

F U N D A C I O N
PAZ CIUDADANA

**SECTOR PRIVADO Y
SISTEMA CARCELARIO:
UNA MEJOR
REHABILITACION**

**FRANCISCO JOSE FOLCH.
CARLOS VALDIVIESO AHNFELT.**

Publicado en Santiago de Chile, mayo de 1996
© Fundación Paz Ciudadana
Valenzuela Castillo 1881, Providencia, Santiago de Chile
Registro de Propiedad intelectual: Inscripción N° 96.072
I.S.B.N:956-7435-03-0

Derechos Reservados
Toda reproducción total o parcial está prohibida sin la debida
autorización, excepto para citas o comentarios.

Diagramación: Ana María Valdivieso Larraín
Diseño de Portada: BBDO de Chile S.A.

FUNDACION PAZ CIUDADANA

DIRECTORIO

Presidente

Agustín E. Edwards E.

Vicepresidente y Secretario

Sergio Bitar Ch.

Vicepresidente y Tesorero

Bernardo Matte L.

Directores

José Joaquín Brunner R.

Carlos Cáceres C.

Mónica Jiménez de la J.

Edmundo Pérez Y.

ASESORES DEL DIRECTORIO

Roberto Edwards E.

Francisco José Folch V.

Gonzalo García B.

Roberto Méndez T.

Martín Subercaseaux S.

José Yraszeck T.

CONSEJO CONSULTIVO

Ramón Aboitiz M.

Pilar Armanet A.

Julio Barriga S.

Enrique Barros B.

Edgardo Böeninger K.

Francisco Bulnes S.

José Claro V.

Enrique Correa R.

Santiago Cummins M.

Oscar G. Garretón P.

Alberto Kassis S.

Enrique Krauss R.

Mauricio Larraín G.

Guillermo Luksic C.

Juan Pablo Morgan R.

Laura Novoa V.

Máximo Pacheco G.

Bernardino Piñera G.

Adolfo Rojas G.

Agustín Squella N.

Eugenio Tironi B.

Jaime Santa Cruz L.

Patricio Valdés

Gonzalo Vial C.

Luis Enrique Yarur R

ADMINISTRACIÓN

Gerente

María Pía Guzmán M.

Coordinadora de Actividades

Ana María Valdivieso L

Coordinador de Estudios

y proyectos

Carlos Valdivieso A.

COMITÉ JURÍDICO

Coordinador

Enrique Montero M.

Ricardo Rivadeneira M.

Luis Bates H.

Luis Ortiz Quiroga

Manuel Guzmán V.

Waldo Ortúzar L.

AGRADECIMIENTOS

En nombre de la Fundación Paz Ciudadana y en el propio, los autores agradecen a las diversas personas e instituciones que contribuyeron directa o indirectamente a hacer posible este estudio.

Destacan al respecto el diario «El Mercurio», cuyas páginas editoriales acogieron estas ideas de modernización de los sistemas carcelario y de rehabilitación por primera vez en Chile. Especial mención merecen sus redactores Tomás P. MacHale y Maurice Poisson E., por sus reiterados aportes de material bibliográfico; y su Editor y su Secretario de Redacción, Juan Pablo Illanes y Fernando Silva V., por su invariable respaldo a muchos planteamientos que ahora se recogen en el presente libro.

Similar reconocimiento se debe al centro de estudios «Libertad y Desarrollo», que ha difundido estas ideas y cooperado activamente con la Fundación Paz Ciudadana en iniciativas comunes al respecto, de las que nacieron nuevos estímulos para abordar esta obra. Destacan en esta materia su Presidente, Carlos F. Cáceres, su Gerente, Denise Couyoumdjian B., y el Director de su Programa Político Eugenio Guzmán A., quien tuvo la generosidad de revisar el manuscrito y formular muy valiosas observaciones.

En diversas instancias vinculadas al tema objeto de este libro, la Fundación Paz Ciudadana ha recibido la igualmente generosa comprensión de autoridades y personalidades chilenas y extranjeras, que hizo posible acceder a decisivas fuentes de investigación e información. Reciban nuestra especial gratitud la Ministra de Justicia, Soledad Alvear; el director de Gendarmería, Claudio Martínez; las Embajadas del Reino Unido y de Francia; el National Institute of Justice de los EE.UU.; la empresa Wackenhut Chile; y el Director del Centro Interamericano de Adiestramiento en Preparación y Evaluación de Proyectos (CIAPEP), de la Universidad Católica de Chile, Ernesto Fontaine.

INTRODUCCION

La Fundación Paz Ciudadana asigna gran importancia al problema penitenciario, por su directa vinculación con la paz y la seguridad pública. No obstante ser ésta una relación obvia, no siempre reparan en ella quienes elaboran las políticas públicas. Es indispensable hacerlo, sin embargo, en momentos en que, en el plano mundial, la delincuencia ha pasado a constituir una preocupación principal de la sociedad contemporánea.

En efecto, el funcionamiento del sistema penitenciario es un factor que incide en los niveles de violencia o actividad delictiva en cualquier sociedad. Si ese sistema funciona mal, la rehabilitación de los reclusos será insuficiente o inexistente. En tal caso, debido a la reincidencia y al contagio delictivo dentro de los recintos penales, las tasas de delincuencia tenderán a mantenerse, eventualmente a crecer y, en caso alguno, a disminuir. Todo ese fenómeno afectará tanto más a los sectores juveniles.

Pensamos que la acción contra la delincuencia ha de ser abordada por la sociedad como un continuo, que se inicia con la prevención del delito -para que éste no llegue a cometerse por primera vez-, pasando por todo el proceso policial y judicial, hasta culminar en el proceso penitenciario, en cuyo centro debe estar la rehabilitación: esta última es la que debe hacer posible que el delito no se cometa nuevamente por la misma persona.

El perfeccionamiento del sistema penitenciario, para hacerlo más eficaz en su función rehabilitadora, es, en consecuencia, un elemento indispensable entre las reformas modernizadoras que la sociedad requiere en cuanto a prevenir el delito, a enfrentar y contrarrestar la delincuencia y a juzgar a los delincuentes aprehendidos.

¿Qué debe hacer la sociedad para mejorar los niveles de rehabilitación? En la historia relativamente moderna -desde los siglos

XVII y XVIII-, de modo más o menos intuitivo se ha tendido a establecer una relación entre el trabajo y la rehabilitación.

En nuestros días, el análisis económico confirma esa intuición y le da una formulación razonada: la manera de romper el ciclo delictivo -al menos respecto de la inmensa mayoría de los delitos, exceptuando a aquellos de origen pasional- es mediante la capacitación laboral.

En efecto, cuando una persona busca mantenerse, debe elegir entre trabajar en el mercado legal o en el mercado ilegal. Si sus posibilidades de trabajo en el mercado legal son muy pobres, debido a su escasa capacitación, en tal caso enfrentará fuertes incentivos para desempeñarse en el mercado ilegal. Esto, porque el beneficio neto de participar en el mercado ilegal, incluso ajustado por riesgo, será superior al de participar en el mercado legal.

Además, cuando una persona que delinque ingresa a una cárcel del actual sistema carcelario tradicional -chileno o de cualquier otro país-, recibe en ella, por el contacto con otros delincuentes, capacitación en actividades ilegales. Tal es el contagio delictivo, que también se ha llamado «efecto cárcel». En cambio, no se capacita para desempeñarse en un trabajo en el mercado legal. Al salir del recinto penal, sus posibilidades en el mercado ilegal han aumentado y aquellas en el mercado legal han disminuido. Así, es altamente probable que vuelva a delinquir.

Romper ese ciclo supone que la persona se capacite en un trabajo mientras está en la cárcel. Además, ese trabajo debe ser lo más similar posible al que vaya a desempeñar en el medio libre: mientras más distinto sea, menos útil resultará en la vida libre.

Siendo así, la única capacitación laboral real, que efectivamente permita quebrar el ciclo delictivo, es la que puede dar la empresa privada, cuando ella contrata al trabajador mientras está aún en la cárcel.

En esa situación, el recluso contratado se halla sometido virtualmente a las mismas exigencias de un trabajador en libertad y en el mercado legal, y obtendrá una remuneración cercana a la de éste, mejorando así sus condiciones de vida. Al volver al medio libre, el ex recluso estará verdaderamente capacitado para actuar en ese medio y, por eso, se encontrará en la situación de que su costo alternativo de delinquir sea muy alto; quien se encuentre en esa situación, probablemente no reincidirá.

Esta es la razón fundamental que hace socialmente necesaria la participación del sector privado en lo penitenciario: ofrece una mayor posibilidad de rehabilitación al reo y ofrece una menor probabilidad de reincidencia a la sociedad.

Además, ofrece otras ventajas, como las de mejores condiciones de vida para el interno durante la reclusión y de disminución de costos para el erario.

Lo anterior no constituye, pues, un desmedro para los derechos del recluso -muy por el contrario, le ofrece una opción real de mejorar su situación-, ni es lesivo de los principios en que se funda una sociedad de libertades.

Desde esta última perspectiva, es de recordar que el éxito de un sistema social exige coherencia entre los órdenes que lo componen: el sistema económico no alcanzará su objetivo de prosperidad general si no se apoya en un orden jurídico coherente y sólido; y esa solidez depende determinadamente de que el sistema judicial sea funcional y acorde con las necesidades de su tiempo.

Esa coherencia supone que aquella parte del sistema judicial que es la justicia penal desemboque, a su vez, en un sistema carcelario de características funcionales respecto del sistema social. De allí que la Fundación Paz Ciudadana subraye que para abordar con buenas perspectivas el problema de la delincuencia, sea preciso comprenderlo como un ciclo. En ese ciclo, una etapa es el proceso judi-

cial. Otra etapa, inmediatamente posterior, es la carcelaria, cuando proceda. Y, cuando así ocurra, el interés social consiste en que la cárcel no sólo tenga un efecto de sanción, sino también de verdadera rehabilitación. De lo contrario, las expectativas de reducción de los niveles delictivos se verán probablemente frustradas.

La participación privada en lo carcelario es innovadora: se aparta del esquema tradicional, que veía lo penitenciario como un campo de exclusiva competencia del Estado. Las necesidades de la realidad contemporánea, por el contrario, han empujado a diversos países -en especial Estados Unidos, Gran Bretaña y Australia- a buscar y obtener mejores resultados sociales en un esquema de acción conjunta con el sector privado.

En la experiencia internacional, el desarrollo inicial de estos esquemas productivos ha tendido a revestir la forma de una asociación entre el servicio estatal de prisiones -que mantiene a su cargo la custodia de los reclusos y la administración del recinto- y una empresa privada -que aborda la producción de determinados bienes o servicios-. Así, han ido naciendo industrias en el interior de las cárceles, no sólo como una manera de hacer más rentable la gestión de las mismas por los empresarios privados, sino como expresión de la inquietud por lograr una más efectiva rehabilitación de los reclusos ¹.

Este esquema, a veces, se traduce en que aquel recinto penitenciario en que el recluso puede participar de actividades productivas empresariales esté bajo la administración del sector privado. No obstante, la creación de una cárcel-industria no significa necesariamente el traspaso de la propiedad o de la administración del recinto penitenciario al sector privado.

¹ En los EE.UU., normalmente, en estos regímenes todo el salario del recluso le pertenece a éste; está situado en un nivel cercano al del mercado, y sólo se sujeta a algunos descuentos legales que dependen de cada estado, en ciertos casos para reparar el daño a las víctimas, en otros para sustentar a su familia.

Esa misma experiencia muestra que, básicamente, la primera preocupación de los gobiernos fue el problema presupuestario que plantea el sistema carcelario -al que ningún país parece escapar-; de allí que se buscaran, en algunos casos, fórmulas de traspaso de la gestión o incluso de la propiedad de los recintos penitenciarios al sector privado.

Una segunda razón que justifica el estudio de la colaboración entre los sectores privado y público en lo relativo a gestión de cárceles, es el mejoramiento de las condiciones de vida del recluso. En general, las cárceles bajo gestión privada, sujetas a un estricto control gubernamental, han logrado progresos en la satisfacción de los derechos básicos de los reclusos -mejorando sus condiciones de vida-, así como en la entrega de programas complementarios de educación, recreación, etcétera.

Por estas razones, el presente libro reseña el desarrollo de ambos procesos: la colaboración privada en los ámbitos de gestión, construcción y financiamiento de los recintos penitenciarios, por una parte, y la cárcel productiva, por la otra.

En las páginas que siguen, hemos querido resumir muy brevemente algunos rasgos principales de la manifestación en lo carcelario de ese fenómeno que ha sido llamado de «soluciones privadas a problemas públicos». Se lo enmarca primero en su contexto histórico, del que se desprende -lo que sorprenderá a no pocos- que la fórmula privada tiene antiguas raíces en la evolución de Occidente; se examina luego la experiencia norteamericana -la más intensa a este respecto en la época contemporánea-; y se revisan someramente otras experiencias en diversos países durante los años recientes.

Se presta especial atención a la experiencia norteamericana, por ser aquella que más profunda y variadamente ha desarrollado esta idea de colaboración. Es, también, la que ha producido el más amplio debate en torno a estas ideas, recogido en abundante literatura especializada.

Este breve examen no pretende ser un alegato en favor de la privatización del sector carcelario, ni busca abrir una fuente de ingreso adicional a los empresarios privados -el sector privado puede perfectamente prosperar aunque no intervenga en lo carcelario-. Sí postula, en cambio, una modernización sustancial del mismo, que arroje resultados de mejor rehabilitación, para mayor beneficio de los reclusos, del Estado y de la sociedad entera.

Al respecto, cabe destacar que, en comparación con la situación tradicional, el Programa del presente Gobierno de Chile es bastante innovador en materia penitenciaria. Textualmente señala que se busca fomentar «la incorporación de la comunidad a tareas que apoyen la rehabilitación. En particular, la de la empresa privada, para que participe en el fortalecimiento de talleres de capacitación y en el desarrollo de microempresas».

A mediados de 1995, se informó por la autoridad que se construirá un recinto penal modelo en Arica, cuyo rasgo más decisivo será, precisamente, la incorporación de talleres productivos, en los que la empresa privada podrá instalarse para aprovechar el trabajo de reclusos, a cambio de una remuneración similar a la del mercado. Como se dijo, esto significa capacitación efectiva, pues es la clase de relación que el ex recluso deberá enfrentar en el medio libre, cuando regrese a él. Y si no logra trabar con éxito esa relación, previsiblemente reincidirá.

Evitar que así ocurra es la razón por la que se propicia la participación privada en el sistema carcelario: para dar a los reclusos una oportunidad que nunca tendrán de otra manera.

Los Autores

Santiago de Chile, Marzo de 1996

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

SOBRE ACCION DEL SECTOR PRIVADO EN EL AMBITO CARCELARIO

En nuestros días, la idea de cárcel tiende a identificarse espontáneamente con una función del Estado. En la sociedad moderna, virtualmente nadie ignora o discute que al Estado corresponde el monopolio de la coacción legal para garantizar los derechos ciudadanos. Así, por medio de sus órganos competentes, el Estado dicta la norma legal, vela por su cumplimiento y sanciona su infracción. Para las infracciones más graves, tales sanciones consisten generalmente en formas de privación de libertad durante un período. De allí que la opinión mayoritaria subentienda que al Estado corresponde, igualmente, el monopolio de la propiedad y la administración de las instalaciones materiales, así como del desempeño material de las funciones que corresponden al sistema carcelario-penitenciario. Por cuanto tales instalaciones y funciones se refieren a privación de la libertad, sólo pueden ser excluyentemente estatales.

Hasta avanzado el tercio final de nuestro siglo, nadie rebatía seriamente esta tesis. Es ésa una concepción que presupone un Estado con un monopolio “weberiano” de los medios de fuerza ¹, como culminación de un largo proceso, durante el cual, desde la Edad Media hasta la Revolución Francesa, y aun más tarde, los movimientos seculares lucharon por el establecimiento de un Estado cuya autonomía de la figura del rey, la aristocracia y las instituciones religiosas, les entregara la hegemonía sobre la aplicación del castigo. Esta lucha se dio en Inglaterra contra la iglesia anglicana, en Francia

¹Max Weber (Economía y Sociedad, F.C.E., México 1970, pág.45) definía al Estado moderno por “el monopolio de la violencia legítima”. Cit. por Claude Faugeron, “Prisons et politiques pénitentiaires”, La Documentation Française, N° 755-756, pág. 30, septiembre 1995.

contra la iglesia católica, en Alemania contra la luterana; ella se dio a la par de la lucha contra el absolutismo en las dos primeras. La creación de la prisión es una etapa decisiva en la conquista de la función punitiva por el Estado y sus funcionarios ².

La evolución referida se advierte muy temprana y marcadamente en los países de ancestro hispánico. Así, en Chile, una línea conceptual ininterrumpida conserva ese enfoque a este respecto: ella prevalece durante la monarquía absoluta, no es alcanzada por las reformas de la Ilustración, prosigue sin ser puesta en tela de juicio bajo el presidencialismo providente del siglo XIX y desemboca en el estatismo triunfante de las décadas centrales del siglo XX.

Hasta el último tercio de la década de los años 80, no se había planteado ni siquiera por los sectores más liberales la posibilidad de que pudiera el sector privado asumir responsabilidades en el área carcelaria. Las primeras alusiones públicas a esa opción se registran en la página editorial del diario “El Mercurio”, sólo desde 1987 en adelante. Posteriormente, desde 1990, el centro de estudios “Libertad y Desarrollo” comenzó a publicar periódicamente documentos en que se plantea esta posibilidad.

Frente a lo tradicionalmente aceptado, esos planteamientos eran de una novedad que resultó chocante para no pocos. Sin embargo, al menos en el ámbito cultural anglo-sajón, la intervención del sector privado en lo carcelario tiene antecedentes históricos que datan ya de más de cuatro siglos. Y cabe destacar que dicha intervención tuvo originalmente un sentido de morigeración de la pena.

