

¿SE DEBE DAR EN CONCESIÓN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS?

HÉCTOR BELLIDO* *versus* JACOBO DÓPICO**

Nadie es ajeno a la realidad penitenciaria de nuestro país; así, entre otros aspectos, se ha criticado el hacinamiento, las pésimas condiciones de salud bajo la cual se encuentran los reclusos en las cárceles, la deficiente infraestructura y condiciones de seguridad al interior de las mismas. Por estas razones, desde hace algunos años se viene discutiendo sobre los posibles beneficios que podría traer consigo la privatización de los centros penitenciarios.

En el presente debate, el profesor Héctor Bellido sostiene los beneficios que puede traer consigo la privatización de los centros penitenciarios, desde un enfoque sociológico y económico, mientras que el profesor español Jacobo Dópico, sobre la base de una posición totalmente contrapuesta, sostiene que esa opción no es la más adecuada, siguiendo un lineamiento jurídico que puede ser aplicado a la realidad latinoamericana.

* Ex director del Banco Financiero. Miembro especializado para el proceso de promoción de establecimientos penitenciarios. Miembro de la Comisión Especial encargada de elaborar el proyecto del Plan Nacional de Tratamiento Penitenciario. Presidente de la Comisión Multisectorial encargada de proponer medidas que permitan viabilizar la construcción de establecimientos penitenciarios.

** Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal y Penitenciario de la Universidad Carlos III de Madrid - España.

Me han solicitado escribir un artículo donde exponga mi opinión a favor de la conveniencia de concesionar los penales en el Perú, con el fin de confrontarla con una posición contraria por parte de aquellos que no entienden que el proceso de concesión por privatización es beneficioso desde todos los enfoques, sobre todo desde una perspectiva social.

Como todos sabemos, el Estado se reserva para sí una serie de actividades porque considera que es el único que las puede llevar a cabo. Sin embargo, debemos empezar a desmitificar que existen actividades que deban ser brindadas exclusivamente por lo que llamamos Estado.

Pretendo argumentar a través de este artículo que los paradigmas que sobre el particular existen son eso, simples tabúes o actitudes de conveniencia de los que manejan la *cosa pública* para permitir un *status quo* que facilite el que ellos sigan medrando y entorpeciendo el desarrollo nacional, y señalo entorpeciendo porque al querer o al persistir en que sea el Estado el que administre las actividades mal llamadas públicas se genera un proteccionismo improductivo y contraproducente. Debemos empezar a nombrar a las actividades denominadas públicas como de servicio a la comunidad y encomendárselas a aquellos que puedan gestionarlas con mayor eficiencia. Con frecuencia el mal llamado sector privado es satanizado porque lo acusan de perseguir un afán de lucro sin entender que el lucro es algo que no es perjudicial ni dañino, siempre que se realice de una manera justa y equitativa en función de los intereses nacionales. Porque es ahí donde el Estado debe encargarse de construir convenios y contratos que sean realmente equitativos para ambas partes, y ejercer con honestidad una función de control y ser justo a la hora de otorgar los recursos o las actividades que son de beneficio para toda la ciudadanía.

En el tema específico de las prisiones hay que tomar en cuenta qué pasa en el Perú con el manejo de las mismas, sin soslayar quién es el que está más capacitado para ocuparse de administrar esta actividad.

El Estado debe cumplir el papel de supervisor ya que las condiciones que reúne resultan más favorables para ejercer una labor de observación y control que ayude a mejorar el desempeño, en vez de una labor de ejecución. En el caso de los penales, la experiencia peruana, como muchas

otras, ha demostrado la incompetencia del Estado para ejercer la administración y solucionar los problemas de hacinamiento, delincuencia, corrupción, reinserción y envilecimiento de la familia en el proceso de reforma y administración carcelaria.

Está demostrado estadísticamente en el Perú que el manejo de la situación carcelaria no es solo por falta de recursos sino por falta de gerencia y esta falta de gerencia se da en todos los niveles de la administración carcelaria. Cuando no hay capacidad de gestión no hay eficiencia en el manejo administrativo, y las consecuencias saltan a la vista, las estamos viviendo día a día con el incremento de la delincuencia y la inseguridad, porque las prisiones, en su gran mayoría, se han convertido en universidades del delito. La realidad al interior de las mismas es crítica: celdas atestadas, organizaciones delictivas constituidas en el interior de los penales, complicidad y cobertura en muchos casos del personal de vigilancia y, por sobre todo, la cruda situación con la que se enfrentará el interno al terminar su condena: sin dinero, sin trabajo ni posibilidad de conseguirlo, en muchos casos abandonado por su familia, sin vivienda, etcétera.

Imagínese que el colegio San Agustín o la Universidad Católica, hoy en manos privadas, caigan en administración del Estado: ¿cuántos meses de vida le echa para que la infraestructura, su mantenimiento y su *staff* de profesores, entre otros, se deteriore? Ustedes pueden recordar otros ejemplos del caos de la Administración Pública.

En el tema específico de los penales, las estadísticas nos demuestran un nivel de reincidencia muy alto, fruto, casualmente, de las condiciones bajo las cuales se administran los penales en el Perú. Es por todos conocido que el Estado ha colapsado en todos los aspectos para solucionar esta problemática.

El centro penitenciario de Piedras Gordas es el claro ejemplo de que no es cuestión de capacidad de albergue o infraestructura nueva, ya que vemos hoy día horrorizados cómo se planean secuestros en los penales de máxima seguridad, permitiendo el ingreso de cámaras de televisión, celulares, etcétera. Todo ello no hace sino evidenciar la realidad de nuestro argumento: que se requiere entregar con urgencia al sector privado calificado la administración de los penales. El caso de Piedras Gordas demuestra lo patético de la situación, puesto que tiene capacidad para 1000 presos y hoy tiene aproximadamente 400 y, aún así, adolece de los problemas referidos de inseguridad y

anarquía, donde se pretende controlar el uso de celulares poniendo bloqueadores para celulares, lo que demuestra que en la puerta principal no hay ningún control. Si esto sucede

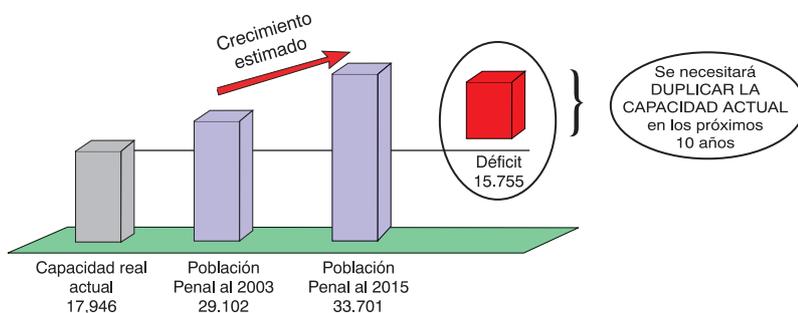
en un penal subutilizado y nuevo como Piedras Gordas, imagínense lo que está pasando en penales como Lurigancho, Sarita Colonia, Castro Castro y otros.

Situación de los Penales

(Proyectada al 2015)

A NIVEL NACIONAL

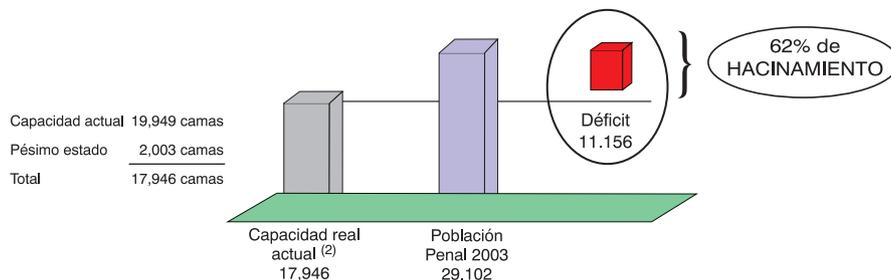
Población penal proyectada al 2015: 33,701 internos



Situación de los Penales

Infraestructura

- Estado de conservación ⁽¹⁾: 45% en pésimo estado.
- **Más del 75% tiene antigüedad mayor a 20 años.**
- Necesidad de economía de escala: Más del 55% tiene una capacidad inferior a 100 internos y localizados en lugares remotos.
- Déficit a nivel nacional:



Fuente INPE

⁽¹⁾ Incluye el cierre de los 37 penales en pésimo estado según recomendación de Carter Goble Associates

Lamentablemente, en esta publicación no puedo mostrar el material gráfico que permitiría visualizar el caos en el que se encuentra la administración penitenciaria en el Perú. Sin embargo, esta tribuna sí me permite presentar los argumentos que muestran la urgencia y la importancia en encarar la problemática carcelaria de una ma-

nera distinta, y esta única manera es la concesión y privatización de los penales en el Perú.

A continuación, adjunto un artículo aparecido en el diario El Comercio del 19 de mayo de 1853, que se explica por sí solo:

El Comercio

Jueves 19 de mayo de 1853
Sucedió hace150 años

Lima necesita una buena cárcel

Aprovechando el viaje del doctor Mariano Felipe Paz Soldán a Estados Unidos, el Gobierno le ha encomendado que inspeccione las cárceles más modernas y seguras de ese país y que recoja todos los datos pertinentes, con el objeto de utilizar ese material en el momento en que se decida construir una cárcel verdaderamente ejemplar en la capital de nuestro país. También debe informarse sobre los diversos regímenes carcelarios.

.....y seguimos esperando

Los establecimientos penitenciarios, como lugares donde retener o custodiar a personas culpables de algún delito, siempre han existido. Lo que ha ido cambiando a través del tiempo es el concepto que se ha tenido de estos lugares. Así, el concepto ha ido pasando de una estancia, que era el paso previo para la pena capital, al concepto de prisiones modernas. Lo que ha permanecido constante es la necesidad de la sociedad de resguardarse de personas que violan las normas de convivencia, recurriendo a la retención de las mismas.

En la Edad Antigua, la prisión tenía el concepto de "lugar de custodia y tormento"; esta definición la encontramos en los pueblos y civilizaciones más antiguas: China, Egipto, Israel, Persia y Babilonia. Es decir, un mero lugar de almacenaje de sujetos a la espera de su juicio pero que era acompañado de torturas, las cuales eran aprovechadas para averiguar, en la mayor parte de las ocasiones, los sucesos criminales.

En la Edad Media, la prisión tiene todavía un eminente "carácter asegurativo", al objeto de que los reos fueran sometidos con posterioridad a los

más terribles tormentos demandados por un pueblo ávido de distracciones (penas mutilantes): amputaciones de brazos, piernas, ojos, lengua, quema de carne, entre otros; y la muerte constituye la distracción favorita de las multitudes. La noción de libertad y respeto a la individualidad humana no existían y las gentes quedaban al arbitrio y merced de los detenedores del poder, quienes, a su vez, se debatían en la inestabilidad reinante.

En la Edad Moderna aparecieron las casas de corrección ("*House of Correction*"), que eran edificios dedicados a albergar mendigos, vagos, prostitutas y jóvenes rebeldes con el fin de procurar en ellos su corrección.

En esta época el trabajo productivo apareció como núcleo central de la ejecución y el medio idóneo de alcanzar las finalidades pretendidas, que en este caso no fueron tan sólo la explotación de la mano de obra de los penados, sino también su reforma o corrección. Se puede decir que nace el antecesor de la cárcel moderna.

Resumiendo, Elías Neuman¹ divide la evolución de las cárceles en cuatro períodos:

¹ NEUMAN, Elías. "Prisión abierta, una nueva experiencia penológica". México: De Palma. 1984.* Trabajo realizado en el marco de Proyecto de Investigación BJU 2003-04461, concedido por el Ministerio español de Ciencia y Tecnología.

a) Período anterior a la sanción privativa de libertad: En el que el encierro era un medio para asegurar la presencia de la persona (reo) al acto del juicio.

b) Período de explotación: El Estado advierte que el condenado constituye un apreciable valor económico en trabajos forzados, la privación de libertad es un medio de asegurar su utilización en trabajos penosos.

c) Período correccionalista y moralizador: Encarnado por las instituciones del siglo XVIII y principios del siglo XIX.

d) Período de readaptación o resocialización: Sobre la base de la individualización penal, el tratamiento penitenciario y pospenitenciario.

