

**Diana Margarita
Magaña Hernández***

**Luis
Figueroa Díaz***

*La planeación
de la política de
infraestructura y la Ley
de Asociaciones Público
Privadas (APP) en
México*

Resumen

En este artículo se analiza la Ley de Asociaciones Público Privadas (APP), en él se describen y enuncian sus principales características, así como el sentido que tienen conforme a las nuevas exigencias de la actividad económica del Estado, que atiendan a la eficiencia y gestión compartida con el sector privado al establecer un nuevo modelo de alianza productiva y de servicios. Con base en ese análisis general, se puntualizan los elementos jurídicos del contrato que da origen a las APP en función de la política de infraestructura. Finalmente, el artículo relaciona estos planteamientos previos con una explicación de una gestión determinada. Para ello, analiza de manera crítica la instrumentación de la referida ley en este sector, dado el ejercicio de la reinserción y los derechos humanos.

Abstract

This article analyzes the Law on Public Private Partnerships (PPP) in which it describes and sets out its main characteristics, as well as the sense they have in accordance with the new requirements of the State's economic activity, that attend to the efficiency. And shared management with the private sector to establish a new model of productive and service alliance. Based on this general analysis, the legal elements of the contract that give rise to the PPPs in terms of infrastructure policy are outlined. Finally, the article relates these previous approaches with an explanation of a determined management. To this end, it critically analyzes the instrumentation of the referred law in this sector given the exercise of reinsertion and human rights.

Sumario: Introducción / I. El sector de infraestructura en el marco legal y las alianzas APP / II. El contrato en los proyectos de APP / III. Un caso particular: las APP en el sector penitenciario / IV. Reflexiones en torno al uso de APP en el sector penitenciario / V. A manera de conclusión / Fuentes de consulta

* Profesores-Investigadores del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco

Introducción

El desarrollo integral y sustentable del país implica para el Estado la organización eficiente de su gasto público. La atención de su aplicación no sólo corresponde al propio Estado sino además a todos los sectores que componen la economía nacional, toda vez que su manejo honesto y conforme al marco legal vigente, es condición indispensable para el avance integral del país.

Por ello, México proporciona recursos económicos para el desarrollo de la política económica del Estado y se organiza mediante un amplio régimen jurídico.¹

Con respecto de esa política económica, la teoría del manejo de las finanzas públicas establece que el uso de los recursos públicos que son captados por el Estado en su régimen fiscal y sus actividades patrimoniales tiene como obligación la gestión de tales acervos económicos en modelos de planeación y en la radicación en la sociedad mediante programas.²

Sobre ello es clara la disposición de la Ley de Planeación Reglamentaria del artículo 26 constitucional que en su artículo 7 determina:

Artículo 7.- El Presidente de la República, al enviar a la Cámara de Diputados las iniciativas de Ingresos y los proyectos de Presupuesto de Egresos, informará del contenido general de dichas iniciativas y proyectos y su relación con los programas anuales que, conforme a lo previsto en el artículo 27 de esta ley, deberán elaborarse para la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo.

En paralelo, las decisiones de política legislativa que están vinculadas a la gestión y radicación de esos recursos públicos se determinan en un modelo técnico de construcción de normas, tomando en cuenta que el proceso de planeación es dinámico al integrar las etapas de planeación-programación-evaluación de gasto.³

Sin embargo, este proceso, así definido en las leyes, ha tenido importantes críticas como resultado del manejo dispendioso de los recursos asignados y dados los resultados de gestión y operación cuando éstos han sido exclusivamente realizados por

¹ Comprende la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación, Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, La Ley de planeación, los reglamentos que de ellas se derivan, además de las disposiciones legales tanto de las entidades federativas, Ciudad de México y municipios relacionados.

² Para Juan Amieva-Huerta, la gestión del gasto público se orienta por el efecto desplazamiento, que puede tener dos formas, una directa que actúa como sustituto del gasto privado y otra complementaria que se suma al gasto privado. Juan Amieva-Huerta, *Finanzas públicas en México*, México, editorial Porrúa, 2010, pp. 149-152.

³ Relación normativa incluida en el artículo tercero, párrafo segundo, de la Ley de Planeación donde se lee: "Artículo 3º.-... Mediante la planeación se fijarán objetivos, metas, estrategias y prioridades, así como criterios basados en estudios de factibilidad cultural, se asignarán recursos, responsabilidades y tiempos de ejecución, se coordinarán acciones y se evaluarán resultados".

agentes públicos, lo que ha originado en los últimos años una respuesta institucional del Estado mediante la creación del Sistema Nacional Anticorrupción en términos del artículo 113 constitucional.

Asimismo, el propio Estado aplicando la técnica dinámica de la planeación que conlleva involucrar al sector privado y social en los fines del proyecto de desarrollo, ha reconvertido el antiguo sistema de organización estado-iniciativa privada que consistía principalmente en la creación de empresas de participación estatal.⁴

Para ello, utiliza la gestión operativa mixta fundándose constitucionalmente mediante el sistema democrático y deliberativo de desarrollo y a través de esquemas organizativos que podemos calificar de “ganar-ganar” en función de los beneficios que se otorga al Estado y a los propios particulares involucrados en una nueva relación contractual que no supone la creación de empresas.

Estos modelos, por tanto, deben ser analizados cuantitativa y cualitativamente,⁵ dependiendo de cada rama o sector donde se establecen, porque la gestión no sólo involucra cuestiones estrictamente económicas y de negocios sino porque también tiene que ver con situaciones sociales y relacionadas con las funciones públicas.

Específicamente, en el gobierno de Felipe Calderón Hinojosa se creó un modelo de relación jurídico-económico para la radicación de recursos públicos mediante proyectos de beneficio mutuo, para establecer una nueva alianza estado-capital⁶ que recibieron el nombre de Asociaciones Público-Privadas (APP).⁷

No obstante, este término de “alianza” entre Estado e iniciativa privada cambia los términos que la teoría corporativa privada construye, porque los objetivos que se persiguen no están definidos en función de ventajas en el mercado, la producción y

⁴ En cifras de Emilio Sacristán Roy, entre 1984 y 1994 se vendieron 155 empresas de participación estatal mayoritaria entre la que se destaca el caso de Tereftalatos mexicanos, empresa petroquímica. Emilio Sacristán Roy, “Las privatizaciones en México”, *Revista economía*, vol. 3, núm. 9, México, UNAM, 2006, p. 55. Por otra parte, según Jacques Rogozinski, *La privatización de las empresas públicas*, México, FCE, 1996, p. 41, (texto disponible en la página electrónica www.memoriapoliticademexico.org.) un programa de desincorporación de empresas públicas tiene entre otros propósitos los de transferir en parte la productividad económica al sector privado, para mejorar la eficiencia del sector público, disminuyendo el tamaño de su estructura. Sin embargo, a propósito de esta opinión, consideremos también que la creación de una empresa o persona moral productiva implica mayor compromiso financiero del Estado, así como la inversión para desarrollar mandos calificados y competentes en la gestión empresarial que en ocasiones es del todo contradictorio con la designación de funcionarios políticos en tales mandos.

⁵ El artículo 26 constitucional ha sido reformado en los años 2013, 2014 y 2016, para ampliar la base regulatoria del sistema nacional de planeación democrática del desarrollo nacional, asumiendo el componente de la política nacional para el desarrollo industrial con vertientes sectoriales y regionales donde se considere la deliberación como un elemento indispensable.