En efecto, desde la antigüedad de Hamurabi hasta el siglo XVI, el criterio penal prevaleciente fue, a grandes rasgos, el de la retribución taliónica: “ojo por ojo”, o aún peor. Las cárceles y prisiones son

²Michael Ignatieff, “Historiographie critique du système pénitentiaire”, cit. en id.

adiciones tardías al sistema de justicia criminal ³. En tiempos más tempranos, los delincuentes convictos eran ejecutados o desterrados a colonias de penados. En la medida en que las tierras disponibles para el exilio de condenados disminuyeron hasta desaparecer, al mismo tiempo que disminuía el uso de la pena capital, se hicieron necesarios lugares para mantener a los reclusos. Pronto se hizo manifiesto que tales lugares eran caros y difíciles de manejar. En ese esquema, dar ocasión de trabajo a los reclusos significaba proporcionar un ingreso a los carceleros, así como reducir el tiempo ocioso del preso y, con ello, el descontento. Ya en la Europa del siglo XII, los presos trabajaban para pagar los costos del encarcelamiento, incluyendo el salario del alguacil.

La noción de la reclusión unida al trabajo, como pena, se observa en la Inglaterra Tudor, en 1555, con el propósito de frenar la vagancia y problemas delictivos vinculados con ésta ⁴. Puede discutirse cuán eficaces fueran tales establecimientos para la consecución de los objetivos fijados. Está fuera de discusión, sin embargo, que ellos representaron un importante avance en cuanto a humanización de las penas, en comparación con la mayor parte de otras opciones de castigo corporal.

Los referidos establecimientos de trabajo a menudo fueron operados por el sector privado, pues los gobiernos enfrentaban el problema de costear su construcción o su operación. Se cargaba un pago por su mantención, el que se deducía de la remuneración obtenida por el preso con su trabajo; los carceleros no percibían salario; el

³Herbert G. Callison, "Zephyr Products: The Story of an Inmate-staffed Business", American Correctional Association, Baker-Webster Printing Co., Washington D.C., 1989, págs. 5 y ss.

⁴ Martin P. Sellers, "The History and Politics of Private Prisons. A Comparative Analysis", Associated University Press, EE.UU., 1993, págs. 48 y ss.

cargo mismo de carcelero podía ser vendido a otra persona; los establecimientos de trabajo eran operaciones productivas de dinero, sinecuras para funcionarios que no tenían fondos gubernamentales para administrar una institución; también la iglesia desempeñó un papel prominente en el alojamiento de indigentes y delincuentes, utilizando donaciones como fuente de fondos ⁵.

Un precedente de un programa industrial penitenciario puede encontrarse en una cárcel construida en Gante en 1775; el vizconde Vilain XIV, su constructor, señalaba al trabajo como el principal factor para la reforma de delincuentes. En la segunda mitad del siglo XVIII, los escritos del reformista penal inglés John Howard y del pensador italiano Cesare Beccaria, al mismo tiempo que promover las prisiones como alternativa al castigo capital, respaldaban el trabajo de los reclusos como método de rehabilitación.

Con todo, inevitablemente se produjeron abusos en ese sistema. Mucho del ímpetu de fines del siglo XVIII en favor de la reforma carcelaria británica se originó en las terribles condiciones que debían soportar entonces los reclusos en establecimientos carcelarios administrados privadamente ⁶. Como una reacción contra tales condiciones, la historia temprana de la reforma de las prisiones en Gran Bretaña es, en gran parte, una crónica del sector privado cediendo el paso al control público ⁷.

Bajo dicho control estatal, una característica principal del

⁵Id.

⁶Andrew Rutherford, "British Penal Policy and the Idea of Prison Privatization", en "Private Prisons and the Public Interest", Douglas C. McDonald, editor, Rutgers University Press, New Brunswick and London, 1990, pág. 63.

⁷Id.

sistema penal británico ha sido su alta centralización, que data de más de un siglo. En 1877, la responsabilidad de todas las prisiones locales y de condados fue transferida abruptamente al Gobierno central, en la forma de Comisión de Prisiones⁸. Ese esquema se mantuvo durante una centuria, hasta que, al menos parcialmente, se ha reemprendido el camino opuesto, desde los años 80 de nuestro siglo. Y el círculo se ha cerrado, por cuanto el mismo argumento relativo a la necesidad de humanizar las condiciones de vida del recluso se esgrime hoy en contra de las cárceles estatales y en favor de las privadas.

Facilita esta evolución el hecho de que -como se dijo- el desarrollo inicial de los regímenes carcelarios en el área anglo-sajona haya incluido históricamente un fuerte componente privado.

En las colonias norteamericanas, hasta comienzos del siglo XVII, las principales opciones de castigo eran la pena capital, las penas corporales y el destierro. En 1682, William Penn planificó el establecimiento de casas correccionales como un instrumento principal de disuasión y justicia; estos establecimientos determinaron un cambio mayor en el castigo, que evolucionó desde los métodos tradicionales de tortura y muerte, hacia la privación de libertad, el trabajo obligatorio y la penitencia con miras a rehabilitar a los convictos⁹.

En los Estados Unidos, los primeros indicios de los sistemas policial y penitenciario, tal como se los conoce actualmente, pueden rastrearse ya a mediados del siglo XVIII, época en la que se extendió en Norteamérica la práctica de aplicar como pena extensos períodos

⁸Mick Ryan and Tony Ward, "Privatization and the Penal System: the American Experience and the Debate in Britain", Saint Martin's Press, N. York, 1989, pág. 5.

⁹Id.

de encarcelamiento. En la concepción de la pena como factor retributivo y disuasivo -especialmente esto último- influyó la difusión de las ideas del Marqués de Beccaria. Una causa frecuente de encarcelamiento eran las deudas. Además de éstas, el afectado enfrentaba la necesidad de pagar al carcelero por su propia mantención y por el servicio carcelario mismo. En tales condiciones, el trabajo del recluso representaba la posibilidad de pagar por estos últimos y, eventualmente, abonar a la deuda original.¹⁰

“Durante la mayor parte de la historia correccional de los Estados Unidos, se ha esperado de los presos que generen una ganancia para la institución o que, al menos, paguen su propia mantención, si no fuere posible una ganancia. Esto significaba que, si los presos no podían producir dentro de la prisión bienes vendibles, podían ser “arrendados” a granjas privadas o negocios, para generar un ingreso¹¹. A lo largo de casi todo el siglo XVIII, las prisiones se mantenían por una combinación de cobro de tarifas a los reclusos por su mantención y venta del trabajo de los mismos. Cada preso debía recibir un pago justo por su trabajo y debía pagar el costo de su alimentación, vestuario y alojamiento¹².

El sistema penal norteamericano experimentó vigorosamente con diversas clases de privatización carcelaria a lo largo de la mayor parte del siglo XIX; las legislaturas de esa época estaban muy interesadas en mantener en un mínimo los costos de sus nuevos sistemas penitenciarios¹³. A lo largo de ese siglo, se configuraron

¹⁰Robert D. McCrie, “Private Correction: The Delicate Balance”, en “Privatizing Correctional Institutions”, Bowman, Hakim y Seidenstat Editores, Transaction Publishers, New Jersey, 1992, pág. 23.

¹¹ Id., pág. 23.

¹²Martin P. Sellers, “The History and Politics of Private Prisons. A Comparative Analysis”, Associated University Press, EE.UU., 1993, pág. 49.

básicamente dos sistemas de prisión: por una parte, el sistema de Pennsylvania, que subrayaba el confinamiento solitario, el trabajo en soledad y la penitencia personal; y, por la otra, el sistema Auburn, según el modelo de la Prisión Auburn en Nueva York, que perseguía los mismos objetivos, con la diferencia de que el trabajo era realizado por grupos de presos, reservándose el confinamiento solitario para los días y horas no laborales. Este último sistema se afianzó al avanzar el siglo y condujo tanto a la adopción de métodos de producción intramuros como a la existencia de prisiones autofinanciadas ¹⁴.

La consideración de costos aparece como el motivo principal para la adopción de estas modalidades carcelarias. Sin embargo, no cabe ignorar que “durante los años iniciales del sistema penitenciario hubo también un grado sustancial de interés contemporáneo en la reforma del delincuente... Hacia 1830, existía un consenso básico en torno al valor del trabajo en el proceso reformativo” ¹⁵.

El Estado de Nueva York fue uno de los primeros en establecer programas de trabajo de reclusos, en vinculación con el sector privado. Se buscaba el doble objetivo de rehabilitar y, en especial, de reducir los costos de operación de las cárceles. Se obtuvieron éxitos en esto último, hasta comienzos de la década de 1840. Nueva York, Massachusetts, Maryland, Ohio y Connecticut consiguieron utilidades por sobre el nivel de mantención del sistema carcelario ¹⁶.

¹³ A. M. Durham, “Rehabilitation and Correctional Privatization: Observations on the 19th Century Experience and Implications for Modern Corrections”, pub. en “Federal Probation Quarterly”, V 53, N1, Marzo 1989, pág. 45.

¹⁴ Martin P. Sellers, “The History and Politics of Private Prisons. A Comparative Analysis”, Associated University Press, EE.UU., 1993, pág. 50.

¹⁵ A. M. Durham, Id., pág. 45.

El objetivo rehabilitador era prioritario en un grupo al que preocupaba la humanización del sistema carcelario. No obstante lo cual, “ni el público ni los administradores compartían el entusiasmo o interés en los objetivos rehabilitadores, tan vigorosamente perseguidos por muchos reformadores de prisiones”¹⁷, lo cual condujo a una falta de preocupación por desarrollar sistemas de fiscalización: mientras las relaciones entre el sistema carcelario y el sector privado produjeran ingresos que redujeran los costos de mantención de aquél, existía relativamente poco interés en inspeccionar las condiciones institucionales o en evaluar la consecución de las metas de rehabilitación. Esto explica los abusos.

Las condiciones de prisión bajo la iniciativa privada declinaron, y un comité legislativo alegó malos tratos y crueldad. La investigación legislativa atacó el “infame sistema de arriendo (del trabajo de reclusos)”, lo que resultó en una modificación del mismo en 1883, por el cual el Estado mantenía el control de la penitenciaría y los convictos, pero continuaba contratando con intereses privados. “En 1885, trece Estados habían traspasado parte de su población reclusa a contratistas privados; en 1923, ningún Estado continuaba esa práctica”.¹⁸

Más determinantes que esa reacción contra los abusos parecen haber sido las protestas contra el sistema por parte de quienes se sentían perjudicados por él. Los empresarios no favorecidos con contratos de trabajo recluso objetaban el proceso de licitación, sosteniendo que estaba maleado y que sólo favorecía a un pequeño grupo de contratistas, cuya renovación de contratos estaba

¹⁶ A. M. Durham, Id., pág. 46

¹⁷ A. M. Durham, Id., pág. 47

¹⁸ Robert D. McCrie, op. cit., pág. 25.

virtualmente asegurada. Más gravemente aún, los gremios protestaban por verse privados de su fuente de sustento por la competencia de la mano de obra reclusa, más barata. Estos dos factores condujeron en Nueva York a la ley laboral de 1842, que introdujo al sistema una serie de restricciones que lo debilitaron económicamente, en cuanto a la asignación de contratos, notificaciones requeridas para ofertar contratos, clases de productos que podían producirse, y especies de entrenamiento que los internos podían recibir mientras estuvieran participando en programas de trabajo recluso.

Algunas de estas restricciones tuvieron un efecto directo en las oportunidades de rehabilitación dentro de la prisión. Por ejemplo, la ley laboral de 1842 de Nueva York dispuso que los internos no podrían aprender nuevos oficios mientras trabajasen para un contratista. Sólo internos que ya estuviesen en posesión de un oficio a su ingreso, podrían usarlo en prisión. Igualmente, sólo productos que no se fabricaran localmente podrían serlo por reclusos; en consecuencia, al salir estos en libertad, se encontraban sin oportunidades locales de empleo ¹⁹.

Tales condiciones no sólo tuvieron un efecto debilitador del sistema en lo económico. También lo debilitaron en cuanto a sus efectos rehabilitadores: en la misma medida en que el recluso no adquiriría nueva capacitación para ganarse posteriormente la vida en el medio libre, se estaban disminuyendo sus probabilidades de ulterior reinserción. Así, el sistema de gestión privada perdió la posibilidad de aducir en su favor un argumento determinante, el de ser capaz de rehabilitar mejor que las cárceles públicas.

La Guerra Civil norteamericana fue otro factor que afectó severamente el esquema de vinculación entre una cárcel y una empresa contratista de trabajo. Durante el conflicto, la mayor parte de los condenados fue destinada a servir en el ejército; los restantes no

¹⁹ A. M. Durham, op. cit., pág. 48.

encontraron mercado para su trabajo o sus productos. El sistema nunca se recuperó del golpe que le significó ese conflicto.

Pocos años después del desenlace de la guerra, los planteamientos contrarios a las cárceles privadas alcanzaron un importante éxito judicial: en 1871, la Corte Suprema de Virginia falló que el trabajo de reclusos no es mejor que el trabajo esclavo en las plantaciones y fábricas y, consecuentemente, lo abolió ²⁰.

Hacia fines del siglo XIX, la más generalizada objeción contra la contratación de reclusos se resume en un voto de minoría de la Convención Demócrata de Luisiana, en 1883: “El empleo de convictos fuera de los muros de la penitenciaría es nocivo para los intereses de la parte laboral honesta del Estado... Hace entrar esa especie de trabajo esclavo en competencia con la industria honesta, para gran provecho pecuniario del concesionario penitenciario, pero con desastrosos resultados en cuanto concierne al trabajo libre honesto”. En esa oportunidad, el informe final condenó el sistema de contratación del trabajo de reclusos y llamó a su reemplazo por un sistema de obras públicas. En 1901, Luisiana abolió dicho arriendo. Fue esa una evolución representativa: en los años finales del siglo pasado, los estados de la Unión, uno tras otro, fueron poniendo término a los acuerdos vigentes sobre contratación privada del trabajo de reclusos, a lo que contribuyeron algunos estallidos de violenta oposición de parte de algunos grupos laborales ²¹; hacia el cambio de siglo, diversos estados habían aprobado legislaciones que restringían el uso de trabajo de reclusos por empresas privadas, así como la venta en el mercado libre de bienes producidos en prisión, reemplazándola por un “uso estatal” de los mismos ²². La primera legislación federal

²⁰Martin P. Sellers, op. cit., pág. 50.

²¹A. M. Durham, “The Future of Correctional Privatization: Lessons from the Past,” en “Privatizing Correctional Institutions”, Bowman, Hakim y Seidenstat Editores, Transaction Publishers, New Jersey, 1992, págs. 38 y 39.

restrictiva del comercio de bienes producidos por reclusos entre los estados se aprobó en 1888; en 1899, treinta y cinco estados aplicaban total o parcialmente el sistema de “uso estatal”; en 1905, el Presidente T. Roosevelt prohibió²³ el trabajo de reclusos en proyectos federales y la compra por el gobierno federal de bienes de esa manufactura. En esa época, aproximadamente un 85% de todos los reclusos estaba comprometido en operaciones industriales²⁴.

Cuando la depresión devastó la economía norteamericana, las empresas privadas acentuaron su rechazo a las cárceles-industrias, considerándolas competencia desleal, y se unieron a las presiones sindicales en busca de legislación que restringiera la venta de productos de ese origen. En 1940, la Ley Sumners-Ashurst tipificó como delito federal el transporte entre estados de mercaderías para uso privado producidas en prisión. En el mismo año, la Ley Walsh-Healy prohibió el uso de trabajo recluso por contratistas para la “manufactura o producción... de cualquier... artículo o equipo” utilizado en contratos del Gobierno, cuyo monto excediera los 10.000 dólares.

En el curso de la II Guerra Mundial se levantó la prohibición a la venta entre estados de bienes fabricados en prisión, respecto de las fábricas de material de guerra, pero el Presidente Truman la restableció al término del conflicto.

Siguiendo la orientación reseñada, hasta los años setenta no se dictó ninguna otra regulación significativa respecto del trabajo de

²² Norman R. Cox, Jr. y William E. Osterhoff, “The Public-Private Partnership: A Challenge and an Opportunity for Corrections”, en “Privatizing Correctional Institutions”, Bowman, Hakim y Seidenstat Editores, Transaction Publishers, New Jersey, 1992, pág. 116.

²³ Por Executive Order 325-A

²⁴ Herbert G. Callison, op. cit., pág. 8.

reclusos: fue una época de virtual abandono de la idea de participación privada en lo carcelario. La administración Nixon permitió en 1974²⁵ el empleo de reclusos para el cumplimiento de contratos federales conforme a los lineamientos del sistema de “work release”, sistema iniciado por la Ley Federal sobre Rehabilitación de 1965, por la cual se autorizaba a que cualquier recluso de una penitenciaría federal, según resolución del Fiscal General, pudiera “trabajar en un empleo remunerado o participar en un programa de entrenamiento en la comunidad, sobre una base de voluntariedad, mientras continúe como interno en una institución o recinto al que estuviera confinado”. En el curso de los siguientes tres años, 26 estados habían aprobado legislaciones similares. La tendencia comenzaba a revertirse y se iniciaba un gran cambio, cuyas consecuencias, a mediados de la última década del siglo, están aún en pleno desenvolvimiento.

Al parecer, ese cambio apenas comienza y, previsiblemente, no será fácil. Lo precede una historia de contradicciones y malentendidos, que derivan de la tensión básica entre dos elementos: por una parte, la evolución de las ideas jurídico-penales, que tiende a ser más bien dinámica, desde el siglo XVIII en adelante; y, por la otra, el *statu quo* de la legislación vigente.

En el ámbito carcelario, el sector privado tendió históricamente a atenerse con cierta pasividad a ese marco legal tradicional, establecido básicamente por iniciativa estatal. En general, los particulares no fueron causantes del estado de cosas imperante en dicho ámbito, ni incidieron determinadamente en él.

