

INSTITUCIONES FINANCIERAS INTERNACIONALES, ESTADO Y “BUENA GOBERNANZA”

José Ma. SERNA DE LA GARZA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estado y gobernanza*. III. *Privatización y nueva regulación*. IV. *El régimen de subrogación de las guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)*. V. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

El 5 de junio de 2009, la *Guardería ABC*, ubicada en Hermosillo, Estado de Sonora (México), se incendió con 142 menores en su interior. En estos lamentables hechos 49 menores fallecieron y decenas resultaron gravemente heridos.¹ Ante esta tragedia, distintos actores e instituciones nacionales generaron diversos tipos de respuestas y reacciones, según sus propias características, misiones y competencias. Así, presionados por la opinión pública, los órganos

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Este capítulo es una versión revisada de las reflexiones publicadas en Serina 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, y Serina de la Garza, José María, “Globalización, gobernanza y Estado: el caso de la Guardería ABC”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (eds.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 389-414. Partes de este texto también se derivan de Serina de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012; Serina de la Garza, José María, “El concepto del ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 199-217; Serina de la Garza, José María, *La Reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

¹ Una investigación periodística sobre el caso de la *Guardería ABC* puede encontrarse en el libro electrónico Encinas, Lourdes, *49 Razones para no olvidar*, Hermosillo, Editorial El Auténtico, 2014.

públicos federales, estatales y municipales procedieron —no sin reticencia— a deslindar responsabilidades, a exigir la aplicación de las sanciones y penas correspondientes y a garantizar una justa compensación a las víctimas. Asimismo, se inició una discusión dentro de las administraciones públicas para adoptar medidas destinadas a evitar que hechos como los acaecidos en la *Guardería ABC* se repitan en el futuro.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió el 6 de agosto de 2009 ejercer su función investigadora en términos del párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución General de la República vigente en aquel momento,² a partir de lo cual surgió un informe que contribuyó a esclarecer los hechos y a determinar si hubo o no violaciones graves a alguna “garantía individual”.³

Asimismo, la sociedad en general (los medios, las organizaciones sociales, los formadores de opinión, etcétera), se movilizó para demandar que las diversas investigaciones en curso dieran resultados; y la academia se preocupó por encontrar una explicación de lo ocurrido. Una explicación que fuera más allá del análisis coyuntural, o de las investigaciones policiales, ministeriales, judiciales o administrativas (todas ellas sin duda necesarias). A la academia le correspondió dar una interpretación de la tragedia ocurrida en la *Guardería ABC* con un enfoque científico, vinculado a los grandes temas sobre el Estado y la sociedad que son debatidos en las ciencias sociales en la actualidad.

Este último es, precisamente, el objetivo que nos hemos propuesto alcanzar en este ensayo, resumiendo de forma muy apretada el argumento que en extenso desarrollamos en un trabajo anterior.⁴ Es decir, nuestra intención es examinar el caso de la *Guardería ABC* a la luz de una serie de temas que se vienen debatiendo por lo menos desde hace un par de décadas en las ciencias sociales, relativos al Estado, la administración pública, la burocracia estatal, el derecho público y su entorno social (doméstico y global).

La tesis básica propuesta en este ensayo es que la tragedia solo puede entenderse en función de la debilidad estructural del Estado mexicano, la cual se traduce en la incapacidad, inhabilidad e ineficiencia en la operación

² Esta facultad fue derogada por reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

³ En la fecha en que se realizó esta investigación, la Constitución mexicana todavía empleaba el término “garantías individuales” para referirse a los derechos humanos. Esto cambió con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

⁴ Serna de la Garza, José Ma., *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.

de un esquema de “regulación por contrato” o de “contractualización de servicios públicos” en el que se enmarca el régimen de subrogación al que estaba sujeta la *Guardería ABC*. Tal circunstancia significa, a su vez, que el Estado es ineficaz en su función básica de garantizar la seguridad e integridad física de las personas, así como el “interés general”.⁵

Asimismo, otra de las tesis sostenidas en este ensayo es que estas transformaciones pueden entenderse mejor a través del estudio de la aparición y desarrollo del concepto de gobernanza; concepto que, como se verá más adelante, en su connotación actual es producto del debate académico sobre las transformaciones del Estado, así como del discurso analítico y prescriptivo de diversos organismos y agencias internacionales.

Ahora bien, precisamente en ese sentido prescriptivo el concepto de gobernanza se engrana en todo un proceso de generación y circulación de modelos a nivel global —y esta es otra de las tesis propuestas— que se difunden y aplican a lo largo y ancho del orbe. Instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial (BM) o el Fondo Monetario Internacional (FMI), y los Estados nacionales forman parte de este proceso, y dentro del mismo estos últimos adoptan, modifican o resisten dichos modelos dependiendo de una serie de características de los propios Estados, de sus sociedades y de sus procesos políticos y económicos, o bien de su localización geopolítica y regional.

De hecho, puede hablarse de toda una estructura social mundial, en la cual existen asimetrías de poder e influencia entre Estados con capacidades distintas, también por el hecho de que actores como el BM y el FMI cuentan con el formidable instrumento de la “condicionalidad” en el otorgamiento de sus préstamos, para impulsar así la adopción de sus recomendaciones.

Igualmente, el presente ensayo busca encontrar posibles respuestas a una serie de preguntas que son relevantes en los debates actuales sobre el derecho económico internacional en América Latina, tales como las siguientes:

⁵ Empleamos la noción de “interés general”, debido a que se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de servicio público. Es decir, en palabras de Fernández Ruiz, el servicio público entraña la realización de una actividad técnica dirigida a satisfacer una necesidad de carácter general. La actividad de las guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), como lo era la *Guardería ABC*, es considerada en México como un servicio público, prestado directamente por el IMSS o a través de particulares habilitados para tal efecto por el propio IMSS a través de un régimen de “subrogación” (al que haremos referencia más adelante). Véase Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa, 2008, p. 61.

- ¿Qué impacto puede tener la nueva perspectiva de la gobernanza, promovida por algunas instituciones financieras internacionales, en países con sociedades civiles débiles y poco organizadas, en las que tradicionalmente han existido grupos de interés particulares muy poderosos y que no han desarrollado poderes públicos con capacidad y fortaleza suficiente para imponer una disciplina social en aras de defender y hacer prevalecer los intereses generales?
- ¿Qué consecuencias derivan del hecho de dar por supuestas ciertas condiciones de certidumbre, estabilidad y racionalidad de los actores implícitas en algunas de las recomendaciones y modelos provenientes de algunas de las instituciones financieras internacionales?
- ¿Qué tan exportables son los modelos aludidos, y qué tan viables son en función de las peculiaridades de los países de América Latina, tales como el “exceso de informalidad”; la prevalencia de sistemas de tipo clientelar o patrimonialista, una cultura administrativa que busca y permite privilegios, discrecionalidad, nepotismo y búsqueda de rentas; la debilidad del Estado de derecho; la ausencia de mecanismos de supervisión, donde los procedimientos escritos pueden ser desechados; la ausencia de cuerpos de administradores de carrera regidos por sistemas de mérito, la “discontinuidad” y “pérdida de memoria institucional”, así como problemas de coordinación e inestabilidad?
- ¿Cuáles son los riesgos que los esquemas flexibles, descentralizados y delegativos, pueden tener en cuanto a la fragmentación del gobierno, la pérdida de coherencia y consistencia en las políticas en contextos de administraciones públicas como las que caracterizan a América Latina?
- ¿Qué problemas pueden derivar de la implementación de instrumentos como el *contracting out* en la prestación de servicios públicos, en condiciones en las que no existen mercados competitivos entre los oferentes; ni tampoco procedimientos de contratación gubernamental abiertos y verificables; ni una sólida experiencia y pericia en la administración de contratos?

