

ARRIAGADA, Isabel. "Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio."

Polít. crim. Vol. 8, N° 15 (Julio 2013), Art. 6, pp. 210 - 248.

[http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A6.pdf]

Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio. *

Isabel Arriagada Gajewski

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Investigadora del Centro de Estudios de la Justicia.

Universidad de Chile.

isabelarriagada@gmail.com.

Resumen

El artículo analiza la política pública de privatización carcelaria, atendiendo al debate sobre los valores institucionales comprometidos y los resultados empíricos obtenidos luego de su implementación. Se abordan los casos de Chile y Estados Unidos, ambos países en que se ha implementado políticas económicas de corte neoliberal asociadas a políticas de expansión penal. A nivel de valores, se sugiere que la privatización carcelaria promueve una alianza comercial contaminada, genera un profundo conflicto de legitimidad y ampara una noción de bien común insostenible. A nivel de resultados, se constata que la privatización de la gestión carcelaria, en cualquiera de sus variantes, ha incumplido con la promesa de aliviar los presupuestos fiscales en materia penal y entregar condiciones dignas de encarcelamiento a la población reclusa. Sin razones empíricas para sustentar su implementación, el artículo concluye apuntando la necesidad de volver hacia un debate ideológico sobre los valores comprometidos con esta manifestación de la penalidad neoliberal.

Palabras clave

Prisiones privadas, gestión penitenciaria, penalidad neoliberal, cárceles concesionadas.

Abstract

This paper analyses prison privatization policies, in particular the empirical results of such policies and the debate surrounding institutional values. The article tackles the cases of Chile and the United States, both countries in which neoliberal economic policies are linked with the expansion of tough criminal policies. With regards to values, the analysis suggests that prison privatization promotes a tainted commercial alliance between the State and private sector, generates a deep conflict of legitimacy and fosters an unsustainable concept of the common good. In terms of results, prison privatization, in all of its forms, has failed to fulfill the promise of relieving States' budgets and providing decent incarceration conditions. Without empirical reasons to sustain prison privatization, the article concludes by highlighting the need of an ideological debate of the values implicated in this manifestation of neoliberal penalty.

Key words

Private prisons, penitentiary management, neoliberal penalty, prison concessions.

Cuestiones preliminares

Desde los años ochenta en adelante, el terreno de la ejecución penitenciaria ha sido reconfigurado luego de la admisión del sector privado en el aparato carcelario. Pese a que la participación de privados en el sistema penitenciario tiene antecedentes históricos previos, ellos no se corresponden con la morfología actual del panorama de la privatización.¹ Aquello, porque el surgimiento de la prisión privada, tal cual hoy se la conoce, se inserta en un contexto político y económico neoliberal sin precedentes, motor de la carrera penal que se ha venido desplegando desde fines del siglo XX en Estados Unidos y que ha sido imitada por numerosos países del orbe, entre ellos, Chile.

En particular, el surgimiento de las cárceles privadas en Estados Unidos se desarrolla en el contexto político neoliberal de la era Reagan, cuyo programa adhirió a la tendencia de privatizar los servicios tradicionalmente proveídos por el sector público, propiciando así la decisión de liberalizar la gestión carcelaria.² Como en toda experiencia privatizadora, existió la expectativa estatal de contar con un socio capaz de entregar un servicio de igual o mejor calidad que aquel proveído por el Estado, a costos sustancialmente menores. Idealmente, la rentabilidad vendría dada por una reducción de costos no asentada en la

* Para la elaboración de este artículo conté con la valiosa guía de los profesores Jonatan Valenzuela y Gonzalo Medina y recibí significativos comentarios de Hernán Adasme, Guillermo Silva y la profesora María Inés Horvitz. Asimismo, quisiera agradecer a Ana Fox-Hoddes y a Lore Hepner por la revisión de la traducción de los textos en inglés. Por último, agradezco a los árbitros anónimos de Política Criminal por sus lúcidas sugerencias. Desde luego, las opiniones que en el artículo se expresan y todo error fáctico o de interpretación son de mi exclusiva responsabilidad.

¹ DOLOVICH, Sharon, "State punishment and private prisons", *Duke Law Journal* Vol. 55, n° 3 (2005), pp. 437-546, pp. 450-451. WACQUANT, Loïc, *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Trad. POLO, Margarita. Barcelona: Gedisa, 2010, p.247. RUIZ-JÁRABO, Dámaso, "Prisiones privadas", *Jueces para la democracia. Información y Debate* n° 8 (1989), 40-46 pp., p. 42. WHITE, Ahmed, "Rule of law and the limits of sovereignty: the private prison in jurisprudential perspective", *The American Criminal Law Review* Vol. 38, n° 1 (2001), pp. 111-146, pp. 129-130.

² La primera experiencia de privatización provendría del contrato celebrado por el *United States Immigration and Naturalization Service* (INS) para detener inmigrantes ilegales con audiencias de deportación pendientes a fines de los setenta. Sin embargo, el notorio ascenso de la privatización de las prisiones aparece cuando la primera entidad privada, *Corrections Corporation of America* (CCA), fundada en Nashville en 1983, se adjudicara extensos contratos con los estados de Texas y Tennessee. McDONALD, Douglas, "Public Imprisonment by private means: The re-emergence of private prisons and jails in the United States, the United Kingdom and Australia", *British Journal of Criminology* Vol. 34 n° 29. Número especial (1994), pp. 29-48, p. 30. En todo caso, cuál fuera la primera cárcel privada propiamente tal es una cuestión a la que se han dado distintas respuestas. Así por ejemplo, hay quienes consideran ser el Weaversville Intensive Treatment Unit, fundado en 1976 en Pennsylvania. AMAN, Alfred, "Privatization, prisons, democracy, and human rights: The need to extend the province of administrative law", *Indiana Journal of Global Studies* Vol. 12, n° 32 (2005), Legal Studies Research Paper Series, pp. 511-550, p. 528. DANA, Joel, *A Guide to Prison Privatization*, Washington: Heritage Foundation Backgrounder, 1988. Disponible en <http://www.heritage.org/research/reports/1988/05/bg650-a-guide-to-prison-privatization> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012], pp. 4-5.

disminución de la calidad del servicio, sino que en la flexibilidad y creatividad del sector privado en la gestión de la industria carcelaria,³ desplegadas en un mercado competitivo.⁴ Según Sharon Dolovich, la consigna fue la siguiente: “*Si contratistas privados pueden hacerse cargo por menos dinero que el Estado sin una caída en la calidad, entonces el Estado debería estar dispuesto a privatizar.*” (cursivas en el original).⁵ Se suma a ello, como describe Erick Schlosser, que en los ochenta las agencias estatales estadounidenses se veían como organismos inherentemente inútiles e ineficientes, frente a las cuales el sector privado, mediante contratos competitivos, podría construir cárceles más rápido y a menores costos, eludiendo las dilaciones burocráticas y proveyendo un servicio de mejor calidad a costos sustancialmente menores.⁶ El comentario de Martha Minow resulta ilustrativo: “Dada la decepción frente a las fallas en el sistema público, tiene sentido dar a otros la oportunidad de hacerse cargo”.⁷

A pesar de la diversidad de fórmulas de entrada del sector privado en la gestión penitenciaria, estos argumentos configuran el núcleo de toda decisión pro-privatización. Tanto en el *modelo de leasing* –en virtud del cual las empresas privadas, con capitales propios o aportados, diseñan, construyen e implementan el recinto penitenciario para luego traspasarlo al Estado cuando éste haya pagado por dichas prestaciones en el plazo convenido–; como en el *modelo de privatización* –que delega absolutamente la actividad penitenciaria en el sector privado, encargándose el Estado de su fiscalización–; como el *modelo mixto* –que delega algunas actividades al sector privado, encargándose el Estado de cumplir las funciones de seguridad y vigilancia de los reclusos al interior del establecimiento–, ha tenido lugar esta misma visión de la gestión privada.

Con este trabajo propongo demostrar que este recurso al sector privado presenta, al menos, dos problemas. El primero es que la argumentación sobre la base de la eficiencia se desenvuelve en un campo de juego empresarial, aparentemente neutro y que hace un enfrentamiento gerencial de los costos y beneficios originados por el aparato penal.⁸ Al modelo de gestión o *management* le son ajenos los argumentos que apelan a valores, adhiriendo a una filosofía consecuencialista que interpreta las acciones de acuerdo al

³ En este sentido, MINOW, Martha, “Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion”. *Harvard Law Review* Vol. 116, Nº 1229 (2003), pp. 1229-1270, p. 1245.

⁴ PRATT, Travis C., MAAHS, Jeff, “Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research”, *Crime and delinquency*, Vol. 45 nº 3. 1999, pp. 358-371. p. 360.