Sin embargo, en el último cuarto del siglo XX se ha abierto paso la evidencia de que el Estado no necesariamente resuelve los problemas que se suponía resolvería. Al mismo tiempo, virtualmente todos los países contemporáneos, desarrollados o no, enfrentaron problemas de incremento delictivo y, en paralelo, de crisis de sus

²⁵ Executive Order 11.755

sistemas carcelarios. Esta última se manifiesta tanto en aspectos de financiamiento, como de eficacia de sus métodos de rehabilitación y, por cierto, en lo relativo a las condiciones humanitarias de mantención de los reclusos; asimismo, repercute tanto en los niveles objetivos de seguridad de la sociedad como en la percepción subjetiva de esos niveles por la opinión pública.

Esa crisis ha empujado a una revisión bastante generalizada de las ideas antes predominantes en el tema carcelario.

II. LA NUEVA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA¹

Hasta los años finales del siglo en curso, la autoridad estatal ha dominado casi sin contrapeso todo lo relativo a la aplicación y administración de la ley penal en la mayor parte de los países. El primer impulso de contracción de lo estatal en favor de la intervención privada en lo carcelario se originó en el Gobierno de los EE.UU. en los años 60, cuando la Oficina Federal de Prisiones (Federal Bureau of Prisons = FBP) comenzó a contratar con operadores privados la gestión de centros de tratamiento comunitario para presos federales². Estos reclusos, que se encontraban a pocos meses de su puesta en libertad, eran instalados en recintos comunitarios de transición, de manera que pudieran encontrar empleos y lugares donde vivir, haciéndoles así posible una gradual reincorporación al medio libre.

A comienzos de los años 70, la referida Oficina Federal se apoyaba ya fuertemente en tales instalaciones contratadas a privados, si bien administraba también nueve centros propios. Minnessota³ aprobó en 1973 una legislación que permitía a la industria privada operar en recintos de instituciones correccionales; se autorizó a la administración carcelaria para arrendar edificios a corporaciones privadas por un período no superior a veinte años. La compañía que

¹ Por la riqueza de su síntesis, para la redacción del presente capítulo se ha seguido cercanamente el estudio «Private Penal Institutions», de Douglas C. McDonald (en el libro «Crime and Justice: A Review of Research», Vol. 16, editado por Michael Tonry, The University of Chicago Press, Chicago, 1992, pags. 361 y ss).

² En el sistema norteamericano, los sistemas carcelarios pueden corresponder a los niveles federal, de los Estados o de los condados (gobiernos locales, equivalentes a los comunales en otros sistemas).

³ H. G. Callison, op. cit., págs. 9 y ss.

arrendaba el espacio podía emplear a internos de esa institución. Los bienes producidos para la industria privada en esos recintos pueden venderse en el mercado libre, sujetos a la normativa que regula a cualquier otra empresa de Minnesota. Tales productos pueden ingresar al comercio entre estados, excepto si lo prohíbe una ley federal. Los reclusos perciben la remuneración prevaleciente por igual labor en la localidad en que se realice el trabajo.

Los legisladores de Washington aprobaron una ley en 1979, que faculta a la administración carcelaria para arrendar espacio en un recinto penitenciario a una compañía privada con el objeto de operar una empresa comercial. En 1980, los legisladores aprobaron una ley que concede una preferencia -equivalente al 10% de la licitación total- a cualquier persona o empresa que postule en licitaciones públicas, si cumplen dos requisitos: que los bienes o servicios producidos bajo el contrato respectivo lo sean en todo o en parte por reclusos, y que un monto equivalente al 15% de la licitación total se pague a dichos reclusos por concepto de remuneración.

En 1979, el senador Charles Percy, de Illinois, presentó un proyecto en el Congreso, que se aprobó como Ley de Fomento a las Cárceles-Industrias. Ella permitió el desarrollo de siete proyectos piloto que utilizaran trabajo recluso para la fabricación de productos que pudieran ser vendidos entre los estados y al gobierno federal. La Enmienda Percy -como se la llamó- permitió a las compañías privadas emplear a reclusos directamente, subcontratar el empleo de los mismos, administrar industrias en cárceles y comerciar con productos fabricados por reos.

Percy planteó este proyecto en la esperanza de que su aprobación disminuiría el costo del sistema penitenciario para los contribuyentes, proporcionaría trabajo útil a los reclusos, aumentaría la capacitación laboral de estos y reduciría el ocio y las tensiones en el recinto penal. Los legisladores que apoyaron el proyecto estimaron también que al llevar a las prisiones capital y capacitación del sector privado, las cárceles-industrias se harían más eficientes en materia

de costos.

La enmienda referida sentó condiciones que tenían por objeto neutralizar objeciones a la ley, tales como imputación de competencia desleal por empresas similares o acusaciones de explotación de los reclusos. Cada proyecto piloto debía cumplir las siguientes directrices:

a) Las remuneraciones no debían ser inferiores a las pagadas por una labor de similar naturaleza en la localidad en que se ejecutase el trabajo.

b) Los descuentos, en su conjunto, no podían exceder del 80% y sólo podían destinarse a impuestos, mantención en el penal, apoyo a la familia e indemnización a las víctimas.

c) Los trabajadores reclusos no podían ser privados, por su sola condición de tales, de los beneficios concedidos a otros trabajadores en el mismo lugar, tales como el seguro de compensación.

d) La participación de los reclusos debía ser voluntaria.

e) Las centrales gremiales locales debían ser consultadas antes del inicio de cualquier proyecto.

f) El empleo remunerado de reclusos no debía conducir al desplazamiento de otros trabajadores contratados o ir en desmedro de contratos de servicios vigentes.

Cada compañía privada debía aceptar emplear a un mínimo de diez trabajadores reclusos al comienzo del proyecto, con potencial para emplear veinte de ellos dentro de seis meses y entre 25 y 30 dentro de un año. Se esperaba que la empresa vendiese un mínimo de 25% de los bienes así producidos en el comercio entre estados o a agencias federales.

Bajo las directrices establecidas por la Enmienda Percy, se han

ensayado seis clases de relación entre el sector privado y las cárceles-industrias:

a) Modelo gerente: la compañía privada administra un negocio que es de propiedad de la agencia penitenciaria; la compañía no tiene ninguna otra función en el negocio. Este modelo no está operando en los EE.UU. actualmente. El Departamento de Prisiones de Connecticut contrató con la Corporación Hartford para el Desarrollo Económico la administración del programa industrial de las prisiones estatales, en los años 70, pero no renovó el contrato posteriormente.

b) Modelo cliente: el departamento estatal de prisiones opera un negocio y el sector privado compra una porción significativa del producto. Numerosos estados usan este modelo. Utah lo introdujo en la prisión South Point y en la cárcel de mujeres de Draper. Una tienda gráfica emplea 24 reclusos que fabrican letreros; más del 40% de la producción es adquirida por el sector privado.

c) Modelo cliente que controla: una empresa privada ayuda a financiar una cárcel-industria operada por funcionarios de prisiones, a cambio de constituirse en el cliente principal o único. La línea de montaje eléctrico-mecánico que operaba la Cárcel-Industria de Minnesota era un ejemplo de este modelo; empleaba cien reclusos en montaje para Magnetic Peripherals, Inc., una filial de la Control Data Corporation. La filial proveía de materia prima, equipo y asistencia técnica en la planta, entrenaba a los supervisores y desarrollaba los esquemas de producción y los estándares de control de calidad. Ella era el único cliente. Desafortunadamente, el contrato debió rescindirse, debido a pérdidas que sufrió Control Data, no relacionadas con la cárcel-industria.

d) Modelo «joint venture»: una compañía privada administra o ayuda a administrar un negocio en el que ha invertido en «joint venture» conjuntamente con la agencia penitenciaria estatal. Este modelo se ensayó en Arizona, cuando un productor de amoblados de

oficina con centro en Phoenix, Wahlers Co., entró en sociedad con la agencia estatal para compartir los riesgos financieros, las utilidades y las responsabilidades gerenciales de una planta que sería construida por ARCOR (Arizona Correctional Industries), en el complejo penitenciario de Perryville. La firma Wahlers posteriormente retiró sus supervisores y se transformó en simple inversionista.

e) Modelo inversionista: una compañía privada invierte en un negocio operado por una agencia carcelaria estatal; la compañía no tiene otra función en el negocio.

Como inversionista, Wahlers proporcionó el equipo para manufacturar amoblados de oficina, a cambio de una participación en las utilidades de la planta, que era operada por ARCOR. Empleaba en ella a 15 reclusos, que fabricaban paneles divisorios de oficinas, mesas para computadores, etc.; los productos se vendían tanto en el mercado del estado como entre estados. La firma se retiró completamente del sistema seis meses después de que abrió la planta, porque, según su administración, no se generaba suficiente utilidad sobre la inversión.

f) Modelo empleador: una compañía privada es propietaria y maneja un negocio que utiliza trabajo de reclusos para producir bienes y servicios; ella controla su contratación, despido y supervisión. Un ejemplo es la cadena de moteles Best Western, que opera en el interior del Centro Femenino de Phoenix. La compañía gastó 8.000 dólares en las instalaciones y 100.000 dólares en equipo, que incluye líneas troncales y terminales de computación; la operación es supervisada por empleados de la firma. Ocupa entre 12 y 35 reclusas a tiempo completo. Cada una recibe más de mil llamadas al día, que representan aproximadamente el 10% de todas las llamadas para reservas de la compañía (1986) ⁴.

⁴ H. G. Callison, op. cit., pág. 15.

Como otra manifestación de esta misma tendencia a la colaboración público-privada en materia carcelaria, los centros propios de la FBP fueron cerrados en 1981, y desde entonces aquella funcionó, respecto de reclusos en tránsito a la libertad, enteramente con instalaciones de propiedad y bajo administración de contratistas privados. En 1989 existían más de 200 de tales centros privados, que albergaban a casi 4.000 reclusos, esto es, aproximadamente un 7% del total de la población penal federal en esa época.

En el otoño de 1982, veinte estados habían aprobado ya legislación que autorizaba alguna forma de participación del sector privado en las cárceles-industrias.

El Servicio de Inmigración y Naturalización de los EE.UU. (INS) también comenzó a contratar con firmas privadas para la detención de inmigrantes ilegales en espera de juicio o expulsión del país. Esto fue determinado por el hecho de que el INS no disponía de suficiente capacidad en sus instalaciones para albergar a aquellos que se aprestaba a deportar. El primer contrato se celebró con un ex funcionario de prisiones del Estado de California, Ted Nissen, quien con anterioridad se había dedicado privadamente a la gestión de un recinto de transición para reclusos, sin fines de lucro. Nissen accedió a destinar a inmigrantes ilegales algunas plazas libres de su establecimiento. El convenio funcionó con resultados tan exitosos, que la entidad se transformó en una organización con fines de lucro, «Behavioral Systems Southwest». Otras firmas se incorporaron al sistema en pocos años, y en 1989 el INS estaba ya contratando con cinco centros de detención de propiedad y operación privada, que albergaban un promedio de 500 personas diariamente, esto es, aproximadamente un cuarto del total de inmigrantes ilegales. Tales centros incluían una instalación de 300 camas, abierto en 1984 en Houston, Texas, por la Corrections Corporation of America (CCA); otro, de 175 camas, en Laredo, Texas, también por la CCA, en 1985; otro, de 150 plazas, en Denver, Colorado, por la Wackenhut Corporation, en 1987; otro, de 30 plazas para mujeres y menores, en El Centro, California, administrado por Eclectic Communications Inc. (ECI);

otro, de 100 plazas, en Los Angeles. En 1989 y 1990, el INS contrató con firmas privadas otros dos centros, uno de 100 camas en New York City (Wackenhut) y otro de 68 plazas en Seattle. Estos centros de detención no estaban diseñados para permanencias de largo plazo y proporcionaban pocos programas.

Por esa misma época, los gobiernos estatales y locales comenzaron a contratar servicios carcelarios con firmas que operaban recintos de relativa baja seguridad (esto es, para delincuentes calificados como de escasa peligrosidad), establecimientos de transición, que incluían instalaciones de trabajo, casas de egreso, programas de tratamiento residencial y granjas penales. En 1985, 28 Estados contrataban ya recintos de esta especie.

A mediados de los años 80, las firmas privadas cruzaron la barrera tradicional, cuando comenzaron a abrir cárceles y penitenciarías de mayor seguridad para reclusos bajo jurisdicción de gobiernos estatales y locales. En 1985, CCA contrató con los comisionados del condado de Bay County, Florida, la administración de la cárcel de Panama City. Dichos comisionados habían sido demandados por la agencia contralora del Estado de Florida, la cual denunció que las condiciones de esa cárcel estaban por debajo de los estándares estatales. El alcaide no logró convencer a los comisionados de que tenía un plan efectivo de mejoramiento, por lo que estos se volvieron hacia la CCA. Se concedió a ésta un arriendo de 20 años sobre la cárcel, sin cargo; CCA se comprometió a construir un campo de trabajo anexo por valor de 4,5 millones de dólares; el condado, por su parte, se comprometió a pagar a CCA una subvención *per diem* por albergar a los reclusos de la localidad. Dentro de nueve meses las condiciones carcelarias habían mejorado tan espectacularmente, que el Estado se desistió del juicio incoado.

Ese mismo año, CCA también contrató con el condado de Hamilton County, Tennessee, para operar el penal de Chattanooga, con 412 plazas. Esta experiencia proporcionó numerosas enseñanzas a la emergente industria de los penales privados. El régimen de

reembolso se fijó en 21 dólares diarios por cada recluso, pero, por esa misma época, una severa política de sanciones a conductores bajo la influencia del alcohol determinó que fueran enviados a la granja penal muchas más personas que las previstas, lo que obligó al condado a pagar más que lo que presupuestado. En agosto de 1986 se produjeron desórdenes que empujaron a CCA a requerir ayuda a la policía de la ciudad, del Estado y del condado, habiéndose presentado mucha confusión acerca de a quién correspondía la jurisdicción. Esos percances, sin embargo, fueron superados en los años subsiguientes: se modificaron las cláusulas contractuales relativas al pago y la CCA continuaba operando (1992) las instalaciones para el condado, al parecer con costos inferiores a los que éste enfrentaría si lo hiciera por sí mismo.

En 1986, un empresario abrió el «Centro 268» en la localidad rural de Cowansville, Pennsylvania; en marzo de ese año, 55 reclusos fueron transportados a ese centro desde las hacinadas cárceles del Distrito de Columbia. Este caso tiene el interés de que, habiendo despertado enconada resistencia de los habitantes de la localidad - todos ellos blancos- porque todos los reclusos eran negros, representantes de la Sociedad de Prisiones de Pennsylvania (una entidad de larga trayectoria, dedicada a la reforma penitenciaria) lograron movilizar a los legisladores estatales para que aprobaran una moratoria que proscribiera los penales privados en el Estado de Pennsylvania. Esto muestra que, en ocasiones, la idea de una participación privada en lo carcelario puede ser combatida por razones del todo ajenas a su mérito intrínseco.

En ese mismo año la US Corrections Corporation abrió un establecimiento con 300 plazas para los reclusos del Estado de Marion, Kentucky; asimismo, CCA firmó un contrato para hacerse cargo de la operación de la cárcel del condado de Santa Fe (Nuevo México) y ofreció encargarse del sistema carcelario de todo el Estado de Tennessee. Este último se encontraba en problemas, habiendo establecido un juez federal que dicho sistema violaba la 8ª Enmienda de la Constitución, que prohíbe los castigos «cruels e inhabituales».

La CCA planteó un arriendo por 99 años, por el que pagaría 250 millones de dólares, y propuso que se le pagara sobre la base de un *per diem* por todos los presos del Estado. En definitiva, su propuesta no fue aceptada.

A causa de la atención que despertó este desenvolvimiento, y a resultas de los esfuerzos de *marketing* realizados por las compañías más grandes, algunos Gobiernos de otros países -Gran Bretaña, Francia y Brasil, por ejemplo- exploraron la posibilidad de participación del sector privado en algunas de sus cárceles y penitenciarías, y enviaron delegaciones a los EE.UU. para inspeccionar las instalaciones administradas privadamente. Una gira de ministros y parlamentarios británicos en 1986 condujo al anuncio por el Gobierno británico de su intención de ensayar la operación privada de algunos centros de detención, especialmente para detenidos en espera de juicio. (vid. Cap. V).

Pasada la primera ola de contratos importantes para la administración privada de establecimientos penales, entre 1985 y 1986, el siguiente hecho significativo fue la apertura, en 1989, de dos prisiones de mínima seguridad para 500 plazas, en Cleveland y Venus, Texas; ellas eran de propiedad y fueron construidas por el Estado, pero operadas por la CCA; otras dos prisiones de seguridad mínima a media comenzaron a ser operadas por Wackenhut en Kyle y Bridgeport, Texas. Estos penales están siendo usados para albergar reclusos en la etapa previa a su puesta en libertad. También en 1989, la CCA abrió un establecimiento de 200 plazas para reclusas del Estado de Nuevo México, en Grants, enteramente diseñado, financiado, construido y operado por esa compañía; sus instalaciones proporcionan todos los niveles de seguridad, desde mínima hasta máxima. En 1990, la CCA se hizo cargo de la operación del Centro Correccional Winn, en Winnfield, una prisión nueva de propiedad del Estado de Louisiana y construida por éste, con 600 plazas. En ese mismo año, la CCA expandió sus actividades al ámbito internacional, al asumir la administración de una prisión de mediana seguridad del Estado de Queensland, Australia, para 244 plazas.

A fines de 1991, la CCA se había ubicado como industria líder, operando 14 establecimientos penales para adultos y tres para menores, con un total aproximado de 4.800 plazas para adultos. Wackenhut la seguía de cerca, con ocho establecimientos penales para adultos y 3.200 plazas. Otra firma, Pricor Inc., tenía tres establecimientos para adultos y varios para reclusos juveniles.

Los establecimientos para adultos se encontraban en 14 Estados. En total, a fines de 1990 se registraban 44 establecimientos para adultos contratados con firmas privadas, que proporcionaban alrededor de 15.000 camas penitenciarias, ligeramente menos del 2% de todas las camas carcelarias y penitenciarias del país. Considerando que en 1990 existían aproximadamente 3.500 cárceles en los EE.UU., y que los sistemas federal y estatales tenían alrededor de 1.400 penitenciarias, es claro que el sistema carcelario-penitenciario norteamericano se encuentra, en una abrumadora proporción, administrado por el sector público. Sin embargo, es un hecho que el número de plazas carcelario-penitenciarias proporcionada por el sector privado irá en aumento en los años venideros. Muchos Estados han aprobado leyes que facilitan la contratación privada, y el período de evaluación de esta modalidad bien podría estar llegando a su término, con conclusiones favorables.