⁶ En algunas leyes estatales los legisladores han recuperado la denominación “alianza” para estos nuevos proyectos como es el caso de la Ley de alianzas público-privadas de servicios del estado de Sonora.

⁷ Las propuestas de esta naturaleza, sin embargo, sólo encuentran su límite en la línea divisoria que determina las actividades estratégicas que son explotadas por el Estado directamente, aun cuando la propia Ley de Asociaciones Público Privadas permite las alianzas para fines de investigación y desarrollo tecnológico, en todo caso.

las ventas, sino en razón de una función pública, transformando así el sentido de la cooperación en los servicios o la producción.

En lo particular, en esta investigación nos interesa y perseguimos el objetivo del análisis normativo de estas nuevas alianzas a fin de establecer sus características básicas.

Asimismo mediante una breve revisión de la política de creación de infraestructura que se encuentra integrada en el Programa Nacional de Infraestructura (PNI) 2014-2018, es propósito de este trabajo el ejemplificar esas bases normativas y su resultado en determinada gestión concreta, porque cabe señalar que en este modelo⁸ se pueden incorporar no sólo las actividades relacionadas con la construcción de carreteras y vías de comunicación, sino incluso con la construcción y operación de centros penitenciarios, tal como indica el artículo 10 de la Ley de Asociaciones Públicas y Privadas (LAPP) publicada en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 16 de enero del 2012:

Artículo 10.- Los esquemas de asociación público-privada regulados en la presente Ley son opcionales y podrán utilizarse en relación con actividades cuya legislación específica prevea la libre participación del sector privado, o bien, mediante, el otorgamiento de permisos, autorizaciones o concesiones, para la prestación de los servicios correspondientes y no podrá referirse a los casos en los que las disposiciones aplicables señalen que no pueda intervenir el sector privado.

I. El sector de infraestructura en el marco legal y las alianzas APP

El sector de infraestructura, en su concepto más tradicional y básico, está relacionado con la base de un sistema vinculado a la comercialización de productos y servicios en el que las empresas que fabrican efectos mercantiles utilizan muy diversos medios contractuales para poder realizar sus productos.

Asimismo, se relaciona económicamente con la cadena de distribución que asume la continuidad como elemento central de la producción industrial.⁹

México ha destinado, así, un importante monto de sus recursos a la creación de infraestructura básica para preservar los activos patrimoniales y de capital.¹⁰ Los

⁸ Consiste en la Ley General, que define los proyectos productivos entre el Estado y los particulares de acuerdo con los principios incluidos en los artículos 25 y 134 constitucionales.

⁹ Este sector industrial en México ha tenido una amplia progresión histórica que, desde la visión y modelo de desarrollo del Estado, ha transitado entre la noción nacionalista y la noción globalizadora, y donde siempre ha existido una gran competencia por los mercados de inversión y desde luego, también las expresiones proteccionistas y la interrupción o ruptura de las reglas del comercio internacional.

¹⁰ Así, por ejemplo, de acuerdo con el decreto de presupuesto público federal para el 2017, se contempla el rubro relativo a los proyectos de asociaciones público-privadas cuyo monto es de \$33,622,200,000.00

presupuestos del Estado mexicano han fortalecido históricamente un federalismo de gestión en infraestructura que se basa en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, la Ley de Coordinación Fiscal, la Ley de Obras Públicas y Servicios y la Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios, de reciente publicación,¹¹ así como las disposiciones reglamentarias relacionadas con las mismas.

En especial, esta última incluye una serie de disposiciones encaminadas al control y seguimiento del endeudamiento y del gasto público de las entidades federativas, y que ponen énfasis en el papel que deben tener en proyectos productivos las APP. Incluso se prevé que los remanentes de gasto en cada estado sean destinados a la formación de fondos económicos que puedan canalizarse a dichos proyectos.

Por su parte, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (LF-PRH)¹² ha establecido el concepto de proyectos de infraestructura productiva de largo plazo que consiste en aquellos donde las adquisiciones de bienes productivos estén en condiciones de generar su propio ingreso. Cabe mencionar que esta ley maneja el criterio de beneficio social que incluye los factores de rentabilidad macroeconómica, reducción de la pobreza extrema, desarrollo regional y concurrencia con otros programas y proyectos.

Es de destacarse que la LFPRH se inscribe en el sistema de obra pública para la infraestructura y no establece una conexión directa con los proyectos APP, lo que muestra un desajuste legislativo que produce la dicotomía obra pública-proyectos productivos APP.

No obstante, podemos afirmar que el principio jurídico de ejercicio del gasto público que ambas desarrollan es el relativo al concepto de la rectoría del Estado manifestado mediante la aportación federal al desarrollo de las entidades federativas con condicionamiento del gasto.¹³

Es así que, en este conjunto general de leyes, se ubica la actual Ley de Asociaciones Pública Privadas, que en su artículo primero determina que tiene por objeto regular los esquemas APP bajo los principios de los artículos 25 y 134 constitucionales.

Tal objeto legal sólo puede ser entendido en función de los párrafos quinto y sexto de dicho artículo 25, esto es: en las áreas estratégicas las empresas productivas del Estado pueden celebrar contratos y otros actos jurídicos bajo la regula-

que incluye los programas de conservación plurianual de las carreteras Matehuala-Saltillo; Pirámides-Tulancingo-Pachuca; Saltillo-Monterrey-Nuevo León y Texcoco-Zacatepec, todas ellas en el periodo 2017-2027; así como la construcción del nuevo Hospital General en la delegación regional sur de la Ciudad de México, y de diversos hospitales tanto para el seguro social como para el ISSSTE.

¹¹ *Diario Oficial de la Federación* del 27 de abril de 2016.

¹² *Idem.*, del 30 de marzo de 2006.

¹³ Margarita Palomino Guerrero, en su texto, *La reforma hacendaria como estrategia para activar el federalismo en problemas actuales del derecho público mexicano*, México, editorial Porrúa, 2003, p. 56,

ción de las leyes secundarias, y en las áreas prioritarias el sector público puede participar con el sector privado en actividades de infraestructura y de prestación de servicios.¹⁴

Sin embargo, el sistema APP se fortalece en un ámbito de competencia laxo, establecido mediante reforma del 2014, en el contenido del artículo 10 de la LAPP que hemos transcrito en la introducción de este trabajo, al comentar en el esquema de la ley un principio de flexibilidad sustentado en una engañosa interpretación teleológica sobre dicho ámbito.¹⁵

En lo que respecta al PNI, él mismo conceptualiza esta área como un tema estratégico y prioritario¹⁶ para el país porque, de acuerdo con su propio enunciado, “representa el medio para generar desarrollo y crecimiento económico y es fundamental para incrementar la competitividad”.¹⁷

Esta definición programática de la política de infraestructura refleja, en nuestra opinión, una hipótesis subyacente: que existe una asimetría entre la organización de agentes económicos públicos y la participación operacional de los agentes privados destinados a crear infraestructura en México, lo que es reflejo de una nueva estructuración de la alianza estado-capital privado que hemos comentado en la introducción a este trabajo.

