



LA PRIVATIZACIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO

PRIVATIZATION OF THE PENITENTIARY SYSTEM

Lucía Pro Martínez

Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Castuera.

Fecha de recepción: 3 de junio de 2024

Fecha de aceptación: 26 de julio de 2024

SUMARIO

1. Introducción. 2. El sistema penitenciario español. 3. La privatización de las prisiones. 3.1. Antecedentes históricos y análisis comparativo: el caso estadounidense. 3.2 Ventajas y riesgos de la privatización. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

RESUMEN

Este artículo pretende analizar la viabilidad jurídica y práctica de un sistema de gestión privada de los centros penitenciarios en España, con especial atención a las ventajas y riesgos en el plano práctico (si esta privatización puede suponer un ahorro del gasto público, así como una gestión más eficiente). Igualmente, se cuestiona la oportunidad de ceder al ámbito privado una materia de notable sensibilidad pública, introduciendo el debate

de la protección de la población reclusa en un sistema penitenciario privado, y observando la experiencia de países que ya hayan tenido este sistema, como el estadounidense.

ABSTRACT

This article aims to analyse the legal and practical feasibility of a private management system of prisons in Spain, with special attention to the advantages and risks at the practical level (whether this privatisation can lead to savings in public spending, as well as a more efficient management). It also questions the appropriateness of handing a matter of considerable public sensitivity over to the private sphere, introducing the debate on the protection of the prison population in a private prison system, and observing the experience of countries that have already had such a system, such as the United States.

PALABRAS CLAVE

Sistema penitenciario; Privatización; Poder público; Estados Unidos; Ius Puniendi

KEY WORDS

Prison system; Privatisation; Public power; United States; Ius Puniendi

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objeto analizar la viabilidad jurídica y práctica de un sistema de gestión privada de los centros penitenciarios en España. En el crítico contexto económico y político que vive nuestro país desde hace más de una década, se han producido muchas huidas a lo privado. Las constantes reducciones en gasto público originan paralelamente aumentos del gasto privado.

En el ámbito estrictamente penitenciario, se han ido privatizando muchos servicios concretos para liberar de gastos al sector público: el mantenimiento, programas de tratamiento, la seguridad en algunos casos, recientemente la sanidad; y especialmente en el ámbito de la reclusión de los menores, y al amparo de su legislación concreta, muchos aspectos de la vida en prisión se gestionan desde entidades privadas. De ahí que pueda plantearse, aunque sea a nivel teórico, la viabilidad de una gestión privada de las cárceles.

Este artículo pretende concretar, entre otras cuestiones, si la legislación actual permite una privatización -total o parcial- de la gestión penitenciaria, y si esta

privatización puede suponer un ahorro del gasto público, así como una gestión más eficiente. Igualmente, se cuestiona la oportunidad de ceder al ámbito privado una materia de notable sensibilidad pública, introduciendo el debate de la protección de la población reclusa en un sistema penitenciario privado.

2. EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL

El modelo penitenciario español se basa en los postulados de la Ley Orgánica General Penitenciaria¹, aprobada en el año 1979, una de las primeras de la democracia, evidenciando el carácter simbólico que se le dio en el momento. Esta ley orgánica ha permanecido casi intacta durante sus más de 40 años de vida, y a pesar de las mencionadas reformas de la ley penal y en concreto del uso de la pena de prisión, además de otras reformas en ámbitos como el laboral, el sanitario, el educativo, el administrativo -incluida la función pública- el de extranjería, o el de protección de las víctimas. Nuestro sistema penitenciario es público y centralizado, dependiendo los centros penitenciarios de la Administración General del Estado, con pocas salvedades de descentralización. Un sistema basado en los principios de legalidad², reinserción y de individualización científica (dividiendo a la población reclusa en grados). El nuevo Reglamento (que siguió al Código Penal³ de 1995) pretendió una modernización de las técnicas de tratamiento penitenciario, potenciando a la vez el contacto del recluso con el exterior e introduciendo un concepto amplio de tratamiento, frente al estrictamente clínico presentado por el reglamento de 1981. Cobran en esta norma fuerza actividades formativas, laborales, recreativas, deportivas y socioculturales.

Además de las reformas normativas que puedan afectar transversalmente a la LOGP, el sistema penitenciario tiene continuamente que hacer frente a otro problema: una cifra muy cambiante de población reclusa. En este sentido, en la última década del siglo XX y primera década del siglo XXI hubo un incremento acelerado de la misma. Entre 1990 y 2006, el número de personas en prisión casi se duplicó (incrementándose en un 37% del 2000 al 2006). Sin embargo, durante la segunda década del siglo XXI ha habido un claro cambio hacia la disminución de esta cifra, llegando a descender hasta un 38% desde su máximo histórico en 2009⁴. En 2021 se registró la cifra más baja de población reclusa desde 2002. Sin embargo, apunta el Consejo General del Poder Judicial que el incremento y la reducción de estas cifras no responde tanto a las tasas de criminalidad

¹ En adelante LOGP.

² Art 3 LOGP y 990 LECr.

³ En adelante CP.

⁴ Según documentó el CENDOJ una media de 146 personas en prisión por cada 100.000 habitantes en España, una de las tasas más altas de los países europeos.

como a políticas penitenciarias y reformas legales. En concreto, en 2010 hubo una reforma del Código Penal que rebajó las penas de los delitos de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, que a nivel estadístico son de los delitos más numerosos. Además, contribuyó la reforma operada en el CP por la LO 1/2015, por la que la antigua sustitución de las penas de prisión (antiguo artículo 88) se sustituyó por el mecanismo de suspensión (casi) automática de las penas de prisión inferiores a dos años, ex arts. 80-84 CP; así como las distintas políticas penitenciarias que mantiene cada gobierno.



3. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS PRISIONES

3.1. Antecedentes históricos y análisis comparativo: el caso estadounidense

La intervención del sector privado en la gestión penitenciaria ha adoptado muy distintas modalidades históricamente en los sistemas occidentales, tanto en Europa como en América. Entre otros ejemplos, podemos citar: las casas de corrección de Ámsterdam, donde encuentran su origen las actuales prisiones; la práctica colonial de los gobiernos franceses y británicos en que cedían penados a empresas privadas; los derechos de encarcelaje que cobraban los carceleros de los propios reclusos, práctica habitual en nuestro continente hasta principios del siglo XIX⁵; el sistema de *lease* en las prisiones estadounidenses respecto de la mano de obra que suponían los reclusos, que fue asumido por algunas penitenciarías europeas (p.ej. en España en las minas de Almadén o en el Reformatorio de Elmira); así como la intervención humanitaria de entidades religiosas o no religiosas.

Conviene también hacer referencia al Proyecto Panóptico de Bentham (1791), respecto del que célebremente ha pasado a la historia el diseño de inspección de las celdas desde una torre central, pero que además fue un primer proyecto de prisión privada como tal (principio de administración contractual), que incluía sólidas doctrinas sobre la supervisión estatal de los contratos entre las empresas privadas y las autoridades.

En el caso estadounidense, el auge de la privatización del sistema penitenciario tuvo lugar en la década de los ochenta (durante el Gobierno de Ronald Reagan). En aquella época el sistema penitenciario existente estaba en muy malas condiciones, aflorando muchas críticas y denuncias por abusos, hacinamiento, situaciones de vida insalubre, racismo y mucha violencia interna. Ello seguía además a una época en que la población reclusa en EEUU había aumentado enormemente, debido a la política de persecución del tráfico de drogas. Esta situación, junto con las desigualdades e inseguridades que ocasionaba el sistema de indeterminación penológica en la sentencia⁶, dio lugar a reformas del sistema penal y penitenciario que, entre otras cosas, ocasionaban muchos gastos para el sector público. Ante este panorama y las críticas constantes a la gestión pública, las propuestas del sector privado respecto de reducción de

⁵ En concreto las "Workhouses" que surgían en el Reino Unido en el siglo XVI y se usaba en sus colonias en América.

⁶ En Estados Unidos se utiliza el sistema de "sentencia indeterminada", según el cual los condenados conocen el tiempo mínimo y máximo que pueden estar en prisión cuando son condenados por un delito (el marco que fija la ley), pero el tiempo concreto va fijándose después por las autoridades administrativas.

costes y mayor eficiencia en la gestión se presentaron como una oportunidad dorada para el desarme estatal en este ámbito.

En 1983 se crea la primera empresa de cárceles en Estados Unidos, la Corrections Corporation of America (CCA), y al año siguiente la Wackenhut Corrections Corporation (hoy absorbida por GEO Group, la empresa de administración de instalaciones psiquiátricas y correccionales más grande del mundo, que cuenta con instalaciones también en Reino Unido).

Es importante adelantar que Estados Unidos ha entrado en una fuerte revisión de su política de gestión privada de las cárceles de titularidad del gobierno federal. En este sentido, el 18 de agosto de 2016 emitió el Departamento de Justicia un informe asegurando un plan de transmisión progresiva de esta competencia al sector público a lo largo de los cinco años siguientes; informe que posteriormente entró en revisión con la llegada de la siguiente Administración (2017, Administración Trump). En un momento en que más del 90% de los presos dependientes del gobierno federal estadounidense están reclusos en prisiones de gestión privada, pasados dos cambios de gobierno y en situación de crisis económica postpandemia, parece poco probable que se lleve a la realidad este cambio.

3.2 Ventajas y riesgos de la privatización

En el estudio de la ejecución de las penas, la gestión penitenciaria es a menudo olvidada o tratada como tema muy secundario. Sin embargo, no faltan autores que sostienen que la calidad de vida de la población reclusa (y por ende su potencial rehabilitador) depende en buena medida de la calidad de la gestión de las cárceles. Si bien en el caso español no se ha llegado al grado de privatización del sistema penitenciario norteamericano, del contexto de crisis económica, política y social actual se constata la existencia de rasgos evolutivos que advierten de la posibilidad de privatizar en el futuro.

En este contexto, si se limita el debate de la privatización a un análisis meramente económico en relación con la ejecución de los fines del artículo 25.2 CE, se estaría entrando en un debate parcial y desencaminado, puesto que la función penitenciaria es una pata esencial del contrato social que subyace a un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro.

Traslado del *ius puniendi*

En un escenario de ejecución privada de la pena privativa de libertad, lógicamente la corporación privada participaría del *ius puniendi* del Estado, o potestad

punitiva. El traslado de la ejecución penal del Estado a una corporación privada comprometería la idea de un derecho penal completamente público. Encontraría por tanto mayor apoyo ideológico en los postulados libertarios, que tienen una visión individualista del delito y de la pena. Ello se corresponde más con un sistema acusatorio puro, en el que el castigo del delincuente se ve como un derecho de la víctima. Así, un sistema acusatorio mixto, como el nuestro, se encuentra con una primera barrera a la hora de plantear la privatización. Esta sería la barrera ideológica, que lejos de quedar relegada al terreno teórico, efectivamente debe inspirar la aplicación práctica de la ejecución de la pena. En el caso de nuestro derecho penal y penitenciario, el planteamiento actual es de un sistema completamente público, en que el castigo del delincuente ya queda desvinculado de los deseos o las finalidades de la víctima, que solo interviene en el proceso penal -y de manera opcional y limitada- hasta el momento de la imposición de la pena.