En los primeros años de la década de 1980 se asistió a otra forma de colaboración privada en este sector: instalaciones de propiedad del sector privado, entregadas bajo contrato de arriendo a los gobiernos, para uso por entes correccionales públicos. El primero fue la Cárcel del Condado de Jefferson, en Colorado. Debido a restricciones financieras, los funcionarios del condado eran renuentes a gastar fondos públicos para construir una nueva cárcel que, sin embargo, se necesitaba. Con ayuda de inversionistas bancarios, se creó una entidad privada que vendió «certificados de participación» a inversionistas privados. Con esos ingresos se construyó la cárcel, que entonces fue entregada en arriendo al condado. Los fondos generados por los pagos del arriendo se emplearon para pagar dividen-

dos a los tenedores de certificados, que así recuperaron su inversión con intereses.

Otros Estados y gobiernos locales adoptaron esas técnicas de financiamiento para construir cárceles y prisiones en diversos lugares. En algunos casos, los acuerdos adoptaron la forma contractual de «arriendo con compra», mediante el cual el gobierno en realidad compraba las instalaciones al ente privado en lo que equivalía a un plan de cuotas. En otras jurisdicciones, donde las constituciones del Estado o los estatutos locales prohibían acuerdos de arriendo con compra, las instalaciones penales eran puestas a disposición de los gobiernos sobre la base de un arriendo simple.

Esas técnicas de «financiamiento creativo» no han estado circunscritas a la construcción de cárceles y penitenciarías: a lo ancho del país, los suscriptores de bonos y funcionarios municipales de finanzas han estado usando estos métodos de financiamiento y otros parecidos para una amplia variedad de proyectos que requerían reunir capital; entre otros, carros para bomberos, redes computacionales y sistemas de telecomunicaciones. Estas fórmulas se hicieron más atractivas para los inversionistas por el tratamiento liberalizado de la depreciación en la «Economic Recovery Tax Act» de 1981, y se vieron estimuladas por los crecientes impedimentos para los métodos de financiamiento público convencional, que se apoyaban en la emisión de bonos de obligación general.

El atractivo de esta forma de participación privada está limitado a los Estados Unidos, porque está específicamente diseñada para aprovechar sus normas tributarias y superar limitaciones que son propias de ese país. En países donde no se requiere aprobación ciudadana para el endeudamiento público no presupuestado respecto de proyectos que exigen reunir capital -como Gran Bretaña, por ejemplo-, la propiedad privada es menos atractiva; esto se debe especialmente a que el costo de reunir capital es más alto, cuando los instrumentos de deuda no están respaldados por la plena confianza y crédito en el gobierno, como lo están los bonos de obligación general. En otras

palabras, a los inversionistas debe prometérselos un retorno algo superior por asumir más riesgo que el que conlleva un bono gubernamental.

Ahora bien, ¿por qué reemergieron en los EE.UU. los establecimientos penales privados en los años 80? El renovado interés en instalaciones de propiedad y administración privadas resultó de una confluencia de varias tendencias: la necesidad de celdas carcelarias y penitenciarias estaba creciendo a una tasa muy elevada; las autoridades públicas no podían construir las instalaciones necesarias con suficiente rapidez, por lo que los empresarios privados entraron a proveer la superficie construida que se requería; hubo amplios movimientos de opinión para reducir la tributación y el endeudamiento público, lo cual limitó fuertemente el margen de gastos y construcciones de los administradores gubernamentales. Adicionalmente, surgió un movimiento aún más amplio, tendiente a limitar el alcance del gobierno mediante la colaboración privada en servicios que anteriormente eran proveídos públicamente.

Desde 1973 en adelante, la población penal federal y estadual comenzó a crecer, y en 1990 estaba un 293% por sobre el nivel de 1972. Para acoger tan sólo el aumento de 58.700 reclusos entre 1989 y 1990, se necesitaban, *cada mes*, once penales medianos (500 plazas). La necesidad de celdas en las cárceles locales también subió sustancialmente durante ese período; investigaciones realizadas en 1978 y 1990 establecieron que la población diaria promedio de tales cárceles (casi 3.500 recintos) aumentó en un 117%. El hacinamiento se tornó endémico en penitenciarías y cárceles, mientras los gobiernos se mostraron incapaces de añadir espacio adicional de celdas con la rapidez necesaria. En 1990, los sistemas penales estaban operando con exceso de ocupación por sobre su capacidad en todos los Estados, excepto nueve; en conjunto, el sistema penal nacional estaba operando con un 4% por sobre su capacidad, en promedio.

Dicho hacinamiento tuvo efectos destructivos sobre la capacidad de administración de los recintos penales y sobre las condiciones

imperantes en ellos. Un indicador de lo anterior se encuentra en el hecho de que, hacia mediados de 1991, en 40 Estados, en el Distrito de Columbia, en Puerto Rico y en las Islas Vírgenes estadounidenses estaban funcionando recintos penales que, según los tribunales federales, se encontraban por debajo de los estándares constitucionales. Los tribunales estaban determinando, asimismo, que eran deficientes las condiciones en las cárceles locales. Una investigación realizada a mediados de 1986 estableció que un tercio de las cárceles encuestadas estaba operando bajo inspección de los tribunales, por lo general a causa del hacinamiento y condiciones de confinamiento inferiores a los estándares legales.

Las peticiones de recursos adicionales llegaron en momentos en que los gobiernos estatales y locales se encontraban en mal pie para enfrentarlos. Pocos años después de la aprobación de la XIII Proposición en California (1978), se habían impuesto 51 nuevos controles de gastos o restricciones de ingresos a dichos gobiernos. Los impuestos a los ingresos fueron reducidos en 35 Estados y los impuestos a las ventas, en 19. A partir de 1980, la ayuda federal a los gobiernos estatales y locales también comenzó a reducirse; en 1986 se extinguió el programa del gobierno federal para compartir las rentas públicas, dejando a muchos gobiernos estatales y locales sin apoyo federal directo, por primera vez desde comienzos de los años 70. Esto afectó la capacidad de los gobiernos municipales para financiar la operación de cárceles y para construir instalaciones renovadas, porque ambos rubros eran financiados, en este nivel gubernamental, por impuestos locales.

La mayor parte de los gobiernos estatales recolectan el dinero necesario para la construcción de cárceles mediante la emisión de bonos, y luego reembolsan a los tenedores a lo largo de muchos años; por esa vía, distribuyen los costos de construcción a lo largo de la vida útil del inmueble. Pero las constituciones estatales establecen límites al endeudamiento público y exigen la aprobación ciudadana antes de emitir bonos e incurrir en deudas. Los gobiernos no sólo tienen que esperar hasta la próxima elección antes de poder someter

a referéndum la emisión de bonos para la construcción de establecimientos penales, sino que, además, deben enfrentar la perspectiva de perder tales referendas. En los años 80, una alta proporción -más de la mitad- de las proposiciones relativas a bonos para construcción de penales fueron rechazadas por los votantes. Consecuencialmente, en muchos estados los funcionarios de las áreas carcelaria y presupuestaria se vieron frente a un problema grave: la demanda de celdas carcelarias estaba subiendo, las cortes de justicia federales estaban exigiendo que las condiciones de reclusión no cayeran por debajo de los mínimos constitucionales, y los fondos disponibles para construcción y operación de penales estaban severamente restringidos.

Entonces, los empresarios privados ofrecieron a los gobiernos diferentes clases de financiamiento y acuerdos de operación que resultaban atractivos por varias razones. En el nivel federal, la rapidez para adquirir nuevas instalaciones era un incentivo importante para acudir al sector privado: en vez de tener que construir mediante un complicado proceso de encargo, que toma años, la Oficina Federal de Prisiones y el Instituto Nacional de Inmigración podían firmar un contrato con una firma privada, que construiría o adquiriría sus propias instalaciones con rapidez y estaría lista para recibir reclusos en asunto de meses. Por ejemplo, un centro privado de detención para extranjeros ilegales fue construido en sólo tres meses, en Denver.

Otro elemento que resultó atrayente para los gobiernos estatales fue la posibilidad de eludir la aprobación ciudadana para la emisión de los bonos necesarios para la construcción de recintos penales: las firmas privadas podían financiar la construcción de instalaciones carcelarias y luego cobrar a los gobiernos un precio de «arriendo» *per diem*, que incluyera no sólo los costos de operación y márgenes de utilidad, sino también una porción de los desembolsos de capital. Debido a que los pagos por tales honorarios *per diem* por arriendo de espacio en celdas o incluso arriendo de instalaciones completas no eran (ni son) considerados legalmente desembolsos de capital, los gobiernos podían obtener los servicios que necesitaban y cargar el monto completo a sus presupuestos de operación, aun cuan-

do parte de dichos montos en realidad se destina a reembolsar a inversionistas privados.

Incluso allí donde no era necesario convertir los desembolsos de capital en costos de operación, los gobiernos se sentían también atraídos a contratar la administración y operación de instalaciones de propiedad pública por otra razón: las empresas sostenían ser capaces de proveer el mismo nivel de servicios, o uno superior, a un costo menor para el contribuyente. La perspectiva de reducir los costos se registró como una motivación significativa en numerosas y diferentes instancias en que los personeros públicos se volvieron a contratistas privados o, al menos, consideraron seriamente hacerlo.

En suma, la experiencia norteamericana, aunque todavía reducida en relación con el total de la población penal del país, aparece como un fenómeno vigoroso, que crece a impulsos de necesidades sociales y económicas a las que no parece ya posible responder adecuadamente sólo mediante el aparato público tradicional, sea éste federal, estadual o local.

Las nuevas modalidades carcelarias han debido ajustarse al marco constitucional estadounidense, particularmente en relación con la 8ª Enmienda, desde la perspectiva de que la gestión privada de cárceles no pueda transformarse en «castigo cruel e inusual», reeditando excesos del pasado. La abundante literatura especializada no registra casos de tales excesos en las casi dos décadas transcurridas desde que las fórmulas de participación privada en este campo cobraron vigor en los EE.UU.; por el contrario, sí se registra una marcada preferencia de los reclusos por los establecimientos privados, cuando se les ofrece tal opción.

Por otra parte, ese mismo marco constitucional ha probado tener la flexibilidad suficiente para permitir que las legislaciones, en los diversos niveles de la administración -federal, estadual y local- hayan ido acogiendo las distintas modalidades que reviste dicha participación privada. Tales modalidades son muy variadas y, en un

marco legal flexible, permiten atender a las peculiaridades de cada necesidad particular.

En fin, la apertura del sistema carcelario norteamericano a la participación privada representa una respuesta pragmática a la crisis producida por el crecimiento vertiginoso de la población penal -293 % entre 1972 y 1990, como se vio-. Existen grupos de opinión que rechazan esta tendencia, fundándose principalmente en ciertas interpretaciones del constitucionalismo tradicional, que no admitirían la posibilidad de delegación de responsabilidades por el Estado en este campo. Es de notar, asimismo, que algunos rechazos a la instalación de cárceles privadas -como en el caso de Cowansville- derivan del rechazo de la comunidad a la vecindad de la cárcel *per se*, o a otros factores del todo ajenos a que tenga o no componentes privados - como los intereses de grupos gremiales o comerciales, que pueden sentirse amagados por una eventual competencia-.

Pero, ante el peso de los hechos, la sociedad tiende crecientemente a aceptarla e incluso promoverla, por razones económicas inicialmente, pero también por consideraciones humanitarias respecto de los reclusos.

Más aún, en sectores académicos de análisis económico se abre fuertemente paso la noción de que, a mejor capacitación laboral dentro del recinto penal, mejores niveles de rehabilitación y no reincidencia cabe esperar.

III. EL TRABAJO EN RECINTOS PENITENCIARIOS ¹

Diversos estudios ² consideran actualmente al trabajo como un elemento que colabora a la recuperación de personas afectadas por algún percance físico o mental que haya alterado sustancialmente sus condiciones de vida. También se tiende a pensar que parte de la autorrealización y la autoestima de la persona se logra a través de un trabajo digno, motivante y justamente remunerado. Por el contrario, el desempleo desarrolla en la persona una sensación de dependencia y vulnerabilidad, reduciendo su autoestima.

Sin embargo, a pesar de esta creencia ampliamente compartida, en los recintos penitenciarios la realidad laboral a que normalmente ha estado sujeto el recluso dista mucho de permitirle un trabajo digno.

En la actualidad, por lo general, al recluso se le permite cierta convivencia social con otros reclusos, pero se le niega la posibilidad de realizar un trabajo de características similares a las del medio li-

¹ El presente capítulo se desarrolló sobre la base, entre otros, de los siguientes trabajos: “Work in American Prisons, The Private Sector Gets Involved”, Barbara J. Auerbach, George E. Sexton, Franklin C. Farrow, Robert H. Lawson, National Institute of Justice, 1988; “Prison Labor and Prison Industries”, Gordon Hawkins, 1983, Crime and Justice: An Annual Review of Research; “CI-Net Jail Industries Survey Final Report”, The American Correctional Association Correctional Industries Information Clearinghouse, 1991; “Developing a Jail Industry: a Workbook”, Rod Miller, George Sexton, Vic Jacobsen, 1990; “When Crime No Longer Pays: A Dynamic Economic Analysis of Crime Desistance Decisions”, Lilitiana E. Pezzin, 1992; “The Development of Jail Industries: Defraying the Cost of Inmate Incarceration by the Year 200”, Dick Michaelsen, 1990; “Private Sector Jail Industries Demonstration Programs”, U. S. Department of Education’s, 1993.

² Id.

bre; se le niega, así, precisamente, aquel trabajo que le sería útil con posterioridad para su reinserción en la sociedad, pues lo dotaría de conocimientos y habilidades aprovechables.

Esta concepción de lo penitenciario, que no estima suficientemente importante ni indispensable que el recluso trabaje, deriva de un enfoque que, para lograr la rehabilitación del reo, da prioridad, en cambio, a tratamientos psicológicos y de reinserción social. Cabe citar como ejemplo representativo a un criminólogo que en 1950 escribía: “El trabajo debe ser relegado a un lugar secundario, donde no interfiera con los programas de cambio de hábitos y actitudes... No debe haber interferencia con el principal objetivo de la prisión, la reeducación social”³.

No obstante, los diversos intentos de establecer sistemas de rehabilitación de reclusos sobre la base de terapia psicológica no arribaron a resultados convincentes. Por una parte, debió admitirse -así fuera tácitamente- que su costo en tiempo, dinero y recursos humanos es tan alto, que ningún país puede permitírselo con caracteres de generalidad y permanencia, respecto de todos sus reclusos. Y, aún más, no se llegó a una comprobación suficiente de que tales terapias resultasen eficaces en términos de «reeducación social».

Según se expresaba en el capítulo anterior, la evaluación contemporánea tiende a asignar al trabajo «digna y justamente remunerado» un mayor efecto rehabilitador.

Pero esa posibilidad ha solido estrellarse con la oposición de muchos criminólogos al trabajo del recluso. Ella se explica por los abusos⁴ que se produjeron -principalmente durante el siglo XIX- con aquel sistema en que un contratista privado se hacía cargo de los

³ Walter Reckless, «The Crime Problem», 1950.

⁴ Véanse Capítulos I y II

presos, asumiendo su manutención y vigilando el cumplimiento de su condena, a cambio de hacer uso libremente del trabajo de los reclusos y de recibir, a veces, una subvención estatal. Este sistema, debido a la falta de control adecuado por las autoridades, así como por la incorrecta fijación de los incentivos para la acción de los contratistas, efectivamente condujo a excesos inaceptables.

A esto se unió la presión ejercida sobre el gobierno por algunos sindicatos, que sentían que la participación de reclusos en actividades productivas introducía prácticas desleales en el mercado, por la baja o ninguna remuneración que estos percibían, perjudicando así a los trabajadores del medio libre.

Ambos factores confluyeron para lograr que en diversos países se estableciera un sinnúmero de restricciones al trabajo de reclusos en productos y servicios que se ofreciesen también en el medio libre.

A las objeciones de criminólogos y sindicatos afectados se sumaron las de trabajadores que estimaban indigno que se considerara a los reclusos como parte de la fuerza laboral. Sostenían que no podía compararse el trabajo del hombre que no había delinquido con el de quien había transgredido la ley; a estos últimos debía privárseles del derecho a trabajar.

También contribuyó a impedir el trabajo de reclusos la idea de que el recluso, esto es, alguien que había violado la ley, no podía estar en mejores condiciones que el hombre más pobre que no hubiere violado la ley. Este no fue un concepto desarrollado por los criminólogos, sino que se originó en la opinión pública general, que consideraba inaceptable que el delinquir asegurase un nivel de vida superior al trabajo honesto de los más pobres. Este sentimiento popular se tradujo en que las autoridades gubernamentales, así como los encargados de la administración de prisiones, mantuvieran las condiciones de vida de los reclusos en un nivel mínimo.

La idea de impedir que el recluso pudiese acceder a condicio-

nes mejores que las de los más pobres también perjudicó el desarrollo del trabajo dentro de los recintos penales: no se consideraba justo y apropiado que el reo pudiese trabajar en una actividad similar a la del medio libre y que, además, recibiese un pago por su trabajo, aproximadamente equivalente al del medio libre.

Las presiones para mantener a los reclusos inactivos -al menos en términos de trabajos que pudiesen desempeñar al recuperar la libertad- cobraban especial fuerza en los períodos recesivos; durante estos, se consideraba inadmisibles que, mientras hubiese personas desempleadas que no habían violado la ley, estuviesen empleadas quienes sí lo habían hecho.

En suma, la concepción de que los presos deben tener un nivel de vida y un conjunto de oportunidades inferiores a los de los honestos más pobres, fue el obstáculo fundamental para el desarrollo del trabajo y de las industrias dentro de los recintos penales. Pero, además, otras consideraciones colaboraron igualmente en obstruir esas iniciativas.