Esta asimetría que ha reducido a las empresas del Estado ha sido constatada por diversos estudios,¹⁸ que determinan que la misma ha sido resultado de una reconversión de la composición administrativa de estas empresas.

señala que la nueva hacienda pública distributiva abarca tres vertientes: el diseño de un nuevo marco normativo, la reforma presupuestal y la reforma financiera.

¹⁴ La exposición de motivos de la LAPP alude a servicios de salud y hospitales, construcción y operación de carreteras y puentes, construcción y operación de puertos y aeropuertos, construcción y operación de sistemas de agua potable y saneamiento, construcción y administración de la infraestructura para la educación, para la generación de energía eléctrica, para la impartición de justicia o para el desarrollo urbano.

¹⁵ Porque se fuerzan principios de la rectoría económica hacia los fines de la LAPP. Estos principios, tal como señala Narciso Sánchez Gómez en su obra *Segundo curso de derecho administrativo*, México, editorial Porrúa, 2005, pp. 218-219, son: un reparto equitativo de la riqueza pública, el aprovechamiento racional y equilibrado de los recursos naturales, una política fiscal más justa, equitativa y proporcional, respetar y hacer valer la libre competencia y concurrencia en el comercio, industria y servicios, y combatir las grandes desigualdades económicas de la población.

¹⁶ Los términos “estratégico” y “prioritario” están determinados en nuestra Constitución política por lo que la asignación de gasto público en dichas actividades económicas es porque puede participar exclusivamente el Estado (áreas estratégicas) o porque lo puede hacer conjuntamente con el sector privado (áreas prioritarias).

¹⁷ *Diario Oficial de la Federación* del 29 de abril de 2014.

¹⁸ Al respecto, para la aproximación del número de empresas mercantiles del Estado desincorporadas en los últimos años se sugiere consultar el texto de Sergio Moserriit Ortiz Soltero, *Las entidades paraestatales, aspectos jurídicos*, México, editorial Porrúa, 2008, pp. 230-231, donde concluye que “en la actualidad se mantiene la política del Gobierno Federal en el sentido de delimitar su intervención en la economía nacional a través de empresas de participación estatal, pero esto no es óbice para que continúe brindando servicios y apoyando a ciertos segmentos de la población por medio de organismos descentralizados y fideicomisos públicos”.

Al respecto, lo que originalmente fue un proceso jurídico y económico depurativo, aparentemente dictado por la necesidad del reordenamiento de las finanzas del Estado, dio paso a constituirse en un marco jurídico permanente cuyo principal estatuto es la Ley Federal de Entidades Paraestatales.¹⁹

Esta adaptación ha dado lugar, así, a la yuxtaposición de un modelo público productivo y de radicación de capital que supone la conjunción de inversión pública y privada sin la necesidad de crear personas morales mixtas y que, apuesta, por tanto, por una eficiencia operacional alternativa y no directa.²⁰

Abundando sobre lo anterior, sostenemos que el Estado mexicano ha promulgado en los últimos años un subconjunto jurídico que contiene elementos propios de un derecho administrativo económico regulador que se contrapone con el mandato constitucional relativo a la medición de la pobreza y la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social;²¹ en tanto también abarca la reorganización de sus mecanismos de gestión del gasto a través de figuras contractuales entre sector privado y Estado en los que se elude significativamente la responsabilidad frente a terceros.²²

Igualmente, una de las consecuencias en la realidad económica de esta construcción normativa ha sido la de convocar al sector privado en la realización, administración y control de obras de infraestructura, cuestión que puede tener además distintas lecturas si no se observa exclusivamente desde el marco formal.²³ En este contexto, el Estado asume, en la política de infraestructura, el efecto desplazamiento

¹⁹ Específicamente en el artículo 6 del Reglamento de dicha ley se lee: “La desincorporación de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal, se llevará a cabo mediante la disolución, liquidación, extinción, fusión, enajenación, o bien mediante transferencia a las entidades federativas”.

²⁰ México se encuentra en el nivel más bajo de inversión en infraestructura, según el Banco Interamericano de Desarrollo, comparando a 16 países de América Latina y el Caribe.

²¹ Porque en el actual artículo 26 constitucional reformado, se ha creado un órgano autónomo denominado Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social con personalidad y patrimonio propio para tales fines.

²² Esto afecta fundamentalmente al derecho administrativo, en tanto, este sigue siendo la rama que agrupa a las leyes y demás instrumentos jurídicos que regulan a las empresas paraestatales y los organismos públicos, pero también incide en la transformación del derecho económico público en cuanto éste se refiere a la política económica de gasto e inversión de los recursos de la sociedad. En esa regulación de derecho económico público es menester señalar que en las últimas décadas mucho se ha vertido en opiniones favorables y desfavorables a la política de privatización de la actividad productiva del Estado. Hay extremos que van desde aquellos que afirman que los cambios han sido impuestos por los intereses de las grandes corporaciones privadas hasta los que afirman que nuestros gobiernos han tenido una postura pragmática y soberana frente a los cambios de la economía mundial. Una visión ecléctica sostiene que los cambios son resultado de factores externos e internos dado que la interdependencia de las economías es un hecho fáctico y empírico en el cual ya no es posible evitar la estructuración de empresas privadas y públicas mediante criterios de eficiencia y competitividad.

²³ Explica Dieter Nohlen, *El institucionalismo contextualizado*, México, editorial Porrúa, UNAM, 2006, pp. 55-56, que el pensamiento reformista en América Latina tiende a privilegiar la participación, dada la crisis de legitimidad crónica de los Estados, que tiene en parte su origen en la desconfianza generalizada frente al Estado por parte de la sociedad.

De esta manera, el relacionar en este apartado el marco legal de la política de infraestructura con el modelo jurídico general de las APP, nos ha permitido determinar estas características básicas generales de las nuevas alianzas empresariales Estado-sector particular.

complementario²⁴ que se institucionaliza mediante la conjunción del gasto público y la inversión privada.²⁵

Esta apuesta del grupo gobernante, como hemos dicho antes, modifica también el interés público por factores adicionales como son: la limitación en las fuentes de los ingresos públicos, la ventaja que suscita la eficiencia competitiva del sector privado y el enfoque operativo y coyuntural del derecho administrativo y económico.

De aquí la reconversión del interés público en lo productivo y en la creación de infraestructura que conduce a nuevas formas de participación del Estado en unión

con los particulares, modelos APP²⁶ cuyas características e inserción en los sectores de salud, educación, comunicaciones e incluso en la administración de justicia²⁷ aún se encuentren en desarrollo, puesto que el resultado final empírico de esta estrategia está por mostrar sus ventajas y desventajas, así como las características del alcance productivo de la reorganización legal de inversión público privada en los mercados y la competencia.²⁸

²⁴ En apoyo a esta afirmación puede consultarse a Juan Amieva-Huerta, *op.cit.*, pp 237-311, quién constata ampliamente en su estudio (capítulo cuarto) su afirmación acerca de que “en México se cuenta con una amplia evidencia empírica que demuestra que el gasto público en inversión complementa a la inversión privada”.

²⁵ Hay que tomar en cuenta, sin embargo, que las áreas liberadas por el Estado a los particulares deben encontrarse bajo la regulación y control del propio Estado mediante licencias, permisos, autorizaciones y concesiones, como señala Narciso Sánchez Gómez en su obra *Segundo curso de derecho administrativo, op, cit.*, p. 230.