Protege por tanto nuestro Estado una visión social de la pena, entendiendo que el delito afecta a la sociedad como conjunto. Se justifica precisamente la limitación de derechos y el ejercicio de la fuerza que supone el derecho penal (y muy especialmente el penitenciario) en la propia violación de un pacto social. Por ello podemos admitir sin controversia que la potestad punitiva reside en nuestro ordenamiento democrático únicamente en el Estado, siendo este el que vela por el bien común y la paz social.

En la cuestión de mantener el *ius puniendi* en manos del Estado en todo caso, hay autores, como SHICHOR, que centran el debate en cuánto puede delegarse de los servicios públicos a manos privadas sin cruzar el límite de comprometer la soberanía estatal. SANZ DELGADO ubica este límite en la capacidad del Estado de “actuar en el interés público en una determinada actividad o servicio”⁷. Sobrepasado ese límite, entiende este autor, se estaría cediendo el *ius puniendi*, pero sin llegar al mismo, simplemente se estarían delegando servicios concretos que no comprometan el carácter público del uso exclusivo de la fuerza. Sin embargo, otros autores no lo ven de manera tan dicotómica. En este sentido, LOGAN entiende que en dicho escenario el Estado estaría conservando una autoridad “final” en lugar de total, y lo que habría que plantearse es si dicha autoridad final resulta suficiente para asegurar la correcta ejecución de las penas.

Finalmente, no puede obviarse la importancia que tiene el simbolismo del poder público en ambientes tan delicados como el interior de un centro penitenciario. DILULIO⁸ lo expresa comparando los distintivos de los funcionarios de prisiones

⁷ SANZ DELGADO E., *Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario*, ADCP. VOL LIL. 1999.

⁸ DILULIO, J.J., Jr., *What is wrong with private prisons*, *The Public Interest*, nº 92, 1988.

con la toga del juez o el uniforme de un policía, en la medida en que todos son símbolos de que la coerción es ejercida por estos agentes en nombre del público ofendido. Con esta idea se fomenta que los internos sientan que están obedeciendo a un poder “mayor”, a una verdadera autoridad. Cuanto más legitimada esté esa autoridad que ejerce la disciplina a ojos de los internos, mejor funcionará la institución y el proceso rehabilitador.

Personal penitenciario

En línea con lo que se acaba de exponer, es importante analizar la situación del personal de prisiones en un debate sobre su privatización en un escenario en que el personal de prisiones fuese contratado de una empresa privada, con el consiguiente vínculo directo de responsabilidad y rendición de cuentas a la misma, el gobierno perdería el vínculo directo que hoy le une con los funcionarios de prisiones. Tendría solamente un control secundario y *a posteriori* de las actuaciones de los trabajadores.

Respecto del mantenimiento de la seguridad y la disciplina en el interior del centro, es necesario hablar del uso de la fuerza por parte del funcionario de prisiones. En el caso de empleados de una empresa privada, si bien tendrían legitimidad formal en cuanto que el uso mínimo indispensable de la fuerza podría estar incluido entre sus funciones contractuales, estos no representan al Estado, al no ser miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Además, se plantea la cuestión de si estos trabajadores estarían bajo inmunidad soberana.

En relación con el personal penitenciario, nos referimos a los trabajadores del área de seguridad y de programas de contacto diario con los presos (trabajadores sociales, psicólogos, entrenadores deportivos, etc.), pero también a todos los trabajadores, más especializados o menos, que implica el tratamiento penitenciario. En el caso español, ello incluiría a los miembros de los Equipos Técnicos, de las Juntas de Tratamiento y de la Central de Observación. Estos trabajadores son quienes deciden hoy en día sobre la clasificación de los internos, y sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios. Habría que cuestionarse la legitimidad de estos trabajadores con este tipo de poder de decisión en un plan de privatización. Las decisiones de estos equipos resultan en la determinación de la duración efectiva de la reclusión de los internos, especialmente a través de la concesión o denegación del tercer grado y la libertad condicional, y siempre sin perjuicio de los recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Si el vínculo inevitable del trabajador con su empresa (que lo contrata, le paga su salario, establece las condiciones de su contrato, lo asciende, etc.) entra en

juego dentro de su decisión sobre la concesión de estos beneficios, los intereses empresariales estarían rigiendo directamente la resocialización de los reclusos.

Las medidas rehabilitadoras tienden a anticipar la salida de los internos, lo que va en detrimento del nivel de ocupación. Es decir: a mejor tratamiento de rehabilitación, menos clientes para la empresa.

Además, hay que introducir el problema de la reducción de costes, esencial elemento del ánimo de lucro de cualquier empresa, que desarrollaré más adelante. En relación con los trabajadores, la reducción de costes se traduciría en pagar salarios más bajos a empleados penitenciarios, ya que es la mayor partida de gastos. A los críticos de la privatización les preocupa que esta reducción pueda dar lugar a una reducción de la calidad de los empleados, especialmente los de nivel menor. Por su parte, los defensores de la privatización señalan los beneficios complementarios al salario de los funcionarios (seguro médico, seguridad laboral, plan de pensiones, vacaciones pagadas etc.), y en particular



las pensiones de los empleados públicos, como uno de los principales gastos de los centros penitenciarios.

Otra fuente importante de posibles recortes de costes puede ser la reducción del nivel de formación de los funcionarios de prisiones. Para minimizar este riesgo, se sugiere que los contratos con las empresas privadas deberían exigir que los funcionarios de prisiones reciban una formación de calidad, que tengan al menos la misma cantidad de horas de formación que reciben sus homólogos en los centros públicos.

