 9, núm. 6, julio de 2012, p. 5. Otro caso más que evidencia las deficiencias de la utilización de un esquema de gobernanza como herramienta de solución de problemas podría ser el de la normatividad relativa al sector farmacéutico, en donde se encomienda a organismos provenientes del sector privado la tarea de autorregularse y aplicar mecanismos de sanciones que no encuadran en una estructura propiamente formal-gubernamental. Éstos podrían ser catalogados como esquemas de gobernanza consistentes en la toma de decisiones en el sector salud por parte de organismos que no pertenecen a una estructura jerárquica en el sector público, sino a un entramado más horizontal, propio del sector privado que, no obstante, cuenta con facultades de sancionar a los integrantes de ese ámbito que incumplan con las disposiciones en materia de salud. Simplemente, no se antoja posible el que pueda haber un esquema de gobernanza en un panorama con una desigualdad tan arraigada, tal como se expone, aunque en otro sentido, en Yishai, Yael, “Participatory Governance in Public Health: Choice, but no Voice...”, *cit.*, p. 536.

²⁵⁹ La idea de “gobernanza global de la salud” y sus implicaciones en tanto línea de estudio ya es recurrente en distintos trabajos de investigación, aunque de ninguna manera se le concibe de forma unívoca. Véase, por ejemplo, Dodgson, Richard *et al.*, *Global Health Governance. A Conceptual Review, Discussion Paper 1*, Organización Mundial de la Salud-Centre on Global Health & Change, febrero de 2002, pp. 12-21; Lee, Kelley, “Understandings of

en el seno de la Organización Mundial de la Salud a nivel internacional, o a los funcionarios públicos de la Secretaría de Salud en el plano nacional—, también habría la posibilidad de una perspectiva jurídica prescriptiva que pueda estar orientada a un cambio en el *statu quo*. Aunque resulta comprensible que los actos son emitidos por organismos o instituciones especializados en temas sumamente complejos, no puede ignorarse que muchos otros actores quedan por fuera de estas decisiones,²⁶⁰ quizá de forma injustificada o quizá no, dependiendo del caso. El resolver este problema de legitimidad en términos de un “déficit democrático” no es parte del tema de investigación, pero se trae este hecho a colación para señalar una deficiencia en el esquema general de la gobernanza global, sobre todo cuando se le adopta como una herramienta para resolver problemas concretos.

IV. LA GOBERNANZA GLOBAL COMO PRESUPUESTO TEÓRICO PARA LOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PANDEMIA DE INFLUENZA A(H1N1) DE 2009

Un estudio de caso, como el de la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009, requiere de un punto de vista que incluya no sólo a múltiples ramas del derecho —sea internacional, constitucional, administrativo—, sino también un análisis multinivel —internacional, regional, nacional/local— pues con este rasero se pueden comprender los múltiples aspectos jurídicos que giran en torno a un problema tan específico.

Entonces, a manera de conclusión en esta etapa, se puede afirmar que el enfoque teórico de la gobernanza global, ya sea en su acepción amplia o en la más restringida, adopta como presupuesto el hecho de que la globalización introduce en la escena a una multitud de fenómenos que se asumen

Global Health Governance...”, *cit.*, pp. 27, 28 y 38; Hufty, Marc *et al.*, “Gobernanza en salud: un aporte conceptual y analítico para la investigación”, *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 22, núm. suplementario, Brasil, 2006, p. 36; Balcius, James y Novotny, Thomas E., “New Approaches to Global Health Governance: The Evolution of Public-Private Partnerships...”, *cit.*, p. 234; Gable, Lance y otros, “Global Public Health Legal Responses to AH1N1”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, suplemento de primavera de 2011, p. 48; Kickbusch, Ilona *et al.*, “Addressing Global Health Governance...”, *cit.*, p. 551; de igual manera, Fidler, David, “SARS: Political pathology of the first Post-Westphalian Pathogen”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 31, núm. 4, invierno de 2003, pp. 488 y 489; asimismo, Aginam, Obijiofor, *Global Health Governance... cit.*, pp. 101 y 102.