²⁶ Alberto Espejel Espinoza y Mariela Díaz Sandoval, “De violencia y privatizaciones en México: el caso de las asociaciones público-privadas”, *Revista mexicana de análisis político y administración pública*, Universidad de Guanajuato, vol. IV, núm. I, enero-junio de 2013, p. 131, señalan que las APP se originan en los años 80 cuando el gobierno de Margaret Thatcher en Inglaterra y el de Ronald Reagan en Estados Unidos de Norteamérica implementaron este nuevo sistema para la construcción de infraestructura estatal de escuelas, hospitales, puertos y carreteras.

²⁷ Para el 2015 se habían construido bajo el esquema de las APP los centros penitenciarios de Chiapas, Cuernavaca, Hermosillo (número II), Ocampo en Guanajuato, Gómez Palacio en Durango, Buenavista Tomatlán, Oaxaca, Coahuila y dos centros de mediana y máxima seguridad en la Ciudad de México. *Ibid.*, p. 147.

²⁸ Un estudio de Bernardín Akitoby, Richard Hemming y Gerd Schwartz, concluye que las APP en América Latina deben basarse en marcos regulatorios y legales apropiados, donde se estructuren contratos que garanticen la transferencia adecuada del riesgo al socio privado, con un precio apropiado, no siendo excusa para trasladar el gasto fuera del presupuesto, así como tomando en cuenta que las APP ofrecen una vía limitada para aumentar la inversión en infraestructura. Ver Bernardín Akitoby, Richard Hemming y Gerd Schwartz, “Inversión Pública y asociaciones público-privadas, Washington”, FMI, *Temas de economía*, núm. 40, 2007, p. 20, disponible en página electrónica <https://www.imf.org/issues/issue40> (consultada el 1 de julio del 2017).

De esta manera, el relacionar en este apartado el marco legal de la política de infraestructura con el modelo jurídico general de las APP, nos ha permitido determinar estas características básicas generales de las nuevas alianzas empresariales Estado-sector particular.

A continuación, y con base en este análisis general, tratemos algunas de las bases particulares jurídicas de las APP, concretamente por lo que hace a sus formas de contratación.

II. El contrato en los proyectos de APP

Para Treviño Moreno, un contrato cuyo objeto sea sólo la construcción de infraestructura para entregarla al Gobierno es un contrato de obra pública; en cambio, en el contrato APP existe un objeto directo que es la prestación de servicios y uno indirecto que, en su caso, es la construcción de infraestructura.²⁹

Porque efectivamente éste es el problema de la delimitación del contrato APP ya que puede tener una base de organización más o menos extensa en función de los requerimientos y peculiaridades que cada país exija para el desarrollo de sus programas y proyectos de infraestructura.

De tal suerte, Engel, Fischer y Galetovic explican que el gobierno pacta con una empresa privada la construcción, mejora, mantenimiento u operación de obras de infraestructura por un periodo de tiempo prolongado. A cambio, la empresa privada recibe un flujo de ingresos a lo largo de la vida del contrato que puede provenir de tarifas pagadas por los usuarios o, en otros casos, como el de hospitales y cárceles, es el gobierno el responsable de hacer pagos periódicos a la empresa o por una combinación de ambos sistemas. La condición primordial es que terminado el contrato el activo vuelva a manos del gobierno.³⁰

Abundando en la teoría comparada, existe una diversidad de opiniones con respecto de la conceptualización de los contratos APP. El Fondo Monetario Internacional indica que han de existir dos condiciones en ellos que permitan ubicarlos como tales: una, referida al mayor énfasis en la provisión del servicio y su financiamiento por el sector privado, y otra, en dirección a la transferencia significativa del riesgo al sector privado.³¹

²⁹ Francisco Javier Treviño Moreno, *La nueva Ley de Asociaciones Público Privadas. Tematizada y sistematizada*, México, editorial Porrúa, 2014, pp. 21-22.

³⁰ Simón Levy Dabbah, *Análisis Jurídico-económico de las asociaciones público-privadas para detonar economías regionales de México, estudio comparado*, Tesis doctoral, México, p. 46, disponible en la página electrónica www.simonlevy.mx/pdf/tesis02, (Consultada el 3 de febrero del 2017).

³¹ Derek Woodhouse, *Marco regulatorio para el desarrollo de asociaciones público-privadas en estados de la República Mexicana, análisis comparativo de la legislación en materia de PPS y Concesiones*, México, PIAPEM-BIO, 2010, p. 11, texto disponible en la página electrónica <https://publications.iadb.org/handle/11319/3726>, (Consultada el 6 de enero del 2017).

Así, podemos decir que hay que tomar en cuenta que la contratación en la figura APP puede realizarse bajo un esquema amplio donde el particular no sólo construye la infraestructura determinada, sino que además puede administrarla por un tiempo determinado, generalmente de 20 años prorrogable hasta los 40 años; o puede incluirse la contratación restringida o “llave en mano” que sólo comprende la construcción, el diseño y funciones de mantenimiento, es decir, ciertos servicios.

En esta división que realizamos, el manejo amplio del contrato APP es el que, quizá, plantee mayores reflexiones en torno de la exclusión de la competencia y el otorgamiento de privilegios de mercado.

Tomemos en cuenta que en el contrato amplio las prestaciones recíprocas son equilibradas en función de que el inversionista privado asume el riesgo económico productivo del proyecto; pero el Estado, por su parte, es un facilitador, sobre todo, tratándose del otorgamiento de concesiones, permisos, autorizaciones y demás actos de derecho público indispensables para el funcionamiento de dicho proyecto.

En este último sentido hay que entender que la LAPP prevé las expropiaciones de bienes para los proyectos relativos, tal como indica el artículo 80:

Artículo 80.- La expropiación de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para un proyecto de asociación público-privada sólo procederá después de que la correspondiente declaración de utilidad pública haya quedado firme y se encuentre vigente, en términos de la sub sección primera inmediatamente anterior. La previa negociación en términos de la sección anterior no es requisito para proceder a la expropiación.

En consecuencia, el Estado, en la relación contractual, no sólo puede obligarse a otorgar, por ejemplo, una concesión, sino además a llevar a cabo los actos legales y administrativos necesarios para el cumplimiento del fin del contrato, como puede ser la expropiación.

Todos ellos son actos que, sumados, establecen elementos de mercado *ad hoc*, cuyo cuestionamiento por quienes combaten a las APP radica en la consideración fundamentalista de la libre competencia. Hay que afirmar, no obstante, que la participación en las licitaciones públicas es un elemento de libre competencia que esgrimen los defensores de las APP. El debate teórico, en todo caso, está aún indefinido y abierto.

En el plano estrictamente legal, el artículo 13 de la LAPP establece las condiciones genéricas convencionales entre las partes:

Artículo 13.- Para realizar proyectos de asociación público-privada se requiere, en términos de la presente ley:

- I. La celebración de un contrato de largo plazo, en el que se establezcan los derechos y obligaciones del ente público contratante, por un lado y los del o los desarrolladores que presten los servicios y, en su caso, ejecuten la obra, por el otro;

II. Cuando así sea necesario, el otorgamiento de uno o varios permisos, concesiones o autorizaciones para el uso y explotación de los bienes públicos, la prestación de los servicios respectivos, o ambos [...].