⁵ Traducción personal. Texto original en inglés: “[I]f private contractors can run the prisons for less money than the state without a drop in quality, then states should be willing to privatize”. DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota nº 1, p. 438.

⁶ SCHLOSSER, Eric, “The Prison-Industrial Complex”, [En línea] *The Atlantic Monthly*, 1998. Disponible en web <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1998/12/the-prison-industrial-complex/4669> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].

⁷ Traducción personal. Texto original en inglés: “Given disappointment with failures in public systems, allowing others to take a turn makes sense”. MINOW, “Public and Private”, cit. nota nº 3, p. 1242.

⁸ El surgimiento de la cultura del *management* en el sector penal se encuentra descrita profusamente en la obra de David Garland. GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. SOZZO, Máximo. Barcelona: Gedisa, 2005.

beneficio o perjuicio que ellas reportan y no a su corrección.⁹ O, como destaca David Schichor:

“Típicamente, el tema de la privatización penitenciaria se debate sobre fundamentos utilitarios, el argumento más fuerte se centra en la efectividad de costos, mientras temas como la ética, el simbolismo, la motivación y la responsabilidad son dejados de lado”(cursivas en el original).¹⁰

El debate debe primero replantear su disposición a afrontar la controversia sobre los valores comprometidos en el proceso de privatización carcelaria, para solo luego discutir en torno a su eficiencia.

Una vez evaluado el sistema de privatización carcelaria en clave axiológica, el segundo problema que debe abordarse es el argumento de la eficiencia. Existe una premisa errada cuando se afirma el éxito de la gestión privada. Esto debido a que, en general, se la compara con el precario nivel de servicio proveído por el sector público y no con un estándar que satisfaga condiciones dignas de encarcelación. En este sentido y como expongo a continuación, el éxito de la gestión privada es un triunfo aparente, ya que no existen garantías, ni teóricas ni empíricas, de que la gestión en manos privadas pueda ser, o haya sido, efectivamente eficiente. En definitiva, ni a nivel valorativo ni a nivel económico el recurso a capitales privados en la industria carcelaria se ve justificado. A continuación, el desarrollo de ambas dimensiones de la discusión.

1. La discusión en torno a valores.

El entendido consecuencialismo detrás de la privatización carcelaria adopta como principio el hecho de que, *si la intervención de privados trae consigo la disminución de costos en materia penitenciaria, construyendo cárceles de manera más rápida y menos onerosa, entonces la privatización de las cárceles satisfaría al bien común*,¹¹ sea que se lucre o no mediante dicha intervención. De esta afirmación emergen varias dificultades, entre ellas, el vínculo comercial desde la que se asienta, el conflicto de legitimidad que elude y la noción de bien común que emplea.

1.1. Una alianza comercial perversa.

La alianza comercial que asienta a la privatización carcelaria trastorna los vínculos primarios de la actividad penitenciaria y altera el *qui bono* (a quien beneficia) de la

⁹ Al menos en este contexto, la referencia al consecuencialismo no atiende a las teorías sobre la justificación del castigo, sino al fundamento de las políticas privatizadoras carcelarias.

¹⁰ Traducción personal. Texto original en inglés: “Typically, the issue of correctional privatisation is debated on utilitarian grounds, the main supporting argument centring on cost effectiveness, while such issues as ethics, symbolism, motivation, and accountability are neglected”. SCHICHOR, David, “Private prisons in perspective: some conceptual issues”, *The Howard Journal*, Vol. 37, n° 1 (1998), pp. 82-100, p. 82.

¹¹ En palabras de Schichor: “Consecuentemente, la idea tras la privatización de las prisiones es que si los costos correccionales son reducidos y las cárceles son construidas más rápido y a menor costo, el bien común será respetado”. Traducción personal. Texto original en inglés: “Consequently, the idea behind the privatisation of prisons is that if correctional costs will be reduced and prisons will be built faster and less expensively, then the public good will be served”. SCHICHOR, “Private Prisons”, cit. nota n° 10, p. 83.

industria. Básicamente, la estructura económica de las cárceles públicas contempla la existencia de un proveedor, el Estado, cuya finalidad es servir a dos entidades: a la población reclusa, destinataria de un servicio –que puede ir desde el alojamiento hasta la rehabilitación– y a la sociedad¹², acreedora de la provisión de castigo. Es así que las agencias estatales actúan tanto en calidad de proveedoras de un servicio (para la población reclusa) como de garantes de valores públicos (para la sociedad). En cambio, en las cárceles construidas y/o operadas por el sector privado, existe un primer vínculo que relaciona al Estado (a quien calificaré como cliente) con el sector privado (su contraparte), y un segundo vínculo que liga al sector privado (en calidad de proveedor del servicio) con los reclusos (a quienes puede calificarse como usuarios). La tríada es reproducible en todas aquellas prestaciones sociales que sean proveídas por privados y financiadas por el Estado, tal como ha sucedido en algunos países con las áreas de vivienda, educación y salud. Entre los inconvenientes que conlleva la introducción de este nuevo partícipe, en su calidad de intermediario, se encuentran el debilitamiento de los valores públicos detrás de la provisión de servicios sociales, el distanciamiento de la sociedad como agente relevante y la dificultad de distinguir con claridad al beneficiario del servicio (¿el Estado?, ¿la sociedad?, ¿la población reclusa?), erradicando la identidad pública de los esfuerzos sociales tras la actividad.¹³ Ello desdibujaría las responsabilidades correspondientes, ya que el paso desde un aprovisionamiento otorgado por el Estado a uno otorgado por privados significa también el paso desde una sustantiva responsabilidad política a una formal responsabilidad técnica.¹⁴ Este peligroso obscurecimiento de los límites de lo privado y lo público origina la dificultad de establecer el régimen jurídico y de responsabilidad a que se deben someter las autoridades gubernamentales y las agencias privadas operadoras de la cárcel.¹⁵

Por otra parte, involucrar a un nuevo agente en la estructura transaccional aumenta las posibilidades de fraude, ya que habría una desconexión entre quien paga (el Estado) y quien recibe el servicio (los presos).¹⁶ Además, a diferencia de la habitual relación de prestación de servicios entre proveedor y usuario, el “consumidor” de prestaciones sociales (como salud, educación o servicios penitenciarios) se encuentra en una situación particularmente compleja. Este “cliente”, entre otras características, sostiene una relación de sujeción con el proveedor, usualmente intensa y duradera, por lo que difícilmente puede optar por un servicio alternativo, encontrándose las más de las veces impedido de sustituir su vinculación. A modo de ejemplo, el habitante de una vivienda social se encuentra (i) ligado a ella al menos por todo el tiempo que le lleve pagarla; (ii) la mayoría de las veces pertenece a sectores pobres y desprotegidos de la sociedad; y (iii) carece del poder político

¹² Por conveniencia metodológica, trato al Estado como un campo burocrático distinto y no necesariamente representativo de la sociedad en su conjunto.

¹³ MINOW, “Public and Private”, cit. nota nº 3, p. 1230.

¹⁴ WHITE, “Rule of law”, cit. nota nº 1, pp. 138-139.

¹⁵ WHITE, “Rule of law”, cit. nota nº 1, pp. 138-139.

¹⁶ “Uno de los mayores problemas que enfrenta una situación en la que una parte rinde un servicio a una segunda parte, que es pagado por una tercera parte, es el fraude que el sistema puede generar”. Traducción personal. Texto original en inglés: “*One of the main problems faced in a situation when services are rendered by one party to a second party with payment made by a third party is the fraud that the system can generate*”. JAYEWARDENE, C.H.S.; TALBOT, C.K., “Entrusting corrections to the private sector”, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* nº 26 (1982), pp. 177–187. En: SCHICHOR, “Private Prisons”, cit. nota nº 10, p. 90.

para reclamar por el servicio.¹⁷ En particular, en el caso de la población carcelaria, se suma que su sujeción al servicio se basa en medidas coercitivas que la exponen a constantes abusos;¹⁸ despojada de todo tipo de libertades civiles, la población reclusa se convierte en una minoría a la que se le ha arrebatado la posibilidad de objetar la opresión que se efectúa en su contra.¹⁹ A esta distorsión contribuye una característica distintiva de la industria de la prisión, constituida por la circunstancia de que la actividad que subyace a la relación comercial público-privada no es generar beneficios sociales (como en vivienda, educación y salud), sino impartir justicia infligiendo castigo, haciendo aún más ardua la discusión sobre la posibilidad de generar lucro mediante la cooperación con el ejercicio del poder punitivo estatal.²⁰

A modo de réplica, se ha sostenido que los efectos negativos de la intervención privada podrían ser prevenidos y/o subsanados mediante un correcto control de la actividad llevado a cabo por fiscalizadores especializados.²¹ A ello puede a su vez responderse que la supervisión conlleva también una serie de problemas. Así las cosas, no existen incentivos en la autoridad para mantener una labor constante de monitoreo, puesto que generalmente los recursos se destinan a nuevas inversiones y no a la fiscalización y conservación de las obras vigentes. Además, la actividad fiscalizadora aumenta los costos asociados a la industria, enfrenta a una inabarcable variedad de actividades, se expone a la cooptación de los funcionarios fiscalizadores mediante corrupción o soborno, se encuentra a cargo de las mismas agencias estatales inicialmente criticadas por su inherente ineficiencia y se ve generalmente impedida de acceder a documentos privados pertenecientes a opacas empresas privadas.²²

¹⁷ SCHICHOR, “Private Prisons”, cit. nota n° 10, p. 88.

