

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Horrorizados, la tarde del 5 de junio de 2009, los mexicanos nos enteramos de una de las peores tragedias ocurridas en nuestro país en las últimas décadas. La Guardería ABC, ubicada en Hermosillo, Sonora, se había incendiado con 142 menores dentro de ella. Al pasar los días, la información generada y difundida tornó el horror en la peor de las pesadillas: 49 menores muertos y decenas de lesionados.

Si acaso se creía que habíamos perdido la capacidad de horrrorizarnos (después de años de sanguinaria violencia que azota a buena parte del país), los acontecimientos relacionados con la Guardería ABC han sonado una señal de alarma (una de las más audibles, entre muchas otras, potenciada por el dolor de los padres, familiares y amigos de 49 infantes), que ha impactado y preocupado a amplios segmentos de la sociedad mexicana.

Ante esta situación, corresponde a los distintos actores e instituciones nacionales, generar diversos tipos de respuestas y reacciones, según sus propias características, misiones y competencias. De esta manera, los órganos públicos federales, estatales y municipales deberán deslindar responsabilidades y exigir la aplicación de las sanciones y penas que correspondan, así como garantizar una justa compensación a las víctimas. Asimismo, deberán adoptar medidas para evitar que hechos como los acaecidos se repitan en el futuro.

En este sentido, cabe destacar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió, el 6 de agosto de 2009, ejercer su fun-

<sup>1</sup> La presente reflexión ha sido escrita como parte mi trabajo de tesis doctoral, inscrita en el programa de Doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ción investigadora en términos del párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución general de la República, a partir de lo cual habrá de surgir un informe que sirva para esclarecer los hechos, y determinar si hubo o no violaciones graves a alguna garantía individual.

Asimismo, la sociedad en general (los medios, las organizaciones sociales, los formadores de opinión) hará bien en movilizarse y demandar que las diversas investigaciones en curso no se diluyan en el olvido y el desgaste, para beneplácito de los responsables. Es importante mantener un contexto de exigencia activo y enérgico.

Por su parte, a la academia le corresponde encontrar una explicación de lo ocurrido. Una explicación que vaya más allá del análisis coyuntural, o de las investigaciones policiales, ministeriales, judiciales o administrativas (todas ellas necesarias). A la academia le corresponde dar una interpretación de la horrorosa pesadilla, 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 a través de la presente obra. 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 trabajo es que la tragedia sólo puede entenderse en función de la debilidad estructural del Estado mexicano, la cual se traduce en la incapacidad, inhabilidad e inefficiencia en la operación 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”.

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.

Además, se trata de una tendencia que no es exclusiva de México, sino que al 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 en la solución de problemáticas específicas.

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, la expansión de instrumentos como el *outsourcing* y el *contracting out*);<sup>2</sup> y por otro lado, se puede constatar una modificación en concepciones tradicionales acerca del Estado, y de cuál debe ser su relación “adecuada” con la sociedad.

Asimismo, otra de las tesis sostenidas en este trabajo 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 transformacio-

<sup>2</sup> En el contexto de la temática analizada en este trabajo, *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.

nes del Estado, así como del discurso analítico y prescriptivo de diversos organismos y agencias internacionales.

Ahora bien, precisamente en ese sentido prescriptivo es que 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. Los Estados forman parte de este proceso, y dentro del mismo es que 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.

La visión sostenida en este trabajo, debemos aclarar, está lejos de caer en una perspectiva maniquea, según la cual existen agentes externos “malos” y Estados “buenos” a quienes 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 entidades 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 que puede contribuir al bienestar de los países; ello no obstante, a los Estados y 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 el interés general y al bienestar público.

Alrededor del hilo conductor conformado por estas tesis se construye en el presente trabajo una explicación cuyo punto de partida es la discusión relativa a los efectos de la llamada globalización en los Estados contemporáneos. Se trata en este caso, de uno de los temas recurrentes en la literatura reciente sobre la globalización. Por ello es que, una vez más, el Estado está

“de vuelta”<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

De esta manera, en el capítulo primero se explica que en los extremos del debate actual sobre el Estado pueden identificarse dos posturas enfrentadas. Una de ellas considera que la globalización ha de llevar a la disolución del Estado, mientras que la otra sostiene que el Estado se está transformando de diversas maneras, en una especie de adaptación a los procesos y fenómenos identificados con la globalización.<sup>5</sup> Por otro lado, dentro del debate sobre la globalización (al que no entraremos en este momento),<sup>6</sup> destaca la discusión sobre un término relativamente nuevo, que alude a una complejidad de fenómenos vinculados con el poder y el derecho en el mundo actual. Ese término es el de gobernanza.<sup>7</sup> El objetivo de este capítulo es elaborar un marco teórico-

<sup>3</sup> Recordar, por ejemplo, el libro de Evans, Peter B., Rueschemeyer, Dietrich y Skocpol, Theda (coeds.), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, 1985.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Entre otros, Prakash y Hart han reseñado el debate entre los que piensan que ante la globalización, el Estado ha llegado a su fin; el Estado no es afectado; y el Estado se “rearticula”. Prakash, Aseem y Hart, Jeffrey (coeds.), *Globalization and Governance*, Londres, Routledge, 1999, pp. 12-15.

<sup>6</sup> Para una revisión de este debate se pueden consultar los trabajos de Held, David y McGrew, Anthony, *op. cit.*; Petras, James y Veltmeyer, Henry, *La globalización desenmascarada*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2003, y Held, David, *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós, 1997.