De este modo, todo proyecto APP, como ya hemos explicado, requiere su inserción en el sistema de planeación y en los programas derivados del mismo. Al respecto se prevé en la LAPP, en su artículo 15, que “en los estudios previos para preparar los proyectos de asociaciones público-privadas, las dependencias y entidades considerarán [...] en el marco del sistema de planeación democrática del desarrollo nacional, la congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo y el programa sectorial, institucional, regional o especial que corresponda”.³²

Por tanto, en el aspecto formal, la reflexión en cuanto a su naturaleza como proyectos contractuales que no son sólo de índole privada parece evidente, porque el proyecto adquiere mediante su relación con la planeación un carácter público y social.

No obstante, el interés público y su protección jurídica es aún un tema inacabado en la ley. El ejemplo más claro sobre esta situación radica en el otorgamiento de garantías económicas para solventar los proyectos, puesto que, por una parte, la LAPP determina que a los inmuebles, bienes y derechos de dominio público asociados al proyecto se les aplica las disposiciones de la Ley General de Bienes Nacionales. Sin embargo, otros bienes, así como los rendimientos del proyecto vía las acciones del desarrollador privado sí pueden ser materia de garantías, al igual que otros derechos lo cual supone un compromiso que una vez autorizado por la entidad o dependencia, alude a la presencia e interés de empresas e individuos ajenos a los proyectos.

Refiramos que estos sujetos *stakeholders* son aquellos que, sin tener un interés directo en las alianzas, suponen terceros con expectativas indirectas como resultado de su participación en los rendimientos, beneficios y efectos de los contratos y operaciones, y que, en el caso que tratamos, pueden condicionar la actuación de los funcionarios estatales y directivos de la APP.³³

Sobre ello, en el artículo 102 de la LAPP podemos leer:

Artículo 102. Los derechos del desarrollador, derivados del contrato de asociación público-privada, podrán darse en garantía a favor de terceros, o afectarse de cualquier manera, en los términos y condiciones que el propio contrato señale y previa autorización de la dependencia o entidad contratante.

De igual manera, podrán darse en garantía o transmitirse las acciones representativas del capital social del desarrollador, de conformidad con las

³² Francisco Javier Treviño, *op. cit.*, p. 100, señala: “En el marco del sistema de planeación democrática del desarrollo nacional, los proyectos que se pretendan realizar deberán acreditar su congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo y el programa sectorial, regional, o especial que corresponda”.

³³ Ver Rudolf Hommes, “Problemas de la administración pública”, en: *Estado y economía en América Latina*, México, editorial Miguel Angel Porrúa, 1999, p. 290.

disposiciones estatutarias aplicables y previa autorización de la dependencia o entidad contratante.

En síntesis, las características particulares del contrato APP se refieren a que se trata de un acuerdo de alianza flexible que puede ser amplio en sus prestaciones o restringido según se trate del interés público por la construcción o el desarrollo de un proyecto integrado.

Hoy día, se trata de un contrato típico en cuanto regulado por la legislación y sujeto a condiciones especialmente referidas al riesgo, la devolución de la infraestructura y el aprovechamiento útil de la misma por un periodo determinado.

III. Un caso particular: las APP en el sector penitenciario

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en su artículo 18:

[...] el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados para los hombres para tal efecto [...] Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de proporcionar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieren medidas especiales de seguridad. Para la reclusión preventiva y ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales [...].

En México, la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio del 2016, establece la definición que, para efectos del objeto de la ley, se considera Centro Penitenciario:

“Artículo 3. Glosario. - Para los efectos de esta ley, según corresponda, debe entenderse [...] III.-Centro o Centro Penitenciario. - Al espacio físico destinado para el cumplimiento de la prisión preventiva, así como para la ejecución de penas [...]”

Y agrega:

Artículo 6. Organización del Centro Penitenciario. – “El régimen planeación, organización y funcionamiento de la Autoridad Penitenciaria y de los Centros Penitenciarios estará sujeto a la normatividad reglamentaria respectiva, siempre de conformidad con la presente Ley.

La Autoridad Penitenciaria promoverá que los Centros penitenciarios sean sustentables”.

Por su parte, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP), relacionada con dichos centros penitenciarios, contiene lo siguiente:

Artículo 3.- La función de Seguridad Pública se realizará en los diversos ámbitos de competencia, por conducto de las Instituciones Policiales, del Ministerio Público, de las instancias encargadas de aplicar las infracciones administrativas, de los responsables de la prisión preventiva y ejecución de penas, de las autoridades competentes en materia de justicia para adolescentes, así como por las demás autoridades que en razón de sus atribuciones deban contribuir directa o indirectamente al objeto de esta ley.

En consecuencia con las disposiciones constitucionales derivadas del artículo 18 y 134 y las bases legales citadas, la construcción de obras de infraestructura para centros penitenciarios en el país³⁴ requiere de una licitación pública y con base en dicho concurso la adjudicación correspondiente, aunque dada la naturaleza de los contratos amplios de APP que hemos antes señalado, puede ser materia de una decisión del Estado por razones de seguridad pública en términos de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública y de la propia LAPP que determina en su artículo 64:

Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán adjudicar proyectos de asociación público-privado, sin sujetarse al procedimiento de concurso a que se refiere el presente capítulo, a través de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, cuando: II. Se realicen con fines exclusivamente militares o para la armada, o su contratación mediante concurso ponga en riesgo la seguridad nacional o la seguridad pública, en los términos de las leyes respectivas.

La seguridad nacional se deduce como un término relativo a la funcionalidad del Estado para la reinserción social de los individuos que han cometido un delito que merezca pena de reclusión, siguiendo a la propia LGSNSP. Además, se considera una función pública propia de los órdenes de gobierno, lo cual no impide el uso derivado de la misma si tomamos en cuenta las teorías de la concesión, autorización o permiso.³⁵ De esta forma, la justificación para que los particulares participen de esta función, es la consideración de que la eficiencia del mercado garantiza un mejor manejo de los centros penitenciarios.

³⁴ Norval Morris, *El futuro de las prisiones: estudios sobre crimen y justicia*, México, siglo XXI, 2013, pp. 20-21, afirma que el término es una invención de los cuáqueros de Pennsylvania hacia la última década del siglo XVIII, aunque es necesario también tomar en cuenta el *people pen* de confinamiento creado por los peregrinos de Massachusetts dos siglos antes.

³⁵ Espejel Espinoza y Díaz Sandoval consideran que la seguridad es responsabilidad única del Estado. *op. cit.*, p. 151.

Al respecto, en México los modelos de APP que se usan más comúnmente en el sector penitenciario son:

- El modelo “Construir operar transferir”, conocido como BOT por sus siglas en inglés. En él la empresa privada construye, gestiona y después de un lapso estipulado en el contrato de entre veinte a treinta años cede la propiedad del inmueble al Estado. Durante este periodo, la empresa se hace cargo, por ejemplo, del mantenimiento del inmueble, de diversos servicios como de los de alimentación, los de salud, capacitación laboral o actividades deportivas; dejando el Estado la administración superior del establecimiento, la seguridad del centro y la custodia de los internos.³⁶
- El modelo “Contrato de prestación de servicios” CPC. Este es el más usado en nuestro país; en él, el Estado mantiene la propiedad del centro y sólo solicita de la iniciativa privada servicios específicos.³⁷

Como se mencionó, los contratos de las APP se pueden otorgar mediante la adjudicación directa o a través de concursos. Por ejemplo, las dependencias públicas pueden invitar a un particular a participar en alguno de estos modelos. El Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social (OADPRS) de la Secretaría de Seguridad Pública,³⁸ creado mediante el reglamento interior de dicha secretaría y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero del 2001, es la dependencia encargada de celebrar los contratos con las empresas privadas en el ámbito penitenciario.