¹⁸ SCHICHOR, “Private Prisons”, cit. nota n° 10, p. 88.

¹⁹ En el caso chileno, se suma la circunstancia de que la ejecución de la pena privativa de libertad se encuentre reglada vía Decreto (DS 518 de 1998), de inferior rango que una norma legal y por lo tanto sujeto a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo. STIPPEL, Jörg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. Santiago: Editorial LOM, 2006, p. 29.

²⁰ La crítica puede ser matizada distinguiendo entre un sistema de privatización parcial, como el norteamericano, y un sistema de privatización parcial o mixto, como el chileno. Sobre todo considerando que en los sistemas mixtos no existe delegación de las medidas coercitivas, que solo pueden ser ejercidas por agentes públicos.

²¹ Así, por ejemplo, en un persuasivo análisis, Martha Minow propone una fuerte labor de fiscalización en caso de privatizar la provisión de servicios educacionales, penitenciarios y sociales, con el propósito de contrarrestar los peligros de la intervención privada. MINOW, “Public and Private”, cit. nota n° 3, p. 1242.

²² Al respecto, WHITE, “Rule of law”, cit. nota n° 1, p. 136 y p. 140. AMAN, “Privatization”, cit. nota n° 2, pp. 533 y ss. Sobre la situación en Chile, se ha sostenido que la obligación de permitir el acceso a información no se restringiría solo a órganos públicos, sino que incluiría a todo órgano cuya función estuviera asociada al interés público: “La función pública no debe confundirse con la función estatal, ya que en Chile son múltiples los casos en que, mediante concesiones, empresas privadas ejecutan fines propios del Estado, por lo que también ejercen una función pública. Tal es el caso, por ejemplo, de las cárceles concesionadas”. Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010. p. 148. Aún así, el hermetismo en el funcionamiento de las prisiones es considerado un problema estructural a todo sistema carcelario. Al respecto, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2007. p. 52. Todos los informes se encuentran disponibles en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/archivo/informe-anual/> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].

Finalmente, y cerrando la descripción de las complejidades de la relación comercial que entraña la industria carcelaria, el rol del lucro en esta actividad se vuelve un punto ineludible. Pese a que existan quienes, aún siendo opositores a la privatización, han considerado irrelevante la discusión sobre el lucro, puede afirmarse que las motivaciones que inducen a contratar orientan la forma en que los individuos y las organizaciones se comportan y actúan.²³ La introducción de agentes privados en la provisión de prestaciones estatales implica admitir a un nuevo sujeto interesado comercialmente, pudiendo afirmarse que tanto directivos como accionistas se encuentran atraídos por la posibilidad de generar utilidades en beneficio propio. Esto significa, según David Schichor, pasar desde un tipo de organización orientada al bien común hacia una organización orientada al interés empresarial.²⁴ El lucro, entendido como los márgenes de ganancia que obtiene la empresa privada, es un factor que expone a la provisión de servicios penitenciarios a una potencial y peligrosa reducción de costos ya no mediante una gestión eficiente, sino a través del menoscabo en la calidad.²⁵ Además, como sostengo en lo siguiente, deforma los propósitos tras la expansión de la industria de la prisión y desfigura la labor del encarcelamiento como actividad pública.

1.2. El conflicto de legitimidad.

El conflicto de legitimidad que envuelve la decisión por la privatización carcelaria se enmarca en el debate sobre si la soberanía estatal en el ejercicio del poder punitivo se ve o no vulnerada con la participación de agentes privados. Algunos podrían pensar que, al ser el ejercicio del poder punitivo una labor considerada tradicionalmente estatal, la intervención privada pondría en tela de juicio al monopolio que desarrolla el Estado sobre la actividad penitenciaria.²⁶ Las opiniones sobre las consecuencias de la participación del sector privado en este ámbito son divergentes. Paul Verkuil afirma que la privatización carcelaria no constituiría un caso preocupante de externalización, como sí lo sería, por ejemplo, el caso de la contratación por el gobierno de Estados Unidos de servicios militares privados en la guerra de Irak. Ello gracias a que los supuestos contractuales y compromisos mutuos tras los convenios de privatización carcelaria la convierten en un fenómeno manejable y sujeto al efecto disciplinante de la resolución de contratos, distinto a lo que sucede en los procesos no licitados ni fiscalizados de militarización en Irak.²⁷ Para otros, la intervención privada en materia de justicia y seguridad, y en particular la privatización de las prisiones, atentaría directa y dramáticamente contra el monopolio del poder punitivo estatal. Es la posición

²³ SCHICHOR, "Private Prisons", cit. nota nº 10, p. 87.

²⁴ Sobre la descripción de ambos tipos de organizaciones, públicas y privadas, SCHICHOR, "Private Prisons", cit. nota nº 10, p. 88.

²⁵ Hasta el punto, como sostienen algunos, de posibilitar la manipulación de las tasas de ocupación de los reclusos. WHITE, "Rule of law", cit. nota nº 1, p. 141.

²⁶ Sobre las necesarias precisiones terminológicas, con "poder punitivo" entenderé a la función de ejecutar las penas y las labores que la acompañan. En todo caso, como fuera referido más arriba, el conflicto se acentuaría en un modelo de privatización absoluta, que delega la construcción, operación y guardia en agentes privados, y se matizaría en un modelo de privatización mixto como el chileno, en que el sector privado se encuentra encargado del diseño, construcción, equipamiento y operación de las cárceles mientras la dirección y seguridad del establecimiento continúan a cargo de funcionarios públicos.

²⁷ VERKUIL, Paul, *Outsourcing Sovereignty: Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What We Can Do About It*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 39.

sostenida por David Garland, quien afirma que actualmente las naciones que se hallan en el período de “modernidad tardía” transitan bajo el influjo de fuerzas estructurales que las enfilan “desde un sistema diferenciado de control del delito monopolizado por el Estado a un sistema des-diferenciado que involucra asociaciones entre actores estatales y no estatales”.²⁸ El Estado, en estos casos, se reconocería incompetente para enfrentar el control del delito y favorecería políticas adaptativas, como las asociaciones con el sector privado, manifestadas en, por ejemplo, “[un] sorprendente crecimiento de las prisiones privadas, luego de más de un siglo en el que la administración de las instituciones penales se desarrolló como una función estatal que excluía los intereses privados o comerciales”.²⁹⁻³⁰ Por otra parte, ofreciendo una interpretación distinta, Ahmed White sostiene que el efecto de la intervención privada en este ámbito más bien significaría una simultánea expansión de la soberanía estatal acompañada de una fusión o interpenetración completa de las esferas privada y pública, dada por una extravagante e insidiosa acumulación de poder estatal en un contexto en que dicho poder se ha desplegado de una manera extensa e irracional.³¹ En el mismo sentido, Dolovich afirma que, aunque la privatización de las prisiones sea generalmente tratada como una ruptura radical con las prácticas penales tradicionales, la privatización carcelaria no constituye una aproximación aislada o aberrante al castigo, sino que más bien forma parte de una extensión lógica del sistema penal en su conjunto.³²

Volviendo a White, dado que las cárceles privadas, sea cual sea el grado de privatización que ostenten, representan una función inherentemente pública (y son financiadas, de alguna u otra manera, con recursos estatales), ellas dan lugar a un peligroso obscurecimiento de los límites de lo privado y lo público que coadyuvaría a la expansión del brazo penal del Estado, precipitaría el fracaso del ideal de restricción soberana respecto del *ius puniendi* y promovería una concomitante reducción de libertades negativas. O, en otras palabras, si privatizar las cárceles tiene como propósito perfeccionar la efectividad del control estatal, la privatización carcelaria devendría orgánicamente antagónica a las pretensiones de Estado mínimo liberal y a las funciones del Estado de Derecho en tanto límite al poder soberano.³³

Como puede concluirse, tanto Garland como White describen a la intervención de los agentes privados como una política incoherente con las premisas fundantes del Estado mínimo liberal.³⁴ En la vereda opuesta, Loïc Wacquant sostiene no existir ni erosión del poder estatal ni discordancia con las pretensiones del Estado mínimo, ya que justamente la

²⁸ GARLAND. “La cultura”, cit. nota n° 8, p. 21.