Una posibilidad que han defendido los partidarios de la privatización es proporcionar el mismo o mayor nivel de servicio que prestan los organismos públicos, con un número sustancialmente menor de funcionarios en los centros privados, si están mejor formados. Así, una fuente importante de reducción de costes se derivaría del hecho de que habría menos personal en nómina. “Una dotación de personal adecuado, mejores condiciones de trabajo y procedimientos más eficientes mejoran la productividad y la moral, y reducen el absentismo laboral y la rotación de personal y reducen la costosa dependencia de las horas extraordinarias”. Una forma de conseguirlo, argumentan, es aumentar la tecnología de vigilancia mecanizada como sustituto de los funcionarios de prisiones.

Sin embargo, tal como lo pone CARRANZA: *“la tecnología no debe ponerse al servicio de los negocios penitenciarios, sino al servicio de la humanización y dignificación de los sistemas y de las personas que trabajan y viven en él. Los sistemas penitenciarios son sistemas que tratan con seres humanos y deben contar por lo tanto con el número de funcionarias y funcionarios, adecuadamente seleccionados, capacitados, con estabilidad laboral”*⁹. En esta línea, argumenta este autor que la introducción de mujeres en el cuerpo de funcionarios de prisiones redujo los niveles de abusos y violencia dentro de los centros, dando el ejemplo de Canadá. Introduce este argumento para ilustrar cómo el factor humano de los trabajadores es elemento esencial en el funcionamiento de los centros.

El factor económico

En la lógica comercial, el *producto* que ofrecerían las empresas de prisiones sería la reclusión de los delincuentes, en las condiciones fijadas por el Estado.

⁹ CARRANZA, E., *La privatización penitenciaria en América Latina y el Caribe*, VV.AA., *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, Carranza, México/Buenos Aires/Madrid, 2009.

Este producto vendría a cubrir la necesidad ciudadana de seguridad, esencial para tener un orden y una mínima paz social. En este caso concreto de nicho de mercado, se pondría en marcha el proyecto privatizador antes de fijar todos los aspectos necesarios para su buena marcha. En este sentido, al inicio de la estrategia empresarial se vino a ejecutar en los centros de menores un modelo contractual básico, con menores responsabilidades y servicios y por tanto resultando de menor coste, asumiendo el déficit de manera estratégica para ofrecerlo después como modelo y justificarlo con una ideología liberal.

Una de las críticas principales hechas a los modelos privatizadores es que el ideal liberal de Estado “mínimo” esconde que lo único que se busca en el funcionamiento del libre mercado es el lucro, y eso no es admisible en determinados sectores sensibles, tal como el penitenciario. Como ejemplo de esta potencial situación se atiende, una vez más, al caso norteamericano, donde en la época dorada de la privatización, durante el gobierno de Ronald Reagan, la Administración se inclinaba al mayor *laissez faire*, con una gran desregulación e importantes recortes de presupuesto en servicios sociales.

No obstante, tal como explica CARRANZA, se demuestra con el caso norteamericano que este tipo de política criminal aumenta la población reclusa, e incluso las tasas de criminalidad. En el cálculo de la repercusión de la política criminal sobre la población reclusa hay que considerar también la situación social del país de aplicación. Y ello porque la inequidad de la distribución de la riqueza ocasiona mayores tasas de criminalidad. Es el caso de algunos países de América Latina, donde los partidarios de la privatización advierten posibilidades de negocio penitenciario.

Respecto a este tema, LIPPKE advierte que “existen ya evidencias de que las prisiones privadas están flexionando sus músculos políticos hacia el lado que incrementa el encarcelamiento. Esa industria estará improbablemente a favor de la promoción de alternativas que supongan un menor coste a la sociedad”¹⁰. Dentro del factor económico es importante analizar también el elemento de la eficiencia, especialmente porque *a priori* es el principal atractivo de una gestión privada. No obstante, más allá de los prejuicios capitalistas, no existen a fecha de hoy garantías empíricas de que la gestión privada pueda ser, o haya sido efectivamente, más eficiente que la pública.

Algunos de los argumentos más favorables a la privatización son los relativos a la flexibilidad de los procedimientos y la escasa burocratización, ambos factores que favorecen la eficacia de un servicio. Frente a ello, se argumenta que la

¹⁰ LIPPKE, R. L., *Thinking About Private Prisons*, Criminal Justice Ethics, Vol. 16, n.º 1, 1997.



reducción de costes se traducirá inevitablemente en salarios bajos y prestaciones complementarias muy insuficientes, ambos elementos que apuntarían más bien a la ineficacia. Asimismo, y si bien es verdad que en lo privado se reduce mucho el nivel burocrático frente al habitual en los servicios de la Administración, habría una duplicidad de personas “al mando”, ya que además de los directivos de las corporaciones privadas, existiría personal penitenciario especializado a distintos niveles, y por otro lado las autoridades estatales que controlan a los anteriores. De este modo, se vería comprometida la eficacia lograda con la eliminación de los tediosos procedimientos públicos, desvirtuando la propia idea de una gestión privada.

Para examinar si existen o no progresos sustantivos en la calidad de los servicios penitenciarios al pasar la gestión a manos privadas, podemos analizar

el caso de Estados Unidos y el de Chile. La queja generalizada en los estudios sobre el coste de llevar una institución penitenciaria es que no pueden medirse los costes ocultos, que se sufragan con fondos públicos, y que pueden ser tan elevados que desvirtúen el propio concepto del ahorro para las arcas públicas que subyace a la idea privatizadora. Especialmente cara y difícil de calcular resulta la instalación y puesta en marcha de la institución, pero también se observan muchas alteraciones en los costes operacionales previstos inicialmente. Todo ello sin contar con gastos asociados que se considera ya de partida que habría de cubrir el Estado, como es el de la inspección y control de la gestión de la institución, que como ya se explicó sería elemento esencial de todo convenio de este tipo.