Con lo anterior he querido ilustrar el proceso evolutivo de la razón de ser de las prisiones y la importancia que hoy en día tiene en la comunidad la reinserción, rehabilitación y renovación de los internos.

Desde el punto de vista de la propiedad de la empresa, existen tres tipos: empresa privada, empresa pública y empresa mixta.

a) La propiedad de la empresa privada está en manos de particulares, ya sean personas naturales o también otras empresas, igualmente privadas.

b) Las empresas públicas son aquellas en las que la propiedad pertenece al Estado. También se puede dar el caso de que puede ser de régimen privado, es decir, que se regula por la Ley General de Sociedades. Esto se hace con el fin de dar autonomía económica y de gestión a dichas empresas.

c) Finalmente, las empresas mixtas son aquellas en las que la propiedad está compartida entre el Estado y los particulares, teniendo ambos representación en el Directorio.

La tendencia mundial, en lo referente a la participación del Estado en la vida empresarial, es que cumpla el papel de regulador más no de gestor y/o administrador. En ese sentido, el Estado se desprende de la función de administrador a través de dos opciones: la privatización y la concesión.

La privatización consiste en vender la propiedad de una empresa pública al sector privado y se utiliza para las actividades económicas que se consideran propias de la actividad privada. En cambio, existen otras actividades que son propias

de los servicios que debe dar el Estado a la sociedad. En estos casos y con el fin de mejorar la calidad de los mismos, el Estado concede su administración al sector privado, asumiendo un rol regulador. A esta modalidad se le denomina concesión.

Entonces, la concesión es un acto administrativo por medio del cual la Administración Pública concede una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos. La concesión administrativa se considera un procedimiento en donde se hace entrega a los particulares de ciertas actividades de la explotación de bienes o servicios que el Estado no está en condiciones de desarrollar, ya sea por su incapacidad económica y/o técnica, o porque su misma organización no le permite desarrollarla, o porque simplemente así lo estima útil o conveniente para optimizar los servicios que debe prestar a la sociedad.

La doctrina jurídica contemporánea considera la concesión como un acto mixto, compuesto de varios elementos, consistentes en un acto sistematizado, un acto condición y un contrato. De los elementos anteriores el más importante es el contractual, ya que es el que contiene la protección de los intereses y la garantía de la inversión del particular al que se le otorga la concesión, sin olvidar también que el gobierno establece las condiciones de dicha concesión.

Cada caso concreto regula en forma especial la concesión que se pretende otorgar de manera que el elemento regulatorio de las concesiones fija las normas a las que deberá sujetarse el concesionario y establece la organización y funcionamiento de la misma.

Por lo anterior, el régimen legal garantizará al poder público ejercer sin tropiezos el control que le corresponde sobre la concesión y al particular le garantiza la explotación de la misma. Por lo tanto, el concesionario viene a ser un colaborador del poder público con relación al servicio concesionado. El particular, estimulado por el espíritu de lucro, da una eficaz atención a los servicios públicos concesionados y el Estado, a su vez, estimula el fomento a la riqueza, crea nuevos empleos y recibe importantes cantidades por concepto de impuestos.

La concesión de un servicio público es un contrato por el que el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y la prestación de un servicio público por un determinado lapso. El concesionario actúa por su

propia cuenta y riesgo, la labor se retribuye con el precio pagado por los usuarios, con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas, ya que la asignación de atribuciones se efectúa a una persona determinada, que actuará bajo el severo y constante control de la autoridad concedente, y únicamente por el plazo que se haya convenido. En consecuencia, la concesión no acarrea la delegación de facultades de un poder público, sino que se transfieren, temporalmente, ciertas atribuciones para la prestación de un servicio público.

El legislador ha considerado necesario a lo largo de la historia jurídica de la concesión que la autoridad respectiva se cerciore previamente de la honorabilidad y sólida posición financiera de los solicitantes de las concesiones que requieren fuertes inversiones de capital. Por regla general las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudican mediante el procedimiento de licitación pública; este tipo de licitación permite verificar que las personas interesadas en obtener la explotación de un servicio público cumplan con los requerimientos que las autoridades solicitan de los particulares.

El contrato correspondiente contendrá como mínimo lo siguiente:

- La autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato.
- La indicación del procedimiento conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato.
- El precio unitario y el importe a pagar por los bienes y servicios.
- La fecha, lugar y hora de entrega.
- Porcentaje, número y fechas de las exhibiciones y amortizaciones de los anticipos que se otorguen.
- Forma y términos para garantizar los anticipos y el cumplimiento del contrato.
- Plazo y condiciones de pago del precio de los bienes y servicios.
- Precisión de si el precio es fijo o sujeto a ajustes y, en este último caso, la fórmula o condición en que se hará y calculará el ajuste.
- Penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes y servicios, por causas imputables a los proveedores.
- La descripción pormenorizada de los bienes o servicios objeto del contrato, incluyendo, en su caso, la marca y el modelo de los bienes.
- Salvo que exista impedimento, la estipulación de que los derechos de autor u otros derechos

exclusivos que se deriven de los servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones contratados, invariablemente se constituirán a favor del Estado o de la entidad, según corresponda.

- Las garantías que se generan de los contratos se constituyen a favor del Estado.

Las dependencias y entidades que intervengan en los contratos pueden rescindirlos por incumplimiento del proveedor, con la debida notificación fundada y motivada. Además que podrán dar por terminado el contrato anticipadamente cuando se pueda ocasionar algún daño o perjuicio al Estado.

Por su parte, los particulares, en caso de que sean las dependencias o entidades las que incurran en incumplimiento, recibirán la indemnización correspondiente pactada en los contratos, dándoles seguridad jurídica a los concesionarios con relación a sus inversores. El derecho del concesionario sobre los bienes afectados a la concesión no tiene una duración indefinida, sino que, por virtud del llamado derecho de reversión, pasan al Estado al término del contrato.

El concesionario está obligado a mantener en buen estado los bienes durante el plazo de la concesión, llegándose a autorizar al Gobierno para intervenir a la empresa si durante la última parte de la vigencia de la concesión el concesionario no mantiene los bienes en buen estado. De todo lo anterior se desprende que las concesiones que otorga el Estado a los particulares se encuentran protegidas por leyes específicas, que no permiten a los concesionarios salirse de los esquemas de los contratos que celebran y lo que la propia ley estipula al respecto para la explotación de la concesión.

Las licitaciones no son sencillas y son muchos los requisitos que hay que cumplir. Por lo tanto, el esquema de la concesión podría ser más explotado por el Estado permitiendo a los particulares la injerencia en actividades donde el Estado estime necesaria su participación, y que permita atender otras áreas y aplicar en beneficio de otros programas sociales los recursos no utilizados en los servicios concesionados a los particulares.

Los tres tipos de concesión que existen son:

- a) Concesión total: Es el desarrollo "llave en mano" completo a través del sector privado. En este enfoque la única responsabilidad del Gobierno es de supervisar el contrato con el inversor privado. Además, el Gobierno provee

el terreno y la infraestructura, y el consorcio privado diseña, financia, invierte y maneja todos los servicios concesionados.

- b) Semi-concesión: Tiene el mismo enfoque que el modelo de concesión a excepción que el Gobierno guarda para sí la ejecución de algunos servicios. Este enfoque requiere una interacción diaria continua entre inversor-promotor y el Gobierno para coordinar servicios y responsabilidades.
- c) Arrendamiento con opción de compra: El sector privado sirve de agente del Gobierno para diseñar, construir y financiar el servicio según especificaciones establecidas en la petición de licitación pública. El Gobierno paga un arrendamiento anual por el servicio, pero asume todas las responsabilidades operativas y de mantenimiento.

El tema del tratamiento penitenciario no puede verse al margen de la sociedad puesto que la administración penitenciaria hace frente a un problema que, en esencia, representa la fase final de la problemática criminal. El número de internos recluidos en las cárceles del país responde a

decisiones del Poder Judicial; sin embargo, los factores criminógenos no emergen del Poder Judicial; el comportamiento criminal se da en una realidad social concreta, por ello es que el problema penitenciario requiere de un tratamiento integral, teniendo en cuenta el entorno social donde se genera la delincuencia.

Tampoco la problemática penitenciaria en el Perú debe ser vista únicamente como un problema de sobrepoblación y hacinamiento, aunque éste sea el aspecto más relevante del problema, puesto que ello nos llevaría a una inmediata respuesta: construcción de más establecimientos penales.

Dentro de este contexto, se puede afirmar que el Estado, como ente protector de la sociedad, no está cumpliendo a cabalidad sus funciones, entre otras razones por:

- Malas políticas de Estado para el tema carcelario.
- Incapacidad y falta de preparación de los encargados del sistema carcelario.
- Las prisiones no son prioritarias para el Gobierno.
- Presupuestos insuficientes.



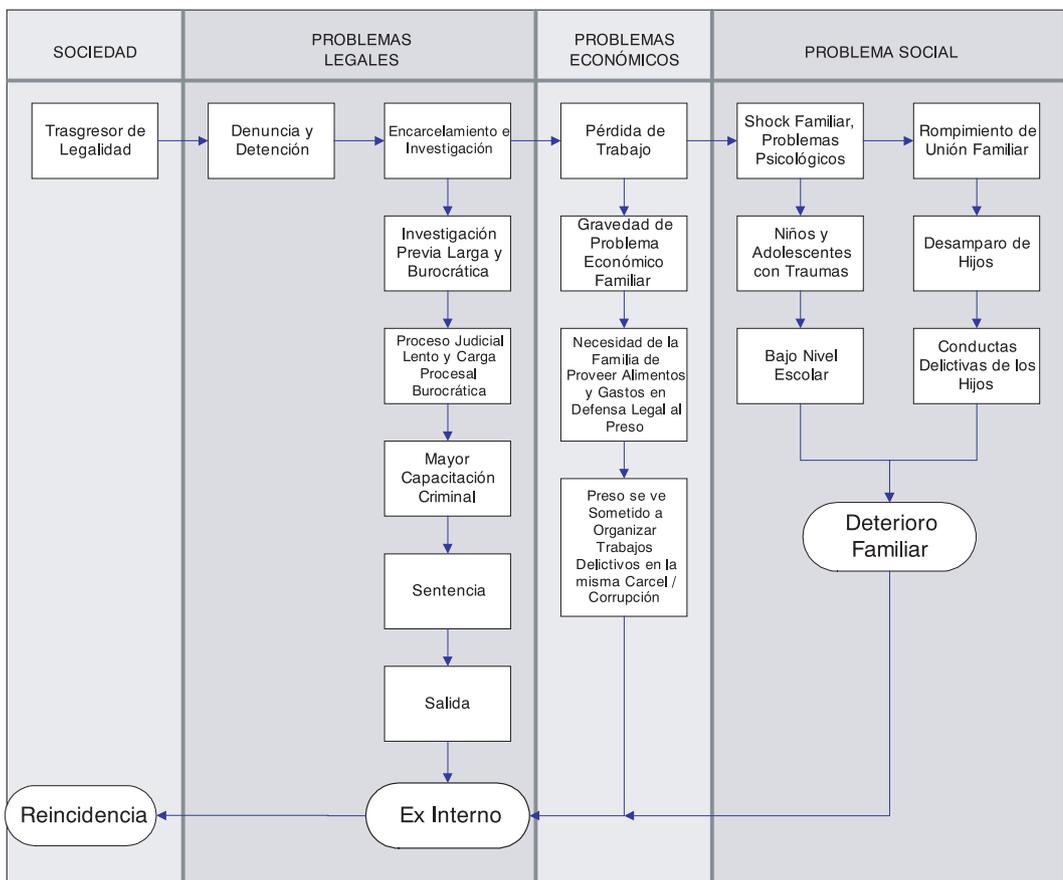
Se considera que el sistema carcelario vigente no logra reinsertar adecuadamente a los presos en la sociedad. Éste es un sistema coercitivo que se limita a aislar al interno de la sociedad cuando su tarea debiera ser la de educar, rehabilitar y preparar al preso para una vuelta digna. Las condiciones carcelarias son infrahumanas y violentas causando un deterioro moral; el hacinamiento y las condiciones insalubres atentan contra la salud física y mental yendo en contra de los derechos humanos más elementales.