²⁹ GARLAND. “La cultura”, cit. nota n° 8, p. 57.

³⁰ En general, a quienes sostienen que la participación privada merma una función que debiese ser considerada inherentemente pública, se les ha criticado ser insensibles a las implicancias prácticas que pudiera tener para la población reclusa la optimización de la calidad del servicio mediante la gestión privada y desconocer que los estándares de calidad ofrecidos por el sector público dejan bastante que desear. DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota n° 1, p. 443.

³¹ WHITE, “Rule of law”, cit. nota n° 1, pp. 112-113.

³² DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota n° 1, p. 439 y p. 507.

³³ He empleado aquí la noción de Estado de Derecho para traducir la expresión “Rule of law”, aun cuando se ha discutido si son o no conceptos equivalentes.

³⁴ Aunque White, no así Garland, parece más bien referirse a las premisas de Estado mínimo de la tradición liberal clásica y no necesariamente a las premisas de la vertiente neoliberal. La distinción es inconducente en la medida en que ambas doctrinas coinciden inicialmente en la promoción de las libertades negativas de los individuos.

reducción del Estado ofrecida desde las ideas neoliberales se propone solo respecto a su dimensión social, mientras, al mismo tiempo y necesariamente, exige la expansión y fortalecimiento del campo penal estatal. Entre las manifestaciones del vigor de este Estado penal, estaría “el resurgimiento y crecimiento espectacular de los operadores correccionales privados, asistentes del Estado”,³⁵ constituyéndose, la cárcel privada, en Estados Unidos al menos, en un “componente ineludible del paisaje penal”.³⁶

1.3. Una extraña visión de bien común.

En cuanto a la noción de bien común que emplea, ya he referido que el consecuencialismo detrás de la privatización carcelaria realiza un aserto inicial: que la alianza público-privada en materia penitenciaria permite construir cárceles a mayor velocidad y, a la vez, reducir los costos estatales tanto en la construcción como en la operación de cárceles, dando por sentadas a 1) a la *reducción del gasto fiscal* y 2) la *expansión de la infraestructura carcelaria* como finalidades constitutivas de bien común. Desde esta premisa se destiejen distintas críticas, vinculadas sobre todo al examen del campo económico contiguo al debate sobre la privatización penitenciaria que, pese a exceder con creces el terreno de este trabajo, permite al menos levantar el punto sobre las bases desde las que se asienta la política pública de intervención de capitales privados en terreno penitenciario.

En primer lugar, sobre la reducción del gasto público como finalidad constitutiva de bien común, en una primera lectura, invocar, sin matiz alguno, a la *reducción del gasto público* como finalidad social aparece como una petición de principios que supone adherencia a una matriz ideológica neoliberal dura, que privilegia el control de la inflación y el saneamiento de las arcas fiscales en lugar del pleno empleo y las protecciones sociales.³⁷ Empero, atendiendo a los matices del discurso penal actual, una segunda lectura permite sostener que el invocar la *reducción del gasto público* como finalidad social *a través del sector privado* unido al objetivo de *expandir la infraestructura carcelaria*, esconde más bien (bajo el eslogan neoliberal de la reducción del gasto público) la colosal inversión estatal que en realidad se efectúa en materia penitenciaria.

Con todo, hay quienes que, justificando el aserto inicial, han sostenido que la reducción del gasto público en materia penitenciaria se ha instituido con el propósito no de meramente resguardar las arcas fiscales, sino de utilizar el excedente invirtiendo en otras áreas del Estado. Las palabras del ex subsecretario del Ministerio de Justicia en Chile, Jaime Arellano, son ilustrativas:

“La priorización de los fondos del Estado hacia áreas tan sensibles para la ciudadanía como salud, vivienda y educación (...) ha sido uno de los elementos decisivos para optar, en el caso de Chile, por un modelo de alianza público-privada en la renovación del sistema carcelario”.³⁸

³⁵ WACQUANT, “Castigar”, cit. nota nº 1, p. 163.

³⁶ WACQUANT, “Castigar”, cit. nota nº 1, p. 249.

³⁷ HARVEY, David, *Breve historia del neoliberalismo*. Trad. VARELA, Ana. Madrid: Ediciones Akal, 2007, 256 p., *passim*.

³⁸ ARELLANO, Jaime, “Reforma Penitenciaria: El caso del programa de concesiones en infraestructura penitenciaria en Chile”. En: Seminario Justicia y Gobernabilidad Democrática del Centro de Estudios de

Esta versión de los propósitos de privatización puede ser considerada, a la luz de los antecedentes que veremos más adelante, una declaración de buenas intenciones ajena al programa político que se concreta finalmente. Cabe afirmarse existir en Chile, y en general en los países dentro de la tendencia, un programa político que propende a la reducción del rol social estatal, mientras en simultáneo se experimenta un explosivo desarrollo penitenciario unido a un correlativo aumento de la inversión fiscal focalizada en el área penal, ambos fenómenos facilitados por la racionalidad de la penalidad neoliberal.

En segundo lugar, que la premisa inicial invoque a la expansión de la infraestructura carcelaria como finalidad constitutiva de bien común provoca una distorsión escabrosa. Ello porque supone que el encarcelamiento constituye una estrategia exitosa para enfrentar a la delincuencia y aliviar el problema de la sobrepoblación penitenciaria.³⁹ Sin embargo, la política de encarcelar –intervengan o no privados en ella– envuelve problemas entrelazados a nivel de individuos, comunidad y sociedad de los que la reducida extensión de este análisis impide dar cuenta cabal. Baste por ahora mencionar algunos de ellos. Sobre el impacto del encarcelamiento en los individuos, existe influencia negativa en varios niveles. Sobre la integridad física, estudios dan cuenta de inadecuada alimentación, envejecimiento prematuro, expansión de epidemias y contagio de enfermedades infecciosas producto de precarias condiciones higiénicas, altos niveles de hacinamiento y permanente contacto íntimo entre reclusos.⁴⁰ A nivel psicológico, se ha constatado que la cárcel produce baja autoestima, aumento de agresividad, depresión y estrés coetáneo y posterior al período de encierro.⁴¹ En cuanto a sus perspectivas post-liberación, pese a que algunos confían en la posibilidad de entregar a los presos condiciones que mejoren su “capital humano” mediante programas de educación, capacitación y salud, la evidencia da cuenta de que los contactos criminógenos intracarcelarios favorecen la habilidad delictiva de los individuos y expanden las redes sociales de la delincuencia,⁴² contribuyendo al fracaso de la mayoría de aquellos programas. Además, se ha sostenido, el encarcelamiento cerraría el paso de las dos vías más importantes para evitar la reincidencia: el empleo estable y el matrimonio.⁴³ O también, encarcelar implica truncar trayectorias académicas, profesionales y/o laborales, viéndose los ex reclusos imposibilitados de retomar sus vidas e impedidos de encontrar

Justicia de las Américas y Ministerio de Justicia de Chile, 2003, Santiago de Chile. p. 6. Disponible en http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/2097-reforma-penitenciaria-el-caso-del-programa-de-concesiones-en-infraestructura-penitenciaria-en-chile [Última visita realizada el 12 de noviembre de 2012]. p. 2.

³⁹ O, como se señala insistentemente por los defensores de la “ley y el orden”: “las cárceles funcionan”. WACQUANT, “Castigar”, cit. nota n° 1, p. 244.

⁴⁰ MASSOGLIA, Michael, “Incarceration as exposure: The prison, infectious disease and other stress-related illnesses”. *Journal of Health and Social Behavior* Vol. 49, Marzo (2008), pp. 56-71, p. 57.

⁴¹ MASSOGLIA, “Incarceration”, cit. nota n° 40. El análisis de Michael Massoglia da cuenta exhaustiva de la relación entre el encarcelamiento, sus consecuencias sociales y políticas, y las enfermedades asociadas a él, tanto durante el período de confinamiento como luego de la liberación. Más someramente, WACQUANT, “Castigar”, cit. nota n° 1, p. 246.

⁴² WATTS, Harold, NIGHTINGALE, Demetra, “Adding it up: The economic impact of incarceration on individuals, families, and communities”, *Journal of the Oklahoma Justice Research Consortium* Vol. 3, Agosto (1996), pp. 55-62, p. 60.