Como se mencionó, los contratos de las APP se pueden otorgar mediante la adjudicación directa o a través de concursos. Por ejemplo, las dependencias públicas pueden invitar a un particular a participar en alguno de estos modelos.

La Unidad de Asuntos Legales y Derechos Humanos de dicho órgano es la encargada de instrumentar y dictaminar tales contratos con los sectores privado, social y público. Cuenta, además, con la Dirección General de adquisiciones y contratos de prestación de servicios, y de operación y mantenimiento de los CEFERESO.

El OADPRS fue transmitido a la Secretaría de Gobernación en virtud de los artículos cuarto y octavo transitorio del decreto que adiciona y deroga diversas

³⁶ Documenta/Análisis y Acción para la Justicia Social A.C., Fundación para el Debido Proceso, Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ, Universidad Iberoamericana Puebla, Instituto de Justicia Procesal Penal A.C., Madres y hermanas de la Plaza Pasteur, México Evalúa, “Privatización del sistema penitenciario en México”, México DF., p. 21.

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ El OADPRS tiene autonomía técnica y operativa, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 3, fracción XXIX, inciso c); 39, fracción III del Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública, y lo del Reglamento del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social.

disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero del 2013, aun cuando conservó sus mismas funciones que le fueron atribuidas originalmente.

El Acuerdo por el que se expide el Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública³⁹ le permite el cumplimiento de funciones y actividades de carácter estratégico en materia de seguridad pública y nacional que requieran de urgencia o que impliquen riesgos.

Sentadas así estas bases generales legales de las APP en el sector penitenciario, pasemos al análisis de su gestión propia que nos permita ofrecer al lector algunas reflexiones básicas sobre la instrumentación del modelo en el ámbito penitenciario nacional.

IV. Reflexiones en torno al uso de APP en el sector penitenciario

A manera de ejemplo, hemos hecho un acercamiento a las bases generales legales del modelo de APP en el ámbito penitenciario lo que ahora nos permite verter algunas reflexiones en torno a las consecuencias de la implementación de esta estrategia en un sector en el que ya no estamos hablando de infraestructura carretera o de transporte público, sino de la concesión de la conducción de una serie de acciones a través de las cuales el Estado debe garantizar los derechos de toda persona privada de su libertad en el sistema penitenciario, como lo establece nuestra Constitución en los artículos 1o. y 18.

En este sentido, nos enfrentamos a graves inconsistencias en los argumentos que pretenden justificar el uso de las APP en este sector.

El problema central, sin duda, radica en la propia naturaleza jurídica del sistema de ejecución penal, que representa espacios, políticas y, sobre todo, responsabilidades inherentes e irrenunciables del Estado que deben estar guiadas por la obligación de garantizar los derechos humanos, en este caso, de las personas en reclusión. Por tanto, dichas funciones no pueden delegarse ni transferirse a particulares guiados únicamente por los intereses del mercado, porque si no, el fin legítimo de la pena privativa de la libertad como cumplimiento de una sentencia penal quedaría desnaturalizado al anteponer un fin meramente económico.

El riesgo de semejante sistema de cogestión pública-privada, radica así en la superposición de una modernidad de la eficiencia tal como señala Nils Christie:

[...] En el área legal, el sistema de la ley y el orden se está adaptando silenciosamente pero eficientemente a la modernidad, se está adaptando para convertirse en un fruto de la industrialización. Los valores centrales son

³⁹ Disponible en página electrónica www.dof.gob.mx>nota_detalle, (Consultada el 20 de mayo del 2017).

ahora la definición de los objetivos, el control de la producción, la racionalidad y la división del trabajo, todo coordinado por un nivel de poder más alto. Estamos de vuelta con Max Weber y un sistema total de eficiencia para alcanzar esos objetivos claramente definidos [...].⁴⁰

De aquí que el uso de la estrategia de asociación pública privada en el sector penitenciario ha sido presentado por el gobierno federal como la mejor opción para hacer frente a la crisis carcelaria, que desde la perspectiva oficial tiene su origen en la falta de recursos, aunque dicha argumentación parece carecer de sustento si se toma en cuenta que en la aplicación de recursos del sistema penitenciario en diversas entidades de nuestro país se registra anualmente un subejercicio de porcentajes significativos.⁴¹ Sin embargo, desde que Felipe Calderón Hinojosa anunciara en 2010 durante su IV Informe de Gobierno⁴² las primeras construcciones de cárceles bajo este esquema, se nos ha vendido la idea de que con ello se abatirán los costos que implica construir, operar, mantener e incluso mejorar el sistema penitenciario en México, lo que permitió en los siguientes años la apertura y el crecimiento de la inversión privada en este sector.

La consideración costo-beneficio, sin embargo, parece claro para el sector privado y sigue en nuestro país, las tendencias que ya en su clásico estudio Nils Christie indicaba para el caso de los Estados Unidos de Norteamérica:

[...] cárcel quiere decir dinero. Mucho dinero. En los edificios, en el equipamiento y en la administración. Esto es así, se trate de una cárcel privada o estatal. En los sistemas occidentales siempre intervienen empresas privadas, de una manera u otra [...] Knepper y Lilly afirman que los dos sectores de la floreciente industria penitenciaria que están creciendo con mayor rapidez, son la asistencia médica y el servicio de comidas [...] Pero donde se obtienen mayores ganancias es en el área de la construcción y la financiación [...].⁴³

No obstante, en lo que respecta a la construcción de los centros penitenciarios bajo el esquema asociación pública-privada, enseguida quedó en evidencia la incompatibilidad en cuanto al interés económico de la empresa privada y las necesidades sociales que un centro penitenciario debe cubrir. Porque el interés público es la razón de la existencia de los propios centros de reclusión y por tanto atañe primeramente atender a ese interés cuando se analiza el diseño del establecimiento que va a construirse, así como su ubicación, e incluso las dimensiones del inmueble. Pero los intereses de la iniciativa privada no suelen responder a necesidades sociales, sino a las suyas propias.

⁴⁰ Nils Christie, *La industria del control del delito ¿La nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires, editores del Puerto, 1993, p. 154.

⁴¹ Documenta/Análisis y Acción para la Justicia Social A.C., *op. cit.*, p. 14.

⁴² Ver página electrónica www.vanguardia.com.mx.

⁴³ Ver Nils Christie, *op. cit.*, p. 106.