Se sostenía que la calidad de la mano de obra de la fuerza laboral reclusa era muy baja y, por lo tanto, no empleable en la mayoría de los trabajos disponibles. Esta apreciación surgió de observar el escaso capital humano que tenían, en general, los reclusos. Sin embargo, la experiencia histórica logró demostrar que, al desarrollarse cárceles-industrias con un régimen de incentivos adecuado, el trabajo de los reclusos era similar al de los trabajadores con igual calificación del medio libre.

Otra fuerza que a lo largo del tiempo se ha opuesto al trabajo de los reclusos es la de los sindicatos. Estos han luchado permanentemente por impedir el desarrollo de la cárcel-industria, debido a que los reclusos estarían dispuestos a trabajar por salarios inferiores que los trabajadores del medio libre. Sin embargo, esta oposición sobredimensiona la realidad, ya que normalmente el número total de reclusos del sistema penitenciario representa sólo una muy pequeña

fracción de la fuerza de trabajo. En consecuencia, resulta muy marginal su capacidad de afectar a otros trabajadores o a los precios en los mercados.

Aun otro reparo fue la percepción de una permanente ineficiencia de las cárceles-industrias. Esta idea nació de la tendencia de algunos administradores de prisiones a emplear el máximo de reclusos en determinada actividad, rechazando la incorporación de maquinaria que automatizara los procesos de producción e incrementara la eficiencia del trabajo. El objetivo era contar con el menor número de reclusos inactivos, por lo que todo cuanto redujese el número de personas empleadas era rechazado. Sin embargo, como los pares privados en el medio libre modernizaban sus procesos de producción, la cárcel industria se rezagaba en la eficiencia de su producción.

Contribuyó igualmente a ese resultado el que las personas a cargo de la administración de programas laborales en las cárceles fuesen empleados estatales, que no necesariamente tenían nociones de administración; su formación era más bien la de funcionarios de carrera dentro de la agencia estatal a cargo de las prisiones.

Ese problema de eficiencia se ha solucionado en la cárcel-industria contemporánea mediante la colaboración que presta el sector privado, traducida en que el proceso productivo correspondiente sea operado por alguna empresa privada, que necesita impulsar una permanente modernización de los procesos para mantener su competitividad. En este nuevo esquema, la administración del proceso productivo está a cargo de la empresa, que destina personal calificado para ello; naturalmente, el conjunto queda bajo supervisión estatal, sea del departamento de prisiones respectivo o de otra agencia del Estado.

El desarrollo de las cárceles-industrias comenzó a cobrar importancia con la creciente aceptación de tres nociones: la primera de ellas fue que todas las personas tienen derecho a trabajar, y ese dere-

cho significa, en el caso de los reclusos, en labores y condiciones similares a las del medio libre.

Un segundo elemento fue la aceptación de que tanto el desarrollo de hábitos de trabajo como la posibilidad de desempeñar un trabajo en el medio libre, facilitaban mucho la reinserción social del recluso, contribuyendo fuertemente a su rehabilitación.

En fin, fue cobrando especial fuerza en algunos países la idea de que el recluso debía colaborar económicamente a su propia mantención en las cárceles, estimándose inadmisibles por el ciudadano corriente (no así por los criminólogos), que quien había inflingido un daño a la sociedad, además tuviese que ser mantenido por los trabajadores que no habían violado la ley.

Experiencias de Cárceles Industriales

1) Best Western y el Departamento de Cárceles de Arizona

En 1981, la compañía Best Western International necesitaba personal que manejara las reservas telefónicas de habitaciones durante los períodos de alta demanda y los fines de semana. Para eso, estableció un convenio con el Departamento de Cárceles de Arizona que facultaba a la empresa para contratar a reclusas en el centro penitenciario de mujeres de Arizona. En 1986, un 10% del total de llamadas para reservas de Best Western eran atendidas en este centro penitenciario.

Las reclusas empleadas trabajan en turnos, en un horario de atención que comienza a las 5 de la mañana y termina a las 12 de la noche. Dependiendo del volumen de trabajo, cada interna contratada trabaja entre 20 y 40 horas a la semana. Perciben el mismo salario que el resto de los empleados que atienden reservas telefónicas de Best Western en el medio libre. Pueden optar a los mismos benefi-

cios y se les exigen las mismas responsabilidades, rigiéndose por las políticas comunes de la compañía. Los criterios y pruebas de selección son también los mismos. El trabajo es dirigido directamente por un gerente y tres supervisores de Best Western. Cuando recuperan la libertad, las empleadas reclusas que han tenido buen desempeño son contratadas por Best Western, manteniéndoseles los beneficios ganados durante su estada en el penal.

La única diferencia entre un empleado de Best Western del medio libre y una del referido recinto penitenciario, está en que el estado de Arizona les cobra a las reclusas un impuesto especial, equivalente al 30% de su salario, para pagar los costos de mantención en el penal.

2) Trans World Airlines (TWA) y el recinto penitenciario de Ventura

Siguiendo la experiencia de Best Western, TWA, en 1986, decidió que contratar reclusos era una buena forma de manejar los problemas de reservas en períodos de alta demanda. Así, TWA arrienda a la autoridad estatal, en el recinto penitenciario de Ventura, un edificio que constituye el centro de operaciones de la aerolínea en el lugar; contrata tanto hombres como mujeres. Los reclusos empleados reciben el mismo salario que los demás empleados del medio libre que realizan la misma función. Sin embargo, son empleados provisionales, es decir, su volumen de trabajo depende del exceso de demanda en relación con los demás empleados de TWA; por eso, esta empresa garantiza por contrato a los reclusos empleados que todos los días podrán trabajar al menos dos horas. Una vez seleccionados los futuros empleados reclusos, la compañía y la autoridad del departamento de cárceles los capacitan durante dos meses.

Al igual que en el caso de los empleados por Best Western, el estado de California cobra un impuesto especial a los reclusos empleados, destinado a pagar su estada en la cárcel y compensar a las víctimas de los delitos que hubiesen cometido los reclusos.

3) Control Data Corp. y el Departamento de Cárceles de Minnesota

Control Data Corp (CDC), productora de disketteras para computadores, se enfrentaba en 1980 al problema de los cambios tecnológicos; estos se sucedían con tal rapidez en el mercado de computadores, que obligaba a cambiar de procesos constantemente. Esto, a su vez, se traducían en períodos de ajuste en los que no necesitaba de toda la mano de obra que tenía contratada la empresa, y períodos de producción en los que ésta debía contratar mano de obra adicional. Sin embargo, la contratación de esta mano de obra era difícil, pues estaba sujeta a los vaivenes tecnológicos del mercado; a veces el empleado tenía fuertes volúmenes de trabajo y, otras veces, largos períodos de descanso. Por esta razón, CDC estableció un convenio con el Departamento de Cárceles de Minnesota para contratar reclusos en los períodos de fuerte demanda de trabajo. El Departamento de Cárceles le facilitó un lugar vacío dentro de un recinto penitenciario, el cual fue adecuado por CDC a sus necesidades. Posteriormente, CDC capacitó a los reclusos que trabajarían en el proceso de fabricación de disketteras. La compañía funcionó adecuadamente, empleando unos 150 reclusos, hasta 1985, año en que trasladó sus operaciones a Europa por razones de cercanía de sus clientes, clausurando las fábricas en Estados Unidos, lo que puso fin a esta experiencia de cárcel industria.

4) El Caso Zephyr y el Departamento de Cárceles de Kansas

Zephyr Products Incorporated era una empresa que fabricaba planchas de acero. Fue comprada por Creative Enterprises, *holding* liderado por el empresario Fred Braun y creado por él específicamente para desarrollar una empresa en la que trabajasen reclusos, dignamente y en una actividad rentable. Para ello, desarrolló este proyecto en forma conjunta con el departamento de cárceles de Kansas. Dicho proyecto se concretó mediante la operación de Zephyr por reclusos en 1979, empresa que hasta 1989 seguía funcionando.

Los reclusos percibían una remuneración por su trabajo, pero, al igual que en los casos antes señalados, estaban sujetos a impuestos especiales para colaborar en su mantención en los recintos penales, para ayudar a sus propias familias e indemnizar en parte el daño a las víctimas. Los reclusos contratados correspondían a la Penitenciaría Estatal de Kansas para hombres y a la Institución Correccional de Kansas para mujeres.

La selección de los internos para trabajar en Zephyr se hacía mediante entrevistas de una lista de candidatos enviada por el departamento de cárceles. Esta lista se elaboraba sobre la base de la buena conducta de los reclusos en el recinto penal. Tras la entrevista, aquellos que apareciesen como los candidatos más idóneos eran sometidos a pruebas prácticas de soldadura y otras actividades relacionadas con la fabricación de planchas de acero. A los seleccionados se les hacía recorrer las instalaciones, para que se familiarizaran con ellas antes de comenzar a trabajar. Una vez contratados, se sometían a jornadas laborales de ocho horas diarias y a las políticas de la compañía.

Según lo observó el Departamento de Cárceles de Kansas, la violencia entre los reclusos disminuyó por la formación de hábitos de trabajo y por el deseo de ser elegibles para postular a Zephyr.

5) Algunos ejemplos extraídos del catastro de cárceles-industrias preparado por The American Correctional Association (Correctional Industries Clearinghouse), en 1991 ⁵.

En este estudio se detallan 63 programas industriales. A continuación se recoge, a título ilustrativo, información sobre algunos de ellos:

⁵ CI-NET Jail Industries Survey Final Report, May 1991, American Correctional Association Correctional Industries.

Recinto Penal	Tipo de Industria	Fecha apertura del programa	% de población reclusa empleada
East Facility, CA	Panadería	1950	17%
East Facility, CA	Costurería (blusas, faldas, cotonas, etc.)	1960	17%
East Facility, CA	Impresión (impresos y motivos artísticos)	1950	17%
Elmwood Jail Industry, CA	Partes de autos y pintura para autos	1987	3%
Elmwood Jail Industry, CA	Tapicería de muebles	1987	3%
Elmwood Jail Industry, CA	Soldaduras	1987	3%
Hall of Justice Jail, CA	Mantenimiento de edificios	1980	5%
Mira Loma Facility CA	Hotelería para mascotas	1985	16%
North County Detention Fac., CA	Servicios de comida	1988	12%
Ranch Facility, CA	Planta productora de semillas	1950	40%
Sybil Brand Institute, CA	Servicio de respuesta telefónica	1989	16%
Hampden County House of Corrections, MA	Manufactura de sillas ergonómicas, diseñadas para secretarías	1986	3%
PG County Correction Center MD	Diseño y manufactura de muebles	1982	2%
Stratford County Department of Corrections	Fabricación de componentes eléctricos	1986	10%
Monroe County Jail, NY	Uniformes para reclusos	1986	10%
Holmesburg Prison Philadelphia, PA	Insumos generales de la prisión	1930	5%

IV. EN PRO Y EN CONTRA

El debate teórico y político sobre si es conveniente y aceptable la gestión privada de cárceles no tiene visos de terminar en breve. Dicho debate se prolonga en los países que ya han acogido en alguna medida esa modalidad. Un debate parecido se inicia en otros países que mantienen la exclusividad estatal, pero en los cuales las circunstancias empujan a considerar la opción privada, por las mismas causas que han determinado su adopción en los anteriores. En efecto, los mismos problemas se denuncian en virtualmente todos los países¹: instalaciones penales copadas y vetustas, fuertes limitaciones presupuestarias, incremento de la delincuencia y de la población penal - con un rubro particularmente conflictivo en todo lo relativo a drogas-, exigencias por la opinión pública a la autoridad en cuanto a una acción más eficaz.

Ante ese cuadro que presenta numerosos rasgos comunes en distintos países, es de interés recapitular los principales argumentos que se han planteado -especialmente en los Estados Unidos y Gran Bretaña- en favor y en contra de la intervención del sector privado en lo carcelario, porque, en sus líneas principales, pueden ilustrar el debate en otros países.

Este tema ha sido tratado con bastante detención por autores estadounidenses. Al respecto, un prestigioso especialista, Charles H. Logan, elaboró a fines de la década pasada un informe² para el *National Institute of Justice* de los EE.UU., que identifica diez rubros filosóficos, empíricos y de política en torno a los cuales se concentra la polémica. Son ellos los relativos a procedencia, costos, calidad,

¹ Vid. Cap. IV

² Charles H. Logan, «Private Prisons: Cons and Pros». Oxford University Press, New York, 1990, capítulos 3 a 13.

cantidad, flexibilidad, seguridad, responsabilidad legal (civil), responsabilidad administrativa y política, corrupción y dependencia ³.

Dicho estudio se sintetiza brevemente a continuación, porque reúne y sistematiza los principales argumentos formulados en favor y en contra de la gestión privada en lo carcelario -en literatura que, en su mayor parte, no ha sido vertida aún al castellano-.

1. Admisibilidad

La admisibilidad o procedencia -en el sentido de «aceptabilidad filosófica o moral» de la gestión privada en lo carcelario- es la objeción más enérgicamente expresada, y también la menos críticamente examinada. Incluso sectores por lo general críticos de la injerencia del Estado en otras actividades, estiman que «por cuanto la privación de la libertad física es una de las más severas intervenciones que el Estado puede realizar, el poder de privar a alguien de su libertad no puede ser delegado en entidades privadas» ⁴.

Esta afirmación no suele fundamentarse: permanece por lo habitual en el plano de la reacción intuitivo-emocional. Incluso los más analíticos entre los críticos de lo privado en esta área llegan a sostener que si una cárcel privada hiciera todo lo que hace una estatal, y lo hiciera mejor y a menor costo, aun entonces la cárcel privada sería indeseable, por una «cuestión de principios» ⁵. Estiman esos críticos que los partidarios de las cárceles privadas deberían estar preparados para extender su posición -lógica y congruentemente- hasta incluir también policías, jueces y verdugos privados, etcétera.

³ Ibid, pág. 38.

⁴ Ibid., pág. 49 y ss..

⁵ John DiIulio, cit. en ibid., pag. 50.

Sin embargo, no es imprescindible llegar a semejantes extremos de total privatización, despojamiento de toda autoridad estatal y desmantelamiento del Estado. Para que éste encomiende contractualmente a particulares la realización de una específica función gubernamental -y delegue la autoridad pertinente-, no es necesario privatizar todas las funciones ni delegar toda autoridad.

En realidad, los recintos penales administrados por particulares en virtud de un contrato con el Estado siguen siendo prisiones del Estado. No pueden existir en virtud de autoridad que no sea el Estado. En rigor, la elección que se le plantea a la sociedad es entre servicios carcelarios entregados directamente por empleados asalariados del Estado, o servicios contratados por el Estado a particulares.

Quienes manejan los recintos penales en el esquema estatal tradicional -administrativos y guardias- no derivan su autoridad y legitimidad directamente del sufragio ciudadano. Ninguno de esos agentes es elegido por sufragio: todos ellos son contratados. Su legitimidad depende de una cadena de responsabilidades que se remonta hasta las autoridades elegidas, que señalan las políticas y dictan órdenes en nombre del pueblo. Dichas autoridades ejercen muy escaso poder directo; más bien dictan instrucciones y directivas que son ejecutadas por subordinados. Mientras más grande y centralizado llegue a ser el Estado, tanto más largas son las cadenas por las cuales desciende la autoridad y tanto mayor el poder ejercido por quienes se encuentran en los extremos de la cadena. La integridad de cada eslabón de esa cadena es muy importante, pero no hay razón para concluir con carácter general que la integridad de una cadena de funcionarios públicos es necesariamente superior a la de una cadena contractual⁶.

En los hechos, el gobierno no puede actuar sin recurrir a agen-

⁶ Ibid., pág. 51.

tes individuales. El distingo relevante es entre recurrir a ellos como funcionarios públicos o hacerlo mediante contrato. Ciertamente, contratar no significa abdicación de responsabilidad por quien contrata, y tampoco es real plantear una incompatibilidad entre contratar con privados, por una parte, y el decoro, la justicia y el resguardo de la fe pública, por la otra.

El problema de la admisibilidad es resumido brevemente por otro autor ⁷: «Para muchos, la evidencia de que los proveedores privados son capaces de mantener condiciones decentes y procedimientos justos en las instalaciones carcelarias que administran, e incluso alcanzar niveles adecuados allí donde la gestión del sector público era inadecuada, incide en si se acepta la privatización como respuesta admisible y legítima a los problemas carcelarios. Para algunos, sin embargo, el tema de la admisibilidad es esencialmente un asunto moral, decidido por valores *a priori* y sólo marginalmente influido -si algo- por la cuestión de si la privatización, de hecho, conduce a una administración carcelaria buena o mala, eficiente o ineficiente».

2. Costo

a) **Financiamiento de los recintos penales**

La creación de recintos penales es algo extremadamente costoso, debido al tamaño de los edificios, así como a sus particularidades propias. Para poder financiarlos, el gobierno recurre normalmente al endeudamiento; éste se manifiesta a través de bonos que el gobierno emite. Dado que el mercado tiende a considerar al gobierno un deudor lo suficientemente serio como para garantizar el pago

⁷ Brakel, Samuel Jan, «Private Corrections», en «Privatizing the United States Justice System: Police, Adjudication and Corrections Services from the Private Sector», edited by Gary W. Bowman, Simon Hakim, Paul Seidenstadt, McFarland & Co., Inc., Publishers Jefferson, N. Carolina, 1992, pág. 262.

de sus compromisos, le permite endeudarse a tasas de interés inferiores a las que podría obtener el sector privado. Sin embargo, a veces la construcción de un recinto carcelario es necesaria, pero el gobierno no puede endeudarse más por motivos presupuestarios o de política con miras a otros objetivos que se ha fijado (por ejemplo, control de la inflación). Cuando el gobierno no dispone de los fondos necesarios y no puede endeudarse, la posibilidad de contratos de arriendo o de financiamiento privado se convierte en una opción que debe considerarse. Si bien es cierto que el sector privado obtendrá los fondos a tasas de interés superiores a las del gobierno, presenta algunas ventajas: dispone de los fondos sin tener que ahogar el presupuesto fiscal y es capaz de organizar el financiamiento de la cárcel más rápido de lo que podría hacerlo el gobierno.

b) **Construcción**

La experiencia en los Estados Unidos señala que las empresas privadas que actúan en el rubro carcelario son capaces de construir a un menor costo y más rápido que los constructores del gobierno.