⁴³ WACQUANT, “Castigar”, cit. nota n° 1, p. 246.

empleo estable con salarios decentes,⁴⁴ condenados a cargar de por vida con el estigma de su confinamiento. A nivel de comunidad, el encarcelamiento arrasa con los núcleos sociales de origen de la población reclusa, ya que importa desestabilización de hogares, reducción de ingresos familiares, interrupción de vidas en pareja, sustracción de niños del cuidado de sus padres, estigmatización y distorsión de la vida social en barrios marginales y la perpetuación del círculo de la delincuencia. Finalmente, el encarcelamiento tiene efectos devastadores en la estructura social, ya que genera una disminución del potencial económico de hombres y mujeres en edad activa e introduce, tras la liberación de reclusos no capacitados, un factor adicional de desempleo.⁴⁵

A la luz de estas consecuencias, sumadas al vínculo comercial y a los problemas de legitimidad que se expusieran más arriba, la concatenación entre los intereses del sector privado y la promoción de la expansión carcelaria se vuelve aún más problemática. Si asumimos que quien dirige una empresa busca generar utilidades y expandir su negocio, y si esa empresa pertenece a la industria carcelaria, entonces la finalidad del empresario de cárceles será el crecimiento tanto de la infraestructura penitenciaria como del universo de la población reclusa. El fenómeno, apunta Eric Schlosser, sería equivalente a la lógica de la industria hotelera: tal como un hotel, la cárcel tiene fuertes incentivos para tener reservadas todas sus habitaciones y para alentar a cada huésped a permanecer tanto como sea posible.⁴⁶ La concreción de estos intereses, según algunos, traería consigo una amplia variedad de estrategias y maniobras políticas orientadas a influir en el gobierno y/o en el congreso con el fin de generar decisiones favorables a los intereses privados. Entre los objetivos de dicha influencia estarían, por ejemplo, la promoción de la industria carcelaria, la ampliación del catálogo de conductas sancionadas con prisión⁴⁷, la reducción de los estándares de calidad del funcionamiento y la aceleración indebida de trámites burocráticos o administrativos. El resultado incluiría la aplicación de leyes, la dictación de sentencias y la implementación de medidas sometidas a los intereses financieros del sector privado inconsistentes con el socorrido llamado a la racionalización del uso de la prisión.⁴⁸ La realidad confirmaría esta

⁴⁴ WESTERN, Bruce, "The impact of incarceration on wage mobility and inequality", *American Sociological Review*, Vol. 67 (2002), pp. 526-546. WATTS/NIGHTINGALE, "Adding it up", cit. nota nº 42.

⁴⁵ En la experiencia estadounidense, el conocido estudio realizado por Bruce Western y Katherine Beckett comprobó que, al corto plazo, las altas de encarcelamiento derivan en una disminución de las tasas de desempleo, mientras que, al largo plazo, el encarcelamiento reduce las perspectivas laborales de los ex convictos, provocando un aumento general de la cesantía. BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce, "How unregulated is the U.S. labor market? The penal system as a labor market institution", *The American Journal of Sociology*, Vol. 104, nº 4, (1999), pp. 1030-1060.

⁴⁶ SCHLOSSER, "The Prison-Industrial", cit. nota nº 6, *passim*.

⁴⁷ WHITE, "Rule of law", cit. nota nº 1, p. 142.

⁴⁸ En el caso del sistema de privatización estadounidense, en que la labor de custodia se encuentra también encomendada a agentes privados, la situación es aún más compleja: "Estas oportunidades permiten a los empleados privados interpretar un rol cuasi-judicial, como en el caso de informes disciplinarios, los que pueden afectar los beneficios del recluso y sus condiciones de confinamiento, incluyendo la pérdida de ciertos privilegios y ser mantenido en celdas aisladas. Esta posibilidad claramente contradice el principio de que el castigo debe ser determinado por los tribunales que representan al Estado y que solo la administración del castigo debe ser delegada a entes privados. Lo anterior puede llevar a circunstancias en las que empresas de prisiones privadas, para mantener sus instalaciones completamente ocupadas, apliquen políticas gerenciales que aumenten el número de casos disciplinarios, llevando a la revocación de beneficios y a estadías más largas en prisión". Traducción personal. Texto original en inglés: "*These opportunities allow private employees to play a quasi-judicial role, as in the case of disciplinary write-ups, which may affect the inmates*

tesis. La literatura norteamericana opositora a la privatización cita recurrentemente el caso del gobernador de Tennessee, Lamar Alexander, quien alentara la privatización de las prisiones estatales y cuya cónyuge fuera parte del primer grupo de inversores de la *Correction Corporation of América*.⁴⁹ Sobre la situación en Chile, se ha afirmado que el *lobby* de la industria y sectores políticos afines han obstruido la modificación de leyes que transparenten y perfeccionen el sistema de concesiones.⁵⁰ Así entonces, y de acuerdo a Sharon Dolovich, existiendo partes con intereses financieros en posición de ejercer influencia tanto en la naturaleza y duración de las penas⁵¹ como en las decisiones de política penitenciaria en general, se prepara un terreno fértil a la corrupción a la que pueden exponerse los agentes estatales, cerniendo la duda sobre la legitimidad del poder de castigar, ambas consecuencias que el Estado se encuentra en la labor de impedir.⁵²

Por la posición contraria, Alexander Volokh, en un acucioso análisis, sostiene que la oposición a la privatización carcelaria basada en la promoción política (*advocacy*)⁵³ de intereses privados es, más bien, imprecisa e infundada. Según este autor, si bien la preocupación por la intervención de intereses económicos privados en la arena política sería razonable, no existiría motivo alguno por el cual dicha preocupación fundamente la oposición a la privatización penitenciaria. Aún cuando los argumentos que Volokh utiliza en su réplica son propios de la realidad carcelaria estadounidense, bien pueden ser considerados en el análisis global del fenómeno. En primer lugar, sostiene que el interés por el encarcelamiento dista de ser patrimonio exclusivo de los privados, siendo más bien las agencias públicas quienes tienen involucrados intereses dominantes en la expansión del sector carcelario. En particular, Volokh propone como ejemplo a las *Public Corrections Officers Unions* de distintas ciudades en Estados Unidos, asociaciones de funcionarios que han desplegado acérrimas defensas al endurecimiento del tratamiento del crimen y contribuido financieramente a políticas pro-encarcelación. En segundo lugar, sostiene que

'good time' and their conditions of confinement, including loss of various privileges and being kept in solitary confinement. This possibility clearly contradicts the principle that punishment has to be determined by courts representing the state and that only the administration of punishment should be delegated to private entities. It also may lead to circumstances in which a private prison firm, in order to keep its facilities fully occupied, will follow management policies that will increase the number of disciplinary cases leading to the revocation of more 'good time', and longer stays for inmates". SCHICHOR, "Private Prisons", cit. nota n° 10, p. 91.

⁴⁹ SCHICHOR, "Private Prisons", cit. nota n° 10, p. 85. Así también, SCHLOSSER, "The Prison-Industrial", cit. nota n° 6. WHITE, "Rule of law", cit. nota n° 1, p. 141. DOLOVICH, "State punishment", cit. nota n° 1, p. 535.

⁵⁰ BITRAN, Eduardo; VILLENA, Marcelo, "El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile: Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional", *Estudios Públicos* n° 117 (2010), pp. 175-217, p. 212.

⁵¹ DOLOVICH, "State punishment", cit. nota n° 1, p. 542.

⁵² Pese a no existir en Chile antecedentes certeros sobre la influencia política de las concesionarias en las autoridades políticas, existen circunstancias que levantan sospechas. El ex director de Copsa (Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública A.G.), Clemente Pérez, es considerado un hábil abogado con una profunda pertenencia al mundo político chileno. Por lo demás, su antecesor, Hermán Chadwick, es primo del actual presidente de Chile, Sebastián Piñera. "El príncipe de las autopistas". Diario El Mostrador. 07 de febrero de 2011. Perfil disponible en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/02/07/el-principe-de-las-autopistas/> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012]

⁵³ Con el término "*advocacy*" (aquí traducido como promoción o defensa) el autor se refiere a toda forma de influencia política, lícita o ilícita, incluyendo apoyo, contribuciones políticas, *lobby* o cabildeo y soborno. VOLOKH, Alexander, "Privatization and the law and economics of political advocacy", *Stanford Law Review* Vol. 60, n° 4 (2008), pp. 1197-1254, p. 1217.

la participación de agentes privados incluso podría llegar a reducir la promoción de la industria carcelaria. Con base en la teoría de la acción colectiva y los bienes comunes, Volokh desarrolla un original argumento. Postula que en el mercado carcelario estadounidense participan intereses provenientes tanto de agentes públicos como privados, siendo los agentes públicos quienes tienen el rol protagónico en la defensa de la industria penitenciaria. En consecuencia, si el agente con posición dominante (en este caso el sector público) interviene en la arena política promoviendo la encarcelación, podría generar beneficios (la expansión de la industria carcelaria) que constituirían un bien común del que ambos agentes (públicos y privados) obtendrían provecho. Bajo la lógica de la acción colectiva, en un mercado no monopolístico en el que participan dos o más agentes, disminuyen los incentivos individuales del sector predominante para promover la expansión de la industria, ya que los retornos de la inversión en la promoción de la encarcelación estarían siendo capturados, al menos en parte, por sus competidores privados. Por otra parte, y dado que su participación en la industria es considerablemente menor, los agentes privados, en su calidad de *free riders*, no tendrían incentivos para invertir en la promoción política del encarcelamiento. En tercer lugar, el objetivo político primero del sector privado sería el impulso de medidas pro-privatización y, solo secundariamente, el fomento de medidas pro-encarcelación. Finalmente, Volokh agrega que, en lo empírico, existe una insalvable dificultad de comprobar la efectiva incidencia del *lobby* del sector privado en el aumento de las políticas favorecedoras del encarcelamiento.