Debemos aclarar que la visión sostenida en este trabajo está lejos de caer en una perspectiva maniquea, según la cual existen agentes externos “malos” y Estados “buenos”, a los cuales se les imponen modelos por la fuerza. Muy al contrario, ambos forman parte de una estructura social mundial dinámica, competitiva y conflictiva, en la que los protagonistas no son solamente los Estados, sino también entidades tales como organismos internacionales de

diverso tipo, empresas transnacionales, ONG nacionales e internacionales, instituciones académicas, *think-tanks* y comunidades científicas y de expertos. En nuestra opinión, la generación de modelos de solución de problemas puede contribuir al bienestar de los países. No obstante, a los Estados y a sus sociedades les corresponde desarrollar una postura crítica respecto de ellos, para tomar lo positivo y desechar lo que pueda producir consecuencias negativas; para adoptar las recomendaciones que generen beneficios y adaptarlas a las circunstancias particulares de cada país; o bien para rechazarlas cuando sean contrarias al interés general y al bienestar público. Y dicho esto, también es pertinente aclarar que el caso de la *Guardería ABC* no es un hecho representativo y generalizable de la influencia del derecho económico internacional (DEI) en México. En todo caso, es un hecho extremo que se originó en el contexto del “desorden generalizado” del régimen de guarderías subrogadas (es decir, privatizadas, como se explicará en las siguientes secciones de este ensayo).⁶ En otras palabras, el DEI no originó la tragedia. Pero ésta se produjo en el marco de un esquema normativo y organizativo favorecido por algunas recomendaciones provenientes del DEI que para funcionar con eficacia requieren precondiciones que no existen en muchos países de América Latina.

Otra tesis sostenida en este ensayo consiste en afirmar que hay un problema de falta de institucionalidad en la prestación de los diversos servicios públicos y en el desempeño de las funciones públicas. De alguna manera, la precariedad de la normatividad del derecho y la debilidad del entramado estatal conecta la serie de actos y conductas que llevaron a la terrible tragedia de la *Guardería ABC*.⁷

La estructura del ensayo es la siguiente: en la sección II examinamos el concepto de gobernanza, así como las distintas implicaciones de dicho concepto respecto de la forma de entender al Estado y las relaciones de éste con la sociedad. Por otro lado, en la sección III estudiamos la conexión entre el concepto de gobernanza y dos términos asociados a ella, como lo son la privatización y la llamada “nueva” regulación. Como se explicará, la privatización y toda una variedad de instrumentos regulatorios “nuevos”,

⁶ La idea de “desorden generalizado” fue empleada por una investigación realizada por la Suprema Corte de Justicia de México en relación con el caso de la *Guardería ABC*, para describir la situación en que se encontraban las guarderías “subrogadas” (es decir, privatizadas) del Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS).

⁷ Para una reflexión sobre el problema de la falta de institucionalidad en América Latina, véase von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Una Mirada a un Constitucionalismo Transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, p. 21 y ss.

como la regulación por contrato, forman parte de esos modelos de solución de problemas, generados y difundidos en una estructura social mundial en la que ciertos agentes juegan un papel fundamental, caracterizado por su capacidad para impulsar ciertos modelos, y en la que los Estados tienen una gran responsabilidad respecto de sus sociedades como receptores de aquellos. Asimismo, en la sección IV analizamos someramente el caso de la *Guardería ABC*, a la luz del marco conceptual desarrollado en las secciones anteriores. De esta manera, se verá que el desarrollo de los acontecimientos que derivó en la tragedia involucra, por una parte, la transferencia de una responsabilidad pública (la provisión del servicio de guarderías, en los términos de la Ley del Seguro Social) a particulares. Por otro lado, implica también la existencia de un instrumento de “gobernanza contractual” como lo es el convenio de subrogación suscrito entre el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y la *Guardería ABC, S.C.* Aludiremos también a una serie de irregularidades existentes desde la adjudicación del convenio de subrogación del referido servicio hasta la operación del mismo que contribuyeron a crear el escenario en el que se produjo el incendio de la guardería. Por último, en la sección V concluimos con una reflexión final y general sobre los trágicos acontecimientos del 5 de junio de 2009.

En el fondo, lo que se desprende de este ensayo es que, una vez más, el Estado está “de vuelta”⁸ como objeto de análisis y discusión (en cuanto a su estructura, su papel, sus funciones), si bien en un contexto que algunos califican como novedoso.⁹

II. ESTADO Y GOBERNANZA

Sin entrar en este momento a los debates recientes sobre la transformación de los Estados nacionales y su entorno,¹⁰ considero que una serie de fenómenos asociados con la globalización plantean la necesidad de una reconceptuali-

⁸ Recordar, por ejemplo, el libro de Evans, Peter B. *et al.* (eds.), *Bringing the State Back In*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

⁹ Sobre una discusión entre quienes afirman el carácter “novedoso” de los procesos identificados con la globalización y quienes lo niegan, se puede consultar el trabajo de Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/antiglobalización, sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 15-20.

¹⁰ En relación con este debate se puede encontrar trabajos como los siguientes: Hurrelmann, Achim *et al.* (eds.), *Transforming the Golden-Age Nation State*, Basingstoke, Macmillan, 2007; Slaughter, Anne-Marie, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 5, 1997, pp. 183-197; Higgott, Richard *et al.*, “Globalisation and Non-State Actors”, en Higgott, Richard *et al.* (eds.), *Non-State Actors and Authority in the Global System*, Londres-Nue-

zación del Estado, así como de una serie de ideas e instituciones asociadas a él, como el poder, el control del poder, la autoridad, la soberanía, la distinción entre lo público y lo privado, la diferenciación entre lo interno y lo externo y la legitimidad. Se trata de nociones relevantes del derecho público, que se han forjado a lo largo de siglos de construcción teórica y dogmática, y que requieren de una revisión a la luz de los procesos y fenómenos que están teniendo lugar en la actualidad.¹¹ De alguna manera, el concepto de “gobernanza” es un buen punto de partida para emprender ese ejercicio de reconceptualización, como se verá a continuación.

El término “gobernanza” puede servir de base para tratar de generar un marco conceptual relativo a las transformaciones del Estado en la actualidad. Debemos apuntar, sin embargo, que dicho término está lejos tener un significado único y aceptado por todos, lo cual no impide que se puedan identificar en la discusión algunos elementos referidos a cambios en el Estado y su entorno, lo cual ha abierto debates teórico-conceptuales que afectan a nociones tradicionales del derecho público. Conceptualmente se puede distinguir entre una dimensión interna o doméstica y una dimensión internacional o global del concepto de gobernanza. Sin embargo, ambos se encuentran estrechamente entrelazados: el discurso y las directrices de la gobernanza global (uno de cuyos núcleos principales son las instituciones financieras internacionales) han impulsado los cambios identificados con la gobernanza doméstica.

Ahora bien, desde la perspectiva doméstica, es posible identificar al menos dos significados distintos del concepto examinado: gobernanza como una nueva forma de concebir la conducción de los asuntos colectivos de una sociedad, “más allá del Estado” y el concepto de “buena gobernanza” (*good governance*). Estas significaciones se analizarán en las líneas que siguen.

1. *Gobernanza como una nueva forma de concebir la conducción de los asuntos colectivos de una sociedad, “más allá del Estado”*

En el ámbito de la ONU, a mediados de la década de los noventa se comenzó a emplear el concepto de gobernanza definida como: “el ejercicio de autoridad política, económica y administrativa para manejar los asuntos de la

va York, Routledge, 2000; Mathews, Jessica, “Power Shift”, *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 1, 1997, pp. 50-66.