La empresa Corrections Corporation of America (CCA) señala que su costo de construcción de cárceles es un 20% inferior al que registra el gobierno.

Las estadísticas señalan que mientras al gobierno le suele significar entre dos y tres años la construcción de recintos penales de características promedio, a las empresas privadas les toma alrededor de seis meses la construcción de un recinto equivalente ⁸.

⁸ Kevin Krajick, "Punishment for Profit" Across the Board 21 (March 1984): 20-27.

c) Operación

(1) Las cifras

Dentro del costo de operación en las prisiones, los costos de salarios son siempre los más importantes. En Estados Unidos alcanzan al 80% del costo total de operación⁹.

La experiencia de las cárceles en concesión o privadas indica que éstas pagan salarios similares a los que paga el sector público; sin embargo, mediante personal más eficiente, logran un ahorro de costos. En general, una selección adecuada de personal, mejores condiciones laborales y procedimientos más eficientes, mejoran la productividad y disminuyen el ausentismo y la rotación.

Las empresas privadas logran también ahorros de costos por medio del mejor diseño de las instalaciones, priorizando el uso de la tecnología, por sus economías de escala en labores de seguridad y vigilancia. Destaca también el mejoramiento del sistema de turnos, para hacer más productivo el uso del tiempo. Esta clase de mejoras ha permitido a empresas como CCA bajar los costos de los salarios desde el 80% del costo de operación a niveles fluctuantes en torno al 60%.

(2) Márgenes para aumentar la eficiencia

Algunos autores que se oponen a la contratación de privados para la administración de las cárceles argumentan que en tales establecimientos los costos son en su mayoría fijos, sin que exista mayor margen para reducir los costos. Sostienen que los gastos de hotelería

⁹ George and Camille Camp, "The Real Cost of Corrections: A Research Report" (South Salem, NY: Criminal Justice Institute, April 1985), pag. 3.

de los presos, así como su cuidado y vigilancia, están fijados acorde a los estándares mínimos que determina la ley.

Quienes están a favor de la iniciativa de incorporar a contratistas privados responden que si eso fuera efectivo, entonces las cárceles públicas, que están sujetas a fuertes restricciones presupuestarias, efectivamente operarían siempre conforme a esos estándares mínimos que fija la ley. Sin embargo -señalan-, se observa una gran varianza en los costos de cárceles públicas similares en tamaño y características, de donde se desprende que debe haber margen para lograr mejoras de eficiencia.

(3) Los incentivos

Algunos teóricos de la administración de empresas han sostenido que, por la forma en que se financia el sector público, siempre tendrá menos incentivos que el sector privado para ser eficiente. Esto, debido a que en el sector público un departamento es más importante mientras más grande es su presupuesto. Eso hace que, en su interior, el financiamiento se logre en conformidad con los planes por desarrollar que se proponen, mucho más que sobre la base de los resultados que se logran. El empresario, en cambio, desea alcanzar un determinado nivel de utilidad, por lo que está interesado en la máxima eficiencia posible.

Además, si al final del año fiscal un departamento público logra ahorros y no ha consumido todo su presupuesto, eso le dificultará lograr un presupuesto mayor para el próximo año. Por lo tanto, hay incentivos para gastar todo el presupuesto. En la empresa privada, por el contrario, un ahorro de recursos respecto al presupuesto aprobado es un motivo que merece recompensa y fortalece la posición del departamento que lo logró.

(4) Abastecimiento

Normalmente, en el sector público el abastecimiento de insumos es un proceso estructurado y controlado en alto grado; eso hace que el proceso respectivo carezca de la suficiente flexibilidad y celeridad. La falta de flexibilidad dificulta la obtención de las mejores oportunidades del mercado. La menor velocidad con que se satisfacen las órdenes de abastecimiento obliga al sector público a mantener mayores niveles de inventario que la empresa privada.

(5) Contratación de servicios

Los servicios que se realizan en una prisión -tales como alimentación, atención médica, asistencia social, capacitación, entrenamiento, recreación, mantención de la prisión, seguridad, talleres industriales, etc.-, pueden ser contratados a empresas y no necesariamente proporcionados por personal de la propia prisión.

En un estudio realizado por George y Camille Camp¹⁰ se identificaron en Estados Unidos 52 centros penales que contrataban servicios externos. Del examen de los contratos más grandes celebrados por esos centros penales se desprendió que 22 de ellos habían obtenido ahorros de recursos por un total de US \$ 9,5 millones, lo que representaba un 26% de ahorro. Por otra parte, seis centros penales reportaban gastos superiores a lo que les habría costado a ellos proveer el servicio, por un monto de US \$ 800 mil, lo que era un 17% más caro. Como se advierte, el monto de los ahorros superaba largamente al de los mayores gastos.

¹⁰ George and Camille Camp, "Private Sector Involvement in Prison Services and Operations" (Washington, D.C. : U.S. Department of Justice, National Institute of Corrections, February 1984).

(6) Costos ocultos

Se señala que las cárceles administradas por el sector privado permiten hacer visibles algunos de los costos ocultos de ellas. De esta forma, al conocer el costo real en que se incurre por ese concepto, tanto la autoridad como la ciudadanía -por medio de sus manifestaciones democráticas- pueden tomar mejores decisiones respecto de las cárceles.

Los costos ocultos más frecuentes son:

- Costos de capital de la compra del terreno, construcción del recinto penal, compra de los activos fijos más importantes y depreciación.
- Costos financieros de servicios de deuda e intereses.
- Beneficios de los empleados de las cárceles: bonos por años de servicio, costos de salud y seguros.
- Costos de dirección administrativa: el costo asignable a la dirección de gendarmería y a los ejecutivos a cargo de unidades centrales de abastecimiento, procesamiento de datos y otros servicios generales de administración.
- Costos legales de asesoría y defensa judicial del penal, cuando éste lo necesita.
- Seguros contratados contra incendios u otros posibles siniestros.
- Costos de transporte de reos o de personal de gendarmería, mantención de vehículos, repuestos, etc..
- Costos de asesoría de otras dependencias gubernamentales.

A pesar de que en la gestión de cárceles por empresas privadas se revela una mayor parte de los costos ocultos, eso no significa que se logre visualizar todos ellos. Así, habrá aún costos que continúan pesando sobre el gobierno, pero que son ocasionados por los reclusos; por ejemplo, los costos de salud que ocasiona un recluso, aun cuando sea atendido en un hospital público.

3. Calidad

Una de las críticas más frecuentes a la operación de cárceles por instituciones privadas señala que la única forma rentable de operar una cárcel consiste en disminuir la calidad del servicio que reciben los reclusos. Se argumenta que la institución privada ofrecerá peor comida y en menor cantidad a los reclusos, entregará una menor gama de servicios y operará con gente menos capacitada.

Es cierto que si se pone un acento excesivo en el costo, lo probable es que se reduzca la calidad. Pero la experiencia señala que el gobierno puede fijar el marco de calidad, obligando al operador a cumplir con estándares mínimos o a perder el contrato si no cumpliera. En determinados casos, incluso procede el pago de una multa, si el operador violase alguna de las exigencias del contrato pactado con el gobierno.

Por otra parte, se ha respondido a esta crítica señalando que no existe evidencia fáctica de que, frente a eventuales limitaciones en la calidad del servicio, impuestas por los costos crecientes, el sector público sea capaz de reaccionar mejor que el sector privado.

En todo caso, algunos condados norteamericanos han fijado estándares que hacen exigibles a sus cárceles. Tales estándares son establecidos por la American Correctional Association (ACA) y plantean requerimientos mínimos en los siguientes rubros:

- Tamaño de las celdas
- Espacio por preso
- Areas de recreación
- Seguridad y control
- Comida
- Higiene
- Atención médica
- Reglas internas y disciplina
- Derechos de los reclusos

- Programas de trabajo
- Programas de capacitación y educación
- Actividades recreacionales
- Biblioteca
- Registros
- Políticas y procedimientos de personal

De esta forma, algunos contratos exigen que el contratista obtenga la acreditación de cumplir con estos estándares antes de obtener la concesión. Las empresas interesadas deben cumplir tantos requisitos como exija quien ofrece el contrato; en el caso de las cárceles el contrato lo ofrece el gobierno y, por tanto, él es quien determina las exigencias que debe cumplir el contratista.

4. Cantidad

Otros críticos de la idea de cárceles operadas por el sector privado basan su oposición en una prevención de principios muy específica: admiten que tales cárceles serán más eficaces y baratas para la sociedad, pero temen que eso promueva la construcción de más cárceles, en desmedro de su reemplazo progresivo por un sistema de penas alternativas a la privación de libertad.

En una variante de la aprensión precedente, algunos temen que las empresas privadas que administren cárceles intenten influir en la autoridad y en el público para aumentar la población penal. Sostienen que si a estas empresas les resulta rentable la operación de las cárceles, sería lógico suponer que intentarán «expandir el mercado». Así, los contribuyentes terminarían pagando más impuestos para favorecer a estas empresas y sufriendo los costos de una delincuencia creciente.

No obstante, dicha expansión sólo podría darse si la determinación del número de reclusos que se produce en la sociedad, así como su asignación a determinados penales, dependiesen solamente

de las empresas privadas vinculadas a lo carcelario. Evidentemente, no ocurre así, y esos dos factores fundamentales dependen de las instancias judiciales o administrativas estatales. Suponer que dichas empresas privadas puedan presionar en tal grado a la judicatura, la administración gubernamental y aun al poder legislativo, parece excesivo.

Y, por otra parte, la misma aprensión valdría respecto del contingente de personas que, directa o indirectamente, encuentran su fuente de trabajo en el sistema carcelario estatal: también a su respecto podría imaginarse que presionasen en favor de más cárceles, más presupuesto para personal, escepticismo y renuencia frente a las penas alternativas, etcétera; a su modo, también una «expansión del mercado» o, al menos, temor a su reducción. .

5. Flexibilidad

Aquellos que están a favor de la administración de recintos penales por parte de empresas o instituciones sin fines de lucro, sostienen que las decisiones del sector público están sometidas a demasiados controles administrativos. En cambio, las decisiones del sector privado se desenvuelven con rapidez y flexibilidad; esto permitiría a las empresas privadas adaptarse más rápido a los cambios y corregir con mayor velocidad los errores.

La administración de las cárceles por organismos privados facilita las posibilidades de innovación del gobierno. Esto, porque en la mecánica del sector público es bastante difícil desmontar un programa cualquiera, una vez que se ha aprobado e iniciado: supone dejar sin efecto formales decisiones administrativas en diversas instancias, cambiar reglamentaciones, redistribuir o eliminar empleados públicos; en cambio, el sector privado puede probar nuevos programas sin el temor de que, si no resultan eficaces, le será difícil deshacerse de ellos.

La posibilidad de innovar y la flexibilidad para hacerlo esti-

mulan la creatividad en la oferta de programas para los reclusos, según los objetivos que tenga el gobierno. En ese esquema, es posible que el sistema penal asuma ciertos riesgos connaturales a la innovación, en ciertas áreas acotadas por el gobierno mediante los contratos correspondientes.

En la medida en que ese gobierno refleje el sentir de la mayoría, serán los ciudadanos los que estarán señalando los objetivos y fijando los límites que deben respetar y satisfacer las entidades responsables de la operación de los penales.

Por otra parte, la flexibilidad que emana de la participación privada reduce el contexto de incertidumbre en que siempre operan las políticas sociales: a veces se espera determinado resultado, a veces sólo se intuye cuál podría ser el resultado. En este caso, permitir que existan múltiples administradores de distintos recintos penales reduce los costos que provoca el yerro en una política. Esto se debe a que, al estar actuando múltiples agentes, se facilita la acumulación de información sobre la efectividad de las distintas fórmulas y soluciones. Lo anterior permite mejorar el diseño de las políticas sociales, al mismo tiempo que ampliar la capacidad de reacción para corregir errores.

Pero lo más importante es que dicha flexibilidad contribuye también a la justicia. Esto, porque, normalmente, los flujos de personas enviadas a la cárcel son muy sensibles a la capacidad física que posea el sistema penal. Si ésta está copada, se intentará reducir el número de personas que ingresen a la cárcel.

Sin embargo, teóricamente se supone que el motivo para enviar o no a alguien a la cárcel no es la capacidad de los recintos, sino que eso depende de lo que disponga la ley, como sanción ante determinadas conductas delictivas. Ahora bien, si el número de delitos se eleva, es lógico esperar que aumente el número de personas sancionadas por la justicia, y una de esas sanciones es la cárcel.

Si existen múltiples agentes que están operando recintos penales, y si hay flexibilidad contractual para permitir la entrada al sistema de nuevos agentes y la salida de algunos existentes, será más fácil que el sistema de justicia penal responda mejor a las disposiciones legales, ante aumentos o reducciones de la criminalidad: la competencia hará posible que el sistema carcelario se expanda o contraiga según sea socialmente necesario.

6. Seguridad

Entre quienes se oponen a la administración de recintos carcelarios por entidades del sector privado, se argumenta que no sería legítimo el uso de la fuerza por parte de privados en las cárceles. Otros admiten la posibilidad de que instituciones privadas operen cárceles de baja y mediana peligrosidad, pero se oponen fuertemente a ellas en relación con las cárceles de máxima seguridad.

En realidad, es la ley la que faculta para hacer uso de la fuerza sobre otra persona en determinados casos. No es el hecho de ser empleado del sector público lo que permite el uso de la fuerza. Sólo algunos empleados del sector público pueden hacer uso de la fuerza, exclusivamente en determinadas circunstancias y de determinada forma. Esto no garantiza, sin embargo, que el funcionario público actúe siempre según lo que permite la ley. Para garantizar que así sea, la sociedad permite que quien estime que ha habido un uso inadecuado de la fuerza en su persona pueda recurrir a los tribunales del crimen a denunciar su caso, pedir su sanción y el restablecimiento del derecho. Nada obsta a que esos mismos controles se puedan aplicar respecto de instituciones del sector privado. Más aún, en la práctica puede darse que el Estado despliegue mayor celo en controlar a un ente privado y sus empleados que en hacer otro tanto con sus propios funcionarios.

La experiencia norteamericana muestra casos en los que los guardias de cárceles operadas por privados deben ser previamente acreditados por la gendarmería estatal. En otros casos, los guardias

privados están bajo las órdenes de guardias de gendarmería. En general, puede decirse, pues, que hay mecanismos de control que permiten garantizar que el sector privado hará uso de la fuerza según la ley lo permite y sólo en aquellas circunstancias en que la ley lo permite.

7. Responsabilidad Legal

Dado que el gobierno nunca deja de ser el último responsable de los derechos constitucionales de las personas, él continúa teniendo la última responsabilidad incluso en un régimen en el que las cárceles sean administradas por instituciones del sector privado. El gobierno no puede eludir su responsabilidad legal (judicial) frente a los reclusos, pero bajo un régimen de colaboración con el sector privado sí puede disminuir sus costos. Esta disminución puede lograrla por varios medios:

- Mediante una mejor administración de las prisiones, que reduzca las demandas por parte de los reclusos.
- Logrando la acreditación de que satisface las exigencias de los organismos encargados de la fiscalización.
- Contratando un nivel adecuado de seguros contra demandas.
- Incluyendo en el contrato de la institución privada la obligación de defender y pagar los costos de demandas presentadas por reclusos contra el gobierno.
- Logrando especialización en la prevención y defensa ante demandas.
- Obteniendo resultados que le permitan salir rápidamente de juicios, en vez de estar comprometido en ellos por largos períodos.

8. Responsabilidad Pública

(1) Administrativa

Ante un eventual problema, podría ocurrir que el gobierno negara toda responsabilidad respecto de un recinto penitenciario operado por una institución privada y que, a su vez, esta institución señalara como culpable del problema al gobierno, diluyéndose la responsabilidad de las partes ante los reclusos y ante el público. Para evitar esto, los contratos deben fijar claramente las responsabilidades de las partes contratantes, así como los estándares mínimos que deberán satisfacer. Si se cumple con esto, habrá una clara definición de quién es el responsable ante determinado problema. No de otra manera operan, en general, los sistemas ya existentes de concesiones por el Estado a particulares en otros rubros.

(2) Económica

- Los competidores

La competencia entre los contratistas de administración de cárceles permite anticipar que si alguno de ellos no responde en forma adecuada a las exigencias del gobierno y de la ciudadanía, habrá algún competidor que, en la expectativa de obtener el contrato, estará dispuesto a satisfacer las demandas incumplidas. Por tanto, la competencia es un gran aliciente para satisfacer lo acordado en los contratos e, incluso, ir más allá de ellos en la medida de lo posible.

- Las aseguradoras

Las instituciones privadas que administran cárceles requieren contratar un alto volumen de seguros, no sólo por las instalaciones

sino, además, para cubrir gastos legales y médicos. Por tanto, si las aseguradoras evalúan al recinto penal y su administración como algo muy riesgoso, elevarán las primas que cobran o, en el extremo de riesgo, no asegurarán a la institución contratista. Evitar esa eventualidad es un incentivo para que la empresa administradora evalúe con cautela sus decisiones, mesure sus pasos, se ajuste a los estándares establecidos. En suma, éste constituye un factor más de control del sistema, no formalizado como tal en la normativa correspondiente, pero no por eso menos operante en la práctica.

- Los inversionistas

Otro control importante lo ejercen los inversionistas. Estos no están dispuestos a perder el dinero invertido, simplemente porque el equipo de administración del penal no satisfaga los requerimientos acordados o porque el servicio sea tan deficiente que haya motivos permanentes para recibir demandas por parte de los reclusos. Algunos inversionistas estarán interesados en que los contratistas adquirieran prestigio administrando cárceles, para así poder captar nuevos contratos. Ciertamente, el control de los inversionistas es uno de los más efectivos y rigurosos respecto al cumplimiento de lo acordado en el contrato.