Pese a su lúcida interpretación económica, el mismo Volokh admite que su tesis se revierte una vez que el mercado carcelario sea absorbido por agentes privados. Alcanzando el predominio, los privados adquirirían reales incentivos para la promoción de la industria carcelaria en terreno político. Además, la propuesta de Volokh es plausible solo en aquellos escenarios no monopolísticos en que, como en Estados Unidos, existan tanto actores públicos como privados con intereses económicos directamente involucrados en la expansión carcelaria, además de capaces de influir en la agenda política criminal.

El examen precedente del vínculo comercial que ampara la intervención privada, del conflicto de legitimidad a que da lugar y de la noción de bien común a que apela culmina con una valoración más profunda y necesaria sobre las consecuencias de las políticas de encarcelamiento. El régimen de privación de libertad no solo arrasa con individuos, familias y comunidades, sino que conlleva también un irreversible potencial destructivo a nivel de sociedad llevado a cabo mediante la fragmentación y marginalización de los más pobres como parte de lo que se ha denominado una nueva “cultura del control”, traicionando el imperativo de solidaridad social y destruyendo la búsqueda de sentido en la forja de lealtades, compromisos y valores de la vida en comunidad.

2. La discusión sobre los estándares.

Habiendo explorado los valores comprometidos en el proceso de introducción de agentes privados en el desarrollo carcelario, cabe ahora, ya en el terreno propio del recurso a la eficiencia, examinar si existen o no avances sustantivos en la calidad de los servicios penitenciarios en Estados Unidos y en Chile. Como fuera advertido en lo precedente, el estándar de eficiencia al que apelan los defensores de la privatización es uno que compara

la gestión privada con la gestión pública, eludiendo el hecho de que el sector público ofrece, al menos en Estados Unidos y Latinoamérica, un panorama carcelario rayano en la miseria. En lo que sigue me propongo verificar las condiciones actuales de los servicios proveídos por privados, no solo en contraste a la calidad del servicio proveído por el sector público, sino en razón de los propósitos con arreglo a los cuales se impulsó su introducción, teniendo siempre a la vista la exigencia de contar con condiciones dignas de encarcelación. Al respecto, la tríada Estado-cliente, privado-proveedor y recluso-usuario, será útil para delinear los dos supuestos esenciales elaborados en pro de la externalización de servicios penitenciarios, cada uno contrastable con la evidencia empírica. Primero, aquel supuesto que mirando al Estado y a los beneficios económicos del modelo, sostiene que la externalización de funciones estatales lograría reducir costos y salvaguardar el presupuesto fiscal, cumpliéndose dicho objetivo cuando el costo total de contratación deviniera inferior al costo total de operar una instalación penal por manos estatales. Segundo, aquella suposición bajo la cual, mirando a la población reclusa, se sostiene que el Estado externaliza sus funciones con la intención de contar con un aliado creativo e innovador capaz de mejorar, o al menos mantener, la calidad de los servicios entregados a los presos, pudiendo incluso lograr disminuir los niveles de reincidencia.⁵⁴ Advierto que, pese a la importancia del debate, no existen en general investigaciones de campo que den cuenta exhaustiva del estado actual de la cuestión, razón por la cual tanto la descripción de las actividades penitenciarias privadas, como el análisis comparativo que aquí se realiza, obedece más bien a un acercamiento de segunda mano al panorama carcelario formulado a partir de la información disponible en la literatura chilena y comparada.⁵⁵ Sobre la situación en Chile, el acceso al más reciente estudio de la situación penitenciaria, encargado por el gobierno a la agencia norteamericana Altegrity Risk International, al menos hasta la fecha de este trabajo, fue denegado por los funcionarios competentes del Ministerio de Justicia, apelando al amparo otorgado por la causal de secreto prescrita en el artículo 21 numeral 3 de la Ley de Transparencia N° 20.285, sosteniéndose que su divulgación podría poner en riesgo la seguridad pública.

2.1. ¿Ha significado la iniciativa privada una efectiva reducción del gasto público en materia carcelaria?

Para resolver esta pregunta cabe realizar dos advertencias. En primer lugar, es necesario prevenir de la consabida dificultad de anticipar minuciosa y exhaustivamente los costos de funcionamiento de una instalación penal. El cálculo preliminar de la inversión se ve generalmente sobrepasado por los llamados “costos ocultos” (*hidden costs*) detrás de la operatividad de una cárcel y que motivan la inyección de recursos que el Estado con frecuencia debe proporcionar a los penales, ya públicos, ya privados. Asimismo, con

⁵⁴ Como se ha señalado: “En un nivel amplio, la seguridad pública es una preocupación como lo es la inversión responsable de los impuestos. En un nivel restringido, presos y empleados penitenciarios pueden ser afectados positiva o negativamente por tales decisiones”. Traducción personal. Texto original en inglés: “*At a broad level, public safety is a concern as is responsible spending of tax revenue. At a narrow level, inmates and prison staff may be positively or negatively influenced by such decisions*”. LUNDAHL, Brad et al, “Prison Privatization: A Meta-analysis of Cost and Quality of Confinement Indicators”, *Research on Social Work Practice* Vol. 19, n° 4 (2009), pp. 383-394, p. 384.

⁵⁵ Concluyendo la necesidad de estudios independientes y de alta calidad, LUNDAHL, “Prison Privatization”, cit. nota n° 54, p. 393.

independencia de quién opere la instalación, se ha sostenido que las características institucionales de las prisiones las condicionan a distintas alteraciones en los costos operacionales previstos inicialmente.⁵⁶ En Estados Unidos, respecto a instalaciones penitenciarias operadas por el sector privado, es habitual echar mano a los recursos estatales para actividades tales como inspección, concesión de licencias, servicios médicos y dentales, transporte, manejo de casos, indemnizaciones por accidentes, entre otros.⁵⁷ Estos costos ocultos dificultan la tarea estatal de establecer un precio de contratación adecuado. De ello deriva a su vez la dificultad de determinar si la privatización efectivamente permite el ahorro de fondos públicos, ya que de no existir certeza sobre el monto total de inversión, la comparación es meramente especulativa. Por cierto, este problema no afecta a la contraparte privada de la convención, toda vez que su oportunidad para generar ganancias descansa en su capacidad de operar la instalación a un menor costo que el precio que el Estado ha establecido en el contrato, y no en una predicción global de costos asociados.⁵⁸

A nivel empírico, en Chile es posible constatar que, efectivamente, las autoridades habrían operado bajo planificaciones precarias y habrían sido incapaces de prevenir sobrecostos, esto es, gastos sobrevinientes a la inversión inicial. La declaración que el ex ministro de Justicia Felipe Bulnes diera ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, al referirse a las dificultades de poner en funcionamiento la cárcel de Huachalalume, es ilustrativa:

“Cabe mencionar el caso de Antofagasta, en el que nos ha faltado simplemente oficio (...), cuando asumimos nos encontramos con que esa cárcel no tenía la solución de agua potable. El 15 de marzo teníamos la cárcel de Antofagasta en ejecución, pero no se había previsto como parte de la solución constructiva y del diseño cómo se iba a nutrir de agua”.⁵⁹

En segundo lugar, cabe también advertir que una descripción justa de cárceles públicas y privadas debiese considerar que aquellas son generalmente instalaciones centenarias enfrentadas a construcciones arquitectónicamente más firmes y recientes, razón por la cual las mayores inversiones en reparación se encuentran de cargo de las instalaciones públicas.

Efectuadas las prevenciones pertinentes, la respuesta a la pregunta sobre la efectiva reducción de costos será afirmativa solo cuando el costo total de contratación con el sector privado sea inferior al costo total de operar una instalación penal por agencias públicas. En la experiencia estadounidense, los resultados que arrojan los estudios dedicados al rendimiento económico de las cárceles privadas considerados de manera aislada, pueden ser útiles tanto para afirmar la conveniencia económica de la privatización carcelaria como para negarla, razón que ha llevado a afirmar la imposibilidad de encontrar evidencia

⁵⁶ PRATT/MAAHS, “Are Private Prisons”, cit. nota nº 4, p. 361.