En el estudio realizado por PRATT y MAAHS, los resultados revelan un ahorro de 2.45 dólares americanos diarios por cada preso interno en una cárcel privada, respecto de los internos en una cárcel federal estadounidense. Ello antes de introducir las variables de “propiedad de la institución” y de “características institucionales”. En las conclusiones de su estudio, PRATT y MAAHS exponen que no existen diferencias relevantes en el coste-beneficio de la gestión de las prisiones privadas y las públicas, y que por tanto el traspaso desde el sector público al privado no supondría un alivio a los presupuestos públicos¹¹.

En el caso de Chile, se cuenta con varios estudios de DAMMERT y DÍAZ, en los que sostienen que el sistema más utilizado en el país en los últimos años es el sistema “mixto” de concesiones penitenciarias, bajo el objetivo de que ello ahorrara un dinero a las arcas públicas, pero sin perder del todo el control de las prisiones. No obstante, reflejan los estudios que en la práctica no se tuvieron en cuenta muchos factores que implican mayor gasto público, por lo que el cálculo a priori distó mucho de lo que se pudo calcular a posteriori: concluyen en su análisis que el coste diario de manutención de un preso en el sistema público es de 11 dólares, frente al coste de 35 dólares que supone en el sistema de concesiones. Por su parte, la consultora Price Waterhouse Cooper de Chile calculó una inversión inicial de 130.020 dólares americanos por interno, contando con el coste de construcción y traspaso de competencias¹².

Los defensores de la privatización ponen en el otro lado de la balanza otros factores, tales como la competencia que existe en el mercado privado, que

¹¹ PRATT, T. y MAAHS, J., *Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research Studies, Crime and Delinquency*, Vol. 45, nº 3, julio 1999.

¹² DAMMERT, L., *El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para un modelo público-privado, Meeting of the Latin American Studies Association, San Juan, Puerto Rico, 2006.*

DAMMERT, L., *Los desafíos del sistema carcelario en Chile, Quito: FLACSO-MDMQ, Serie Ciudadanía y Violencias, Vol. 2, 2007.*

asegura una buena calidad de los servicios ofrecidos, ya que el “cliente” (en este caso el Estado) podría siempre optar por contratar con otra empresa. También el riesgo de sobreinversión, que está minimizado en una corporación privada ya que disminuiría sus beneficios. Así como una mayor actividad innovativa, siempre en busca de una mayor eficiencia. Respecto de la posibilidad de competitividad, sin embargo, hay que analizar la viabilidad de que exista un verdadero “mercado” en la esfera carcelaria, como para poder hablar de los factores oferta y demanda de manera pura y libre. Hay legislaciones que imponen límites que reducen mucho el campo de juego para un concurso de este tipo. La legislación chilena, por ejemplo, propone solamente otorgar la concesión a corporaciones que demuestren experiencia en esta materia, obstáculo grande ya de partida para establecer este tipo de mercado en un país como el nuestro, que no lo ha tenido nunca.

Por otro lado, surge el obstáculo operacional de que estas concesiones implicarían contrataciones a largo plazo, no solo por la estabilidad que requiere la gestión de un área tan delicada y esencial como la penitenciaria, sino también -desde el punto de vista empresarial- por la gran inversión inicial que requieren estos proyectos, que hacen necesarios varios años para empezar a producir rentabilidad para la empresa concesionaria. Atendiendo a esta particularidad, los convenios suelen prever sanciones distintas a la resolución del contrato para incumplimientos puntuales por parte de la empresa privada (especialmente multas); lo que debilita a su vez la misión de control y supervisión estatal de la que ya he hablado como elemento obligatorio para la privatización de este servicio público. Este tipo de sanción no radical es lógico desde el punto de vista de la viabilidad del proyecto, pero es un factor más que elimina la libertad contractual de las partes (en concreto, del Estado). Esta descompensación se vuelve mayor cuando consideramos los intereses políticos y la visibilidad pública que tendría un convenio de este calibre: una vez adjudicado el proyecto, la empresa tiene un poder desproporcionado de renegociación durante su gestión del centro penitenciario. Además de estos ingredientes, como se ha avanzado ya, los proyectos iniciales en la experiencia chilena y norteamericana han sido siempre deficientes en cuanto a previsión de riesgos y de gastos asociados. Ello dificulta también el funcionamiento del libre mercado a la hora de competir unos proyectos con otros.

Con estas particularidades de la contratación en mente, se incentiva la redacción de proyectos a coste muy bajo por parte de las empresas, con la perspectiva de renegociación en ejecución. BITRAN y VILLENA observan en la experiencia chilena que esta tendencia a la renegociación una vez concedida la gestión

de la institución lleva normalmente al trasvase de recursos públicos hacia la corporación privada.

Por último, analizando el caso de Reino Unido, NATHAN asegura que “las comparaciones de costes con hipotéticos proyectos del sector público son erróneas y que se ha exagerado el ahorro de costes”¹³. Y ello porque, según este autor, debido al uso de la “confidencialidad comercial” por parte del gobierno y las empresas -y a la falta de voluntad política del Comité Parlamentario de Cuentas Públicas-, no es posible examinar de manera fiable los costes, públicos y privados, que han tenido los proyectos de prisiones financiadas, construidas y operadas por el sector privado ejecutados en Reino Unido.

Además, este autor recalca cómo las empresas que comienzan a participar en este sector en el Reino Unido se apresuran a publicitar sus éxitos a través de comunicados de prensa y otros medios utilizados para promocionar sus servicios en todo el mundo; mientras que sus multas, fracasos y controversias no llegan al oído público a través de los mismos canales.