Las empresas buscarán siempre las mejores condiciones para asegurar su inversión; es parte de su naturaleza: evitar pérdidas y generar ganancias. Supeditar los intereses económicos a las necesidades sociales en el ámbito penitenciario ha dado como resultado, por ejemplo, la edificación de complejos penitenciarios geográficamente aislados y de difícil acceso, en razón de que un terreno en estas condiciones es más barato, aunque se afecte la vida y se atente contra los derechos de los internos, de sus familias y las comunidades. Asimismo, se han construido innecesariamente centros de grandes dimensiones que no responden a necesidades reales, como el caso del CEFERESO 16, en Morelos, que, al ser el único centro femenino en la República, ha requerido para llenarse que internas de otros estados sean trasladadas de manera masiva al estado de Morelos, violando claramente el derecho humano de cumplir sus sentencias cerca de su domicilio.⁴⁴

Con este mismo caso, podemos ejemplificar otro de los argumentos en contra de la implementación de la APP en el sistema carcelario, que es el hecho de que genera incentivos de rentabilidad al tener un mayor número de reclusos, ya que al final ellos serán la materia prima que le permitirá a la corporación privada mantener la inversión y obtener ganancias, así como en algunos centros concesionados se le cobra al Estado por cada lugar disponible dentro de la prisión para garantizar a la empresa privada el pago de una ocupación completa del centro aunque no lo este, lo que obliga al Estado a buscar formas de llenar el centro y hacerlo rentable, como ocurrió en el CEFERESO femenino mencionado, aun pasando por encima de los derechos humanos de los internos y de sus familias, de los cuales el propio Estado es garante.

El efecto importación-exportación de reos empieza así a ser una realidad del sentido de mercado en México en las penitenciarías, retomando este término del estudio de Loïc Wacquant, respecto del caso del proceso privatizador en los Estados Unidos de Norteamérica:

[...] De tal modo, la expansión sin precedentes de las actividades carcelarias del Estado norteamericano está acompañada por el desarrollo frenético de una industria privada de la prisión [...] Diecisiete empresas se reparten unos ciento cuarenta establecimientos diseminados en una veintena de estados [...] Algunas se limitan a manejar penitenciarías existentes, a las que suministran personal de guardia y de servicios. Otras ofrecen toda la gama de bienes y actividades, necesarios para la detención: concepción arquitectónica, financiamiento, construcción, mantenimiento, administración, seguros, empleados y hasta la búsqueda y el transporte de los presos procedentes de otras jurisdicciones que alquilan plazas para sus reincidentes. Puesto que también existe un floreciente mercado de “importación y exportación” de detenidos entre los

⁴⁴ Documenta/Análisis y Acción para la Justicia Social A.C., *op. cit.*, p. 25.

estados, algunos de los cuales tienen demasiados presidiarios y otros un excedente de celdas [...].⁴⁵

Otra crítica a este esquema implementado en el ámbito penitenciario, es que el sector privado —como parte de su naturaleza— además de buscar ganancias, también buscará reducir costos, lo cual puede ser muy perjudicial en este sector. Por ejemplo, se puede buscar recortar gastos al contratar personal menos cualificado y sin experiencia, o prestando servicios y bienes de menor calidad. El sector privado podría, así, ofertar precios bajos para obtener los contratos, aunque luego solicitara más recursos al Estado, para no bajar el nivel del servicio pactado,⁴⁶ ocasionando al final más gastos para el Estado y cárceles concesionadas más caras, sin que ello significara una mejora en los servicios que brinda.

De ello dan cuenta las numerosas quejas por violaciones a derechos humanos en los centros penitenciarios concesionados presentadas ante las comisiones de derechos humanos, tanto a la nacional como a las estatales, y las recomendaciones emitidas por dichos organismos en consecuencia, como se puede consultar en la evaluación realizada por la CNDH en el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria de 2015.⁴⁷

Solo como ejemplo cabe mencionar que algunos de los CEFERESOS que fueron construidos o funcionan bajo el esquema de contrato por prestación de servicios, como son el CEFERESO 11 en Sonora,⁴⁸ el CEFERESO 12 Ocampo en Guanajuato,⁴⁹ el CEFERESO 13 en Oaxaca⁵⁰ y el CEFERESO 14 en Durango,⁵¹ han sido evaluados con calificaciones regulares por la CNDH, con un promedio de 7 de 10 puntos.

La mayoría presenta deficiencias en diversos rubros como el que garantiza la integridad física y moral de los internos —sobrepoblación, servicios para mantener la salud de los internos, el trato a los internos—; el rubro sobre los aspectos que garantizan una estancia digna —condiciones materiales de higiene, insuficiencia de personal—; el rubro sobre la reinserción social del interno —actividades laborales y de capacitación, actividades educativas, actividades deportivas, visitas y bibliotecas—, entre otros. Asimismo, en este documento, en el capítulo de incidentes, se registra un gran número de ellos en centros concesionados que va de riñas y abusos hasta motines.

⁴⁵ Loïc Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, editorial Manantial, 2000, p. 97.

⁴⁶ Espejel Espinoza y Díaz Sandoval, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁷ Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2015, CERESOS, CEFERESOS y prisiones militares.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 429.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 432.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 435.

⁵¹ *Ibid.*, p. 438.

La ruta de la asociación pública-privada puede así llevar hacia el “instrumentalismo gerencial” en un sentido administrativo.⁵² En otra dirección, la debilidad en la práctica de un esquema de tal naturaleza ahondará en el debate sobre el éxito o fracaso de la reinserción.⁵³

Parece, entonces, que la implementación del esquema APPA en el sector carcelario de nuestro país está muy lejos de cumplir el objetivo de resolver los problemas del sector. Hoy tenemos cárceles concesionadas más caras y al parecer igualmente deficientes que las cárceles públicas si tomamos como punto de comparación las calificaciones obtenidas por cada centro de acuerdo al citado diagnóstico.

En este sentido, “Arriagada” evidencia un problema fundamental y propio de la naturaleza de la prisión concesionada que la distingue de cualquier otro tipo de APP y de cualquier relación de prestación de servicios entre un proveedor y un usuario (en este caso un consumidor de un servicio social, ya sea educación, infraestructura, salud, etcétera).⁵⁴ A diferencia de estos, en la APP en el sector penitenciario el usuario se encuentra en una situación especial debido a que:

***Hoy tenemos cárceles
concesionadas más caras
y al parecer igualmente
deficientes que las cárceles
públicas si tomamos como
punto de comparación las
calificaciones obtenidas por
cada centro de acuerdo al
citado diagnóstico.***

[...] sostiene una relación de sujeción con el proveedor, usualmente intensa y duradera; [...] en general, se encuentra impedido de sustituir su vinculación; la mayoría de las veces pertenece a sectores pobres de la sociedad; [...] carece del poder político para reclamar por el servicio; y [...] en particular, en el caso de la población carcelaria, su sujeción se basa en medidas coercitivas que la exponen a constantes abusos en de las cárceles concesionadas.⁵⁵

⁵² Por este término, explica Loïc Wacquant, *op.cit.*, p. 124, que se entiende la prioridad que se da a las consideraciones contables de costo y eficiencia en una óptica abiertamente retributiva y de seguridad en las penitenciarias.

⁵³ La reinserción significa adaptarse a una vida ordenada y de trabajo en base al comportamiento aprendido en la cárcel para ser practicado fuera de ella, según lo establecen George Rusche y Otto Kirchheimer, *Penal y estructura social*, Colombia, editorial Themis, 1984, p. 193. Sin embargo, para los propios autores el fracaso es constatado no sólo por los propios reclusos y la reincidencia, sino además, por los pobres resultados de los programas de rehabilitación, lo que lleva al retorno de las concepciones represivas-disuasivas.