¹¹ En esta dirección apuntan las reflexiones de von Bogdandy, Armin, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

nación. Es un complejo de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones por medio de los cuales los ciudadanos y los grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones y median sus diferencias”.¹² Específicamente, en documentos oficiales del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se puede observar que se adopta un significado “amplio” de gobernanza, en el cual se incluyen tres importantes dominios de la misma, que contribuyen a alcanzar desarrollo humano sostenible, a saber: el dominio del Estado (instituciones políticas y gubernamentales); el dominio de las organizaciones de la sociedad civil y el dominio del sector privado.¹³

De esta manera, la gobernanza ha venido a ser entendida como una forma de conducir a una sociedad y de organizar la acción colectiva para el logro de objetivos comunes, en la que participan tanto actores públicos como privados. En este sentido, representa una forma distinta de visualizar los “asuntos de gobierno”, los cuales bajo una concepción tradicional se centraban en el Estado.¹⁴

Con esta significación, la gobernanza se presenta —como apunta Closa— en contraste a los clásicos procesos del gobierno y la política “centrados en el Estado”, de dirección y control, redistributivos e ideológicos. Así, la “nueva” gobernanza describe prácticas en la acción de gobernar que enfatizan los aspectos que suplen (o, incluso, sustituyen) al poder político, donde la idea clave es la noción que incorpora a la sociedad civil en la acción de gobierno.¹⁵

2. El concepto de “buena gobernanza”

En el discurso del Banco Mundial (BM) es posible encontrar, a partir de los años noventa, una forma distinta de entender la gobernanza, la cual es relativamente cercana a la idea de gobierno. El surgimiento de dicho concepto está vinculado al cambio de visión por parte del BM en relación con el pa-

¹² UNDP, *Reconceptualising Governance*, Discussion Paper núm. 2, Management Development and Governance Division, Bureau for Policy and Programme Support, Nueva York, UNDP, enero de 1997, p. 9 (traducción propia).

¹³ *Ibidem*, pp. 9-11.

¹⁴ En esta línea se puede citar el trabajo de Kooiman, Jan, *Governing as Governance*, Londres, SAGE Publications, 2005, p. 3.

¹⁵ En esencia, lo “nuevo” en la “nueva gobernanza” es la idea de que el desempeño de funciones públicas y la provisión de servicios públicos trasciende al Estado e incluye a las organizaciones de la sociedad civil y al sector privado. Véase Closa Montero, Carlos, “El Libro Blanco sobre la Gobernanza”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, enero-marzo de 2003, p. 488.

pel del Estado en el proceso de desarrollo; cambio de visión que pasó de ver al Estado como problema a visualizarlo como parte de la solución.¹⁶ Como indica Theobald, en el marco de una revisión de su estrategia de impulso al desarrollo, y ante las limitaciones y magros resultados de la estrategia seguida hasta inicio de los noventa, el BM comenzó a interesarse en sus diagnósticos y programas por las instituciones y estructuras del Estado, los procesos de toma de decisiones, las capacidades para la implementación de políticas públicas, y las relaciones entre el gobierno (o la administración) y la sociedad. La idea básica era que las instituciones públicas tienen una función indispensable y constructiva en la creación de un ambiente económicamente ventajoso y en el establecimiento de un adecuado sistema de distribución de bienes y beneficios.¹⁷

Es a partir de esos años que empieza a hablarse de *governance* o, para ser más exactos, de la necesidad de impulsar la *good governance* en los países menos desarrollados, como precondition para generar desarrollo.¹⁸ En este contexto, lo esencial era crear sistemas que verdaderamente sean rígidos por el *rule of law*, para así crear la estabilidad y seguridad que los actores económicos necesitan para evaluar oportunidades y riesgos en sus transacciones e inversiones. Como señala Perry, fue así como el BM identificó cinco funciones que los sistemas jurídicos debían desempeñar para apoyar el “*rule of law*”, como condición para dar préstamos a los países: (1) proveer un conjunto de reglas conocidas de antemano; (2) tener reglas que sean efectivamente implementadas, y no que solo estén “en los libros”; (3) asegurar que las reglas sean aplicadas consistentemente a todos (incluyendo a

¹⁶ Para un análisis sobre el surgimiento del concepto de “buena gobernanza” en el discurso del Banco Mundial, se puede revisar el trabajo de Krever, Tor, “The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank’s Development Model”, *Harvard Journal of International Law*, vol. 51, núm. 1, 2011, p. 304 y ss. Véase también el ensayo de Ramiro Fernández, Víctor *et al.*, “Estado y Desarrollo en los Discursos del Banco Mundial”, *Problemas del Desarrollo. Revista latinoamericana de economía*, vol. 37, núm. 144, enero-marzo 2006, pp. 36-43.

¹⁷ Theobald, Christian, “The World Bank: Good Governance and the New Institutional Economics”, *Law and State*, vols. 59-60, 1999, p. 24.

¹⁸ El primer documento oficial del Banco Mundial en el que se da un cambio en el discurso, antes exclusivamente centrado en aspectos macroeconómicos, y en el cual se empieza a hablar de “gobernanza” y de la importancia de la “buena gobernanza”, es World Bank, *Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth, A Long-Term Perspective Study*, Washington, D. C., World Bank, 1989. Y a este documento siguieron otros, tales como World Bank, *Governance and Development*, Washington, D. C., World Bank, 1992; World Bank, *Governance: The World Bank’s Experience*, Washington, D. C., World Bank, 1994; World Bank, *World Development Report 1997: The State in a Changing World*, Washington, D. C., World Bank, 1997; y Kaufmann, Daniel *et al.*, *Governance Matters*, World Bank Research Working Paper núm. 2196, 1999.

los servidores públicos); (4) proveer un mecanismo efectivo e independiente para la resolución de disputas; así como proteger al Poder Judicial de intervenciones de las otras ramas de gobierno; y (5) establecer reglas claras sobre la modificación de las reglas, para prevenir la introducción o eliminación arbitraria de reglas. Desde esa época también los programas de asistencia técnica del BM comenzaron a apoyar con créditos los procesos de reforma legal en un buen número de países.¹⁹

El nuevo lenguaje empleado tanto por BM como por el FMI²⁰ se transmitió a los Estados y empezó a ser utilizado por los gobiernos, a través de, entre otros procesos, la condicionalidad por concepto de los préstamos que estas instituciones pueden dar para apoyar proyectos de desarrollo así como para resolver problemas de balanza de pagos y en apoyo de procesos de “cambio estructural”.²¹

Ahora bien, dentro de las recomendaciones del BM y el FMI dirigidas a los Estados para lograr la estabilidad económica, el cambio estructural y la “buena gobernanza”, se encuentran dos que han abierto debates importantes y de relevancia para el derecho público. Se trata de la privatización y la “nueva” regulación, las mismas que han tenido un impacto importante en la organización del Estado y en la forma de concebirlo y teorizarlo, como se explicará a continuación.

¹⁹ Perry, Amanda, “International Economic Organizations and the Modern Law and Development movement”, en Scidman, Ann *et al.* (eds.), *Making Development Work*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 22.

²⁰ En el FMI se también produjo un cambio en el discurso y el enfoque, similar a lo ocurrido con el BM. Por ejemplo, en la “Declaración sobre la Alianza para el crecimiento sostenible de la economía mundial” (*Partnership for Sustainable Global Growth*), el Comité Provisional del FMI sostuvo que la promoción de la buena gobernanza en todos sus aspectos, incluyendo el *rule of law*, la mejora de la eficiencia y la rendición de cuentas del sector público y el combate contra la corrupción, era un elemento esencial de un marco en el cual las economías puedan prosperar. Véase FMI, *Partnership for Sustainable Global Growth*, Washington, D. C., Interim Committee Declaration, 29 de septiembre de 1996. No se trató de un mero cambio de términos, sino de enfoque y visión, es decir, de contenido y sustancia.

²¹ Braithwaite señala que la condicionalidad del FMI y del BM para implantar el concepto de *good governance* en los países ex-comunistas y en los países en desarrollo ha jugado un papel importante en la globalización del “Nuevo Estado Regulatorio”; Braithwaite, John, “The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, *British Journal of Criminology*, vol. 40, 2000, pp. 224 y 225.

III. PRIVATIZACIÓN Y NUEVA REGULACIÓN

El llamado “Consenso de Washington” es un término que fue acuñado por el economista John Williamson en 1989, para referirse a una serie de políticas consideradas como adecuadas para impulsar el desarrollo económico por parte de las influyentes instituciones financieras internacionales que tienen su sede en Washington, como el BM y el FMI, así como por parte del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América. Esas políticas, pensadas como una respuesta en contra de las medidas de intervención estatal aplicadas en América Latina a partir de la década de los cincuenta del siglo XX, incluían la privatización y la desregulación de la actividad económica.²² El concepto de “buena gobernanza” apareció después, como complemento de estas últimas políticas, las cuales ya no se consideraban suficientes para impulsar el desarrollo económico: había que pensar también en cómo mejorar el funcionamiento de las instituciones estatales.