Al incrementar el nivel de corrupción hay mayor predisposición al dinero fácil y un incremento en los negocios ilícitos dentro del penal, contribuyendo al mayor índice de criminalidad. El mayor nivel de corruptibilidad en los carcelarios hace que se disminuya el nivel de control carcelario. La baja asignación presupuestal impide contar con una adecuada capacidad de infraestructura carcelaria, que se acentúa con el incremento de la delincuencia, ya que no puede crecer con la demanda de espacio en los centros penales. Resultado de esto es la tugurización en los penales, que reduce el espacio vital, lo que hace que el individuo trate de mantener un espacio de dominio de supervivencia y ello se manifiesta a los demás con una presión por sobrevivir. La consecuencia es la formación de bandas o grupo dentro de los

penales. Si a esto se le agrega lo anteriormente manifestado, el menor nivel de control carcelario, tendremos que el dominio dentro de las prisiones estará en manos de las bandas, aumentando la jerarquización criminal, lo que, a su vez, producirá un aumento en las luchas por el dominio territorial y el incremento de "zonas libres", es decir, donde no llega el control carcelario. Esto incidirá en el aumento del índice de criminalidad. Otro problema es que el menor nivel de asignación presupuestal produce un menor nivel de atención a la regeneración de los reos, incrementado por el hecho de que hay un menor nivel de preparación en los carcelarios, los cuales no estarían contribuyendo a que se logre la adecuada reinsertación de los reos en la sociedad. Con esto se llega a que el nivel de reincidencia sea alto y, por lo tanto, los niveles de criminalidad se vean aumentados.

Si, por otro lado, se toma en cuenta que las limitaciones económicas del país producen mayores tasas de desempleo, el problema de la adecuada reinsertación de los reos se agrava pues esto hace que la reincidencia criminal sea más alta y, por ende, los índices de criminalidad aumenten.

Como verán en el siguiente gráfico, el tema de la reincidencia es recurrente.

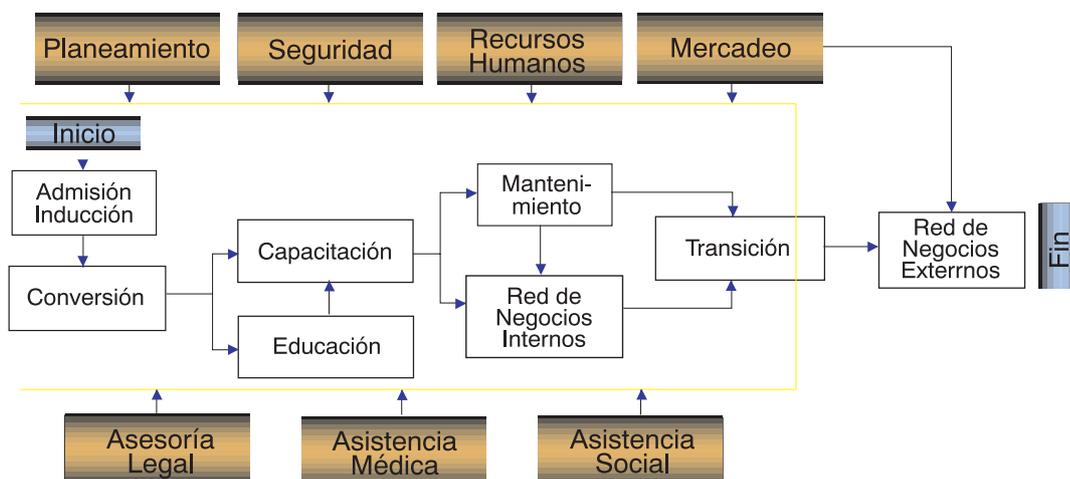


Ahora bien las preguntas que debemos hacernos son:

- ¿Es posible dar en concesión centros penitenciarios en el Perú?
 - ¿Qué tipo de prisión debe ser el modelo que se plantea?
 - ¿Es posible rehabilitar al reo mediante sistemas de reeducación y trabajo?
 - ¿Es viable el auto sostenimiento carcelario?
 - ¿Cuál es el costo escondido que hoy asumen los internos y sus familias?
 - ¿Estarán interesados los reclusos en colaborar con su auto rehabilitación?
 - ¿Estarán interesados en sufragar parte de sus gastos de rehabilitación?
 - ¿Qué impacto social se espera lograr con este modelo?
 - ¿Cómo lograr que la sociedad acepte este nuevo sistema?
- En lo económico, aliviaría el problema carcelario, sirviendo como modelo para mejorar la situación existente.
 - En lo social, estaría cumpliendo con el objetivo de resocializar al preso, contribuyendo a la tranquilidad y seguridad ciudadana, generando una rentabilidad social.
 - En lo administrativo, al entregar el manejo de una prisión a la empresa privada, se estaría abriendo un nivel de competencia en la cual la sociedad compararía la Administración Estatal *versus* la privada. El Estado resulta, por lo general, mejor supervisor que administrador.
 - Con un manejo empresarial se piensa que la concesión de cárceles podría ser rentable.
 - En lo moral, se estaría contribuyendo a recuperar un grupo social que por distintas razones se ha desviado de la ley y en las condiciones actuales no es posible su recuperación.

Como vemos, la concesión de prisiones daría solución a los problemas de fondo:

Modelo Prisión Empresa Procesos



Como vemos, estigmatizar la concesión de penales al sector privado por razones egoístas e ideológicas no hace sino postergar la verdadera solución a un problema que, en el caso peruano, es endémico. Lo único que hay que buscar en la concesión es un equilibrio preciso entre los intereses de la sociedad, el Estado y el sector privado, y no pretender disfrazar los costos en la comparación entre el sector privado y el sector estatal con el fin

de seguir marginando al sector privado, puesto que si éste no cumple los compromisos asumidos, será sancionado económica y legalmente, en cambio, en el Estado la forma de medir los resultados de la mala gestión es generalmente ocultada y, en el mejor de los casos, sanciones menores a funcionarios que serán reemplazados por otros funcionarios siguiendo esta letanía de frustración para las familias dentro y fuera del penal.

Y lo más importante es no engañar a la población:

- ¿Quién construye los penales? La empresa privada.
- ¿Quién diseña los penales? La empresa privada.
- ¿Quién pone los equipos? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica la ropa? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica los sanitarios? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica los utensilios de cocina? La empresa privada.
- ¿Quién diseña y provee los equipos de seguridad? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica las armas? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica los equipos de iluminación? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica los equipos de vigilancia electrónica? La empresa privada.
- ¿Quién adquiere los bonos que emite el Estado para financiarse? La empresa privada.
- ¿Quién provee al Estado de los impuestos? La empresa privada y los contribuyentes personas naturales.
- ¿Qué es lo único que falta en este proyecto para solucionar el problema penitenciario? Que la administración pase al sector privado.

Espero que reflexionemos todos y rompamos de una vez por todas con el paradigma y mitos del manejo por parte del sector privado de los centros de reclusión.

PRIMERA PARTE DE JACOBO DÓPICO: *EJECUCIÓN PENITENCIARIA y LUCRO EMPRESARIAL****

I. INTRODUCCIÓN

Sería un error tomar posición a favor o en contra de la intervención privada en la gestión penitenciaria sin más. La heterogeneidad de los extremos implicados hace que una respuesta no matizada sea, necesariamente, una respuesta equivocada. Los problemas no son los mismos si

hablamos de la intervención del sector privado *empresarial* o del *non-profit*; o de la privatización de la *construcción* de centros penitenciarios, de su *gestión integral* o de la gestión de concretas tareas (y, aún, si son tareas modestas –alimentación, mantenimiento–, o más ambiciosas, como dirigir el tratamiento penitenciario). Debe subyacerse esta heterogeneidad porque no es infrecuente en análisis poco rigurosos un sofisma por error de extensión: basarse en lo menos (la admisibilidad de ciertas formas de intervención privada) para concluir lo más (admisibilidad de la gestión integral lucrativa de instituciones penitenciarias)².

Por la extensión que los editores dan a estos artículos, me limitaré a introducir los principales problemas asociados a la *gestión de centros penitenciarios por entidades con fines de lucro*.

II. ¿SON LAS PRISIONES PRIVADAS MÁS EFICIENTES?

Las prisiones privadas son cualquier cosa menos una novedad. Desde el siglo XVIII ha habido multitud de experiencias de gestión penitenciaria privada³. “La historia de la implicación del sector privado en el ámbito correccional es monótonamente brutal, una historia bien documentada de abusos a los internos y corrupción política”⁴. Su histórico y reiterado fracaso traslada a sus defensores el *onus probandi* de la oportunidad de un nuevo intento.

El soporte principal de estas políticas se reduce a un argumento⁵: la *mayor eficiencia*. El argumento compara la calidad y el costo del servicio prestado en las prisiones *públicas* y en las *privadas*; y afirma que las segundas consiguen un servicio de calidad igual o mejor, pero por menos dinero, debido a una mejor capacidad de gestión de los recursos. En la medida en que se trata de una afirmación sobre la realidad, podemos falsarla. Si no fuese cierta, la posición a favor de la privatización quedaría sin su soporte fundamental⁶.

*** Trabajo realizado en el marco de Proyecto de Investigación BJU 2003-04461, concedido por el Ministerio español de Ciencia y Tecnología.

² Advierte de esta tendencia SANZ DELGADO, Enrique. “Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1999. p. 385.

³ Ver tan sólo SANZ DELGADO, Enrique. “Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria”. Madrid. 2000. p. 21 y siguientes. Incluso mucho antes, ya en las Partidas se prohibían las cárceles particulares, por los abusos y arbitrariedades que se podían cometer en ellas. Ibid. p. 35.

⁴ DIJULIO, John. Citado por DONAHUE, John. “Prisons for Profit: Public Justice, Private Interests”. Washington. 1988. p. 19.

⁵ LOGAN, Charles. “Private Prisons: Cons and Pros”. New York: Oxford, 1990. pp. 41 y siguientes; hacía un artificioso esquema de diez clases de argumentos favorables y contrarios (argumentos relativos a la adecuación de la intervención privada; a su coste; a su calidad; etcétera). Varias de esas clases parecen, en realidad, reiteración de otras; otras sólo se corresponden con argumentos de una de las posiciones.

En las últimas décadas se ha reunido un cierto *corpus* de estudios sobre eficacia penitenciaria y costes de las prisiones privadas que, sin embargo, es epistemológicamente un caso curioso. Cuando se cuenta con un cierto *corpus* de estudios empíricos, lo habitual es que una hipótesis se valide y las demás se desechen. Pero en este caso no es así. Un grupo de estudios apelan a la evidencia de que las prisiones privadas son más eficientes que las públicas, y otro grupo apela a la evidencia de lo contrario⁷. Lo cierto es que los estudios que apoyan la privatización en los Estados Unidos son puestos en duda por los estudiosos desde un punto de vista metodológico; duda plenamente comprensible cuando se trata de estudios *financiados por Corporaciones penitenciarias* concesionarias de cárceles privadas⁸.

Los estudios más recientes y fiables⁹ apuntan a que la gestión privada no produce un ahorro relevante. El primer referente fue el informe de la *U.S. General Accounting Office*¹⁰ que concluía que no había evidencia de la superioridad de la gestión

privada y que, incluso, muchos de los centros privados no alcanzaban el debido 7% de ahorro¹¹. Es más: hay pruebas de que la principal compañía privada (CCA) perdía dinero los primeros años, a modo de curioso *dumping* –para, conseguidas las concesiones, subir después sus tarifas–¹². Que unas corporaciones con presupuestos multimillonarios no consigan pruebas de ese mayor ahorro (pruebas que le serían *muy* lucrativas) es significativo. Los estudios independientes más serios concluyen la *irrelevancia de la titularidad del centro* desde el punto de vista del coste¹³.