A finales del siglo pasado, momento de muchos proyectos de privatización correccional en Reino Unido, Estados Unidos y Australia, se elaboraron varios estudios comparativos como los que venimos analizando, que llevaron a la Oficina General de Contabilidad de los Estados Unidos de América a concluir que sobre la base de los informes y estudios realizados sobre la viabilidad económica de la privatización de este sector, no existían sustanciales resultados que lo justificasen. De hecho, tanto en Estados Unidos como en Reino Unido y Australia se ha detenido la expansión privatizadora a partir del año 2000, entre otras cosas por la inexistencia de datos que corroboren esta eficiencia y reducción de costes, optándose en muchos casos por la no renovación de los convenios en vigor. Las grandes empresas dedicadas al sector penitenciario, aunque sí tienen aún operativas algunas concesiones -sujetas a largos plazos de contratación- en los países mencionados, dirigen mayormente su interés hoy hacia países con un desarrollo económico y político menor, donde los gobiernos encuentran muchas dificultades para solucionar la alta tasa de sobreocupación de los centros y ofrecer unos servicios mínimamente dignos a los reclusos.

Podemos concluir, respecto del factor económico, que en la experiencia de países que ya han pasado por proyectos de gestión privada de instituciones penitenciarias, no han supuesto un ahorro real para el sector público. No se ha comprobado tampoco la mayor eficiencia y calidad de servicios que prometen

¹³ NATHAN, S., *Prison Privatization in the United Kingdom*, *Capitalist Punishment: Prison Privatization and Human Rights*, Clarity Press/Z Books, 2003.

los partidarios de la privatización. Tal como lo pone MULLEN: *“la idea de que las organizaciones privadas pueden ofrecer más por menos es innegablemente atractiva, pero probablemente poco realista”*¹⁴.

El ánimo de lucro

Pueden pensarse varias formas en las que buscar el enriquecimiento empresarial por la corporación privada que tomase el control de una prisión: recortando en inversión en materia rehabilitadora (programas de tratamiento, personal, etc.), reduciendo la calidad del servicio, o procurando un número idóneo y lucrativo de reclusos en todo momento; entre otras. Como ya se ha mencionado, hay una directa relación entre la política criminal aplicable y la cantidad de reclusos que conforman la población penitenciaria en cada momento. Así, la demanda de los servicios penitenciarios se vería afectada por una tipificación de conductas como delito, o por el endurecimiento de penas. Por el lado contrario, la posible aplicación de penas alternativas -que tanto se reclama por algunos sectores sociales y políticos- podría dar lugar a que algunos condenados, que de otro modo permanecerían en prisión, saliesen en libertad. Aunque tradicionalmente el debate sobre las prisiones privadas en Estados Unidos se centraba en el análisis sobre el factor económico, ya analizado, es necesario también examinar el papel que las empresas privadas juegan para promover el crecimiento del número de personas encarceladas, y la consiguiente influencia que los lobbies privatizadores podrían tener en las políticas criminales. La discusión basada en la eficiencia se desenvuelve en el marco del razonamiento empresarial, que pondera costes y beneficios de manera aparentemente neutra.

Además, la privatización de un centro penitenciario supone finalmente la firma de un contrato entre la Administración y la empresa. En esencia, a través de tales contratos, el Estado se comprometería a enviar al centro penitenciario un número de presos a cambio del precio fijado en el convenio. Se podrían llegar a imponer unos “mínimos” en los convenios, como ocurre en ciertos casos en América Latina, en que se impuso un número de presos que el Estado se comprometía a que llegaran anualmente a las instituciones privatizadas, para asegurar la rentabilidad de sus servicios.

Esta alianza comercial que uniría a la corporación con el Estado tendría dos frentes distintos: la población reclusa como destinataria directa del servicio prestado (manutención, tratamiento penitenciario, seguridad, etc.) y la sociedad como destinataria de la finalidad última de separación y castigo de los delincuentes. Se incluye así en la relación entre las agencias estatales

¹⁴ MULLEN, J., CHABOTAR, K.J. y CARROW, D.M., *The Privatization of Corrections*, National Institute of Justice. U.S. Department of Justice, 1985.

encargadas de esta función y la sociedad a un nuevo partícipe, que sería la corporación privada. Ello presenta un claro inconveniente, en el debilitamiento de los valores públicos detrás de la provisión del servicio, y el ya mencionado distanciamiento de la sociedad respecto de la población reclusa. Al desdibujarse así los límites de lo privado y lo público, puede dificultarse el entendimiento del régimen jurídico de responsabilidad a que se deben someter las autoridades y las agencias privadas operadoras de la cárcel.

Por otra parte, hay que mencionar la especial relación de sujeción del delincuente con la agencia de la que depende cuando está en prisión (ya sea pública o privada). Esta relación además de especialmente intensa y duradera, es forzosa, por lo que difícilmente podrá optar por un servicio alternativo. Además, como se ha mencionado, está el recluso a merced de los trabajadores de las prisiones, que tienen autorizado el uso de la fuerza. Con la complicación de que no está claro el objetivo a sentar para indicar y controlar este recurso a la fuerza, ya que la actividad que subyace no pretende generar ningún beneficio social (como ocurre con otros servicios hoy públicos como la educación o la salud), sino uno mucho más difuso, “impartir justicia” a través del castigo.

Finalmente, es propio de la lógica contractual que las motivaciones que inducen a contratar orientarán la manera en que los contratantes se comportan en la ejecución del convenio. Esto significa, según SHICHOR, pasar a un tipo de organización que tiene como orientación básica el bien común, hacia una orientada al interés empresarial. El lucro como objetivo, al fin y al cabo, expone a la industria carcelera a una peligrosa reducción de los costes de sus servicios.