1. *Privatización*

El derecho administrativo ha sido sensible al cambio de enfoque —e incluso de paradigma— que implica el concepto de gobernanza entendido de las formas que hemos explicado previamente. En este sentido, Picciotto ha señalado que se han dado cambios muy importantes en la esfera “pública” del Estado y en la esfera “privada” de las empresas, la industria y otras instituciones sociales, así como en las relaciones entre las dos.²³ En efecto, desde la década de los ochenta del siglo XX es posible identificar una tendencia mundial referente a la privatización de funciones públicas (desde el manejo de prisiones hasta la seguridad pública), servicios públicos (desde la recolección de basura hasta la producción y distribución de energía eléctrica o los servicios de salud), así como de empresas públicas.²⁴ Igualmente, refiere Picciotto un proceso paralelo por el cual la esfera aparentemente “privada” de la actividad

²² Véase Williamson, John, “A Short History of the Washington Consensus”, en Serra, Narcis y Stiglitz, Joseph E. (eds.), *The Washington Consensus Reconsidered, Towards a New Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 14-30.

²³ Picciotto, Sol, *Regulatory Networks and Global Governance*, ponencia presentada en el W.G. Hart Legal Workshop, 2006, Institute of Advanced Legal Studies, University of London, 27-29 de junio de 2006, pp. 1 y 2, disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/730c/79e0d6fc340809344315d74da2607cca0ec4.pdf>.

²⁴ Para el caso de las privatizaciones en América Latina, se puede consultar el ensayo de Baer, Werner y Birch, Melissa, “Privatization and the Changing Role of the State in La-

económica se ha convertido en más “pública”. Esto se refiere al surgimiento de una variedad de tipos de regulación que orientan y limitan la conducta del mundo de los negocios, que incluye a los códigos de conducta corporativa, a través de los cuales el sector privado adopta estándares públicos para autorregularse.²⁵

Ahora bien, una visión crítica de las privatizaciones puede llevar a concluir que el paso de una función o un servicio de la esfera “pública” a la esfera “privada” conlleva dejar de aplicar a la actividad privatizada una serie de normas y principios de derecho público, tendientes a garantizar valores como la rendición de cuentas, el debido proceso, la igualdad, la racionalidad y la transparencia. En efecto, en la literatura crítica acerca de los procesos privatizadores iniciados en muchos países a partir de mediados de la década de los ochenta del siglo XX se puede encontrar opiniones como la de Paul Starr, quien parte de una discusión sobre la distinción entre lo público y lo privado como categorías básicas del Estado liberal para analizar los distintos significados del término privatización.²⁶

De esta manera, para Starr la distinción entre público y privado es central en el lenguaje de la formulación de demandas y generación de expectativas en el Estado liberal. ¿Qué se demanda del Estado cuando nos encontramos en la esfera de lo público?, y en contraste, ¿qué demandamos del Estado cuando estamos en la esfera de lo privado?

En este sentido, lo público implica una estructura de reglas que limitan el ejercicio del poder del Estado. Y aquellos que actúan en la esfera de lo público han de ser considerados como públicamente responsables de sus acciones (en particular, ante los ciudadanos). Por otra parte, la expectativa derivada de lo público es que las decisiones y deliberaciones respectivas han de ser informadas públicamente y abiertas a la participación general. En suma, dice Starr, los ciudadanos de un Estado liberal entienden que tienen el derecho de esperar que su gobierno sea público no solamente en los fines sino también en los procesos.²⁷

tin America”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, núm. 1, otoño de 1992, pp. 1-25.

²⁵ Picciotto, Sol, *op. cit.*, pp. 1 y 2. Estos estándares se refieren, por ejemplo, a responsabilidad social de las empresas, al combate contra la corrupción y a la cooperación para la aplicación de las leyes fiscales. Véase también el ensayo de Picciotto, Sol, “Rights, Responsibilities and Regulation of International Business”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 131-152.

²⁶ Starr, Paul, “The Meaning of Privatization”, *Yale Law Journal and Policy Review*, vol. 6, núm. 1, 1988, pp. 6 y 7.

²⁷ *Ibidem*, pp. 7-9.

En contraste con lo anterior, apunta Starr, cuando los ciudadanos de un Estado liberal piensan en la esfera privada (sus casas, sus familias, sus empresas), reclaman límites al poder del Estado; límites que no son absolutos pero que, en casos de intervención del Estado en la esfera privada, exigen una justificación basada en el interés público.²⁸ En otras palabras, las expectativas de los ciudadanos hacia el Estado difieren en función de la distinción construida entre “lo público” y “lo privado”.

Si esto es así, y si de manera general definimos a la privatización como la transferencia de una función, servicio o actividad de la esfera pública a la esfera privada, entonces la privatización tiene forzosamente un significado político, puesto que tiene un impacto en la reordenación de las demandas y las expectativas en una sociedad. Decir que alguna actividad es pública implica demandas de objetivos y propósitos públicos, responsabilidad y rendición de cuentas de carácter público y apertura o transparencia públicas, incluyendo la participación y la discusión que, por lo menos en teoría, forman parte de un proceso para la formación de las preferencias y decisiones que son consistentes con los intereses de la sociedad en el largo plazo. Y decir que una actividad es privada invoca demandas de protección ante la intervención del Estado o de otros ciudadanos. Asimismo, la privatización significa pasar de un ámbito que en principio debe ser abierto y visible a un dominio que es más cerrado al escrutinio y con menos acceso.²⁹

Por otra parte, la reordenación de demandas y expectativas que implica la privatización tiene efectos distributivos. Es decir, transfiere poder a quienes están mejor posicionados para ejercer poder en el mercado. E incluso, en el extremo, puede ser empleada, según Starr, para “reordenar las relaciones de clase” (como cuando la privatización en Chile fue usada para quebrar el poder de los sindicatos de trabajadores del Estado y reducir sus prestaciones). En definitiva, la privatización, al alterar el equilibrio entre “lo público” y “lo privado”, cambia la distribución de recursos materiales y simbólicos que influyen en la configuración de la vida política.³⁰

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Ibidem*, pp. 11-18 y 35-41. Minow argumenta algo parecido, al señalar que los “actores públicos” están sujetos a un régimen de rendición de cuentas como no lo están los “actores privados”. Así, la privatización abre la posibilidad de debilitar o eludir normas de derecho público que están vinculadas con la noción de “acción pública”. Por ejemplo, los “actores públicos” pueden tener el deber de dar explicaciones, ya sea por un deber derivado del derecho administrativo de dar razones de su actuación o por medio de normas que garanticen a los ciudadanos el acceso a la información pública. Minow, Martha, “Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion”, *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 5, marzo de 2003, p. 1246.

³⁰ *Idem.*

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

Por otra parte, debe señalarse que, en contraste con la perspectiva referida, también existe la opinión de quienes consideran que las privatizaciones no necesariamente llevan a la reducción de lo público frente a lo privado (por ponerlo en términos simples). De esta forma, autoras como Freeman han sugerido que la privatización puede verse no como un medio para achicar al gobierno, sino como un mecanismo con el potencial de expandir el alcance del gobierno en ámbitos tradicionalmente considerados privados. Así, la privatización puede ser un medio de “publicitación” (*publicization*), por medio del cual actores privados se comprometen con objetivos tradicionalmente públicos a cambio de tener acceso a oportunidades lucrativas para generar bienes y servicios que de otra manera podrían ser provistos directamente por el Estado. Por lo tanto, afirma la autora, en lugar de comprometer normas de la democracia como la rendición de cuentas y el debido proceso, la igualdad y la racionalidad; la privatización puede extender esas normas a actores del sector privado a través de vehículos como el proceso presupuestal, la regulación y el contrato. Sin embargo, aclara de inmediato la autora, esto “puede” o “no puede” suceder, porque el que el Estado pueda efectivamente imbuir a actores del sector privado con normas públicas que se atribuyen al gobierno, es algo que pueden resistir y resentir.³¹