La *calidad* del servicio tampoco se ha demostrado superior en los centros privados. Para estudiarla se ha atendido a extremos como las *fugas*¹⁴, a la *recidiva* de los presos liberados (que no se revela menor en los centros privados)¹⁵, etcétera; además, los datos sobre abusos y lesiones de los derechos de los presos tampoco sugieren la superioridad de las prisiones privadas¹⁶. También se ha señalado que, a veces, se ha caído en la tentación de reducir costes eliminando

- ⁶ Otros argumentos deben considerarse derivados del anterior, como el de la competitividad (la gestión privada introduciría competitividad entre las propias empresas penitenciarias y con los servicios estatales). Este argumento es contradicho por la realidad: las empresas han tendido en Estados Unidos a prácticas eliminadoras de la competencia, como el reparto del mercado: SHICHOR, David. "Punishment for profit. Private prisons/public concerns". Londres. 1995. pp. 17-18. SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 273. Ello se explica por la estructura de este "mercado", en él no se da la relación bilateral oferente – demandante. SHICHOR, David. Op. Cit. pp. 71-72. Aquí quien recibe el servicio (el preso) no puede optar entre un centro y otro; como señala DONAHUE, John. Op. Cit. p. 21; donde ocurre esto (por ejemplo: guarderías, asilos para ancianos) no se da competencia en relación con la calidad (o sólo a la baja, para reducir costes). Por su parte, argumentos como el de la subsidiariedad de la actividad estatal no son aplicables a este caso, pues aquí no se trata de que el Estado se retire del mercado para dejar espacio a la iniciativa privada, sino de que el Estado pague a ciertas empresas por desempeñar tareas que no podrían ser mercancía lícita en el mercado entre particulares.
- ⁷ PERRONE, Dina y Travis PRATT. "Comparing the Quality of Confinement and Cost-Effectiveness of Public versus Private Prisons. What We Know, Why We Do Not Know More, and Where To Go From Here". En: *The Prison Journal* 83, 3. 2003. p. 317.
- ⁸ MATTERA, Philip; KAHN, Mafruz y Stephen NATHAN. "Corrections Corporation of America. A Critical Look At Its First Twenty Years". Mayo de 2003. p. 44. En: www.nicic.org/Library/019353. Palmario es el caso de Th. Charles, académico pro-privatización y miembro de la comisión de privatizaciones, sancionado porque su actuación en esta institución planteaba un conflicto de intereses, ya que también se sentaba en el Consejo de una sociedad instrumental de la principal corporación penitenciaria (CCA). Los estudios de quien cobra más de 3 millones de dólares de uno de los implicados en la materia estudiada deben ser tomados con cautela. Concretando la cuestión, GEIS, Gilbert; MOBLEY, Alan y David SHICHOR. "Private Prisons, Criminological Research, and Conflict of Interest: A Case Study". En: *Crime & Delinquency* 45, 3. Julio. 1999. p. 372 y siguientes. Señalan el sesgo de uno de sus estudios que se plasma en afirmaciones metodológicamente cuestionables.
- ⁹ De entrada, se excluyen los financiados por las propias Corporaciones Penitenciarias y los dirigidos o co-firmados por personas que comparten con ellas intereses económicos (como el ya citado caso de Charles).
- ¹⁰ U.S. G.A.O. "Private and Public Prisons: Studies Comparing Operational Costs and/or Quality of Service". Agosto de 1996.
- ¹¹ GEIS, Gilbert; MOBLEY, Alan y David SHICHOR. Op. Cit. p. 383.
- ¹² DONAHUE, John. Op. Cit. p. 12; SHICHOR, David. Op. Cit. p. 160. SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 340.
- ¹³ Ver además, por muchos: PERRONE, Dina y Travis PRATT. En: "The Prison Journal 83, 3. Setiembre del 2003. p. 305; CAPLAN. "Policy for Profit. The Private-Prison Industry's Influence Over Criminal Justice Legislation". En *ACJS Today* XXVI. Enero - febrero del 2003. Iss. 1. p. 16; AUSTIN, James y Garry COVENTRY. "Emerging Issues on Privatized Prisons, Bureau of Justice Assistance". Febrero de 2001. PRATT, Travis y Jeff MAAHS. "Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research Studies". En: *Crime & Delinquency* 45, 3. Julio. 1999. pp. 358 siguientes; y referencias en SHICHOR, David. Op. Cit. p. 163; SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 327; DEL ROSAL, Bernardo. "Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal". p. 579. De hecho, incluso un estudio solicitado por el Attorney General a Abt Associates, cofirmado entre otros por el ya citado Charles y por Crane (un ex directivo de la CCA, la principal corporación penitenciaria) consideró que no había prueba concluyente de esa ventaja.
- ¹⁴ Los datos sobre fugas pueden ser considerados indicativos de mala gestión de la seguridad del centro. Al ser proporcionados por las propias empresas, y difícilmente contrastables, no resultan fiables: es plausible que las cifras sean "maquilladas". PERRONE, Dina y Travis PRATT. Op. Cit. p. 318.
- ¹⁵ BALES, William; BEDARD, Laura; QUINN, Susan; ENSLEY, David; HOLLEY, Glen; DUFFEE, Alan y Stephanie SANFORD. "Recidivism: An Analysis of Public and Private State Prison Releases in Florida". Diciembre del 2003. pp. 34-35; sí observan, empero, una pequeña variación en el caso de las presas adultas a favor de los centros privados, pero que debe tomarse con cautela, por las características de la medición. Un estudio de Lonn Lanza-Kaduce, Karen F. Parker y Charles W. Thomas (1999) afirmaba que la reincidencia era menor en los presos de centros privados; sin embargo, la sombra de duda que arroja el citado *conflicto de intereses* de Charles, junto con los defectos metodológicos señalados por GEIS, Gilbert; MOBLEY, Alan y David SHICHOR. Op. Cit. pp. 372 y siguientes; y la mayor apariencia de fiabilidad de estudios posteriores con resultados divergentes, aconsejan ponerlo en cuarentena.
- ¹⁶ GREENE, Judith. "Prison Privatization: Recent Developments in the U.S.", *paper* presentado al ICOPA (Toronto, 12-5-2000); DEL ROSAL Bernardo. Op. Cit. p. 578 (en relación con casos de hacinamiento en centros privados).

servicios importantes, como ciertas *atenciones médicas*¹⁷.

III. EXCURSO. UN REPASO REALISTA A LAS VERDADERAS CAUSAS DE LA NUEVA OLEADA PRIVATIZADORA EN ESTADOS UNIDOS. PARALELISMOS

En realidad, de entre todos los condicionantes de la nueva oleada privatizadora en los Estados Unidos, hay dos que merecen especial atención.

El primero de ellos fue *el fin de la política hands-off*¹⁸. Hasta la década de 1960, los tribunales no conocían de las condiciones de internamiento de los presos. Esto terminó por generar una *zona exenta de protección* de los derechos humanos. Sin embargo, una sentencia de la Corte Suprema Federal de 1963 rompió con esa política y desencadenó una masiva revisión judicial de las condiciones de las prisiones norteamericanas, que se revelaron terribles e inhumanas. La situación fue tan grave que, en 1969 y 1974, los sistemas penitenciarios de Arkansas y Oklahoma fueron objeto de censura constitucional por contravenir la octava enmienda, que prohíbe las penas crueles y extraordinarias. En 1985, sólo los sistemas penitenciarios de ocho estados *no* habían sido objeto de intervención judicial. La responsabilidad que amenazaba a la administración penitenciaria era, pues, extraordinaria, ya que prácticamente debía renovar casi todo su sistema. La privatización apareció como la respuesta más sencilla a la tentación de *pasar el problema* (y, sobre todo, *la responsabilidad*) a otro¹⁹.

Compárese con la privatización de los centros de menores españoles. En el reparto de competencias administrativas, estos centros corresponden a las *Comunidades Autónomas* (en adelante, CCAA) y no a la administración central. Con la nueva Ley

Penal del Menor de 2000, las CCAA se quejaban de no tener medios suficientes para poner en pie un sistema autonómico de centros de menores. Por ello, esta nueva ley permitió delegar la gestión de los centros a entidades privadas (supuestamente) sin ánimo de lucro²⁰, lo que ha sido contemplado como un modo de *pasar el problema hacia delante* (y también como una auténtica *avanzadilla* para ulteriores avances privatizadores²¹).

El segundo es *el disparatado incremento de la población penitenciaria*. Este incremento halla entre sus causas fundamentales:

- El *abandono del ideal rehabilitador*. La progresiva restricción de medidas como la *probation*, la *parole* y otras *diversion measures* redundan en un gran incremento de la población penitenciaria (entre 1970 y 1988 prácticamente se *triplica*²²). Además, si para la rehabilitación *"nada funciona"*²³, las prisiones deben convertirse en meros *depósitos de gente*, por lo que su privatización es una tarea aún más sencilla (ya que sólo se espera de la prisión que *los presos no salgan*, y no otros objetivos rehabilitadores más complejos).
- Su sustitución por el punitivismo de las políticas de *law and order* y de *inocuidad y seguridad ciudadana*, que redundan en penas de mayor duración. Este factor es de gran importancia en nuestra situación actual. La última década ha traído una *deriva securitaria* que concibe al Derecho Penal como un instrumento al servicio de la seguridad ciudadana y el orden público, como una extensión del Derecho policial²⁴. Pretender que la prisión cumpla estos fines exigirá modificar su estructura y, sobre todo, su *tamaño*.

¹⁷ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 19.

¹⁸ Sobre este punto, por todos, ver: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Op. Cit. pp. 567 y siguientes; pp. 571 y siguientes.

¹⁹ Señala SHICHOR, David. Op. Cit. p. 61, cómo la privatización sirve a la Administración para desentenderse del problema de los presos.

²⁰ Lo cierto es que los ingresos por menor y día que pueden recibir estos centros son altísimos (hasta 300 euros por menor y día en el convenio marco de la Comunidad Autónoma de Madrid); compárese: cifras entre 4 y 10 veces menores para centros de adultos en Estados Unidos. MCFARLAND, S; MCGOWAN, C y T. O'TOOLE. "Prisons, Privatizations and Public Values". p. 4.

²¹ SANZ DELGADO, Enrique. Op. Cit. pp. 387-388.

²² *Ibid.* pp. 151 y siguientes.

²³ "Nothing works" es el tópico por el que se hace famoso el trabajo de MARTINSON, Robert. "What works? Questions and Answers About Prison Reform". Public Interest 35. 1974. pp. 22 y siguientes. Curiosamente, mucho más famoso que su autorrefutación, publicada un lustro después ("New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform". En: Hofstra Law Review 7/2. 1979. pp. 243 y siguientes); sobre su evolución, ORTIZ DE URBINA, Íñigo. "Economic Analysis of Crime: What's Wrong?". En: www.isnie.org/ISNIE05/Papers05/ortizdeurbina. PDF. pp. 22-23.

²⁴ Díez RIPOLLÉS, José Luis. "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana". En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; en: criminet.ugr.es/recpc, del 06 de marzo de 2004. Ver también la crítica de GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. "Crítica a la política penal de orden público". En: Cuadernos de Política Criminal 16. 1982. pp. 68 y siguientes; de renovada actualidad.

IV. LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA PRIVATIZACIÓN

1. Consolidación de una opción político-criminal equivocada

La actual oleada privatizadora, pues, se explica más como *hija de su tiempo político* que como fruto de una reflexión económica. El brutal incremento de la población penitenciaria en Estados Unidos hasta los casi 600 presos por 100.000 habitantes (unas 5 veces la media europea) disparó las necesidades penitenciarias, y hubo que satisfacerlas de algún modo. Quizá no se trate del punto más importante, pero sí el más urgente, pues se basa en un hecho presente en muchos otros sistemas penales.

Así, la población penitenciaria española se ha duplicado entre 1992 y 2006²⁵, como consecuencia de factores similares: incremento de las penas y eliminación de la redención de penas por el trabajo (Código Penal de 1995), políticas de “cumplimiento íntegro” que restringen la libertad condicional y las formas sustitutivas de la pena privativa de libertad (reforma de 2003), consideración del Derecho penal como instrumento de orden público policial y no como *ultima ratio* punitiva, etcétera.