⁵⁷ DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota nº 1, p. 460. Nota al pie nº 81.

⁵⁸ DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota nº 1. También, McDONALD *et al*, *Private Prisons in the United States: An Assessment of Current Practice*. Cambridge: Abt Associates, Inc., 1998.

⁵⁹ Acta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. 358ª Legislatura. Sesión 57ª Ordinaria de 21 de diciembre de 2010. p. 20.

empírica definitiva.⁶⁰ Enfrentados a esta diversidad de resultados, los doctorandos de la Universidad de Cincinnati, Travis Pratt y Jeff Maahs, lograron descubrir patrones estadísticos comunes a cada estudio particular susceptibles de ser utilizados para obtener una perspectiva general. Tras una amplia revisión del debate investigativo, llevada a cabo a través del análisis de una selección de 33 evaluaciones de costo-beneficio provenientes de 24 estudios de carácter independiente, es posible afirmar haberse alcanzado una conclusión integral y consistente. Como los autores del estudio señalan, su trabajo lleva a cabo un meta-análisis que se ocupa con rigor analítico y metodológico de una amplia evaluación entre cárceles privadas operadas en su integridad por agentes privados (*private prison management*) y cárceles públicas para adultos, excluyendo de la muestra a otras formas de intervención privada e instalaciones penales para jóvenes o mujeres. Los estudios seleccionados proporcionan un referente de costo diario por preso e información sobre las características institucionales de cada unidad penal evaluada. Ambas dimensiones fueron consideradas para obtener la magnitud estimada sobre el costo diario por preso de instalaciones penales públicas y privadas. Además de la variable *propiedad de la instalación*, otras características institucionales fueron incorporadas en el procesamiento de datos, tales como el número de reclusos, la antigüedad de la infraestructura y el nivel de seguridad implementado.⁶¹ Los resultados del estudio manifiestan que la descripción estadística de la media no estandarizada indica una leve ventaja de US\$2.45 por cada preso que permanece diariamente en una cárcel privada en comparación al costo diario por preso en una cárcel pública. Sin embargo, una vez incorporadas las otras variables, la propiedad de la instalación (pública o privada) demostró ser un predictor insignificante en la medida estandarizada de costo diario por preso. Incluso, suponiendo que la variable propiedad de la instalación pudiese cobrar incidencia, una vez conjugada con otras variables independientes demostró no ser un factor influyente en el resultado final. Por su parte, las variables representativas de las características institucionales, como el número de presos, la antigüedad de la instalación y el nivel de seguridad, sí se constituyeron como estadísticamente significativas. En las conclusiones de su trabajo, Pratt y Maahs sostienen que este análisis podría ofrecer a investigadores y políticos una asesoría cauta y realista sobre el juicio de eficiencia que se hace de las cárceles operadas por el sector privado, aseverando que el traspaso de la operatividad de las prisiones desde el sector público al sector privado no supondría un alivio a las cargas financieras de los presupuestos estatales, ya que no existirían diferencias importantes entre el costo y el beneficio entregado por uno u otro tipo de instalación.

Sobre la situación en América Latina, Lucía Dammert y Javiera Díaz, investigadoras del programa Seguridad y Ciudadanía de la Facultad Latinoamérica de Ciencias Sociales, sostienen existir desde hace aproximadamente dos décadas, una tendencia generalizada al aumento de gasto público por interno. En particular, sobre el caso chileno, las investigadoras aseveran existir un alza sostenida en gastos e inversión del sistema

⁶⁰ PRATT/MAAHS, “Are Private Prisons”, cit. nota n° 4, p. 361.

⁶¹ La muestra no incluye la variable *calidad de los servicios*, limitándose a la revisión de características institucionales y su incidencia en el patrón común de costo diario por preso.

carcelario, a la cual contribuye la aparición del sistema mixto de concesiones.⁶² Dicha política pública fue implementada por el gobierno de Ricardo Lagos Escobar bajo los objetivos de optimizar el uso de los recursos estatales y de expandir la superficie carcelaria, lo que se pensó podría ser coadyuvado por la implantación del modelo mixto de concesiones penitenciarias. En diversos estudios,⁶³ ambas investigadoras sostienen que entre los objetivos generales de la política de concesiones se incluía que la privatización confiriera la posibilidad de ahorrar de un 10% a un 15% del gasto público en operación de recintos carcelarios. La distancia entre estos propósitos y el resultado final es abismante. Para hacerse una idea del costo real del sistema de concesiones penitenciarias, debe atenderse a distintos factores. Primero, el programa contempló que el Estado consignara, durante toda el período de concesión: i) pagos semestrales por subsidio fijo en concepto de costos de construcción y operación; ii) pagos semestrales por subsidio variable por concepto de número de internos atendidos, asegurándose además la cobertura financiera de al menos 90% de las plazas; iii) pagos por obras adicionales requeridas; y iv) pago por sobrepoblación penal en caso de que se supere el 120% de capacidad.⁶⁴ Segundo, fuera de estos pagos inicialmente previstos en el programa de concesiones, existen pagos adicionales de los cuales poco se pronuncian las autoridades. Entre ellos se encuentran: i) los costos de vigilancia y seguridad desarrollados por Gendarmería de Chile⁶⁵ que son parte del costo hundido de toda instalación penal; ii) los pagos por obras adicionales, los cuales, pese a ser una partida de los gastos previstos en el Programa, pueden considerarse ser el pozo sin fondo del sistema de concesiones; iii) los perjuicios derivados del retardo en la entrega de las obras; iv) los costos de litigio y condena a que ha estado sujeto el Fisco tras distintos procedimientos judiciales llevados a cabo con las concesionarias; v) los costos de fiscalización y monitoreo de las instalaciones; y vi) los ya referidos “costos ocultos” que impiden determinar con certeza el costo final de la operación. Sin mencionar los invaluable y eventuales costos éticos, políticos y normativos aparejados a la participación de privados en el sistema penitenciario.

Pese a las declaraciones efectuadas por las autoridades gubernamentales de turno, en el sentido de defender la conveniencia presupuestaria de las cárceles concesionadas, el resultado de la comparación entre el sistema público y el privado es incierto. Existe en Chile un rezago en la implementación de evaluaciones económicas de proyectos que comporta no haberse efectuado balances periódicos y sistemáticos entre los costos y beneficios de la gestión privada en contraste con la opción tradicional pública.⁶⁶ Sin embargo, Dammert y Díaz, utilizando los datos proporcionados por Gendarmería de Chile y

⁶² DAMMERT, Lucía; DÍAZ, Javiera, “El costo de encarcelar”, *Observatorio FLACSO* Nº 9 (2005), p. 3. Disponible en <http://papaspor siempre.cl/articulos/precio-al-encarcelar-a-un-padre.pdf> [Última visita realizada el día 12 de noviembre de 2012]

⁶³ DAMMERT, Lucía, *Los desafíos del sistema carcelario en Chile*, Quito: FLACSO-MDMQ, 2007, p. 209. Serie Ciudadanía y Violencias, Vol. 2. De la misma autora, DAMMERT, Lucía, “El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para un modelo público-privado”, En: Meeting of the Latin American Studies Association, 2006 San Juan, Puerto Rico, p. 10. Disponible en <http://www.flacso.cl/home/images/extension/congreso/lasa2006-sistema-penitenciario.pdf> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012]. p. 11.

⁶⁴ ARELLANO, “Reforma”, cit. nota nº 38, p. 8.

⁶⁵ DAMMERT/DÍAZ, “El costo”, cit. nota nº 62, p. 4.

⁶⁶ BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota nº 50, pp. 189-190.

el Ministerio de Justicia, han logrado concluir que el costo diario estimativo de mantener a un preso en el sistema público es de US\$11, monto significativamente menor a los US\$35 que supone el sistema de concesiones.⁶⁷

Sistema/Costo	Anual	Mensual	Diario	Diario en dólares
Sistema público	\$2.959.109	\$246.592	\$8.216	US\$ 11
Sistema de concesiones	\$6.764.016	\$563.668	\$18.778	US\$ 35

Aún cuando la cifra proporcionada por este estudio solo incluye costos de vigilancia y pagos por operación de los nuevos recintos, comparativamente el costo por preso resulta ser mucho mayor en el sistema de concesiones que en el sistema público. De incluirse los gastos provenientes de sobrecostos, sentencias condenatorias en contra del Fisco o multas por sobrepoblación, entre uno y otro sistema habría una aún más acusada distancia económica. Sobre si esos mayores costos han conllevado mejoras en la calidad de los servicios es una interrogante que pretendo resolver en el apartado siguiente.