Freeman propone que la extensión de normas de derecho público (*publicization*) a actores privados puede darse a través de dos mecanismos: leyes del Congreso y decisiones de los tribunales. Los mecanismos legislativos no son nuevos: se pueden imponer requerimientos para dar apoyos o subsidios fiscales, todos condicionados. Los requerimientos se pueden referir a la transparencia de la información, audiencias públicas, racionalidad y justificación de las decisiones, equidad, monitoreo de autoridades, etcétera. Asimismo, los tribunales podrían interpretar los contratos, la responsabilidad civil o las sociedades mercantiles en forma tal que los actores privados cumplan con normas de derecho público (no discriminar, debido proceso, transparencia). Se podría incluso interpretar los contratos para dar a los beneficiarios de un servicio público privatizado (que no son parte en el contrato sino terceros),

³¹ Freeman, Jody, “Extending Public Law Norms Through Privatization”, *Harvard Law Review*, vol. 116, 2003, pp. 1285 y 1286.

el derecho a demandar para lograr el cumplimiento del contrato, incluso si la ley no lo dice expresamente.³²

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

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

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

2. La “nueva” regulación

Vinculado con las transformaciones del Estado moderno, relativas a las privatizaciones, diversos autores hablan también del surgimiento de un “Nuevo Estado Regulatorio”. Braithwaite, por ejemplo, señala que las privatizaciones de los años ochenta y noventa no siempre fueron acompañadas de una desregulación, sino más bien del surgimiento de nuevas técnicas de regulación como alternativas al control directo.³³

³² *Ibidem*, pp. 1317-1320. En esta misma línea se encuentra el trabajo de Trebilcock e Iacobucci, quienes afirman que si los mecanismos privados de rendición de cuentas (es decir, los derivados del juego de las fuerzas del mercado) no se consideran adecuados, el Estado puede imponer un régimen de rendición de cuentas a actividades, funciones o empresas privatizadas (si bien esta situación puede tener un impacto negativo en cuanto a los beneficios derivados de los mercados privados). Véase Trebilcock, Michael y Iacobucci, Edward, “Privatization and Accountability”, *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 5, marzo de 2003, p. 1451.

³³ Braithwaite, John, *op. cit.*, pp. 222-238.

Por su parte, autores como Vincent-Jones han hablado de la “contractualización de los servicios públicos”, definida como el proceso por el cual los servicios públicos son desempeñados cada vez más a menudo por empresas privadas o agencias estatales semiautónomas en relaciones contractuales con agencias públicas. La contractualización implica el reemplazo de formas burocráticas por formas de “cuasimercado” de provisión, si bien su futuro es incierto a largo plazo, pues ha habido experiencias negativas en el Reino Unido en materia de salud y educación.³⁴

En esta línea, Vincent-Jones explora la idea de “regulación por contrato”. En este esquema, las agencias estatales como compradoras son reguladas y ellas mismas ejercen funciones regulatorias, a través de los estándares contractuales que pueden establecer, y el monitoreo y las prácticas de ejecución del contrato que realizan en relación con el proveedor del servicio.³⁵ Finalmente, Vincent-Jones concluye que la contractualización de servicios públicos y la creación de “cuasimercados” puede, en ciertos casos y con el establecimiento de ciertas limitaciones, ofrecer ventajas significativas en comparación con las formas burocráticas de organización que han dominado los servicios públicos en el Reino Unido y otras sociedades capitalistas. Bajo condiciones regulatorias apropiadas —afirma— la “gobernanza contractual” puede ayudar a generar soluciones al problema de cómo valores democráticos tales como la transparencia, participación y rendición de cuentas pueden hacerse efectivos para una provisión de servicios públicos más eficiente, efectiva y responsable.³⁶

Ahora bien, los temas de la “regulación por contrato” y la “contractualización de los servicios públicos” forman parte de una tendencia que se identifica con la transformación del Estado y sus relaciones con la sociedad. Se trata de una tendencia que apunta hacia la privatización de actividades que hasta hace poco tiempo se desarrollaban directamente por el Estado; y hacia el diseño y expansión de diversas fórmulas de asociación entre actores públicos y privados en el desempeño de tareas que antes eran exclusivas del Estado.

³⁴ Vincent-Jones, Peter, “The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services”, *Public Law*, verano de 1999, p. 304.

³⁵ “Public purchasers may make various uses of contract as a regulatory mechanism and management tool... Once contracts have been awarded, it is in the interest of public authorities to use contract as a mechanism for controlling the quality and cost of service provision. The performance of contracts is of obvious interest to public purchasers. The transaction costs of running contractual relationships in terms of monitoring, defaults, sanctions, penalties, dispute resolution and termination of contracts are likely to be critical indicators of regulatory success or failure”. *Ibidem*, p. 316.

³⁶ *Ibidem*, p. 326.

Además, se trata de una tendencia que no es exclusiva de México, sino que por el contrario tiene un alcance global, pues muchos países se han incorporado a ella, en diversos grados y a través del empleo de diversos instrumentos jurídicos e institucionales. Incluso puede decirse que dicha tendencia ha derivado en la generación de verdaderos “modelos” que se aplican en un gran número de países para la solución de problemáticas específicas.³⁷

Por otra parte, esta tendencia se manifiesta en una serie de cambios y transformaciones que ha experimentado el Estado en su *ser* y en su *deber ser*. Es decir, por un lado, empíricamente se puede observar que los Estados han experimentado cambios importantes (por ejemplo, la reducción significativa de los sectores públicos y la expansión de instrumentos como el *outsourcing* y el *contracting out*);³⁸ y por otro lado, se puede constatar una modificación en las concepciones tradicionales acerca del Estado y de cuál debe ser su relación “adecuada” con la sociedad.

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

Asimismo, y más allá de las preguntas hechas en relación con la privatización y la “nueva” regulación, reiteramos nuestro interés en discutir las cuestiones planteadas desde la sección introductoria del presente ensayo, las cuales reflejan una inquietud respecto de la adopción acrítica de ciertos modelos, y que de alguna forma nos dan la apertura hacia el examen e interpretación acerca de las razones y circunstancias que pueden haber contribuido a la producción de la tragedia de la *Guardería ABC*, a la cual nos referiremos en la siguiente sección de este ensayo.

³⁷ Aparte de los ensayos de Jody Freeman y Peter Vincent-Jones ya mencionados, podemos referirnos a otros autores que han examinado esta tendencia, tales como Cordero Vega, Luis, “Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal”, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (eds.), *Contratos Administrativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; Martínez López-Muñiz, José Luis, “Nuevo sistema conceptual”, en Ariño Ortiz, Gaspar (ed.), *Privatización y liberalización de servicios*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 133-152; Minow, Martha, *op. cit.*, pp. 1229-1270, y Sanz Rubiales, Iñigo, *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, España, Universidad de Valladolid, 2004.

³⁸ En el contexto de la temática analizada en este ensayo, *outsourcing* significa la contratación de un proveedor externo de servicios por parte de la administración pública; y *contracting out* alude a la prestación de servicios públicos por parte de particulares, a través de una habilitación de la administración pública que “delega” la operación directa del servicio respectivo.

IV. EL RÉGIMEN DE SUBROGACIÓN DE LAS GUARDERÍAS DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL (IMSS)

1. *Planteamiento*

Los trágicos acontecimientos relacionados con la *Guardería ABC*, ocurridos en el estado de Sonora en junio de 2009, a raíz de los cuales fallecieron 49 menores de edad, conforman un caso que merece ser examinado desde la perspectiva conceptual que aquí venimos desarrollando.³⁹ El desarrollo de los acontecimientos que derivó en la tragedia involucró, por una parte, la transferencia de una responsabilidad pública (la provisión del servicio de guarderías, en los términos de la Ley del Seguro Social) a particulares. Por otro lado, implicó también la existencia de un instrumento de “gobernanza contractual” como lo es el convenio de subrogación suscrito entre el IMSS y la *Guardería ABC, S.C.*, temas ambos que, en lo conceptual, han sido motivo de análisis en la sección precedente de este ensayo.