Por ello, antes de adoptar decisiones *difícilmente reversibles* como la privatización penitenciaria²⁶, procede replantearse si la política criminal que conduce a estas cifras es adecuada.

Y no lo es. El Derecho Penal *no debe ser* una prolongación del Derecho Policial para mantener el orden público callejero y controlar la peligrosidad subjetiva, tanto por lo intrínsecamente inadecuado de la pena para tales funciones (corroborada por su ineffectividad en esos terrenos),

como por el alto grado de afectación de derechos fundamentales.

Además, la evidencia científica muestra los problemas provenientes del abandono de las necesidades de rehabilitación. El *desencanto* de los 80 no estaba menos *ideologizado* que la desafortunada fe en la resocialización en los años 50-60. Los estudios más modernos indican no sólo que *sí hay cosas que funcionan*²⁷ en materia de rehabilitación, sino, además, lo irrenunciable de una planificación de la *prisoner reentry*²⁸. Hoy sería irrazonable ceder la prisión desprovista de la fundamental función resocializadora²⁹, como un *depósito de personas* para arrojarlas a la sociedad libre tras el último día de encierro.

En resumen: antes que privatizar un exceso de plazas penitenciarias, debemos estudiar si debe replantearse este modelo inflacionario. Todos los indicios apuntan a que sí.

2. Los peligros de una gestión privada

a) Legitimidad para adoptar decisiones fundamentales sobre la pena

En la fase de ejecución (sobre todo en sistemas progresivos), el centro penitenciario ha de adoptar decisiones que afectan de modo fundamental a la duración e intensidad de la pena. Esto supone un *ineludible* problema de legitimación para la privatización³⁰. Igual que no cabría privatizar la función judicial penal, no cabe delegar en manos de un particular la decisión sobre si una persona alcanza el régimen abierto, la libertad condicional, etcétera. Sería humillar a un ciudadano sometiendo su libertad al arbitrio de un particular o una empresa³¹. Esto es aún más grave en relación con el *régimen*

²⁵ Ver los datos en: www.mir.es/INSTPEN.

²⁶ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 9.

²⁷ Ver tan sólo el Informe del Home Office británico. “The impact of corrections on re-offending: a review of ‘what works’”. Tercera edición. Londres: G. Harper y Ch. Chitty. 2005; y ORTIZ DE URBINA, “Economic Analysis...”. Punto II.c (titulado “The rehabilitative ideal and the not-so-dismal news of the dismal science”).

²⁸ ORTIZ DE URBINA, Iñigo. Op. Cit. p. 24; señala cómo bajo el tópico de la *prisoner reentry* han vuelto a entrar en el debate académico y político las cuestiones de prevención especial positiva.

²⁹ En efecto, en ocasiones se han reducido costes para maximizar el beneficio mediante eliminación de programas de rehabilitación. BENDER, Edwin. “Private Prisons, Politics & Profits”. En: www.followthemoney.org. Julio 2000. p. 11.

³⁰ La pena estatal “debe ser impuesta y administrada por una autoridad constituida por el sistema legal contra el que se cometió la infracción”. HART, H. L. A. “Punishment and responsibility”. Oxford. 1968. p. 5.

³¹ Señala LIPPKE, Richard. “Thinking About Private Prisons”. En: Criminal Justice Ethics de 1997. Volumen 16. Texto a la nota 2, que la punición es monopolio estatal precisamente para excluir la influencia de los intereses privados; o, más sencillamente: para asegurar que todos son tratados con igualdad ante la ley penal. Para REISIG, Michael y Travis PRATT. “The Ethics of Correctional Privatization: A Critical Examination of the Delegation of Coercive Authority”. En: The Prison Journal 80, 2. 2000. p. 219, no existe una reflexión filosófico-moral que sostenga el movimiento privatizador.

sancionador penitenciario. Nuestras constituciones no permiten que a un preso se le imponga, por ejemplo, una sanción de aislamiento *por la decisión de una empresa*³².

b) Riesgos del lucro como factor influyente en la ejecución penitenciaria

Además, *el lucro empresarial introduce una distorsión insalvable*³³. Las corporaciones penitenciarias suelen cobrar por preso y día³⁴. Por ello, si la ocupación disminuye y no cubren sus plazas, se verán perdiendo dinero con plazas que han costado dinero y no son amortizables³⁵. No obstante, la empresa penitenciaria *tiene en sus manos la posibilidad de prolongar las estancias en prisión*. En un régimen progresivo, puede decidir si otorga el tránsito a un centro abierto o la libertad condicional; también decide sobre los permisos de salida, redención de penas por trabajo³⁶, sanciones disciplinarias que pueden bloquear el acceso a estos beneficios³⁷, etcétera.

Estas empresas pueden decidir sobre el endu-recimiento y prolongación del internamiento; y tienen incentivos para optar por ello aun cuando objetivamente no proceda, porque puede suponerles beneficio económico³⁸.

En la administración de los asuntos públicos no se permiten estos conflictos de intereses: los funcionarios no deben decidir sobre cuestiones donde se vea implicado su interés. Ello es aún más grave aquí, pues lo que se ve implicado es la

libertad de seres humanos: debe existir una garantía objetiva de *no contaminación*. Las normas de garantía obligan a grandes gastos, pues previenen eventos considerados *muy indeseables*, y pretenden minimizar el riesgo de que acaezcan³⁹. Nuestros sistemas constitucionales no admiten tal vulneración de las garantías de los derechos de las personas presas, que somete su libertad al arbitrio de quien puede atentar contra ella por lucro⁴⁰.

Asimismo, las corporaciones también tienen incentivos para *ocultar posibles abusos de su personal o de los propios internos*, generando así ámbitos de impunidad, porque si se conociesen, revelarían una mala gestión e influirían en la no renovación de la concesión (y, consecuentemente, en su cotización en bolsa: por ejemplo, por ciertos escándalos, las acciones de una empresa participada por CCA cayeron en picada, en 30 meses, de 45 dólares a 3 dólares por acción⁴¹). Lo mismo puede predicarse de los propios empleados: ¿quién se arriesga a denunciar un evento que dañará económicamente a su empleador?

En relación con los trabajadores, debe señalarse que la reducción de costes en las prisiones privadas necesariamente debe pasar por el *recorte de los costes laborales*, que constituyen, con mucho, la partida más importante de esta clase de actividad. Sin embargo, como se ha señalado, esto difícilmente puede hacerse sin deteriorar la calidad de la mano de obra⁴². Las demás partidas no alcanzan el 40% del presupuesto, y el margen de

³² A veces se señala un problemático factor simbólico en la privatización penitenciaria, que se deriva de que el personal penitenciario no está revestido de la autoridad del funcionariado. Por todos: DIULIO, John. "The Duty to Govern: A Critical Perspective on The Private Management of Prisons and Jails". En AA.VV. *Private Prisons and the Public Interest*. Londres. 1990. p. 173; SANZ, Enrique. "Las prisiones privadas". pp. 256 y siguientes; CAPLAN, J. *ACJS Today*. Volumen XXVI. Issue 1. pp. 16-17. En mi opinión, estos problemas son sólo consecuencias del problema central: la falta de legitimidad.

³³ DEL ROSAL, Bernardo. *ADPCP* 1990. p. 579; SICHOR, David. "Punishment for Profit". p. 73.

³⁴ También es el caso de los centros de menores privados en España.

³⁵ DONAHUE, John. "Prisons for Profit". p. 22.

³⁶ En España fueron eliminadas con el Código Penal 1995, debido a una absurda corrupción del sistema. La ausencia de plazas de trabajo para todos los presos hizo que la Administración, en vez de generar más plazas, diese por válido cualquier trabajo (incluso limpiar la celda) como base para la redención de un día de pena por dos de trabajo. Como se daba por probado, por así decirlo, que todo preso limpia su celda, toda pena quedaba en principio reducida a 2/3, lo que generaba un sistema hipócrita. El Código Penal de 1995 eliminó ese sistema, pero no retocó las penas, con lo que operó un enorme incremento de su duración. El legislador, en vez de resolver el problema, eliminó la institución, privando al sistema penitenciario de lo que podría ser un instrumento fundamental (incluso desde el punto de vista de la gestión interna penitenciaria: ¿cómo gestionar una prisión sin disponer de incentivos?; similar: DEL ROSAL, Bernardo. *ADPCP* 1990. p. 573).

³⁷ DONAHUE, John. "Prisons for profit". p. 23. Se ha señalado que otros sistemas de tarificación también podrían tener efectos perversos. CAPLAN, J. *ACJS Today*. Volumen. XXVI. punto 1. p. 18.

³⁸ CAPLAN, J. *ACJS Today*. Volumen XXVI. punto 1. p. 17.

³⁹ Por ejemplo: el riesgo de pruebas obtenidas con mala fe policial obliga a unos carísimos cauces probatorios; el riesgo de fallo condenatorio erróneo obliga a observar unos *standards* procesales auténticamente dispendiosos; etcétera.

⁴⁰ "Es incluso imaginable que un empresario penitenciario sin escrúpulos manipule las recomendaciones de libertad bajo palabra para deshacerse de presos problemáticos, peligrosos, enfermizos o de otro modo caros de detener, mientras mantiene los internos más lucrativos. Al menos, los funcionarios de prisiones públicas están libres de tentaciones financieras directas de manipular la población penitenciaria". DONAHUE, John. "Prisons for Profit". p. 23).

⁴¹ GREENE, Judith. *Op. Cit.* p. 7.

⁴² DONAHUE, John. *Op. Cit.* p. 24; WEISS, Robert. "Private Prisons and the State". En: AA.VV. "Privatizing Criminal Justice". Londres. 1989. pp. 26 y siguientes; p 33; SANZ, Enrique. *Op. Cit.* p. 162; MATTERA, Philip; KAHN, Mafruzá y Stephen NATHAN. *Op. Cit.* p. 25; en las páginas 26-27 citan casos reales de contratación de menos personal del debido con preparación insuficiente.

mejora técnica que permita abaratar el encarcelamiento sin rebajar las condiciones de vida de los presos es mínimo⁴³.

- c) El control *ex post* llega demasiado tarde.
Margen de control

Pero las normas garantísticas aportan algo más: no buscan evitar los eventos indeseados mediante la sanción *ex post facto*, sino fijando *ex ante* protocolos costosos y rigidísimos que buscan no ya evitar la decisión dañina, sino garantizar la asepsia del proceso decisor. Las garantías de los derechos de las personas presas en un centro privado no se satisfacen, pues, con mero control *ex post* estatal⁴⁴. Máxime cuando, a lo sumo, ese control sólo podría intentar comprobar si se cumplen ciertos *standards* en concretos extremos (si se pretendiese la supervisión estatal de toda la actividad de la prisión privada, la delegación sería económicamente inviable, pues habría que pagar la gestión privada y un alto número de funcionarios dedicados a la costosa tarea de la inspección⁴⁵). Si la privatización se basa en reducir costes; y si es técnicamente posible hacerlo rebajando los *standards* de la prestación⁴⁶, entonces la cuestión del control se revela esencial (y la imposibilidad de un control suficiente, como uno de los obstáculos fundamentales a la gestión integral privada).

El problema del control se extiende a otros muchos extremos. Por ejemplo: el Estado no puede otorgar licencias de gran duración, pues blindarían la posición de la concesionaria, por lo que las otorga de corto plazo⁴⁷. Pues bien: en el corto plazo *no todo es evaluable*. Si el Estado otorga concesiones a corto plazo para gestionar una materia tan delicada, a sabiendas de la *imposibilidad de evaluar ciertos extremos*, está disponiendo de caudales públicos basándose quizá en *un acto de fe*, pero sin las garantías necesarias. La posibilidad de

evaluación y control a corto o medio plazo es una de las claves que permite distinguir qué privatizaciones son problemáticas desde el punto de vista constitucional y cuáles –*catering*, mantenimiento, etcétera–⁴⁸ no⁴⁹.