²⁶⁰ En este sentido véase Petman, Jarna, “Deformalization of International Organizations Law”, en Klabbers, Jan y Wallendahl, Ása (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, Inc., 2011, pp. 421 y 422.

como antes inusitados, que las posturas tradicionales centradas en el Estado —o incluso en el mercado— no pueden explicar por sí mismas.²⁶¹

Dicho esto, aunque la gobernanza global por sí misma no puede explicar todos y cada uno de los contextos que se observan en el plano fáctico, algunos de sus argumentos serán utilizados en virtud de las herramientas que nos proporciona en calidad de marco conceptual capaz de enfatizar lo siguiente: que los instrumentos jurídicos vinculantes conviven en un sentido importante con los que no tienen ese mismo carácter, y que tanto los entes estatales como los no estatales intervienen en aspectos que resultan vitales para todas las personas desde una perspectiva de interés público, más allá de la naturaleza legal de los actos en sí.²⁶²

Por lo tanto, la gobernanza global más bien sirve como un recordatorio de que los estudios jurídicos tienen que tomar en cuenta esta convivencia entre instrumentos formales e informales, aun cuando sea necesario tener en cuenta esa distinción —que en la teoría política se trata de una cuestión consistente en grados de formalidad— para efectos de discernir cuáles de ellas representan obligaciones jurídicas con un determinado tipo de consecuencias normativas. Después de todo, si realmente se está experimentando una transformación del sistema mundial, ello tendrá sus repercusiones, que tarde que temprano alcanzarán al propio entramado jurídico.²⁶³

Se considera que no es posible encuadrar a ciertos instrumentos internacionales y nacionales que rigen la cuestión relativa a las pandemias en un marco jurídico formal, al menos no en uno de carácter binario vinculante/no vinculante.²⁶⁴ Sin embargo, no por ello dejan de ser determinantes en el contexto de su aplicabilidad por parte de organizaciones internacionales o autoridades sanitarias nacionales. Por ende, la idea de gobernanza permite

²⁶¹ Tampoco se considera apropiado exagerar las dimensiones de los fenómenos a los que se refiere la noción de gobernanza global. Después de todo, muchos de los esquemas jurídicos y de interacciones sociales y económicas más en general pueden discernirse también en épocas anteriores. En concordancia con esta idea, véase Overbeek, Henk, “Global Governance, Class, Hegemony...”, *cit.*, p. 41.

²⁶² Esta manera de ver más allá de la naturaleza legal plantea distintos problemas a la teoría jurídica contemporánea, en cuanto esta última fue diseñada para un esquema que claramente corresponde al del surgimiento del Estado moderno y que aún necesita adaptarse a una serie de fenómenos que desafían las categorías tradicionales, como lo sería el ejemplo de las que son asociadas al rubro de “derecho transnacional”. Véase Giudice, Michael, “Conceptual Analysis and its Critics”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 6, 2012, pp. 16-19.

²⁶³ Friedrichs, Jörg, “The Neomedieval Renaissance: Global Governance and International Law in the Middle Ages”, en Dekker, Ige F. y Werner, Wouter G., *Governance and International Legal Theory*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 5.

²⁶⁴ Goldmann, Matthias, “We Need to Cut Off the Head of the King...”, *cit.*, pp. 348 y 349.

ampliar la visión más allá de los instrumentos vinculantes, con el propósito de detectar todos aquellos actos que tienen efectos importantes cuando se activan los diversos mecanismos para hacerle frente a las pandemias.

Las múltiples críticas que se formulan al concepto de gobernanza expuestas en este capítulo, sobre todo aquellas que se refieren a su alcance, contribuyen a cuidar que la perspectiva no se expanda demasiado, a fin de no caer en el *impasse* metodológico de pretender hablar de todo y de nada a la vez.²⁶⁵

V. LOS LÍMITES AL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA GLOBAL. EL PROBLEMA CONSTANTE DEL RÉGIMEN JURÍDICO RELATIVO AL SECTOR FARMACÉUTICO

Como se señala a lo largo de este capítulo, el enfoque de gobernanza global es útil en la medida en que llama la atención sobre actividades que no encuadran bajo el tradicional esquema de normas, reglas o instrumentos jurídicos vinculantes, sino que obedecen a una lógica distinta.

A la par de esta advertencia, se ha señalado que esto implica que hay también límites al alcance del enfoque. Se sostiene en párrafos precedentes que no hay ninguna teoría lo suficientemente holística capaz de resolver todos los problemas,²⁶⁶ y tal es el caso de la gobernanza global en la salud frente al entuerto del régimen jurídico relativo a las empresas farmacéuticas.