Asimismo, la transferencia del servicio público de guarderías a particulares, parece estar vinculada —por lo menos en parte— a un modelo de gestión difundido a escala mundial. Decimos que en parte, porque el régimen de subrogación en realidad existe desde el origen mismo del IMSS. Sin embargo, la gran expansión en el empleo de este instrumento —en el caso de las guarderías— se dio a partir del año 2000, en el marco de una reforma del sector salud diseñada de acuerdo con un esquema impulsado por el Banco Mundial, como se verá más adelante.

No es este el espacio adecuado para explicar en detalle todos los aspectos relativos al régimen de subrogación de guarderías del IMSS. Simplemente nos limitaremos a afirmar que a través del régimen de subrogación es posible que un particular, y no el Estado (a través del IMSS, en este caso), preste el servicio de guardería directamente a los derechohabientes, conforme a los requisitos determinados por la ley y por el Consejo Técnico del IMSS.

Ahora bien, el régimen de subrogación de guarderías del IMSS existe desde 1973 (se preveía en el artículo 192 de la Ley del Seguro Social). Sin embargo, es a partir del año 2000 que se da la gran expansión de este tipo

³⁹ Leal resume así los hechos: “La guardería ABC —subrogada por el IMSS— operaba «habilitada» en un antigua nave industrial, al lado de una bodega industrial, en un espacio de 50 por 30 metros que apenas hace 3 años era una maquiladora de ropa. No tenía salidas de emergencia. No contaba con extinguidores. Su personal eran empleadas o maestras. Atendía a más de 200 menores de entre 6 meses y 5 años. 142 estaban dentro a las 15 horas de ese 5 de junio. La peor tragedia de que se tenga registro”. Leal Fernández, Gustavo, “Guarderías”, *Temas de Salud y Sociedad* 4, México, ADN Editores, 2009, p. 36.

de guarderías. Como reportan Jorge Ramos y Ricardo Gómez, del 2000 al 2008 el IMSS “apostó todo” a la subrogación de guarderías y dejó de lado la prestación directa del servicio. Como se desprende del “Informe al Ejecutivo Federal y al Congreso de la Unión sobre la situación financiera y los riesgos del IMSS 2008-2009”, entregado el 1 de julio de 2009 al Congreso de la Unión por parte del IMSS, en 2000 había 142 guarderías de prestación directa y 757 subrogadas. Sin embargo, la cifra de las guarderías de prestación directa se mantuvo intacta hasta 2008, mientras que las subrogadas pasaron a un total de 1,412.⁴⁰

Esta extraordinaria expansión de guarderías subrogadas parece enmarcarse en un cuadro más general que tiene que ver con la reorganización corporativa del IMSS, promovida desde finales de la década de los noventa del siglo pasado. Una estrategia que, según Laurell, tiene como objetivos básicos contener costos para no desequilibrar las finanzas públicas e introducir la lógica de mercado para la asignación de los recursos de salud dentro del IMSS.⁴¹ Cabe resaltar que según Laurell, el giro dado en México a la política social en el tema de salud pública está vinculado a la condición establecida por el BM para que el gobierno mexicano pudiera tener acceso a un préstamo de 700 millones de USD en 1998.⁴²

Para Laurell, la reorganización del IMSS parte de la separación de las funciones de normatización, financiamiento y prestación, antes todas ellas en manos del propio IMSS. Sin embargo, para esta autora la reforma del IMSS implica que, en adelante, “la administración central de éste sólo recaudará las cuotas y normará las actividades de otras instancias”.⁴³ En este esquema, se transfieren tramos importantes de responsabilidades públicas al sector privado.⁴⁴

⁴⁰ Artículo periodístico de Jorge Ramos y Ricardo Gómez, *El Universal*, 2 de julio de 2009.

⁴¹ Laurell, Asa Cristina, “El Banco Mundial en la reforma de los servicios médicos del IMSS”, *Salud Problema*, nueva época, año 3, núm. 4, junio de 1998, p. 58.

⁴² Laurell cita como un documento referencial, World Bank, *Mexico-Health System Reform Project (IMSS)*, 1998, disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/695431468056441169/pdf/multi0page.pdf>. *Ibidem*, pp. 58 y 59. Véase también Laurell, Asa Cristina, “Structural Adjustment and Globalization of Social Policy in Latin America”, *International Sociology*, vol. 15, núm. 2, 2000, p. 306 y ss.

⁴³ Laurell, Asa Cristina, “El Banco Mundial en la reforma...”, . *cit.*, p. 59.

⁴⁴ “La iniciativa privada, por su parte, resulta favorecida por la reforma con la apertura y fuerte impulso de tres ámbitos de los negocios privados: la gestión del financiamiento de salud y la organización de sistemas de atención; la prestación privada de servicios médicos y la venta de seguros adicionales de salud”. En este esquema, señala Laurell, los empresarios de la salud “se convertirán en interlocutores privilegiados para la formulación de la política de salud y seguramente defenderán sus intereses particulares”. *Ibidem*, p. 61.

Sin ser servicios médicos, la evolución que ha tenido la prestación del servicio de guarderías del IMSS puede enmarcarse en la tendencia general antes aludida. Una tendencia que impacta en diversas áreas del IMSS, y que en relación con todas ellas abre cuestionamientos acerca del trazado de la línea entre “lo público” y “lo privado”; además de incidir sobre temas de responsabilidad pública y privada y la rendición de cuentas de los distintos tipos de proveedores del servicio. En el nivel más general, los desarrollos aludidos enfrentan una lógica mercantil que choca (o puede chocar) con la lógica pública que obedece (o debiera obedecer) al interés común de satisfacción de necesidades y garantía de derechos.⁴⁵

2. *El entorno regulatorio del contrato de subrogación de los servicios de guardería del IMSS*

La Recomendación 49/2009⁴⁶ de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) documentó una serie de irregularidades en relación con la suscripción y operación del “contrato”⁴⁷ de subrogación suscrito entre el IMSS y la *Guardería ABC, S.C.*, así como respecto de los deberes de vigilancia y monitoreo que distintas autoridades tenían en relación con las actividades de la guardería. Algunas de las principales irregularidades consistieron en lo siguiente: en la guardería no había el número de trabajadores y personal requerido por la normatividad vigente para atender a los menores, que hubieran podido apoyar en su evacuación; no había el equipo que la ley establece en el tema de seguridad de las instalaciones (tales como detectores de monóxido de carbono); en contravención con la norma para prestación de servicio de asistencia social para menores, en los muros de la guardería se uti-

⁴⁵ Esta es la preocupación fundamental de Laurell. Además, en otro ensayo sostiene igualmente que “[l]a primera premisa de esta propuesta es que los servicios médicos son «bienes privados» dado que son apropiados por los individuos y en cantidades variables (Akin, 1987). De allí se desprende que la salud es una responsabilidad privada, por lo que los individuos deben resolver sus necesidades de salud en la familia o adhiriéndose a formas de prepago que garanticen su acceso al mercado de servicios. Por tanto, el Estado solo debe hacerse cargo de aquello que no le interesa a los privados producir por la falta de rentabilidad o que los individuos no pueden comprar por falta de recursos económicos. En esta concepción no cabe la noción del «derecho a la salud» y su correlato lógico, o sea, la obligación del Estado a garantizarlo”. Laurell, Asa Cristina, “La globalización y las políticas de salud”, *Salud Problema*, nueva época, año 3, núm. 4, junio de 1998, p. 41.

⁴⁶ CNDH, Recomendación 49/2009 publicada el 3 de agosto de 2009.

⁴⁷ El artículo 213 de la Ley del Seguro Social habla de “convenios” de subrogación. La recomendación de la CNDH se refiere al “contrato” de subrogación, por así denominarse precisamente el título que habilitó a la Guardería ABC para prestar el servicio correspondiente.

lizaron materiales inflamables o que producían gases o humos tóxicos; y en el inmueble donde estaba la guardería carecía de salida de emergencia, además de que los responsables de la estancia no atendieron los requerimientos que en esa materia les hizo la delegación del IMSS.