<sup>7</sup> Como ejemplos de la extensa literatura sobre gobernanza citamos los siguientes trabajos: Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008; Kooiman, Jan, *Governing as Governance*, London, SAGE Publications; Closa Montero, Carlos, “El Libro Blanco sobre la gobernanza”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 119, enero-marzo de 2003; UNDP, *Reconceptualising Governance*, Discussion Paper núm. 2, Management Development and Governance Division, Bureau

conceptual, a través de la revisión del debate sobre el Estado en la era de la globalización, tratando de presentar cuáles son los polos de la discusión (en medio de los cuales, debemos aclarar, pueden encontrarse gran número posturas intermedias). En este apartado, aclaramos, nuestro objetivo no es ser exhaustivos en el análisis de este debate, sino ilustrar el marco en el que éste se da en la actualidad.

Por otro lado, en el capítulo segundo nos proponemos desarrollar una discusión referida a las transformaciones del Estado implicadas en el concepto de gobernanza. Nuestro objetivo es entender y explicar una serie de fenómenos y procesos que están transformando concepciones tradicionales de lo que entendemos por “autoridad”, “poder”, “lo público” y “lo privado” para, a partir de ello, identificar y comprender cuáles son sus implicaciones respecto del derecho público. Así, en este capítulo segundo examinaremos el concepto de gobernanza, en sus diversas acepciones, 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, revisaremos las semejanzas y diferencias entre los conceptos de gobernanza, gobernabilidad y nueva gestión pública, conceptos todos ellos de alguna manera “emparentados”, y referidos esencialmente a la misma problemática (la del gobierno o dirección de la sociedad), si bien parten de distintos enfoques y se plantean diferentes interrogantes. Finalmente, el capítulo segundo cierra con un examen de diversas perspectivas críticas que han identificado en el desarrollo de los conceptos de gobernabilidad, nueva gestión pública y gobernanza algunas limitaciones, o ángulos no tomados en cuenta, o aspectos dejados de lado por dichos conceptos, o bien presupuestos de los mismos no verificados empíricamente. La referencia a estas perspectivas es indispensable para construir el enfoque crítico del presente trabajo.

for Policy and Programme Support, UNDP, New York, enero de 1997; OECD, *Governance in Transition, Public Management Reforms in OECD Countries*, París, 1995.

En el capítulo tercero 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”, 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 aquéllos. Por último, y en razón de que detrás de los debates sobre la privatización y la “nueva regulación” está el tema de “lo público” en las sociedades contemporáneas, el capítulo tercero termina con una discusión conceptual acerca de la distinción entre “lo público” y “lo privado”. Esta discusión es relevante en nuestro estudio, debido a la idea de que la “contractualización de los servicios públicos”, contenida en el concepto de la ‘nueva regulación’, tiene el potencial de extender “lo público” a ámbitos de actividad desempeñados por particulares, a través de los estándares contractuales que se puede establecer, y del monitoreo sobre las prácticas de ejecución de los contratos. *Potencia* que no necesariamente ha de convertirse en *acto*, pues esto depende de una serie de condiciones políticas y administrativas a las que también nos referiremos.

El capítulo cuarto se dedica a analizar el caso de la Guardería ABC a la luz del marco conceptual desarrollado en los tres capítulos precedentes. De esta manera, se verá que el desarrollo de los acontecimientos que derivó en la tragedia de la Guardería ABC 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 IMSS y la Guardería ABC, S. C.

Asimismo, se observará que la transferencia del servicio público de guarderías a particulares parece estar vinculada (por lo

menos en parte) con un modelo generado a nivel global y adoptado por el Estado mexicano. Decimos que en parte, porque en realidad el régimen de subrogación existe desde el origen mismo del IMSS. Sin embargo, la gran expansión en el empleo de este régimen (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.

Finalmente, en el capítulo cuarto nos referiremos a algunos aspectos del marco general y antecedentes de la “privatización” de algunos servicios que en principio son responsabilidad de las instituciones públicas de seguridad social, para después examinar algunos datos relevantes relacionados con el régimen de subrogación aplicable a la provisión del servicio, no sólo de guarderías, sino de otro tipo de servicios, que, en principio, corresponde al IMSS prestar. A partir de este examen procederemos posteriormente a extraer algunas conclusiones referidas a diversos de los temas desarrollados en la parte conceptual del presente trabajo, como se podrá ver en el capítulo quinto.

Debemos aclarar, para finalizar esta introducción, que nuestra contribución no pretende rechazar de manera absoluta y por principio, modelos aplicados en la reforma del sector público de muchos países (incluido el nuestro), de los cuales forman parte, por ejemplo, las privatizaciones o las formas de gestión indirecta de servicios públicos, y las medidas para introducir racionalidad gerencial en el sector público. Al contrario, reconocemos, como señala Aguilar, que estas medidas han sido una respuesta a los problemas crecientes de operación del gobierno, al déficit fiscal creciente, a la calidad incierta de servicios públicos, a los efectos de políticas económicas erróneas, a la ineficiencia e irresponsabilidad pública de los gobiernos, que produjo en muchos países la desconfianza de los ciudadanos en relación con la capacidad y la seriedad directiva de los gobiernos.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 140.

Nuestra intención es, más bien, advertir la conveniencia de realizar un detallado y cuidadoso análisis contextual, crítico, previo a la adopción de fórmulas y medidas como las arriba referidas; y, por otro lado, hacer notar la necesidad de acompañarlas de programas de desarrollo de las instituciones políticas y de las administraciones públicas en los tres niveles de gobierno de nuestro sistema federal, que además involucren a la sociedad. No se defiende a ultranza al sector público en este trabajo como proveedor único y monopólico, de servicios. Se plantea, en cambio, la necesidad de crear un régimen en el cual, cuando se considere conveniente y adecuada 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.