- d) La peligrosa relación empresa privada - dinero de los contribuyentes. Influjos indebidos de las corporaciones privadas sobre las decisiones públicas. De la relación con el cliente a las relaciones clientelares

He aquí quizá uno de los principales núcleos del problema. Ya se ha señalado que no nos encontramos con un sector del mercado que el operador público abandone para ceder al operador privado, sino de una función pública que unas empresas esperan desempeñar para recibir el dinero que el Estado gastaría en ella. No se trata de satisfacer una demanda de los consumidores, sino de satisfacer una demanda de *un solo demandante*, extraordinariamente rico. Esto tiende a generar relaciones de tipo simbiótico (¿parasitario?), como las que se han señalado en no pocas ocasiones respecto de la industria militar, con la agravante de que los servicios penitenciarios *rara vez se prestan a otros países* (como sí es el caso en la industria militar).

Desde la lógica empresarial, debe constatar que “las prisiones de seguridad para adultos requieren estructuras especiales con unos usos alternativos muy limitados”. Si una empresa adquiere o construye dichas instalaciones y deja de contratar plazas con el Estado, se queda con unas celdas libres sin amortizar⁵⁰. “Los empresarios penitenciarios (a menos que sean incompetentes) aceptarán ese riesgo sólo a cambio de un precio y, si no, se asegurarán de que las autoridades estén efectivamente obligadas a renovar”⁵¹. ¿Y cómo asegurárselo? Centrémonos en el caso norteamericano.

⁴³ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 24.

⁴⁴ Como sugiere LOGAN, Charles. Op. Cit. pp. 60-61.

⁴⁵ Para LIPPKE, Richard. “Criminal Justice Ethics Winter/Spring”. 1997. Volumen 16. Texto a la nota 32, la inspección sólo prevendría las infracciones más toscas, a menos que fuese de una meticulosidad imposible. Apunta SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 332, cómo el coste de la supervisión con frecuencia no se incluye en el cómputo de costes de la prisión privada.

⁴⁶ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 20.

⁴⁷ Por mucho que los contratos a corto plazo se concatenen sin interrupción. DONAHUE, John. Op. Cit. p. 22.

⁴⁸ Ver, por ejemplo, los extremos que, para el caso español, considera razonables SANZ, Enrique. Op. Cit. pp. 389 y siguientes (construcción, alimentación, asistencia a la resocialización, etcétera).

⁴⁹ Lo cual no significa, necesariamente, que sean aconsejables: aquí ya entran en juego multitud de factores, entre ellos, el problema de la descapitalización de la administración penitenciaria.

⁵⁰ Esto pone de manifiesto, por cierto, que la supuesta flexibilidad de la iniciativa privada en este punto no es tal. La inversión penitenciaria es enormemente rígida, ya que, entre otras cosas, la inversión es muy poco versátil (o se presta el servicio al Estado o se pierde el dinero), por lo que los costes de retirada son altísimos.

⁵¹ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 22.

- Las aportaciones a las campañas de los partidos políticos son altísimas. Sólo en el ciclo electoral 1998 las donaciones registradas de estas corporaciones fueron un 160% de las de grupos tan importantes como la National Rifle Association (cantidades que palidecen si lo comparamos con lo distribuido a través de *lobbistas*)⁵². Cabe preguntar: *¿cuánto del dinero que reciben las corporaciones penitenciarias va a las arcas de los partidos políticos?*⁵³
- Por otra parte, las propias corporaciones penitenciarias han reconocido que las disminuciones en las cifras de criminalidad y condena afectarían a sus beneficios⁵⁴. Probablemente ello explique su activa presencia en *lobbies* (APTCO) y *"think tanks"* (ALEC) que se dedican a endosar al legislador de los estados federados –cuyas campañas financian– proyectos de ley para que se impongan condenas más largas (incluso cadena perpetua a partir de la tercera infracción grave: *three strikes, you're out*), eliminación o restricción de medidas de evitación de la prisión (*probation, parole, etcétera*)⁵⁵, y a presionar para bloquear, con gran éxito, los proyectos penales menos punitivistas, que podrían perjudicar sus intereses económicos⁵⁶. De hecho, se ha señalado cómo los candidatos financiados y/o premiados por ALEC han aprobado medidas contempladas en los proyectos de ley de esta organización⁵⁷.
- El atractivo de este enorme *pastel* ha llevado a las corporaciones penitenciarias a influir espuriamente sobre políticas tan sensibles como ésta⁵⁸. Así, los estados con más concesiones de prisiones privadas en 1996, un año después tenían tasas de encarcelamiento más altas que los estados con menos concesiones⁵⁹. El citado análisis de Bender sobre los

desembolsos de las corporaciones y la reacción de las decisiones políticas resulta convincente: la acumulación indiciaria deja más allá de la duda razonable el efectivo y contaminador influjo de estas empresas en las políticas penales de los Estados Unidos. Deben reiterarse las premonitorias palabras de Donahue: "La perspectiva de grupos que, en busca de lucro, instan a la comunidad a privar de libertad más duramente a sus miembros delincuentes es suficientemente repulsiva para hacer objetable incluso la más mínima posibilidad"⁶⁰.

V. CONCLUSIÓN

La privatización integral en la gestión penitenciaria es una operación que promete beneficios escasos y muy inciertos que se ven reducidos a *cantidades despreciables* en comparación con los altísimos riesgos a los que habrían que exponer intereses fundamentales, y atendiendo a lo difícil de revertir la decisión en el caso de revelarse errónea. Para los ciudadanos, nada que ganar y mucho que perder.

RESPUESTA DE HÉCTOR BELLIDO A LA PRIMERA PARTE DE JACOBO DÓPICO: MITOS Y PARADIGMAS DE LA PRISIÓN EMPRESA

Hace bien en mencionar el doctor Dópico, al inicio de su artículo, que sería un error tomar posición a favor o en contra de la intervención privada en la gestión penitenciaria; y digo hace bien porque, lamentablemente, las innumerables citas de textos que hace en su artículo sólo reflejan las posiciones de lo autores a los que alude.

En el punto dos pregunta: ¿Son las prisiones privadas más eficientes? Y la única respuesta posible es: sí, son más eficientes. Y, ¿por qué lo son? Primero, porque existen factores de cumplimiento

⁵² Un interesante seguimiento de las donaciones a los partidos políticos en: BENDER, Edwin. "Private Prisons, Politics & Profits". Ver también: MATTERA, Philip; KAHN, Mafruz y Stephen NATHAN. Op. Cit. pp. 19-46; CAPLAN, J. ACJS Today XXVI. Op. Cit. p. 18.

⁵³ La conexión entre las corporaciones penitenciarias y los políticos es antigua. Uno de los fundadores de la CCA fue el ex-presidente del Partido Republicano en Tennessee, Th. Beasley (y el mayor apoyo le llegó de su sucesor en dicha presidencia, a cuya campaña contribuyó la empresa generosamente).

⁵⁴ BENDER, Edwin. Op. Cit.

⁵⁵ Es otra de las profecías cumplidas de DONAHUE, John. Op. Cit. p. 23. Ver también: MATTERA, Philip; KAHN, Mafruz y Stephen NATHAN. Op. Cit. p. 21; BENDER, Edwin. "Private Prisons, Politics & Profits". p. 7. Señala Bender la coincidencia de que el año de la fundación de la primera *prison* privada se aprueba la federal Sentencing Reform Act de 1984 –emblema de la era Reagan–, que imponía prisión ineludible para delitos para los que antes era posible la *probation*, eliminó posibilidades de libertad condicional e impuso condenas más largas, así como una reducción de la redención de penas por trabajo.

⁵⁶ CAPLAN, J. ACJS Today. Volumen XXVI. Punto 1. p. 18.

⁵⁷ CAPLAN, J. Op. Cit. p. 9.

⁵⁸ En Pennsylvania, de 1980 a 1995 (ya con un gobernador miembro de ALEC), el presupuesto penitenciario aumentó de 90 millones a 600 millones de dólares. El presupuesto de 2000 era de 1200 millones. ¿Había aumentado tanto la criminalidad? La sección penal de ALEC estaba dirigida por un directivo de CCA. BENDER, Edwin. Op. Cit. p. 7.

⁵⁹ CAPLAN, J. ACJS Today. Volumen XXVI. Punto 1. p. 17.

⁶⁰ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 24.

medibles y, segundo, porque las empresas serias se preocupan por mantener un prestigio que les permita consolidarse en el mercado de estas características.

En los libros que menciona el doctor Dópico se hace evidente un sesgo en contra de la actividad privada en los penales. La mayoría de autores a los que hace referencia, a mi entender, no son concientes de lo que significa administrar un penal porque hay que entender con rigor que la administración penitenciaria, por las características y la patología de los inquilinos de las mismas, requiere de un nivel de eficiencia que la empresa privada, por su *modus operandi*, puede lograr con mejores resultados que la actividad del Estado. Esta última debe estar circunscrita a un proceso de supervisión, que es donde el Estado sí puede cumplir un mejor papel, y la única razón por la cual podría “fracasar” el sector privado es si la supervisión es inadecuada.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que el menor o mayor éxito de la actividad privada se debe, en gran parte, al tipo de convocatoria que hace el Estado cuando asigna la concesión de los penales, porque éste regula la actividad a desarrollarse en el penal y puede distorsionar el manejo que se requiere para este tipo de instituciones. Es por eso fundamental y trascendental que los contratos que se implementen sean diseñados con mentalidad privada y no con mentalidad estatal. Por cierto, siempre cautelando el interés de la sociedad, que no es lo mismo que los intereses del Estado, puesto que es a la sociedad a donde el individuo regenerado o degenerado se reinserta.

En el punto tres, el doctor Dópico hace un repaso realista de las verdaderas causas de la nueva oleada privatizadora en Estados Unidos y ratifica la razón más valedera del por qué la necesidad de que el sector privado participe en la concesión de centros penitenciarios, puesto que los problemas en los sistemas penitenciarios manejados por el Estado, el aumento de la criminalidad, la turgurización, el abandono moral, los maltratos, etcétera que se realizaban en la mayoría de centros penitenciarios que maneja el Estado, es lo que sensibiliza a los políticos y a la opinión pública a tomar la decisión trascendental de permitir el acceso de la inversión privada directa en el diseño, financiamiento y manejo de los centros penitenciarios.

Luego, en el punto cuatro trata de los argumentos contrarios a la privatización, en donde detalla un sinnúmero de argumentos, para lo cual cita innumerables partes de textos que, indudablemente, parecen estar influidos por esos conceptos

de irracionalidad en la búsqueda de la solución a problemas como el que tratamos. Menciona temas que son responsabilidad casualmente del manejo del Estado y de los políticos, ya que la administración privada de centros penitenciarios no es la responsable de la criminalidad ni de administrar justicia, sino simplemente la de hospedar y, dentro de sus habilidades, dar lo mejor de sí para rehabilitar, reinsertar y renovar a individuos con una patología complicada que ha sido envilecida en el proceso social manejado casualmente por el Estado.

Mencionan estos tipos de argumentos como el de lucro empresarial, el cual se utiliza para denigrar y entorpecer el desarrollo de una actividad que debería fomentarse con mayor ahínco, puesto que desde que se han establecido la concesiones de penales al sector privado, la sociedad puede comparar la eficiencia del manejo de centros penitenciarios por parte del Estado y la empresa privada, y debe ser la sociedad quien deba juzgar la eficiencia o deficiencia de cada uno de estos tipos de administración. Lo que sucede es que, evidentemente, al ir a inspeccionar a una empresa privada o emitir un informe, en la mayoría de casos, esta es sesgada para justificar, ocultar y difrazar la incompetencia de las prisiones administradas por el Estado, y es este contrapunteo de resistirse a mostrar las competencias entre un sistema y el otro, el que confunde y perturba un análisis objetivo de las bondades evidentes del sistema de administración privado de prisiones.

Volviendo al tema del lucro, cuando menciona la palabra lucro empresarial lo hace sin tomar en cuenta, y de una manera despectiva, el rendimiento normal que debe tener toda inversión y, casualmente, en esta absurda discusión de las ganancias que debe de tener cualquier inversionista privado sobre el capital tanto intelectual como económico, por lo que se pretende denigrar dicha actividad. Casualmente, el error en el Estado se produce porque el dinero no es de nadie, la inversión no es de nadie, no hay nadie que me haga responsable; “entre nosotros” nos protegemos de nuestras ineficiencias y nosotros nos reclamamos entres nosotros. Por lo tanto, es fácil ver hacia donde van ir todas las críticas en la concesión privada de establecimientos penales.