Además de la citada recomendación de la CNDH, un documento producido por la Auditoría Superior de la Federación (ASF) incluyó los “fideicomisos, fondos, mandatos y contratos análogos” (como los contratos de subrogación de guarderías) como “áreas de opacidad” en la administración pública de la federación. Es decir, áreas en las que no se ejerce el control y rendición de cuentas en el manejo de recursos públicos federales de manera adecuada.⁴⁸

Por otro lado, en una segunda versión (ampliada) del mismo documento,⁴⁹ la ASF es más específica, al desarrollar toda una reflexión de diagnóstico acerca de la regulación y supervisión del Estado sobre la “delegación” y las “autorizaciones” a particulares de responsabilidades y tareas públicas. En dicho documento, después de comentar la expansión de este tipo de actos, la ASF reconoció que el Estado federal mexicano es responsable de regular, normar y verificar, mediante ordenamientos legales y acciones de vigilancia, las actividades que, con su autorización, desarrollan los particulares, cuidando que los intereses privados no se privilegien sobre el interés público.⁵⁰

Sin embargo, la ASF observa con preocupación la presencia de “importantes debilidades en los procesos de autorización, regulación y supervisión de diversos actos transferidos a particulares, como por ejemplo las siguientes: en el otorgamiento de las autorizaciones, no siempre se observa el cumplimiento de los requisitos que establece la normativa; los servidores públicos que participan en los procedimientos de otorgamiento de estas autorizaciones, en ocasiones, desconocen la legislación que los regula; existe escasa supervisión por parte de las autoridades respecto del cumplimiento de los particulares de toda la normatividad aplicable; y falta infraestructura para el establecimiento de controles que permitan una supervisión adecuada y eficiente por parte del Estado.⁵¹ En suma, lo que sugieren las observaciones de la ASF es que en los procesos de autorización, regulación y supervisión de diversos actos transferidos a particulares, hay graves problemas de *falta de institucionalidad*, noción a la cual regresaremos en la sección final de este ensayo.

⁴⁸ Auditoría Superior de la Federación, *Áreas de Opacidad y Riesgo en el Estado Federal Mexicano. Oportunidades de Mejora*, 2008, disponible en: <https://www.scribd.com/document/89668109/Areas-de-opacidad-y-riesgo-en-el-Estado-Federal-Mexicano-oportunidades-de-mejora>.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 68-72.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 68.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

Asimismo, y después de citar una serie de casos específicos derivados de la revisión de la Cuenta Pública de 2007 efectuada por la ASF en los que se documentan diversas irregularidades, la sección respectiva del documento analizado concluye con una referencia directa al caso de la *Guardería ABC*:

Con base en estos resultados, se requiere reflexionar sobre la importancia de vigilar celosamente el cabal cumplimiento de las obligaciones de los particulares respecto de los actos que el Estado les concede realizar en su nombre, reconociendo, al mismo tiempo, los efectos que éstos tienen en la sociedad y, por consiguiente, la obligada protección que se debe ofrecer a la ciudadanía para evitar cualquier mal uso de las facultades delegadas que obre en su perjuicio, o bien, de cualquier eventualidad que afecte sus derechos e integridad, como fue el caso del siniestro ocurrido en una guardería subrogada del Instituto Mexicano del Seguro Social en el estado de Sonora, la cual no cumplía con las medidas de seguridad requeridas ocasionando la pérdida de la vida de muchos infantes.⁵²

Por último, y más allá del caso de la *Guardería ABC*, la ASF se pronuncia a favor de una revisión profunda de las normas y las prácticas que se dan alrededor de la transferencia a particulares de servicios y funciones públicas, en los siguientes términos:

Una inadecuada e insuficiente regulación y supervisión del Estado impacta determinadamente en la economía y en la sociedad en general, genera distorsiones en los objetivos, propósitos y metas de las políticas públicas, propicia la discrecionalidad en las decisiones y autorizaciones, e invita a la negligencia, al dispendio, a la ineficiencia y al mal uso de los recursos públicos, lo que facilita el contubernio y las prácticas de corrupción.

El Estado debe impulsar una administración eficiente de todas las autorizaciones emitidas y contar con personal suficiente y especializado para supervisar, verificar, vigilar, inspeccionar y dar seguimiento al cumplimiento cabal de las obligaciones por parte de los particulares. Estas tareas deben considerarse estratégicas, toda vez que cuidan la convivencia y el buen uso de los bienes y recursos públicos de todos los mexicanos.

Con base en el objetivo de impulsar la transparencia y la rendición de cuentas en todos los ámbitos de la gestión pública, es imperativo la atención inmediata de esta área de alto riesgo, mediante la aplicación de programas de gran aliento con acciones y mecanismos puntuales orientados a fortalecer las atribuciones de los entes públicos encargados de las funciones de regulación y supervisión de las actividades y procesos que han sido delegados a particulares, teniendo como premisa que ello es, desde cualquier óptica o perspectiva, una responsabilidad insoslayable del Estado federal mexicano.⁵³

⁵² *Ibidem*, p. 71.

⁵³ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

El documento de la ASF nos remite a la preocupación por las consecuencias que puede tener el dar por supuestas ciertas condiciones de certidumbre, estabilidad y racionalidad de los actores, implícitas en algunas de las políticas públicas implementadas en México para resolver graves problemas sociales.⁵⁴ Las peculiaridades de las administraciones públicas de los países latinoamericanos en general, y de México en particular, obligan a una reflexión sobre la viabilidad de ciertos modelos, en contextos diferentes a los asumidos por muchas propuestas.

V. REFLEXIONES FINALES

Una primera reflexión que quisiéramos realizar en esta sección final de nuestro ensayo consiste en reconocer que, en la estructura social mundial actual, existen asimetrías de poder e influencia, tanto en razón de las diferencias muy pronunciadas entre los Estados que conforman la comunidad internacional —en términos políticos, militares y económicos— como por el hecho de que algunos actores (por ejemplo, el BM y el FMI) cuentan con el formidable instrumento de la “condicionalidad” en el otorgamiento de sus préstamos, para impulsar la adopción de sus recomendaciones. De esta forma, como observa Held, a todo gobierno que pretenda obtener su ayuda financiera, el FMI y el BM le requerirán, entre otras medidas y vía la “condicionalidad”, que restrinja la expansión del crédito, achique el gasto público, limite los salarios y los empleos del sector público, devalúe su moneda y reduzca los programas de asistencia social.⁵⁵ Todo ello abre la discusión acerca de la existencia de

⁵⁴ Ya no tenemos más espacio para referirnos *in extenso* a otro documento relevante en relación con el caso aquí analizado. Pero no queremos omitir por lo menos mencionar que el informe del 1 de marzo de 2010 presentado por la Comisión investigadora integrada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con el caso de la *Guardería ABC*, concluyó que en el otorgamiento de los contratos, la operación y la supervisión de las de guarderías del IMSS subrogadas había un “desorden generalizado”. Esta conclusión del referido informe no fue aceptada por la mayoría de los Ministros de la Corte; pero los Ministros de la minoría elaboraron un interesante voto, a saber: el “Voto de minoría que formulan los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza, en el Dictamen emitido el catorce, quince y dieciséis de junio de dos mil diez por el Tribunal Pleno en la facultad de investigación 1/2009, promovido por el Ministro Sergio A. Valls Hernández”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de noviembre de 2010.

⁵⁵ Held, David, *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 140.

actores hegemónicos en los procesos de generación y difusión de modelos, y de la medida en la que éstos reflejan la estratificación mundial.⁵⁶

Adicionalmente, lo anterior nos lleva a reflexionar acerca de las implicaciones que los modelos implícitos o explícitos en el concepto de “buena gobernanza”, y en general las recomendaciones del BM y del FMI, pueden tener en un contexto como el que caracteriza a México. La idea de “buena gobernanza” prescribe ciertas fórmulas de asociación y coordinación del gobierno con las organizaciones privadas y sociales en la implementación de las políticas y la prestación de servicios. Además, la “buena gobernanza” recomienda la promoción del reemplazo de estructuras altamente centralizadas y jerarquizadas por ambientes administrativos descentralizados, “horizontales” y “flexibles”, en los que las decisiones sobre distribución de recursos y provisión de servicios son hechas en el punto más cercano a la provisión; así como la creación y expansión de instrumentos diseñados como alternativas a la provisión pública directa de servicios públicos. Lo anterior se suma a las recomendaciones que ya venían desde antes, asociadas al “Consenso de Washington”, relativas a la privatización de servicios y funciones públicas.