El fin de la pena

Por último, otra de las objeciones de los sectores que se oponen a la privatización es que, como consecuencia de todo lo que he expuesto (la reducción de costes, la precarización de la situación del personal, el ánimo de lucro, el traspaso del *ius puniendi*), la actividad penitenciaria tienda a “mínimos”. Esto es, que de un tratamiento rehabilitador personalizado y periódicamente revisado (como tienen hoy en día los internos, con mayor o menor éxito) se pase a una función meramente de reclusión, cubriendo necesidades básicas como alojamiento, manutención y contención de los internos.

Para ciertas finalidades de la pena, especialmente la retributiva pero también en gran medida la preventiva, esta actividad sería suficiente. No obstante, no se puede ignorar el mandato constitucional de rehabilitación. Por tanto, hay que pensar que en el convenio para la concesión de la gestión de un centro penitenciario se pasaría por fijar la actividad rehabilitadora mínima que la

empresa ha de cumplir. Y digo actividad y no objetivos, ya que el éxito de la rehabilitación, como sabemos, depende en gran medida del propio interno, y no está en absoluto garantizado por cumplir la Administración con su programa rehabilitador.

4. CONCLUSIONES

Primera.- En general, la privatización del sistema penitenciario es, desde una perspectiva legal, económica e incluso político-social, una opción poco interesante para los actores implicados: Estado, internos y la sociedad en su conjunto.

Segunda.- Desde una perspectiva legal, a diferencia del modelo anglosajón, la configuración en nuestro ordenamiento de un sistema penal acusatorio mixto caracterizado por un ejercicio exclusivo del ius puniendi por parte del Estado -con una concepción pública de la pena y con una finalidad resocializadora de esta- excluye la cesión de este poder a entes privados, sin perjuicio del desarrollo por parte de empresas privadas -pero siempre bajo tutela pública- de ciertos servicios accesorios y complementarios del ejercicio de la función penitenciaria, o bien en ámbitos muy específicos como el de la responsabilidad penal del menor.

Tercero.- En relación con los aspectos económicos, el ejercicio de funciones penitenciarias por parte de entes privados exigiría relaciones contractuales a muy largo plazo, en aras a valorar su viabilidad y rentabilidad económica. Por otro lado, la posibilidad de control por parte del Estado de estas relaciones contractuales exigiría la previa constatación de incumplimientos contractuales, cuyo recto cumplimiento -ya sea administrativamente o a través de los tribunales- interferiría en el servicio penitenciario. Ello exigiría, en su caso, una limitación contractual, tanto por parte de la empresa -que no se hallaría en una situación de libre mercado- como por parte de la Administración -quien debería reservarse medidas de control- lo que supondría, en definitiva, coste económico. Al respecto, los estudios pragmáticos realizados reflejan que, además del difícil cálculo inicial de los costes reales, se producen sobrecostes por la intervención de un nuevo operador -especialmente los relativos a la monitorización y control de los servicios-, así como gastos de licitación y de sufragio de pérdidas por incumplimientos.

Cuarta.- A nivel político-social podría afectar al ordinario desarrollo de las funciones penitenciarias la capacidad del sector empresarial de influir en

el legislador, a través de lobbies de presión que protejan los intereses de la empresa privada.

Quinta.- La experiencia privatizadora en otros países permite constatar una frustración de los objetivos de eficiencia y ahorro público. Sería el caso de Estados Unidos, donde se está progresivamente desmantelando la industria penitenciaria privada mediante la no renovación de los convenios en vigor, así como la reducción de los plazos inicialmente acordados.

Sexta.- En definitiva, no observándose elementos en este momento que garanticen la viabilidad y conveniencia de la privatización del sistema penitenciario, las deficiencias y defectos de este servicio -en buena parte originados por la falta de atención de los operadores políticos, jurídicos y por la propia sociedad- deben ser solventados por los poderes públicos, generando más problemas de los que resuelve la derivación de esta responsabilidad hacia la inversión privada.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE ESCAMILLA, A., *La Institución del Juez de Vigilancia en el derecho comparado: sus relaciones con la Administración penitenciaria*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 39, Fasc/Mes 1, 1986.

ARRIAGADA GALEWSKI, I., *Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio*, Política Criminal, Vol. 8, nº 15, Julio 2013.

BENDICK, M., Jr., *Privatizing the delivery of social welfare services: an idea to be taken seriously*, S.B. Kamerman & A.J. Kahn, Privatization and the welfare state, 1989.

BERGALLI, R., *Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, Sistema penal y Problemas Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BITRAN, E. y VILLENNA, M., *El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional*, Estudios públicos, nº 117, 2010, págs. 175-217.

CÁMARA ARROYO, S., *La gestión privada de los centros de menores en España*, Anuario de Justicia de Menores, nº 10, 2010.

CANCIO MELIÀ, M., *La pena de cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el Proyecto de reforma del Código penal*, La ley penal, nº 8175, Sección Tribuna, 22 de octubre de 2013.

CARRANZA, E., *La privatización penitenciaria en América Latina y el Caribe*, VV.AA., Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, Carranza, México/ Buenos Aires/Madrid, 2009.

CASTILLO, A. y CONTRERAS, J.I., *Sistemas penitenciarios comparados*, Revista 93, nº 5, Mayo 2011.