(3) Política

Las empresas a cargo de la administración de recintos penales deben satisfacer los requerimientos de la comunidad respecto al trato de los internos, expresados en la ley y en los reglamentos. Por ello, es importante que la información sobre estas empresas sea pública, de forma tal que estén sujetas con facilidad a un control político por parte de la opinión pública.

(4) Visibilidad y transparencia

Las cárceles administradas por instituciones del sector privado han despertado un gran debate respecto al sistema penitenciario. Esto ha hecho que estén constantemente sujetas al escrutinio y la vigilancia de los medios de comunicación. Esta discusión ha hecho «visibles» los recintos penales, tanto privados como públicos, manteniéndolos constantemente en comparación. En su conjunto, el sistema penitenciario se ha hecho más transparente en aquellas comunidades que se han abierto a la opción de la gestión privada.

V. OTRAS EXPERIENCIAS DE PARTICIPACION PRIVADA EN EL SISTEMA CARCELARIO

En los capítulos precedentes se ha examinado especialmente la experiencia norteamericana, porque es la que más avanzada aparece en cuanto a incorporar elementos de gestión privada en el sistema carcelario. Sin embargo, no es ella el único caso actual de semejante colaboración. Es de interés mencionar brevemente otros.

Francia

Es ilustrativo el caso de Francia. Allí, en 1986 se determinó que, pese a la realización de sucesivos programas de construcción de edificios penitenciarios desde 1960, la administración del sistema disponía sólo de 32.500 plazas disponibles para una población de 47.927 personas detenidas ¹. Además, debía admitir que su patrimonio inmobiliario era en su gran mayoría antiguo y estaba deteriorado. Ante semejante déficit, el Estado diseñó un nuevo programa de construcción de establecimientos penitenciarios, el llamado «Programa 13.000», que buscó el apoyo del sector privado para poder absorber rápidamente al menos una parte de dicho déficit.

La ley N° 87-432 (22 de junio de 1987) facultó al Estado para confiar mediante contrato a una persona o grupo de personas, de derecho público o privado, el diseño, construcción y manejo (capacitación, trabajo, salud, etc.) de establecimientos penitenciarios, así como el ejercicio en ellos de funciones que no sean de registro judicial, dirección o vigilancia ². La gestión administrativa privada represen-

¹ Comunicación de la Embajada de Francia en Chile a la Fundación Paz Ciudadana, 20 de diciembre de 1994. (Archivos de la Fundación).

² Anne Durieux, «Des prisons sous contrat», en «La documentation Française», N° 755-756, 20 octubre 1995, págs. 97 y ss.

ta una organización fundamentalmente nueva, en comparación con los establecimientos antes existentes. Cabe distinguir los «establecimientos bajo contrato» de aquellos otros que sólo han sido diseñados, contruidos y puestos en funciones por empresas privadas, dentro de los cuales laboran personas privadas que ejecutan contractualmente una variedad de prestaciones subordinadas. Estos últimos establecimientos, que están bajo la administración pública directa, son los más numerosos en Francia hace ya largo tiempo.

Por el contrario, los penales «bajo contrato» tienen una característica propia, de la cual derivan todas sus demás peculiaridades: en vez de ser administradas directamente por el poder público, los son por cuenta de éste y según reglas que éste ha fijado, por un operador privado; normalmente lo es una sociedad comercial, que toma entonces el nombre de «operador habilitado». Esto es, habilitado para detener a personas que le son confiadas por la administración pública, en nombre de la autoridad judicial, a las cuales debe proporcionar una serie de servicios determinados, desde la mantención hasta la asistencia médica y la formación profesional. Tales prestaciones son entregadas en el recinto de un establecimiento cuyo régimen jurídico es público, a requerimiento exclusivo de los poderes públicos y bajo control judicial y administrativo -tanto *a priori* como *a posteriori*- considerablemente incrementado en comparación con el régimen general.

Normalmente, resulta de allí una ventaja: el respeto más estricto de los derechos de los detenidos. La visita a un establecimiento de estatuto privado recientemente construido (1994) tiende a confirmar esa observación: locales más funcionales, áreas menos exiguas y más «distendidas», etc.³. Los agentes del operador son los agentes de la ley, lo cual compromete plenamente su responsabilidad penal. Sus recursos financieros se fijan sobre la base de los de las prisiones bajo administración pública, y provienen, en todos los casos, del Tesoro público.

³ Id.

La diferencia decisiva con el régimen general consiste en que el operador privado juega el papel de coordinador de prestaciones por cuenta del poder público y está investido, para ese efecto, de una responsabilidad global de coordinación, que se escalona en la concepción y diseño; el prefinanciamiento de la construcción; y la puesta a punto del establecimiento para su funcionamiento normal. En efecto, a diferencia de la administración pública directa, es la integración funcional -por cuanto el establecimiento es diseñado por quien es responsable de su funcionamiento ulterior- lo que, en principio, produce las mejoras de productividad sobre las cuales reposa la economía del sistema.

Además, el operador no debe entregar un servicio meramente aceptable, sino óptimo, porque está en competencia con otros operadores y contractualmente comprometido frente a la administración. En 1992, de los 25 establecimientos sujetos al «Programa 13.000», cuatro habían sido retomados por la administración estatal directa. Los 21 restantes estaban siendo manejados por cuatro entidades privadas, cada uno de ellos responsable de los penales correspondientes en el sector geográfico asignado.

Para evaluar la significación del «Programa 13.000», cabe notar que, en 1989, el presupuesto de la administración penitenciaria representaba el 16% de los gastos de seguridad pública, habiendo aumentado en un 57% desde 1987. Otros rubros de gasto público en esta área han experimentado un crecimiento mucho menos explosivo: los gastos de policía aumentaron en 20 % entre 1987 y 1991; los de servicios judiciales, en 17 % entre 1988 y 1991.

Por otra parte, el costo de las prisiones está lejos de ser marginal: entre 1988 y 1990, de cada 100 francos gastados por el Estado en materia de seguridad, 20 estaban destinados a recintos penales ⁴.

⁴ Godefroy, Thierry y Laffargue, Bernard, «Un tonneau des Danaïdes», en «Economie et Humanisme», Lyon, N° 329, junio 1994, pag. 17

El factor costos cobra creciente gravitación sobre las decisiones gubernamentales. A esa luz, es de tener presente que a fines de 1994 los recintos penales franceses habían aumentado su capacidad a 50.000 plazas, pero contenían ya a 57.000 detenidos (35.000 condenados y 22.000 en detención provisional) ⁵.

Francia no representa un caso aislado de aumento de la población penal, sino que se inserta en una tendencia generalizada en Europa: según la «Estadística penal anual del Consejo de Europa», el número de detenidos entre el 1º de septiembre de 1983 y el 1º de septiembre 1992 aumentó en más de 50 % en Grecia, España, Portugal y los Países Bajos; y creció entre 20 y 50 % en Francia, Suiza, Irlanda y Suecia; el alza es más moderada en Italia, Bélgica, Dinamarca, Inglaterra y Gales (alrededor del 10 %). Alemania y Austria son las únicas excepciones que muestran disminución, pero ambos países tenían, a comienzos de los años 80, las tasas de detención más altas de Europa occidental ⁶.

En síntesis, al 1º de septiembre de 1992, más de la mitad de los países europeos debía enfrentar un problema de sobrepoblación penal: 126 detenidos por cada 100 plazas en Portugal, 133 en España, 139 en Italia, 161 Grecia. En Francia, de 109 en 1992, pasó a 111 al 1º de noviembre de 1994 ⁷. Dicho problema es un factor que, según se observa, presiona en favor de una apertura hacia la colaboración del sector privado.

El sistema penitenciario francés actualmente comprende establecimientos cuya gestión está asegurada por el Estado y por socie-

⁵ Tournier, Pierre, «Inflation carcérale et alternatives à l'emprisonnement» en «La documentation Française - Regards sur l'actualité», N° 206, diciembre 1994, pág. 47.

⁶ Id., pág. 48.

⁷ Id., pág. 48.

dades privadas, conforme a normas muy precisas. Esta forma de gestión mixta se consagró legislativamente en 1987. El marco jurídico estatuido ese año permite asociar personas jurídicas no estatales a la gestión de los nuevos establecimientos penitenciarios. Esto requirió de una adaptación del reglamento del Código de Procedimiento Penal, en el contexto de la cual se aprobó un estatuto de condiciones-tipo, que regulan las relaciones contractuales entre el Estado y las personas jurídicas (privadas) contratantes. De esta manera, el Estado ha confiado a particulares el diseño, la construcción y la instalación de establecimientos penitenciarios; asimismo, por el plazo de 10 años, se confiaron cinco funciones -hotelería y transporte; mantención; cocina y restaurant; trabajo y formación profesional; y atención de salud- a esos mismos particulares, habilitados para tal efecto por decreto del Consejo de Estado.

Así, a fines de 1994, se registraban ya en Francia 21 establecimientos con gestión mixta, en la modalidad referida ⁸.

Gran Bretaña

De no menor interés es la experiencia británica en este campo. Como se indicó en el Capítulo I, la historia temprana de la reforma de las prisiones en Gran Bretaña es, en gran parte, una crónica del sector privado cediendo el paso al control público: hasta que, en 1877, la responsabilidad de todas las prisiones locales y de condados fue transferida al Gobierno central, en la forma de Comisión de Prisiones.

Sin embargo, poco más de un siglo más tarde, hacia mediados de la década de 1980, se redespertó el interés por comprometer al sector privado en la construcción y operación de establecimientos penitenciarios. En 1987, un comité parlamentario recomendó, lue-

⁸ Comunicación de la Embajada de Francia en Chile a la Fundación Paz Ciudadana, 20 de diciembre de 1994. (Archivos de la Fundación).

go de una visita a los EE.UU., que la Secretaría del Interior (Home Office), a título experimental, facultase a compañías del sector privado para postular a la construcción y manejo de instituciones de custodia, particularmente centros de reclusión para procesados no sentenciados ⁹.

En una declaración de marzo de 1988, el Gobierno anunció que, como parte de la necesidad de atender a las agudas dificultades para albergar a la población penal, se proponía publicar un documento para discusión en torno a las opciones para una incorporación del sector privado en el sistema carcelario; al mismo tiempo, contrataría consultores para estudiar sus implicancias prácticas. Efectivamente, el documento referido se publicó en julio de 1988 y se designó como consultores a especialistas en administración, que evacuaron su informe en marzo del año siguiente ¹⁰. Habiendo considerado las respuestas recibidas en torno a estos documentos, el Gobierno anunció poco después que había llegado a la conclusión de que la construcción y gestión de centros penitenciarios era «factible en la práctica y aceptable en principio». Las mismas conclusiones se alcanzaron en relación con servicios de traslado y custodia de reclusos.

Mientras se buscaba dar los pasos iniciales para aplicar estas innovaciones, el Gobierno promovió la dictación de la legislación habilitante para ese efecto, que se contiene en la *Criminal Justice Act* de 1991. Se deseaba establecer un marco adecuado de salvaguar-

⁹ Fourth Report of the Home Affairs Committee: The Contract Provision of Prisons HC291, 25 March 1987. Para esta cita y toda la información aquí reseñada sobre Gran Bretaña, se ha consultado el documento «Private Sector Involvement in the Prison System of England and Wales. Contracts and Competition Group, HM Prison Service HQ, London, August 1994»; (disponible en los archivos de la Fundación).

¹⁰ Deloitte, Haskins and Sells, A Report on the Practicality of Private Sector Involvement in the Prison System»

días, controles y responsabilidades, tanto para la operación de un recinto penal por el sector privado como para el servicio de traslado de reclusos.

Se establecen como criterios básicos que la subcontratación no debe significar disminución en la calidad del servicio; si bien el Servicio de Prisiones, al igual que las demás reparticiones públicas, debe propender a la compra de bienes y servicios en el sector privado donde quiera eso redunde en ahorro, esto no puede llevarse hasta el extremo de comprometer los niveles de calidad y las responsabilidades que proceden respecto de los reclusos; la responsabilidad de última instancia claramente es de competencia del Estado; los tribunales resuelven quién debe ser enviado a prisión y por cuánto tiempo; el Servicio de Prisiones resuelve qué recintos se usarán para qué propósitos y, por esa vía, dónde será recluido cada preso en particular.

La supervigilancia del contrato respectivo se encomienda a un contralor (controller), que debe operar *in situ* en todo recinto entregado a una empresa privada. Dicho contralor debe ser un funcionario público, designado por el Secretario del Interior (Home Secretary) y su función consiste en mantener bajo inspección el manejo del recinto, investigar los reclamos de los reclusos contra los guardias y resolver respecto de presuntas infracciones disciplinarias cometidas por los reclusos.

Al igual que las demás prisiones, también aquellas administradas por el sector privado están sujetas a inspección por la Inspectoría de Prisiones, y tienen un «Consejo de Visitadores» independiente; éste consiste en un cuerpo de representantes de la comunidad, que tienen acceso irrestricto a la prisión y a los reclusos.

Naturalmente, en el régimen parlamentario británico, el Secretario del Interior (Home Secretary) conserva la responsabilidad política ante el Parlamento (conjuntamente con el Director General del Servicio de Prisiones, una agencia ejecutiva dependiente del Home Office) por la buena marcha de los recintos entregados a la empresa

privada. La legislación dispone también que el personal de vigilancia de las empresas privadas, así como sus programas de entrenamiento, deben ser aprobados por el Home Office.

La ley de 1991 inicialmente otorgó atribuciones para subcontratar la gestión de recintos penales nuevos, destinados solamente a procesados, si bien esa facultad podía extenderse, por acuerdo de ambas Cámaras del Parlamento. Así ocurrió, efectivamente, en 1992, cuando se hizo extensiva la facultad a recintos nuevos para condenados; y en 1993, cuando se extendió la posibilidad de abrir cárceles ya existentes a la gestión privada.

La ley también permite el traspaso de la gestión de parte de una prisión ya existente del sector público al privado, y faculta al contratista, con autorización del Secretario del Interior, a subcontratar la administración total o parcial del recinto.

En agosto de 1994 existían ya en Gran Bretaña tres recintos penales administrados por el sector privado, y un cuarto estaba licitado para serlo (recibiendo a los primeros reclusos en diciembre de 1995). Los tres recintos eran edificios nuevos, con una población de reclusos sentenciados, procesados y trasladados desde otras prisiones. Dos de tales recintos albergaban también delincuentes juveniles.

Los resultados de la gestión privada han sido, en general, positivamente evaluados -sin perjuicio de determinadas áreas de preocupación-, en términos tales que permitieron al Secretario del Interior anunciar, en septiembre de 1993, que la estrategia para la participación del sector privado en el área carcelaria sería inicialmente la siguiente:

- El 10% de las prisiones británicas (esto es, alrededor de 12 recintos) sería administrado por el sector privado, incluyendo los cuatro recintos citados, que ya lo están.

- Para llegar al porcentaje anterior, todas las nuevas prisiones serían subcontratadas al sector privado; el resto se seleccionaría de entre las existentes.

- Los recintos ya existentes que sean seleccionados como potenciales candidatos a la administración privada deberán ser sometidos a una prueba de mercado, y deberá invitarse a proponer una oferta a la administración existente. La selección se hará sobre la base del desempeño y del rango de mejoramiento.

A fines de 1994, el gobierno británico preveía que seis nuevas prisiones serían diseñadas, construidas, administradas y financiadas por el sector privado. El Servicio de Prisiones comprará servicios sobre la base de costo por plaza.

En suma, en el caso británico, a las objeciones doctrinarias que se formulan a la gestión privada en este sector se contraponen una situación de «creciente crítica a cómo funcionan las prisiones estatales», por lo que «el movimiento hacia la privatización no puede ser fácilmente descartado... Aumenta la sensación de que el Estado podría ser más vigilante cuando controla a organizaciones privadas que cuando se controla a sí mismo» ¹¹. Se argumenta que «la cuestión crítica no es tanto la relativa a si las prisiones son administradas con fines de lucro, como la relativa a si se aplican estándares aceptables al proporcionamiento y administración de los servicios carcelarios» ¹².

¹¹ «Privatizing Criminal Justice», edited by Roger Matthews; capítulo «Private Prisons and Penal Purpose», por Max Taylor y Ken Pease. Centre for Criminology, Middlesex Polytechnic. Sage Publications Ltd., London, 1989, pág. 178.

¹² Id.

Canadá

La participación del sector privado no es un concepto nuevo en el contexto de la justicia penal canadiense. A lo largo de todo el siglo XIX, voluntarios individuales y organizaciones sin fines de lucro colaboraron tanto con el gobierno federal como con los gobiernos estatales en sus esfuerzos para la rehabilitación de los delinquentes. Adicionalmente, numerosos servicios, como los de consejeros, consultores y psiquiatras, han sido subcontratados privadamente¹³. En esta atmósfera en evolución, el debate sobre el crecimiento de la colaboración privada se ha centrado en los tópicos tradicionales de calidad, responsabilidad, seguridad, costos y poder.

En septiembre de 1984 asumió el poder un gobierno conservador, tras una abrumadora victoria en elecciones generales. Siendo el objetivo principal del nuevo gobierno el crecimiento económico sostenido y la creación de empleo productivo, se establecieron como metas básicas el control del déficit presupuestario, un nuevo impulso a los negocios y el hacer al gobierno más eficiente en sus propias operaciones y menos obstructivo del trabajo del sector privado.

Con tal objeto, una veintena de grupos de trabajo se abocaron a estudiar cómo aplicar estas orientaciones en las diferentes áreas sociales. Uno de ellos estuvo dedicado al sistema judicial y, dentro de éste, al sistema carcelario, buscando una sustancial racionalización. Entre las recomendaciones del informe evacuado por dicho grupo, se incluyó la de «continuar su presente política de privatización de servicios, allí donde se pueda probar que la relación costo/beneficio es

¹³ «Privatization of Corrections: Two Canadian Perspectives», por Daniel Hawe, Howard Sapers y Paulette Doyle; capítulo 24 del libro «Privatizing the United States Justice System», editado por Gary W. Bowman, Simon Hakim y Paul Seidenstat. McFarland & Co., Inc, Publishers, Jefferson, North Carolina, 1992, pág. 295.

favorable»¹⁴. Se postuló, asimismo, asignar prioridad a las organizaciones privadas cuya base estuviera en la comunidad local, con el objeto de disponer de una significativa porción de supervisión por la misma comunidad.