Sin embargo, y a pesar de que como formulación teórica y conceptual las recomendaciones del BM y del FMI no dejan de tener su atractivo, es preciso plantear una serie de interrogantes relativos al efecto que este tipo de medidas pueden tener en contextos en los que existen sociedades civiles débiles y poco organizadas, en las que tradicionalmente han existido grupos de interés particulares muy poderosos, y en sociedades, además, que no han desarrollado poderes públicos con capacidad y fortaleza suficiente para imponer una disciplina social en aras de defender y hacer prevalecer los intereses generales.

En este tipo de contextos, existe el riesgo de que las privatizaciones puedan efectivamente significar cruda y llanamente —como apunta Starr— una relocalización del poder y, a la vez, la salida de dicho poder de un régimen de controles por parte del derecho público (tendientes a garantizar

⁵⁶ Cabe destacar que la influencia ejercida por los “modelos” generados en círculos globales no es homogénea en todos los países. Como bien han señalado Held y McGrew, el impacto de la globalización es irregular, lo que impide que ésta sea un proceso universal que se experimente de forma uniforme en todo el planeta; véase Held, David y McGrew, Anthony, *op. cit.*, p. 13. Al parecer, en buena medida el impacto concreto en cada país depende de las características de los Estados, de sus estructuras políticas y económicas, o bien de su localización regional. Como ha explicado Stiglitz, algunos países del Este asiático en su momento adoptaron medidas distintas a las del modelo promovido por el Consenso de Washington cuando lo consideraron pertinente para el interés nacional, con resultados positivos; véase Stiglitz, Joseph E., *El malestar con la globalización*, México, Taurus, 2006, p. 125.

valores como la rendición de cuentas, el debido proceso, la igualdad, la racionalidad y la transparencia), con lo cual se estaría contribuyendo a la profundización de los desequilibrios y las asimetrías en la sociedad respectiva, y a perpetuar una situación en la que el Estado se encuentra en una posición débil para cumplir con la función que le corresponde de garantizar la prevalencia del interés general.

Asimismo, ciertas propuestas relativas a la gestión indirecta de los servicios públicos presuponen condiciones de certidumbre, estabilidad y racionalidad de los actores, mientras que en realidad muchas de las administraciones públicas de América Latina se caracterizan por otro tipo de condiciones, tales como: el “exceso de informalidad”; la prevalencia de sistemas de tipo clientelar o patrimonialista, una cultura administrativa que busca y permite privilegios, discrecionalidad, nepotismo y búsqueda de rentas; la debilidad del Estado de derecho; la ausencia de mecanismos de supervisión, donde los procedimientos escritos pueden ser desechados; la ausencia de cuerpos de administradores de carrera regidos por sistemas de mérito, la “discontinuidad” y “pérdida de memoria institucional”, así como problemas de coordinación e inestabilidad.

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

Ahora bien, condiciones como el “exceso de informalidad”, entre otras de las que acabamos de referir, nos remiten al ya mencionado problema de falta de institucionalidad en América Latina. Y es que quizás el dilema principal de la política y las políticas públicas en muchos países latinoamericanos no sea tanto el relativo al tipo de institucionalidad a adoptar, sino el que está planteado entre la institucionalización o la no-institucionalización de la vida pública.

Es bien conocido el hecho de que importantes áreas de la política en América Latina transcurren por vías más bien informales, no estrictamente institucionales. En el caso de México, por ejemplo, los profesores Purcell llegaron a afirmar que el sistema político que existió en este país entre 1929 y 2000 jamás se institucionalizó, sino que subsistió gracias a la renovación periódica de un acuerdo político original entre determinados grupos de poder político, económico y militar, cuyo cemento fue una serie

de prácticas informales, reglas no escritas y acuerdos tácitos.⁵⁷ En cualquier caso, consideramos que el tema de la falta de institucionalización de la vida pública debe ser recogido por los análisis sobre el alcance y el impacto de las recomendaciones de las instituciones financieras internacionales.⁵⁸

Ahora bien, aquí habría que aclarar lo que la *institucionalización* significa. Esencialmente, por este término entendemos la vinculación e identificación personal de los individuos con las reglas y los procedimientos de las instituciones en que actúan. Este es el sentido que Samuel Huntington ha dado a su noción de institucionalización, al decir que ésta es el proceso por medio del cual las organizaciones y los procedimientos adquieren valor y estabilidad. Este mismo autor afirma que la creación de instituciones políticas que involucren y reflejen un consenso moral e interés mutuo es una condición para el mantenimiento de un sentido de comunidad en las sociedades complejas. Dichas instituciones, a su vez, dan un nuevo significado al propósito común de quienes integran una sociedad, y crean nuevas vinculaciones entre los intereses particulares de los individuos y de los grupos. Finalmente, y para redondear su noción de institucionalización, Huntington afirma:

La comunidad política en una sociedad compleja depende, por tanto, de la fuerza de las organizaciones y procedimientos políticos en la sociedad. Dicha fuerza, a su vez, depende de la amplitud del apoyo dado a dichas organizaciones y procedimientos, y de su nivel de institucionalización.⁵⁹

En suma, puede afirmarse que la institucionalización requiere de la asignación de un valor positivo por parte de los individuos y los grupos a las reglas y procedimientos de las instituciones. Esa valoración positiva es la que las hace estables en el tiempo. Esta afirmación tiene una gran relevancia, puesto que probablemente sea esta especie de vinculación *moral* entre individuos e insti-

⁵⁷ Purcell, Susan Kaufman y Purcell, John, "State and Society in Mexico: Must a Stable Polity be Institutionalized?", *World Politics*, vol. 32, núm. 2, 1980, pp. 194 y 195.

⁵⁸ De alguna manera, los debates sobre la reforma a los regímenes políticos en América Latina y su relación con la democracia ya han recogido el tema de la falta de institucionalidad. Por ejemplo, Przeworski ha señalado, precisamente, que las soluciones al problema de la democratización están en las instituciones. Para este autor, la democracia sólo es posible cuando existen instituciones que hacen poco probable que el proceso de competencia política desemboque en resultados altamente adversos a los intereses de las fuerzas políticas relevantes, dados los recursos que estas fuerzas pueden poner en movimiento; véase Przeworski, Adam, "Democracy as a Contingent Outcome of Conflicts", en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 64-79.

⁵⁹ Huntington, Samuel, *Political Order in Changing Societies*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1968, p. 12 (traducción propia).

tuciones la condición necesaria para la construcción de la institucionalidad en América Latina.⁶⁰

Debemos aclarar, sin embargo, que lo anterior no significa que rechacemos de manera absoluta y por principio las privatizaciones o las formas de gestión indirecta de servicios públicos (ni tampoco los esfuerzos por introducir racionalidad gerencial en el sector público). Al contrario, coincidimos con Aguilar, en el sentido de que estas medidas han sido una respuesta a los problemas crecientes de operación del gobierno, al déficit fiscal creciente, a la calidad incierta de servicios públicos, a los efectos de políticas económicas erróneas y a la ineficiencia e irresponsabilidad pública de los gobiernos, que produjo en muchos países la desconfianza de los ciudadanos en relación con la capacidad y la seriedad directiva de los gobiernos.⁶¹

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

En el caso específico de los convenios de subrogación suscritos entre el IMSS y las guarderías manejadas por actores privados, como lo ha señalado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), resulta evidente que en condiciones en las que no existen mercados competitivos entre los oferentes; ni procedimientos de contratación gubernamental abiertos y verificables; ni una sólida experiencia y pericia en la administración de contratos, es muy probable que surjan problemas no esperados ni previstos en cuanto a la eficacia, la eficiencia y la seguridad para los beneficiarios de dichos servicios.⁶²

⁶⁰ Acerca del concepto de institucionalidad véase von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo...”, *cit.*, pp. 21-25.

⁶¹ Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 140.

⁶² OECD, *Governance in Transition, Public Management Reforms in OECD Countries*, París, OECD, 1995, pp. 8-27.