En este contexto, no puede dejar de mencionarse la presencia sobresaliente del sector farmacéutico en un evento como la pandemia de influenza A(H1N1), que fue el motivo de numerosas acusaciones contra la Organización Mundial de la Salud por elevar la alerta al máximo nivel, en virtud de que ello generó ganancias récord a favor de empresas como GlaxoSmithKline o Sanofi.²⁶⁷

²⁶⁵ Finkelstein, Lawrence S., “What is Global Governance?...”, *cit.*, p. 368.

²⁶⁶ Aginam, Obijiofor, *Global Health Governance. International Law and Public Health in a Divided World...*, *cit.*, p. 105.

²⁶⁷ Avery, Donald Howard, “The North American Plan for Avian and Pandemic Influenza: A Case Study for Regional Health Security in the 21st Century”, *Global Health Governance*, vol. III, núm. 2, primavera de 2009, p. 15; esta opinión ha sido sostenida por el exdirector del Comité de Salud del Consejo de Europa, el doctor Wolfgang Wodarg, quien sin ambages acusó a la Organización Mundial de la Salud de actuar a partir de una ausencia de evidencia científica justificable, conforme se reporta en Olaso, Francisco, “Una pandemia «falsificada»”, *Proceso*, México, núm. 1735, 31 de enero de 2010, pp. 36-39; el documento inicial de la investigación se titula “Statement presented by Dr. Wolfgang Wodarg, Medical Expert Specialising in Epidemiology and Former Chair of the Sub-committee on Health and the

Ahora bien, el marco jurídico que regula a las empresas farmacéuticas remite a un problema distinto, relativo a la regulación y normatividad internacional y nacional referente a la propiedad intelectual. Aunque ésta no forma parte del marco de gobernanza global que se utiliza en estas líneas, aun así se enmarca en un contexto general de replanteamiento del papel del Estado frente a actores no estatales con una capacidad sobresaliente para influir en los procesos de toma de decisiones que conducen, entre muchas otras cosas, a la creación de derecho internacional.²⁶⁸

El problema con el sector farmacéutico se inscribe principalmente en un área de análisis económico, y ciertamente no es posible entender la gobernanza en la salud pública sin aludir a los fuertes intereses pecuniarios que imperan en este sector. Así, el régimen instituido a través del marco de la propiedad intelectual contrasta con la situación precaria de la falta de acceso a los medicamentos, en la que se encuentran miles de millones de personas.²⁶⁹

Parliamentary Assembly”, París, Comité de Asuntos Sociales, Familiares y de Salud de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 26 de enero, 2010, disponible en: http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100126_Statement%20Wodarg.pdf.

Por supuesto, esta acusación es sólo una faceta de la historia, dado que en otras contribuciones se ha argumentado que no fue respaldada por evidencia tangible alguna, y que las credenciales personales y posturas ideológicas del principal acusador eran “cuestionables”. Véase el comentario editorial, “H1N1dsight is a Wonderful Thing”, *Nature Biotechnology*, vol. 28, núm. 3, marzo de 2010, p. 182. Posteriormente, el 14 de enero de 2010, el entonces asesor especial de la directora general de la Organización Mundial de la Salud sobre Influenza Pandémica, Keiji Fukuda, emitió una declaración en la que refutó las acusaciones a través de respuestas directas a los principales cuestionamientos. La versión transcrita, en inglés, se encuentra disponible en: http://www.who.int/mediacentre/vpc/transcript_14_january_10_fukuda.pdf?ua=1.

²⁶⁸ Un caso muy sobresaliente de normas jurídicas relativas a las actividades de las empresas farmacéuticas son los Acuerdos sobre Derechos de Propiedad Intelectual y el Comercio (ADPIC, o TRIPS, por sus siglas en inglés), que crearon estándares de protección para la propiedad intelectual que son aplicados por los países de la Organización Mundial del Comercio. Véase Enriquez, Gerardo, “El impacto de tratados internacionales en salud pública y la industria farmacéutica en México”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Propiedad intelectual y farmacéutica. Hacia una política de Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Asociación Nacional de Fabricantes de Medicamentos, A. C., 2013, 110-111.