Respecto al desprecio de la palabra “lucro”, esta se malentiende y se manipula porque, casualmente y felizmente, la empresa privada sí tiene y maneja costos y presupuestos bien estructurados que incluyen mantenimiento de la infraestructura, por lo que, entonces, los resultados de los costos reflejan lo que ciertamente se ha invertido en cada

uno de los centros concesionados. En cambio, en el Estado el verdadero costo está disfrazado y en el análisis comparativo siempre se alude a que el Estado cobra menos que el sector privado, lo que distorsiona la realidad de la inversión social que hacemos los contribuyentes y, ¿quiénes son los contribuyentes? Somos los que generamos riqueza y pagamos impuestos para entregárselos al Estado y para que este haga mal uso de los mismos al fomentar prisiones en donde, en vez de rehabilitar a los internos, estos son devueltos a la sociedad en condiciones de una mayor patología criminal, con más profesionalismo y, por supuesto, con un mayor resentimiento social, haciéndolos criminales más avezados, graduados de estas escuelas del crimen. No olvidar, además, que aparte de nuestros impuestos mal utilizados se emiten bonos para financiar todos los proyectos estatales, por lo que es mejor que sea el sector privado el que maneje la solución a este drama de ineficiencia carcelaria y penitenciaria.

Y hay una cita de Donahue que realmente me parece perversa puesto que da a entender que es la empresa privada la que insta a privar de libertad más duramente a los delincuentes con fines de lucro; esto demuestra el desconocimiento o la irracionalidad que ciega la lógica de la realidad penitenciaria.

De los dos millones de presos, aproximadamente, en cárceles estadounidenses, no más de ciento sesenta mil están bajo el régimen privado, lo cual demuestra, fehacientemente, que todas las citas de textos y análisis que ha presentado el doctor Dópico en su artículo no hacen sino reflejar una predisposición equivocada para distorsionar la situación carcelaria y los beneficios evidentes que podrían producirse en la rehabilitación, reinserción y renovación de los individuos encarcelados si la administración fuera otorgada a las empresas privadas.

RESPUESTA DE JACOBO DÓPICO A LA PRIMERA PARTE DE HÉCTOR BELLIDO: DESMITIFICAR LA PRIVATIZACIÓN

Intentaré, a continuación, referirme a los puntos más relevantes de la posición del señor Bellido,

en la medida en que no los haya tratado anteriormente.

1. INTRODUCCIÓN. LA PRIVATIZACIÓN DE LA GESTIÓN PENITENCIARIA COMO MAL MENOR

Ningún país civilizado ha cedido su sistema penitenciario por completo a compañías mercantiles. Ha habido privatizaciones totales de servicios postales, ferroviarios, aeronáuticos, suministros de gas y electricidad, etcétera, pero no una entrega total de la gestión penitenciaria a empresas. Es temerario sostener que tal coincidencia se debe a casualidad, torpeza o incompetencia.

La privatización de las prisiones nunca ha sido considerada como un objetivo a lograr, sino como una *solución parcial de urgencia*, como *mal menor* para atender problemas que exigen solución inmediata (superpoblación penitenciaria ante una administración sin recursos), o, a lo sumo, como un modo de *quitarse de encima* una responsabilidad para cuya asunción la Administración, torpemente, no se ha preparado⁶¹. Sólo ignorando esto cabe formular opciones radicales a favor de la privatización total de las prisiones.

2. UNA DEDUCCIÓN ERRÓNEA

La exposición del señor Bellido incurre en un vicio que ya apunté líneas arriba: *basarse en lo menos para deducir lo más*. Así, constata que se necesitan más prisiones⁶² y que la empresa privada puede construirlas. Lo primero es un hecho cierto, y lo segundo una consideración razonable. Pero deducir de ello que la empresa privada es quien debe gestionar las cárceles es tan infundado como, por ejemplo, afirmar que la constructora que edificó el colegio es la que ha de educar a los niños. *La empresa privada puede prestar servicios a la Administración Penitenciaria, pero de ello no cabe deducir que pueda sustituir a la Administración Penitenciaria*. Este sofisma se reitera al final del artículo, cuando enumera los servicios que la empresa presta a la prisión y deduce que la prisión debe ser administrada por empresas. La empresa también presta servicios a la Administración de Justicia, al Ejército, ¡incluso al Parlamento!, sin

⁶¹ Como hemos visto, fue el caso de la crisis de los años 70 del sistema penitenciario norteamericano (fin de la política de *hands off*) y, probablemente, el caso español de la entrega de la gestión de los centros de menores a entidades privadas supuestamente "sin ánimo de lucro".

⁶² La posición del señor Bellido respecto del hacinamiento de la población penitenciaria no es clara. En algunos pasajes lo considera el problema fundamental, y el que mejor puede ayudar a tratar la iniciativa privada; pero, en otros, entiende que no es lo esencial, pues existen centros penitenciarios medio vacíos pero mal gestionados.

que a nadie en sus cabales se le ocurra que sea la empresa privada la que deba dictar sentencias, dirigir fuerzas mercenarias⁶³ o promulgar leyes. Baste lo expuesto para refutar tan temeraria conclusión.

3. AUMENTO DE LA COMPETITIVIDAD

Los estudios más solventes realizados en los Estados Unidos demuestran cómo las prisiones privadas *rehuyen* la competencia entre ellas mediante pactos ilícitos, repartos de mercado, etcétera⁶⁴.

Esto se explica atendiendo a la estructura de este sector del mercado en Estados Unidos, donde concurren unos pocos oferentes y *un solo demandante*—el Estado— que, según los *supporters* de la privatización, es un “mal gestor”. Pues bien: *los concesionarios tienden a no competir mejorando su eficiencia en la prestación del servicio porque ni lo necesitan, ni les es útil*. Y ello, porque ese *mal gestor* que, al parecer es la Administración, *renueva sistemáticamente las concesiones a sus titulares*. Es aquí donde la realidad sorprende al defensor de *mitos de la prisión empresa*: si la Administración conoce la gestión realizada por las diversas concesionarias, ¿por qué no retira la concesión a las *peores* para dársela a las que mejor *compiten* por ello? La respuesta es de nuevo una pregunta: si la Administración es tan *mala gestora de prisiones* que hay que retirárselas de las manos, ¿por qué iba a ser mejor gestora de concesiones?

Pero sí hay ámbitos donde las concesionarias norteamericanas compiten. Uno de ellos es el de las *aportaciones a las campañas electorales*. He citado ya estudios que señalan la relación entre esas aportaciones, los candidatos ganadores y las

políticas privatizadoras finalmente adoptadas. Si las grandes concesionarias —que conocen su sector— deciden invertir tanto en estas donaciones políticas, pero tan poco en la competencia técnica, probablemente quepa extraer de ello *sencillas conclusiones sobre el comportamiento del demandante y sus criterios para la selección de los concesionarios*.

4. NO HAY MEJORAS EN LA EFICIENCIA

Como apuntan los estudios más recientes y fiables, *la gestión penitenciaria privada no es menos costosa que la pública*. La auditoría estatal estadounidense incluso ha constatado cómo no pocas prisiones ni siquiera llegaban al debido 7% de *reducción de costes*⁶⁵. Cierta pereza intelectual a veces lleva a creer, sin matizar ni atender al caso concreto, que la gestión privada es *ontológicamente* más eficiente que la pública. Pero la realidad es tozudamente resistente a nuestras precomprensiones.

Además, con frecuencia el cálculo de costes se realiza incorrectamente. Así, rara vez incluyen gastos como los *costes de la inspección estatal*, que siguen corriendo por cuenta de la Administración pese a la privatización. Y, como hemos apuntado, para que la inspección de una prisión totalmente privada fuese mínimamente satisfactoria, debería infiltrar un alto número de inspectores. Como este alto coste no es abonado por la empresa, suele ser *ignorado* por estudios excesivamente complacientes con la gestión privada⁶⁶.

Se ha señalado que el margen de reducción de costes es aquí muy escaso. *Encerrar personas* es una actividad sencilla, que admite poco margen de mejora técnica⁶⁷. Las posibilidades de recorte

⁶³ Los soldados de empresas privadas tienen el tratamiento de mercenarios. El *ius belli* los excluye del tratamiento general, otorgándoles un *status* claramente inferior (por ejemplo, el artículo 47 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales).

⁶⁴ Además de las obras citadas en mi exposición, ver: “The Evidence is Clear: Crime Shouldn’t Pay”. En: www.afscme.org/publications/1238.cfm (con extensa referencia a las demandas de las corporaciones contra la Administración cuando propone procesos de licitación competitivos). La estructura oligopolística de estos mercados es también fácil de comprender, atendiendo a los costes de acceso a la concesión; tanto los explícitos (al requerirse una inversión tan grande y tan poco flexible, que además no garantiza la obtención de la concesión) como los ocultos (la necesidad de conexiones informales con la Administración, que se evidencia en la experiencia norteamericana por el automatismo con el que el Estado renueva las concesiones a las beneficiarias actuales).

⁶⁵ U.S. General accounting office. Op. Cit. Debe añadirse, además, que no suelen computarse a estos efectos otros costes como las bonificaciones y devoluciones fiscales, ciertas cláusulas limitativas de la responsabilidad que incorporan algunas concesiones (de modo que si son condenadas patrimonialmente sólo asumirían parte de la responsabilidad hasta cierto punto, y a partir de ahí pagaría el Estado), ni el hecho de que quien sigue respondiendo por ciertos eventos dañinos sigue siendo la Administración (ver: “The Evidence is clear...”. Apartado 4). Es posible, sin duda, que las mayores corporaciones penitenciarias norteamericanas no deban emplearse como término de comparación y que hubiera debido usar *standards* de gestión más altos en mi estudio. Sin embargo, teniendo en cuenta su larga trayectoria y conocimiento del sector, no es descabellado suponer que sus niveles de gestión no serán inferiores a los de las eventuales primerizas empresas penitenciarias peruanas.

⁶⁶ SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 332.

⁶⁷ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 24.

son, en esencia: 1. economía de escala, mediante creación de *ciudades penitenciarias*, algo que puede hacer tanto el Estado como la empresa privada (y que ha sido cuestionado desde la perspectiva de los derechos de los presos); y, 2. reducción salarial para empleados medios y bajos (que, en buena lógica de mercado, redundaría en un peor servicio⁶⁸). Aumentar la eficiencia por otros medios es difícil (rentabilizar *aún más* las celdas, introduciendo más presos, no sólo es inviable sino, sobre todo, inhumano). En relación con la reinserción, aterra pensar en ahorrar costes en ese punto (¿dedicando *aún menos* a labores de reinserción?)⁶⁹.

5. LA FE EN UNA PANACEA PRIVATIZADORA⁷⁰

El señor Bellido afirma que la gestión privada acabará con males de la prisión peruana como son: a) el hacinamiento; b) la falta de recursos; c) la corrupción; d) la criminalidad de presos y vigilantes; y, e) el incumplimiento de la función rehabilitadora por una prisión que devuelve a los presos sin trabajo, sin ingresos y sin apoyo familiar a su entorno social. Analicemos esos puntos con algo más de detenimiento.

a) El *hacinamiento* no se resuelve mediante *gestión* privada, sino conjugando dos factores: *reducción de población penitenciaria* y *aumento del número de plazas*. Lo primero queda fuera del alcance de la empresa privada. Lo segundo *no es efecto de la gestión privada*. A lo sumo, las constructoras privadas podrían *colaborar* con la administración penitenciaria para edificar nuevos centros, pero ya hemos señalado lo absurdo de confundir la *colaboración* con la administración penitenciaria con la *sustitución* de dicha administración.

b) Tampoco la falta de recursos puede resolver la gestión privada, que *depende* de la asignación estatal. Con la paupérrima asignación actual por preso y día, no hay margen para que ninguna gestión (ni privada, ni pública) cumpla los fines señalados para la pena de prisión⁷¹. Si la empresa privada puede hacerlo bajo la condición de que el Estado aumente el presupuesto penitenciario, entonces podemos concluir sin miedo a error que la solución no está en manos de la empresa privada sino que depende de una mayor asignación presupuestaria.