⁵⁴ Isabel Arriagada Gajewski, “De cárceles y concesiones: privatización carcelaria y penalidad neoliberal”.

⁵⁵ Isabel Arriagada Gajewski, De cárceles y concesiones: privatización carcelaria y penalidad neoliberal, en revista de derecho, México, vol. XXV, número 2, editorial Valdibia, diciembre 2012, p. 57, disponible en página electrónica <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/data/files/7536-2.pdf>, (Consultada el día 4 de mayo del año 2017).

En este caso, la alianza empresa privada-Estado no está generando, mediante esta relación comercial, un beneficio social, como podría argumentarse en otro tipo de APP. ¿Entonces, es legítimo generar lucro a través de la participación en el ejercicio del poder punitivo estatal? Y ahí dejamos abierta una preocupación más en torno al uso de las APP en el sector penitenciario.

Por otro lado, en cuanto a la celebración de los contratos de APP, también existe preocupación debido a que hay una gran opacidad en el uso de recursos públicos, conflictos de intereses y corrupción. Ello lo evidencian los amplios márgenes de discrecionalidad que permiten, por ejemplo, que las autoridades pueden invitar a un particular a participar mediante concurso o adjudicación directa sin que sea necesario transparentar los criterios que fundamentan una u otra modalidad, y lo más grave de todo es que en caso de irregularidades, ya sea en la construcción del algún centro o en el manejo de infraestructura, la Ley exime de toda responsabilidad a la entidad privada.⁵⁶

V. A manera de conclusión

La implementación de un modelo de alianza empresarial entre el estado y el sector particular en México tiene una nueva expresión en la organización jurídica de las asociaciones público-privadas que implican en su análisis funcional una recomposición de los papeles tradicionales del estado y de los particulares en la creación de infraestructura en el país.

Esta adaptación conlleva un modelo de eficiencia operacional alternativa que descarta la creación de personas jurídicas con atribuciones públicas para ser sustituidas gradualmente por figuras contractuales entre sector privado y Estado, que permitan la flexibilización de la inversión y su adecuación a las nuevas exigencias de los mercados.

Este marco general permite su aplicación en sectores de infraestructura que anteriormente se consideraban de exclusivo manejo por el propio Estado en razón de la naturaleza de las funciones públicas, pero que, como hemos ejemplificado en este trabajo, ahora son parte también de una reconversión.

Así, en el contexto de gestión de las APP en la política de creación de infraestructura en el país, se inserta la tendencia a considerar que dicho mercado garantiza un mejor manejo de los centros penitenciarios, ya sea mediante la modalidad de “Construir operar transferir”, donde la empresa se hace cargo del mantenimiento del inmueble, de diversos servicios como de los de alimentación, los de salud, capacitación laboral o actividades deportivas; dejando el Estado la administración superior del establecimiento, la seguridad del centro y la custodia de los internos o a través

⁵⁶ Documenta/Análisis y Acción para la Justicia Social A.C., *op. cit.*, p. 21.

de modelos “Contrato de prestación de servicios” donde el Estado mantiene la propiedad del centro y sólo solicita de la iniciativa privada servicios específicos.

En ambos casos, lo que está en juego en el futuro de las APP en sectores como el penitenciario, es la consolidación de una ruta de “instrumentalismo gerencial” que pone, aún más, en tela de juicio la práctica de los derechos humanos y los esquemas de reinserción y justicia.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Amieva-Huerta, Juan. *Finanzas públicas en México*. México, editorial Porrúa, 2010.
- George Rusche y Otto Kirchheimer. *Pena y estructura social*. Colombia, editorial Themis, 1984.
- Hommes, Rudolf. “Problemas de la administración pública”. *Estado y economía en América Latina*. (Rolf Lüders y Luis Rubio (comps.), México, editorial Miguel Ángel Porrúa, 1999.
- Loïc Wacquant. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires, editorial Manantial, 2000.
- Morris, Norval. *El futuro de las prisiones: estudios sobre crimen y justicia*. México, Siglo XXI, 2013.
- Nils Christie, *La industria del control del delito ¿La nueva forma del holocausto?* Buenos Aires, editores del Puerto, 1993.
- Nohlen Dieter. *El Institucionalismo contextualizado*. México, editorial Porrúa-UNAM, 2006.
- Ortiz Soltero, Sergio Moserit. *Las entidades paraestatales, aspectos jurídicos*. México, editorial Porrúa, 2008.
- Palomino Guerrero, Margarita. *La reforma hacendaría como estrategia para activar el federalismo, en problemas actuales del derecho público mexicano*. México, editorial Porrúa, 2003.
- Sánchez Gómez, Narciso. *Segundo curso de derecho administrativo*. México, editorial Porrúa, 2005.
- Treviño Moreno, Francisco Javier. *La nueva Ley de Asociaciones Público Privadas. Tematizada y sistematizada*. México, editorial Porrúa, 2014.

Electrónicas

- Akitoby, Bernardin, Richard Hemming y Gerd Schwartz. *Inversión Pública y asociaciones público-privadas*. Washington, FMI, Temas de economía, número 40, 2007, <https://www.imf.org/issues/issue40>. (Consultada el 1 de julio del 2017).
- Arriagada Gajewski, Isabel. “De cárceles y concesiones: privatización carcelaria y penalidad neoliberal”. *Revista de Derecho*, vol. XXV, núm. 2, Valdivia, diciembre 2012, <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/7536-2.pdf>. (Consultado el 4 de mayo de 2017).

Sección Artículos de Investigación

- _____. *De cárceles y concesiones: privatización carcelaria y penalidad neoliberal*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales, Santiago de Chile, noviembre 2011, <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111011/de-Arriagada-i.pdf?sequence=3> (Consultado el 5 de mayo del 2017).
- Dabbah, Simón Levy. *Análisis Jurídico-económico de las asociaciones público-privadas para detonar economías regionales de México, estudio comparado*. Tesis doctoral, México, 2015, www.simonlevy.mx/pdf/Tesis-02. (Consultado el 3 de febrero de 2017).
- Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2015, CERESOS, CEFERESOS y prisiones militares, México, CNDH, 2015. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2015.pdf (Consultado el 7 de febrero de 2017).
- Woodhouse, Derek. “Marco regulatorio para el desarrollo de asociaciones público-privadas en estados de la República Mexicana, análisis comparativo de la legislación en materia de PPS y Concesiones”. México, PIAPEM-BID, 2010, <https://publications.iadb.org/handle/11319/3726>. (Consultado el 6 de enero de 2017).

Hemerográficas

- Documenta/Análisis y Acción para la Justicia Social A.C., Fundación para el Debido Proceso, Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ, Universidad Iberoamericana, Puebla, Instituto de Justicia Procesal Penal A.C., Madres y hermanas de la Plaza Pasteur, México Evalúa, Privatización del sistema penitenciario en México, México DF.
- Espejel Espinoza, Alberto y Mariela Díaz Sandoval. “De violencia y privatizaciones en México: el caso de las asociaciones público-privadas en el sector penitenciario”. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, Universidad de Guanajuato, vol. IV, núm. I, enero-junio de 2015.
- Sacristán Roy, Emilio. “Las privatizaciones en México”. *Revista Economía*, vol. 3, núm. 9, México, UNAM, 2006.