²⁶⁹ La enumeración de algunos de los principales problemas relacionados con el esquema actual de propiedad intelectual en el ámbito farmacéutico se expone en Pogge, Thomas, “Medicines for the World: Boosting Innovation Without Obstructing Free Access”, *SUR. International Journal on Human Rights*, año 5, núm. 8, junio de 2008, pp. 119-124, disponible en: <http://www.surjournal.org>.

Así lo expresó también el relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud, Paul Hunt, en el párrafo 2 de su reporte especial de 2009 sobre la visita a la más grande compañía farmacéutica, GlaxoSmithKline, disponible en: http://www.who.int/medicines/areas/human_rights/A_HRC_11_12_Add_2.pdf.

Las discusiones también giran en torno a la incapacidad —que probablemente es coyuntural— de la concepción de los derechos humanos en relación con los productores y proveedores privados de bienes esenciales para el cumplimiento de las obligaciones mínimas en el campo de la salud.²⁷⁰ Los argumentos que pudieran ser esgrimidos para justificar una modificación al régimen de propiedad intelectual, inevitablemente conllevaría un balance de intereses, y en especial el de los agentes productores que detentan las patentes. Entre las justificaciones a este esquema que se han formulado se encuentra el de proporcionar incentivos a las empresas para conducir investigación en el desarrollo de nuevos medicamentos; sin embargo, esta lógica ha sido objeto de críticas debido a contradicciones con la información empírica disponible.²⁷¹

En este contexto, se vuelve manifiesta la distinción entre la gobernanza global como enfoque, y como herramienta para la solución de problemas.²⁷² Mientras que en su carácter de enfoque se utiliza únicamente para efectos de describir una situación, la postura que la visualiza como herramienta para resolver problemas concretos obedece a otras lógicas, que podrían considerarse como desregulación si se les otorga un carácter normativo o prescriptivo a los mecanismos de la gobernanza global. Así como ocurrió con la Convención Marco para el Control de Tabaco de la Organización Mundial de la Salud,²⁷³ se asume que algo similar se presenta en el problema de la asimetría de poder entre las empresas farmacéuticas y los Estados, así como los destinatarios de los productos: es necesario incidir directamente en los marcos regulatorios, lo que en ocasiones implica acudir a otro marco conceptual relacionado con el derecho de la propiedad intelectual. Por lo tanto, aunque se reconoce la profundidad del problema latente relativo al sector farmacéutico, lo cierto es que se considera que el enfoque de gobernanza

De igual manera, véase Bergel, Salvador Darío, “El acceso a los medicamentos como derecho humano: reconocimiento y limitaciones”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Propiedad intelectual y farmacéutica. Hacia una política de Estado...*, cit., pp. 90 y ss.

²⁷⁰ Esta incapacidad del enfoque de derechos humanos se destaca en Baxi, Upendra, “The Place of the Human Right to Health and Contemporary Approaches to Global Justice. Some Impertinent Interrogations”, en Harrington, John y Stuttaford, Maria (eds.), *Global Health and Human Rights...*, cit., p. 18.

²⁷¹ Para un vistazo a este debate, véase Hestermeyer, Holger, *Human Rights and the WTO. The Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 158-166.

²⁷² Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D., “Introduction. Coherence and Contestation”, en Hoffmann, Matthew J. y Ba, Alice D., (eds.), *Contending Perspectives on Global Governance...*, cit., pp. 3-5.

²⁷³ Weishaar, Heide y otros, “Global Health Governance and the Commercial Sector...”, cit., p. 5.

global que fue seleccionado como punto de partida es incapaz de dar una respuesta por sí mismo a esta encrucijada. En esa línea de argumentación, se reitera que debido a las limitaciones inherentes al presente trabajo de investigación, la circunstancia apenas reseñada no es abordada con ulteriores detalles, pues desbordaría el problema mismo de las pandemias de influenza.

Como conclusión a lo expuesto en este capítulo, el concepto de gobernanza global que se utiliza para reseñar el caso de la preparación frente a pandemias no abarca todas sus aristas. Cuando menos se espera haber dejado en claro que, dada su complejidad y la extensa variabilidad que se observa en las discusiones académicas, resulta viable concentrar la perspectiva en tan sólo algunos de los aspectos que conforman este modelo teórico.

En el siguiente capítulo se expone de qué manera se gestionó la respuesta a la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 desde el plano internacional y el regional, a través de normas jurídicas propias del derecho internacional público, a la par de una serie de instrumentos internacionales y regionales legalmente no vinculantes.