⁶⁸ WEISS, Robert. "Private Prisons and the State". pp. 26 y siguientes; MATTERA, Philip; KAHN, Mafruza y Stephen NATHAN. Op. Cit. pp. 25 y siguientes.

⁶⁹ En otros puntos hace el señor Bellido un análisis cuestionable. Así, tachar la gestión pública de las prisiones (*total o mayoritaria* en todos los países del mundo civilizado) de "proteccionista" es inadecuado. El proteccionismo restringe el libre comercio internacional para proteger a los agentes económicos nacionales en detrimento de los extranjeros. ¿A qué agente económico protegen los Estados cuando no transfieren la gestión del sistema penitenciario a sociedades mercantiles? ¿Al propio Estado? Piénsese en lo absurdo que sonaría afirmar, por ejemplo, que optar por un ejército nacional en vez de por mercenarios es "proteccionista". Pero, más allá, cabría preguntar: ¿no será proteccionista en este sentido, precisamente, la promoción de empresas penitenciarias que tienen como único cliente posible a la Administración?

Atendiendo a la experiencia en Estados Unidos, cabe afirmar que la privatización es beneficiosa para las concesionarias, pero también para altos y medios funcionarios de los ámbitos penitenciario, policial y de la justicia, que son quienes han terminado dirigiendo prisiones privadas con salarios muy superiores a los estatales (WEISS, Robert. "Private Prisons and the State". En: MATTHEWS (editor). "Privatizing Criminal Justice". Londres. 1989. p. 33). Ello se debe a dos factores centrales: a) la específica experiencia y formación requerida para la gestión penitenciaria no está disponible en el mercado privado, pues la gestión penitenciaria sólo la prestan funcionarios. Por ello, las concesionarias deben afrontar una disyuntiva: asumir una costosa formación de sus directivos o contratar funcionarios altos y medios que ya la tengan; y, b) a que los ex-altos funcionarios pueden garantizar a la empresa privada un acceso fácil a la administración penitenciaria y sus funcionarios (la privatización no es beneficiosa, por el contrario, para trabajadores de niveles bajos de los que el Estado pudiera prescindir). Por ello, cabe contar con que los candidatos a gestionar concesiones y quienes, estando o habiendo estado al servicio del Estado en relación con la justicia o la prisión, aspiren a trabajar para las concesionarias en puestos directivos, tienen incentivos para pronunciarse a favor de la privatización por propio interés.

⁷⁰ El señor Bellido afirma que el rechazo a la privatización integral se debe a "razones egoístas e ideológicas". Sin embargo, cabe analizar seriamente el factor de los incentivos particulares en los procesos de privatización, como hace la *rational choice theory*. Así, partiendo de una sencilla premisa (los sujetos actuarán tendiendo a maximizar su propio interés; ver: BECKER. "The Economic Way of Looking at Life". En: Accounting for Tastes. Cambridge. 1996. p. 139), cabe un análisis económico de los incentivos que tienen ciertos grupos para mostrarse a favor o en contra de la privatización. Atendiendo a la experiencia en Estados Unidos, cabe afirmar que la privatización es beneficiosa para las concesionarias, pero también para altos y medios funcionarios de los ámbitos penitenciario, policial y de la justicia, que son quienes han terminado dirigiendo prisiones privadas con salarios muy superiores a los estatales (WEISS, Robert. "Private Prisons and the State". En: MATTHEWS (editor). "Privatizing Criminal Justice". Londres. 1989. p. 33). Ello se debe a dos factores centrales: a) la específica experiencia y formación requerida para la gestión penitenciaria no está disponible en el mercado privado, pues la gestión penitenciaria sólo la prestan funcionarios. Por ello, las concesionarias deben afrontar una disyuntiva: asumir una costosa formación de sus directivos o contratar funcionarios altos y medios que ya la tengan; y, b) a que los ex-altos funcionarios pueden garantizar a la empresa privada un acceso fácil a la administración penitenciaria y sus funcionarios (la privatización no es beneficiosa, por el contrario, para trabajadores de niveles bajos de los que el Estado pudiera prescindir). Por ello, cabe contar con que los candidatos a gestionar concesiones y quienes, estando o habiendo estado al servicio del Estado en relación con la justicia o la prisión, aspiren a trabajar para las concesionarias en puestos directivos, tienen incentivos para pronunciarse a favor de la privatización por propio interés.

⁷¹ Se calculaba, hace unos pocos años, que la asignación alimentaria por preso y día era de 2.70 soles: www.pucp.edu.pe/fac/comunic/Periodismo_Digital/Sissi/privat.htm

- c) En relación con la *corrupción*, sabemos desde los fundamentales estudios de Tiedemann⁷² que la transferencia de dinero público a empresas privadas es *criminógena*. Ese factor criminógeno cabe hallarlo en la subvención, en la concesión administrativa, etcétera, hasta el punto que una de las principales partidas que una Administración responsable debe gastar en los programas de subvención o concesión es la inspección en evitación del *fraude*.

La afirmación de que un sistema de empresas parasitarias del erario público que tienen como *cliente único* a la Administración terminará con la corrupción es llamativa, pues pretende refutar sin pruebas una amplia experiencia criminológica que apunta a la subvención y la concesión como nichos de fraude y corrupción necesitados de un *intenso y carísimo control*⁷³.

- d) Acerca de la criminalidad de los *vigilantes*, he de disentir del señor Bellido. Los estudios más fiables (y las experiencias privatizadoras más antiguas) nos hablan, sin excepción, de abusos de los vigilantes de las prisiones privadas.

Es llamativamente *naïve* pensar que si un trabajador penitenciario cobra su sueldo de la Administración puede delinquir, pero que si lo cobra de una empresa privada, no lo hará. Máxime, cuando *la empresa privada con frecuencia tendrá incentivos para ocultar la criminalidad de sus vigilantes, evitando que el Estado los enjuicie y condene*. Y ello, porque escándalos de este tipo pueden afectar enormemente a la fama de la empresa y, así, determinar que no se renueve su concesión. ¿Colaborará una empresa privada en el enjuiciamiento de los delitos de sus trabajadores o los ocultará, si en esta opción se puede jugar la concesión? ¿Cuál es la *rational choice*?

Por otra parte, el pensamiento garantístico se alerta al oír que una empresa se dispone a reducir la criminalidad de los presos. Si la empresa tiene grandes incentivos para reducir la delincuencia de los presos, también los tiene para no comedirse en el uso de la violencia para lograr tal fin⁷⁴. Es esencial que el uso de la fuerza en prisión esté libre de esa clase de tentaciones.

- e) Finalmente, es curioso imaginar que las prisiones lucrativas vayan a resolver el problema del retorno de un preso a su entorno social *sin ingresos* (¿harán donaciones a los excarcelados?) ni *apoyo familiar* (¿terapias familiares?). Si abandonamos mundos ideales y atendemos a las experiencias privatizadoras realmente existentes, pronto se concluye lo ilusorio de este planteamiento⁷⁵.

6. UNA APROXIMACIÓN REALISTA

La iniciativa privada colabora en la actualidad con la administración penitenciaria en diversos aspectos y con diversos grados de implicación. Tradicionalmente, ha sido el sector *non-profit* el que ha intervenido más, aunque también la empresa privada tiene un importante juego.

Existe un grupo de casos de intervención privada que *no plantean problemas desde la perspectiva garantística*, y que sólo serán rechazados por quienes no sean partidarios, en general, de la privatización de servicios prestados por el sector público (por ejemplo: son casos que *no muestran la delicada especificidad que, como hemos visto, muestra la gestión integral penitenciaria*). Esto ocurre con la *alimentación, cocina y mantenimiento de instalaciones*, así como con la mayoría de las cuestiones relativas al *trabajo penitenciario*⁷⁶. Estos aspectos tienen en común un rasgo fundamental: las posibilidades de desviación de

⁷² TIEDEMANN, Klaus. "Subventionskriminalität in der Bundesrepublik". 1974. Ver también la posición de Transparency International (Latinoamérica y Caribe). En: http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

⁷³ Hasta donde conozco, las pruebas que pretenden sostener esta refutación han sido financiadas (de modo explícito o vergonzante) por corporaciones penitenciarias u organizaciones interesadas como APTCO, Reason Foundation o ALEC. Su número escaso y carácter interesado, frente a la abrumadora evidencia en contra, revela su escasa fiabilidad.

⁷⁴ A fin de cuentas, el uso de la fuerza puede ser para la empresa penitenciaria un modo de *externalizar costes*, ya que se asegura un objetivo (pacífica convivencia en prisión) trasladando el coste a otra persona (al preso que sufre la violencia con fines coactivos o, lo que es peor, ejemplarizantes). La tentación de maximizar el beneficio externalizando *más y más costes* es un incentivo perverso que no debe tener quien se encargue de la coacción dentro de la prisión.

⁷⁵ Estudios como el de Judith Greene apuntan a un detrimento notable en las prestaciones de rehabilitación en los centros privados norteamericanos. GREENE, Judith. "Comparing Private and Public Prison Services and Programs in Minnesota: Findings from Prisoner Interviews". En: *Current Issues in Criminal Justice 2*. Volumen II.

⁷⁶ No cabe extenderse demasiado en las garantías que debe reunir la intervención privada en el trabajo penitenciario. Si ya la inspección laboral para proteger los derechos de los trabajadores libres es una labor fundamental, cuanto más importante resultará cuando hablamos de trabajadores que no son libres. Baste señalar la importancia de una dirección pública que permita controlar posibles excesos de los empleadores (tentación siempre presente, como muestra la historia del trabajo penitenciario. Ver: BURILLO, Fernando. "El nacimiento de la pena privativa de libertad". Madrid. 1999. p. 203.

poder que afecten a los presos son marginales. *Las tentaciones de reducción de costes mediante afectación de los derechos de los presos son en estos casos controlables a corto plazo de modo sencillo y barato*⁷⁷.

Estas características deben servir para marcar el *límite máximo* de la privatización, que no puede ser superado sin merma de garantías fundamentales. Los servicios que se mantengan dentro de esos límites serán o no entregados a mano privada dependiendo de la oportunidad y las concretas necesidades del sistema. Estoy de acuerdo en que no pueden ser *mitos* ideológicos los que determinen si se debe o no emprender una aventura tan compleja (y tan *difícilmente reversible*) como la privatización de centros penitenciarios. A ello puede ayudar un análisis económico serio, que trascienda los tópicos y *slogans* más genéricos, y que estudie con detalle los pros

y contras de la privatización de cada concreto servicio.

Si hay argumentos sólidos para cuestionar la privatización integral de centros penitenciarios, aún más existen para rechazar un programa privatizador que “comenzase la casa por el tejado”, iniciando concesiones integrales sin haber explorado la viabilidad de soluciones intermedias (como las “prisiones mixtas” francesas: la administración penitenciaria mantiene la dirección y las competencias de seguridad, disciplina y custodia, pero se privatizan alimentación y alojamiento, mantenimiento, transportes, trabajo, educación, etcétera). Una opción radical, que lanzase el sistema penitenciario a ciegas a una aventura desconocida, pudiendo obrar de modo más sensato, reflexivo y gradual, no se explicaría desde los criterios de una Administración prudente.

⁷⁷ En relación con el tratamiento penitenciario (muy difícil de evaluar atendiendo a sus resultados), surge el debate sobre si debe permitirse la colaboración de la iniciativa privada mediante empresas de servicios penitenciarios, los cuales proporcionarían a la Administración los profesionales (psicólogos, educadores) para la realización de terapias psicológicas, ocupacionales, etcétera. La aportación específica de estas empresas de servicios penitenciarios no resulta clara. Por el contrario, obligaría a introducir un intermediario más en la cadena (con el correspondiente incremento de costes). Además, en la concesión lo determinante no sería la cualificación de los concretos profesionales (pues éstos son fungibles como trabajadores de la empresa), sino otras cuestiones ajenas a la calidad del servicio.