La colaboración del sector privado con los servicios gubernamentales es considerada por las autoridades del sector penitenciario -Correctional Service of Canada (CSC)- como uno de los métodos de reorganización y reestructuración conducentes al cumplimiento de las metas macro-económicas. En ese predicamento, el CSC adoptó la siguiente definición: «Privatización es la contratación de programas y servicios, parcial o total, de organizaciones con o sin fines lucro, incluyendo contratos con individuos, pero excluyendo contratos con instancias del Gobierno Federal»¹⁵.

Un indicador del nivel de compromiso financiero del CSC con el sector privado se advierte en el hecho de que mientras en el año fiscal 1985-1986 se destinaron 60 millones de dólares a la contratación de servicios privados, en el ejercicio 1986-1987 esa suma había ascendido a 81,5 millones (35,8 % de aumento).

Se entiende que, en todo caso, el gobierno federal es el responsable legal de proporcionar los servicios carcelarios, cualquiera sea el vehículo o medio que elija para ese efecto, apelando -mediante contrato- a la infraestructura penitenciaria de las provincias o comunidades locales y, consecuentemente, al sector privado¹⁶.

Es de notar que Canadá presenta además, en la provincia de Alberta, una modalidad *sui generis* de acción del sector privado en

¹⁴ Id., pág. 298.

¹⁵ Id., pág. 305.

¹⁶ Id., pág. 313

lo penitenciario, «The John Howard Society». Es ésta una organización sin fines de lucro, integrada por voluntarios; en pequeños grupos o individualmente, ellos realizan significativas contribuciones para mejorar la calidad de las prestaciones del sistema de justicia.

Se trata de una fórmula con características virtualmente únicas en el mundo, según la cual ese peculiar voluntariado asume múltiples responsabilidades en diversas instancias del sistema judicial y carcelario, con un rango de acción que puede resultar sorprendente en países de organización más tradicionalmente estatal. Se estima que, entre otras ventajas, el voluntariado puede proporcionar un desafío de competencia, motivando al gobierno a ofrecer servicios de más alta calidad e impulsándolo a la evaluación y la reforma. Asimismo, el voluntariado puede extender su acción en áreas en las que el gobierno puede adolecer de falta de recursos o de capacidad ¹⁷.

¹⁷ Id, págs. 314 y ss.

VI. PROYECCIONES Y FACTIBILIDAD DE LA COLABORACION PRIVADA EN EL SISTEMA CARCELARIO

En contraste con lo expuesto en el capítulo anterior, para los países latinoamericanos virtualmente toda participación del sector privado en el sistema carcelario corresponde sólo a una eventualidad teórica, inédita, una idea a la que se oponen muchas resistencias. Estas pueden derivar tanto de definidas preferencias ideológicas por una acción protagónica del Estado, como de planteamientos doctrinarios que vinculan necesariamente la aplicación de una pena con un órgano íntegramente estatal. En otros casos, el rechazo a la intervención del sector privado en esta área obedece simplemente a una actitud de inmovilismo no analítico. En todo caso, corresponde a algo que se encuentra aún en el futuro hipotético.

En cambio, como se vio en páginas precedentes, esa experiencia tiene ya alrededor de dos décadas en Gran Bretaña, los EE.UU. y otros países desarrollados. Ha sido allí posible, en consecuencia, intentar una evaluación de los resultados en dicho lapso. Una apreciación reciente (1993) del caso norteamericano ha sido formulada por M. P. Sellers ¹, que sintéticamente reproducimos en el presente capítulo, por su interés para otros países que en la actualidad comienzan a evaluar esta posibilidad.

Viabilidad

En esta etapa del proceso de intervención privada en el ámbito carcelario, una cuestión prioritaria que se plantea se refiere a si ella es una opción viable para el futuro. Al respecto, los investigado-

¹ Sellers, Martin P., «The History and Politics of Private Prisons. A comparative Analysis». Associated University Presses, Cranbury, N. J., EE.UU., 1993, Cap. 6, págs 104 y ss.

res han identificado tres grupos de consideraciones.

En primer lugar, todos los actuales operadores de instalaciones privadas señalaron que, para contratar la operación de otras instalaciones, sin duda buscarían estados y jurisdicciones que mirasen favorablemente la participación privada en general y aquella en prisiones y cárceles en especial.

En los últimos cinco años, varios estados ya han aprobado legislaciones que habilitan para impulsar el crecimiento del sector privado en esta última área. Sin ese marco legislativo, las compañías privadas se muestran dubitativas frente al esfuerzo de intentar establecer una nueva industria, sólo para encontrarse, a mitad de camino, con una desordenada oposición o una moratoria en la aplicación, como fue el caso de Pennsylvania en la década pasada.

Una legislación que permita la actividad privada en este campo reflejará mejor que nada la intención de un estado en cuanto a apoyar la idea de acoger la colaboración privada en las prisiones y su disposición a participar en este movimiento. En la medida en que más estados aprueben legislaciones habilitantes al respecto, el futuro de semejante fórmula para la modernización de las cárceles y el mejoramiento de los sistemas de rehabilitación podrá mirarse con optimismo.

Otra consideración para la futura planificación de prisiones privadas es la relativa al costo-beneficio. En la medida en que el gobierno continúa creciendo y el gasto deficitario continúa inflando el déficit acumulativo total, los gobiernos en todos los niveles tendrán que mirar más atentamente en busca de fórmulas viables para reducir el gasto. En la experiencia norteamericana, las instalaciones penales privadas son operadas a un costo por interno inferior al de las instalaciones públicas. Adicionalmente, las instalaciones privadas tienen disponibles más programas de actividad que sus equivalentes públicos.

Asimismo, los estudios practicados indican que, a lo menos en dos de cada tres establecimientos privados, las condiciones generales son considerablemente mejores que en los establecimientos públicos comparables. Eso parece obedecer a la razón general de que estos últimos no funcionan con incentivos y, por lo tanto, lo hacen menos eficientemente. Pero, además, puede responder al hecho de que, siendo comparativamente tan pequeña la población de dichos establecimientos privados, cada uno de estos tiende a operar en el límite máximo de su eficiencia, a resultas de que observadores externos están siguiendo de cerca y evaluando sus operaciones. Cualquiera sea la razón, subsiste el hecho de que los operadores privados muestran más eficiencia, lo que se estima una razón importante para que los gobiernos examinen más atentamente la experiencia de las cárceles privadas, como alternativa a la entrega de tales servicios por el Estado.

Otra consideración que a este respecto se plantea en los EE.UU. tiene relación con los contratos y estándares. Si no existe una categórica especificidad en cuanto a requerimientos contractuales claros, y si falta el factor orientador de estándares expresamente acordados, existirá un alto grado de incertidumbre en la industria carcelaria privada. Mientras más alto sea ese grado, tanto más limitado será el incentivo para que oferentes privados y gobiernos contraten la operación de recintos penales. Lo anterior, porque la imprecisión contractual deriva en conflictos cuya resolución judicial resulta muy costosa.

Así, los estándares por los que deberá responder el operador privado deben estar muy bien definidos en el contrato. Adicionalmente, es determinante para el éxito de la relación contractual el que se dé un activo control y vigilancia del contrato por la instancia pública; esto es esencial para que un contrato claro y amplio constituya un instrumento confiable y viable para asegurar la producción y la eficiencia. El control del contrato debe concentrarse en tres aspectos principales: el costo de dicho control, que habitualmente es elevado; las técnicas y modalidades de ese control; y la

precisa determinación de quién deba llevarlo a cabo.

Otras disposiciones contractuales que en la práctica se han probado esenciales para una buena y sólida relación entre el gobierno y el proveedor privado son las siguientes: procedimientos relativos a la adjudicación de responsabilidades frente a problemas; sanciones precisas; requisitos de entrenamiento; opciones frente a evento catastrófico (quiebra, desastre, etc.); normas relativas a pagos; relaciones bien definidas con la policía; niveles de ocupación mínimos y máximos; y las clases de internos que se atenderán.

Con todo, hay quienes ² hacen ver que puede presentarse cierto conflicto entre la rigidez de un contrato y la capacidad de una empresa privada para ser innovadora y, por eso mismo, eficiente. Los contratos producen su propia forma de rigidez -observan- y será más difícil para un gobierno sujeto a contrato ordenar y controlar cambios marginales. ¿Cómo puede esperarse innovación de un contratante que no ofrecerá absolutamente nada más que lo exigido por el contrato y que, al mismo tiempo, no tiene siquiera la limitada flexibilidad de los programas correccionales estatales?

Sin embargo, este razonamiento de «todo o nada» es, claramente, un falso dilema: las cárceles privadas sí pueden tener cierta flexibilidad a algunos respectos, sin por eso tener rienda libre en todos los campos.

Eficiencia

Una segunda cuestión prioritaria en esta materia es la de establecer si las empresas privadas son o no capaces de proveer el mismo espacio de celdas y los mismos programas de rehabilitación que el Estado, a un costo igual o menor para los contribuyentes. Este punto ha sido difícil de precisar, por la falta de datos sistematizados. El

² i.a., Charles Logan, cit. por Sellers, op. cit., pág. 106.

Instituto de Justicia de los EE.UU. (INJ) intentó llegar a una respuesta mediante un estudio que encomendó en 1984, para determinar en qué medida los establecimientos penales estatales estaban celebrando contratos con el sector privado para la obtención de servicios tales como lavandería, alimentación, salud y otros. Dado el uso extensivo y creciente de tal contratación, se concluyó que los funcionarios públicos administradores del sistema carcelario efectivamente estimaban que resultaba más barato contratar externamente diversos servicios. De allí nació la fuerte inferencia de que también podría ser más barato subcontratar al sector privado un subsistema completo, como una prisión entera, por ejemplo.

Los estudios de terreno que se han practicado -aunque no sean aún globales, comprensivos de todos o la mayoría de los establecimientos penales privados en los EE.UU.-, muestran que los recintos privados son administrados a un costo menor para el contribuyente. Los crecientes esfuerzos de los gobiernos estatales o locales por privatizar los servicios carcelarios resultan de un análisis comparativo de costos.

Barreras

Una tercera consideración se refiere a identificar cuáles son las verdaderas barreras que inhiben o dificultan la entrada de empresas privadas al mercado de las prisiones privadas. Existen significativas diferencias entre lo que los operadores públicos y privados consideran barreras importantes. Sin embargo, unos y otros, así como la literatura especializada en este tema, concuerdan en que la barrera mayor para la participación privada en los establecimientos penales es el alto costo o la no disponibilidad de un seguro que cubra la responsabilidad civil por daños a terceros. Este factor ocupa el primer lugar en todos los sondeos al respecto.

Otros tres obstáculos que tienden a considerar significativos -tanto la literatura especializada como los funcionarios públicos del sector- se refieren a una posible disminución de la cantidad o calidad

de los servicios o programas que se entregan a los reclusos; a una probable disminución de la calidad del personal (especialmente guardias y consejeros para los reclusos); y a la inconstitucionalidad de la delegación gubernamental de facultades de policía en empleados de empresas privadas.

Estos mismos tres rubros, sin embargo, no son percibidos en absoluto como significativos por las encuestas realizadas a operadores privados de prisiones. En cambio, los privados destacan como importantes la oposición y el «lobby» adverso de los sindicatos nacionales; el clima político local (en el estado o condado correspondiente); la percepción general que exista en cuanto a que empresarios privados administren penales; la oposición de los funcionarios públicos; y la disponibilidad de capital. Los establecimientos penales privados que consideró el estudio de M. P. Sellers ³ señalaron haber podido superar tales obstáculos mediante esfuerzo, investigación y una actitud asertiva adoptada por las empresas matrices frente a los medios de comunicación y los grupos nacionales de oposición a esta idea.

A la luz de lo anterior, cabe preguntarse, ¿qué motivos puede tener el sector público para apoyar la colaboración del sector privado en prisiones y cárceles?

Desde la perspectiva del problema que plantea el crecimiento de la delincuencia a casi todos los países -a menudo con repercusiones de descontento público y crítica a las autoridades políticas respectivas-, la cárcel-industria aparece como un factor que facilita la rehabilitación y, consecuentemente, reduce la reincidencia y el nivel delictivo.

En segundo lugar, cabe considerar la calidad de vida de los reclusos, un tema que despierta reproches de las organizaciones de

³ Op.,cit., pág. 109.

derechos humanos en todos los países, incluso los más desarrollados, como Alemania, Estados Unidos, Japón y el Reino Unido, por ejemplo. También desde esta perspectiva, la experiencia de colaboración entre los sectores privado y público en sus distintas modalidades, incluyendo aquella de cárceles bajo administración privada, muestra, hasta ahora, resultados muy positivos.

Esto se debe, principalmente, a la cuidadosa reglamentación del sector carcelario que se produce al iniciarse la colaboración entre ambos sectores. Las reglamentaciones que normalmente se dictan en esa circunstancia exigen altos estándares de calidad a las cárceles de régimen mixto y las privadas. Lo anterior hace que, paulatinamente, las cárceles de exclusiva responsabilidad del sector público comiencen a sujetarse a los mismos estándares. Así, una de las ventajas que derivan de la colaboración privada y que redundan en una mejor calidad de vida de los reclusos, es esta nueva competencia entre las cárceles exclusivamente públicas y aquellas de régimen mixto o privado.

Se observa que los reclusos tienden a preferir la opción privada, y la instancia gubernamental parece poder controlar y corregir mejor los eventuales defectos de ésta que los propios.

En tercer término, según estudios realizados en los EE.UU., un motivo principal para continuar impulsando esa evolución sería el ahorro de recursos de los contribuyentes, mediante establecimientos privados operados más eficientemente. En el citado estudio de Sellers, no obstante, debe hacerse la salvedad de que los recintos considerados corresponden al nivel comunal o para menores. No contempla grandes penales estatales, por lo que la evaluación respectiva no es posible por ahora.

Una cuarta motivación observable en la experiencia norteamericana consiste en la dispersión del costo por responsabilidad judicial. Los operadores privados tienen, en efecto, un incentivo especial para precaverse contra la eventualidad de juicios por esta causa.

Los gobiernos, por su parte, pueden ahorrar recursos en la medida en que pacten con los privados contratos que, en determinadas condiciones, establezcan la improcedencia de sanciones monetarias en su contra, las que, en cambio, recaerían sobre los privados.

Finalmente, otra motivación para apoyar la colaboración privada en las cárceles en los EE.UU. ha consistido en que, por esa vía, el sector público aumenta su abanico de opciones de acción, al mismo tiempo que permite al sistema de justicia criminal evaluarse a sí mismo, por medio de análisis comparativos y constante control. Adicionalmente, las nuevas técnicas que desarrollen los operadores de penales privados podrían ser traspasadas a la operación de los penales públicos; a la inversa, técnicas que se prueben como positivas en el área carcelaria estatal pueden pasar a los penales privados. Se abre la posibilidad de que las empresas matrices cuyas filiales se adentran en la administración carcelaria privada, pueden llevar a los penales los beneficios de nuevas ideas, técnicas e innovaciones, que permitan que la rehabilitación de los reclusos sea una realidad y no sólo un sueño. La visión del juez Burger, de las cárceles como «fábricas dentro de rejas», podría realizarse en la práctica.

En los EE.UU., en un día cualquiera, 750.000 personas se encuentran detenidas en un penal, según cifras de 1993. Ese enorme conjunto de personas puede continuar subsistiendo en el ocio del sistema actual. Pero los gobiernos también podrían, por el contrario, arriesgar un quiebre con el *statu quo*, con miras a los posibles beneficios que puedan derivar de una creciente participación privada en los establecimientos penales ⁴.

Con legislación de apoyo, con contratos y estándares adecuados, y con las eficientes técnicas de operación de la empresa privada, el futuro de la referida participación privada en los recintos penales podría ser de crecimiento y de competencia con las instalaciones

⁴ Op Cit., pág. 110.

públicas, para beneficio de los reclusos, de la sociedad, del Estado y, también, de las empresas que se arriesguen en esta nueva actividad.

Desde una perspectiva más amplia, es de recordar que la prisión cobra crecientemente hoy, en los hechos, la posición más elevada en la escala de las penas, tras la supresión de las penas corporales y el desuso o supresión de la pena de muerte. Las sociedades modernas tienden a reconsiderar y replantearse el sentido y los efectos de las sanciones que aplican a sus miembros transgresores de las normas vigentes. De un modo u otro, se busca morigerar la antigua Ley del Talió. Así, si realmente se quiere que la cárcel sea algo más que una versión suavizada del «ojo por ojo», es imprescindible que ella ofrezca al menos una oportunidad de rehabilitación. Si hubiere consenso en que el trabajo es lo más conducente a ese fin, restaría el problema de resolver si es el Estado o el sector privado quien puede brindar mejores opciones al respecto, en cuanto a cantidad de plazas, condiciones de ambiente laboral, capacitación y, por sobre todo, potencial de empleo al retorno del recluso al medio libre.

Esa decisión debería dejar de ser una cuestión ideológica, para pasar a ser un asunto de hecho, mensurable con todas las técnicas de que disponen las ciencias sociales contemporáneas.

INDICE

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA	3
AGRADECIMIENTOS	5
INTRODUCCIÓN	7
I-. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	13
II-. LA NUEVA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA	27
III-. EL TRABAJO EN RECINTOS PENITENCIARIOS	43
IV-. EN PRO Y EN CONTRA	53
V-. OTRAS EXPERIENCIAS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SISTEMA CARCELARIO	71
VI-. PROYECCIONES Y FACTIBILIDAD DE LA COLABORACIÓN PRIVADA EN EL SISTEMA CARCELARIO	83