COBO DEL ROSAL, M., *Curso de derecho penal español. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- CRANTS, D.R., *Private prison management: A study in economic efficiency*, Journal of Contemporary Criminal Justice, nº 7, 1991.
- DAMMERT, L., *El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para un modelo público-privado*, Meeting of the Latin American Studies Association, San Juan, Puerto Rico, 2006.
- DAMMERT, L., *Los desafíos del sistema carcelario en Chile*, Quito: FLACSO-MDMQ, Serie Ciudadanía y Violencias, Vol. 2, 2007.
- DILULIO, J.J., Jr., *What is wrong with private prisons*, The Public Interest, nº 92, 1988.
- The Duty to govern: A critical perspective on the private management of prisons and jails*, Private Prisons and the Public Interest, Rutgers University Press, New Brunswick/London, 1990.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Prisiones de empresa, reformatorios privados (dos estudios de Política Penitenciaria)*, Tirant Criminología y Educación Social, serie menor, Valencia, 2011.
- GARCÍA ARÁN, M., *El discurs mediàtic sobre la delinqüència u la seva incidència en les reformes penals*, Revista catalana de seguretat pública, 2008.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes (apuntes de la España del principio del XIX y XX)*, Madrid, 1991.
- El desarrollo del sistema penitenciario en España. Historia de una transición*, Revista de Estudios Penitenciarios, nº. 249, 2002.
- GITTTLER, J., *Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems*, 11 Pepp. L. Rev., nº 5 (1984).
- HIRSCH, A. J., *The Rise of the Penitentiary. Prisons and Punishment in Early America*. Yale University Press, New Haven/London, 1992.
- HOWARD, J., *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2003 (primera impresión en Inglaterra, 1777).
- IRWIN, J., *Prisons in turmoil*, Boston: Little, Brown, 1980.
- JACOBS, J.B., *Stateville: the penitentiary in mass society*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- KEATING, J.M. Jr., *Public over Private: Monitoring the Performance of Privately Operated Prisons and Jails*, Private Prisons and the Public Interest, Rutgers University Press, New Brunswick/London, 1990.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Marcial Pons, Madrid 1881-1973.
- LIPPKE, R. L., *Thinking About Private Prisons*, Criminal Justice Ethics, Vol. 16, nº 1, 1997.
- LOGAN, C. H., *Private Prisons: Cons and Pros*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1990.
- LUZÓN PEÑA, D M., *Lecciones de Derecho Penal parte general*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MAPPELLI CAFARENA, B., *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- MULLEN, J., CHABOTAR, K.J. y CARROW, D.M., *The Privatization of Corrections*, National Institute of Justice. U.S. Department of Justice, 1985.
- MUÑOZ CONDE, F., [Comentarios al Código penal y dogmática jurídico penal](https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/206330), Anuario de derecho penal y ciencias penales, [Tomo 27, HYPERLINK "https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/206330" fascículo 3](https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/206330) HYPERLINK "https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/206330", 1974.
- NATHAN, S., *Prison Privatization in the United Kingdom*, Capitalist Punishment: Prison Privatization and Human Rights, Clarity Press/Z Books, 2003.

- PRATT, T. y MAAHS, J., *Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research Studies*, Crime and Delinquency, Vol. 45, nº 3, julio 1999.
- RIVERA BEIRAS, I., *Los posibles escenarios de la penalidad (o, cuando la cárcel entra en la 'lógica del mercado')*, Panóptico, nº5 2003.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- SABATINO, J. M., *Privatization and Punitive: Should Government Contractors Share the Sovereign's Immunities from Exemplary Damages?*, Ohio State Law Journal, vol. 58, 1997.
- SANTOLARIA SIERRA, F., *Casas de familia y colonias agrícolas: dos tendencias institucionales de la reeducación social en España (1900-1950)*, Revista de Educación, nº Extraordinario, 2000.
- SANZ DELGADO E., *Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario*, ADCP. VOL LIL. 1999.
- Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid, 2000.
- SANZ DELGADO, E., *La privatización en el sistema penitenciario: viejos remedios e insatisfactorias soluciones*, La Ley Penal, nº 56, Sección Estudios, 2009.
- SCHMERBITZ DE LA CRUZ, E., *Privatización de las cárceles*, Colegio libre de estudios universitarios, 2016.
- SHICHOR, D., *Punishment for profit*, SAGE Publications, 1995.
- STREET, D., VINTER, R.D y PERROW, C., *Organization for treatment*. New York: Free press, 1966.
- TELLEZ AGUILERA, A., *La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia*, La Ley, nº 5837, 14/08/2003.
- VARONA GÓMEZ, D., *¿Somos los españoles punitivos? Actitudes punitivas y reforma penal en España*, InDret, 2009.
- VIVESANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- VVAA, *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, CENDOJ, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

WEBGRAFÍA

- Autoridades de Estados Unidos: La Privatización de cárceles no funciona*, <https://asilegal.wordpress.com/2016/08/19/autoridades-estados-unidos-la-privatizacion-de/-carceles-no-funciona/> (último acceso 14 de junio de 2022).
- El Periódico de España: "Prisiones privatiza la atención sanitaria en cárceles por la falta de médicos"*, octubre 2021: [Prisiones privatiza la atención sanitaria en cárceles por la falta de médicos | El Periódico de España \(epe.es\)](https://www.elperiodico.com/es/noticias/justicia/prisiones-privatiza-la-atencion-sanitaria-en-carceles-por-la-falta-de-medicos-1087108)
- Informe de Instituciones Penitenciarias (Ministerio del Interior) de 2019 y la estadística penitenciaria anual del Poder Judicial: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/>
- Comparecencia en Congreso Diputados Ángel Luis Ortiz diciembre 2020. The Objective: *Las cárceles españolas comienzan el año con la cifra más baja de presos en dos décadas*, <https://theobjective.com/espana/2022-01-04/carceles-cifra-presos/> (último acceso 10 de mayo de 2022).