En lo que respecta a la estimación global del sistema de concesiones, de acuerdo al informe elaborado por la empresa Pricewaterhouse Coopers Chile, el monto final de inversión estimado para el período de explotación de penales concesionados alcanza un promedio de US\$ 130.020 por cada interno, considerando lo destinado a construcción, operación y costo variable en la mantención de cada recluso.⁶⁸ Y las cifras, según el ex Ministro de Justicia Felipe Bulnes, llegarían a sobrepasar en un 214% la proyección inicial.⁶⁹ Dignos de destacar, los datos confirman el posicionamiento de la inversión carcelaria como capital ocupación de la agenda gubernamental chilena. En concordancia con la ya delatada inconsistencia entre práctica y discurso en materia penitenciaria, los resultados desmienten las promesas de ahorro fiscal y racionalización del recurso a la prisión que ofrecieran los gobiernos de la Concertación.

La incontestable evidencia sobre los adversos resultados tras la experiencia de introducción de capital privado al sistema carcelario en Chile y en Estados Unidos, traslada el debate hacia el cuestionamiento de las razones por las cuales se pensó que la privatización impulsaría una gestión más eficiente de las instalaciones penales. Pues bien, acompañando al discurso de la eficiencia, se encuentra aquel argumento que asegura que la introducción del sector privado supone aumentar la competitividad del sistema. Según algunos, el poder de competencia que despliega el sector privado disminuye los riesgos de sobreinversión,⁷⁰ crea incentivos para la actividad innovativa y contribuye a generar presiones para

⁶⁷ DAMMERT/DÍAZ “El costo”, cit. nota n° 62, p. 4. Cuadro extraído de Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual 2007*, cit. nota n° 22, p. 36.

⁶⁸ CASTILLO, Alejandra; CONTRERAS, José Ignacio, “Sistemas penitenciarios comparados”, *Revista* 93 n° 5, Mayo (2011), pp. 11-17, p. 13.

⁶⁹ Acta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, cit. nota n° 59, p. 20.

⁷⁰ BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota n° 50, p 192.

proporcionar información que motive elecciones fundadas entre las distintas alternativas disponibles. Además, la competencia permitiría al universo de usuarios tener en sus manos la amenaza de elegir con quien negociar. Ello, unido a la posibilidad de asentar decisiones libres e informadas, concluiría en una mejora generalizada en los niveles de eficiencia y calidad del servicio.⁷¹ Como fuera advertido más arriba, este tipo de argumentos instala la discusión en un terreno gerencial que desatiende el debate que se genera en el terreno de los valores comprometidos en la introducción de capital privado en la esfera carcelaria. Aún así, si jugásemos en los términos de la “*cancha del management*”, debiésemos entonces evaluar la efectividad de la competitividad a que se apela y despejar las dudas sobre las reales posibilidades de contar con un mercado carcelario cuyas condiciones permitan el desarrollo de condiciones de competitividad. En lo que sigue, y pasando revista a los principales escollos de la experiencia privatizadora, existen distintos impedimentos que vuelven ilusorio el modelo de competencia en este ámbito.

La experiencia demuestra que los marcos normativos exhiben diversas fallas regulatorias que desmienten las virtudes de las que presume el sistema privado y, de paso, minan el potencial disciplinante de la competitividad. El desarrollo de infraestructura y operación de obras públicas en las cuales se encuentran comprometidos capitales privados involucra contrataciones con proyección de largo plazo, otorgando la oportunidad de producir rentabilidad luego de varios años de operación, generalmente sobre la base de inversiones hundidas en la etapa inicial.⁷² Para amortiguar los imprevistos que puedan surgir a largo plazo se recurre a entramados contractuales estabilizadores que distribuyen riesgos de inversión, transferidos desde el Estado hacia el sector privado.⁷³ De la correcta formulación de las reglas de distribución de riesgo depende el equilibrio económico de la relación. La dificultad empieza con la existencia de sistemas de adjudicación defectuosos, basados en planificaciones deficientes o establecidas mediante diseños que descuidan el impacto social y ambiental de las obras.⁷⁴ Si la decisión sobre la concesión de proyectos se realiza a través de criterios unidimensionales, adjudicando el proyecto a la oferta que propone menores costos de operación, se da lugar a un resultado ineficiente que opta por el proyecto más barato en desmedro del proyecto que ofrece una mejor relación precio-calidad.⁷⁵ Si la adjudicación de proyectos se otorga solo a consorcios operadores de cárceles integrados por empresas con experiencia en la materia, como propone la legislación chilena, se reduce notoriamente el universo de participantes en competencia.⁷⁶ Si no existe una adecuada

⁷¹ Entre otros de sus defensores, MINOW, “Public and Private”, cit. nota n° 3. LOGAN, Charles, *Private Prisons. Cons & Pros*: New York: Oxford University Press, 1990.

⁷² Descripción realizada a partir de la caracterización del modelo de concesiones, BITRAN/VILLENA. “El nuevo desafío”, cit. nota n° 50.

⁷³ BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota n° 50.

⁷⁴ BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota n° 50.

⁷⁵ En palabras de Ramiro Mendoza, contralor de la República, transcritas en el Informe de la Comisión Investigadora: “El reglamento establece que se debe adjudicar al proyectista más barato. En consecuencia, señaló, siempre se adjudican malos proyectos en materia de construcción de obra pública. Ahora bien, como el proyecto es malo, necesito enderezar la carga en el camino, y para ello se requieren mayores obras”. Informe de la Comisión Especial Investigadora del Sistema de Concesiones Carcelarias. Disponible en www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=92&prmTIPO=INVESTIGAFIN [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012]. p. 81. El informe fue presentado ante la Cámara de Diputados en la 356ª Legislatura. Sesión 116ª Ordinaria de 16 de diciembre de 2008

⁷⁶ BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota n° 50, p. 195.

evaluación económica, social y ambiental del proyecto, surgen alzas en los costos y plazos de ejecución, socavando el despliegue de condiciones de competencia adecuadas y favoreciendo un sistema de selección adversa con asimetrías en la información, bajo el cual se incentivan ofertas a bajo costo con vistas a la expectativa de recuperar ganancias mediante renegociación. Si el procedimiento de adjudicación no tiene en consideración los antecedentes de desempeño de las empresas en competencia, mal puede darse lugar a una selección correcta.⁷⁷ Ahora bien, algunos podrán sostener que el origen de aquellos problemas no se encuentra en la competitividad, sino más bien en defectos del procedimiento adjudicativo. Para hacer frente a una objeción como esta, cabe trasladar la discusión hacia las razones que explican las fallas en los modelos de adjudicación. En atención a ello, se ha sostenido que, cuando la inversión privada se convierte para el Estado en un objetivo en sí mismo, se cede lugar a retrocesos institucionales y al debilitamiento del peso profesional y técnico en la toma de decisiones en el sector público, ya que la creación de fórmulas que estimulan la inversión se hace en perjuicio de una planificación depurada y atenta a la racionalidad económica del sistema en su conjunto.⁷⁸

A esta irresponsabilidad general contribuye también la habitual práctica de ejecutar los proyectos utilizando la modalidad presupuestaria de pagos diferidos, la cual permite la concreción de proyectos actuales, pero a costa de imputar los gastos de inversión en un presupuesto futuro, eludiendo las restricciones presupuestarias presentes. En otras palabras, dicha modalidad favorece la ganancia política tras los proyectos de inversión, pero a costa de imputar inescrupulosamente el pasivo en el presupuesto de la administración siguiente, distorsionando la contabilización presupuestaria de pasivos contingentes de obras públicas.⁷⁹ Para evitar estas dificultades, países como Francia han optado por construir las cárceles bajo la modalidad pública para luego entregar la operación en concesión.⁸⁰

Además de las ya referidas dificultades regulatorias, se agrega el hecho de que los contratos con contrapartes privadas manifiestan necesariamente un carácter incompleto. La apertura del contrato, pensada inicialmente como forma de proporcionar flexibilidad al marco legal

⁷⁷ . Sobre este último punto, el caso chileno debiese servir como lección. El Programa de Concesiones chileno contempló, en el denominado “Grupo 2”, las tareas de construcción, equipamiento y operación de dos instalaciones, ubicadas en las ciudades de Antofagasta y Concepción. La concesión fue adjudicada el año 2002 a las empresas Besalco S.A., Torno Internazionale S.p.A. y Sodexho Chile S.A (Decreto n° 2191 del MOP de 06 de marzo de 2003, hoy derogado), constituida como sociedad concesionaria BAS DOS S.A. y el presupuesto inicial ascendió a la suma de 1.800.000 UF. Luego de sucesivas controversias por sobrecostos entre el MOP y la concesionaria, el contrato de concesión fue extinguido de mutuo acuerdo por las partes. Ya en el año 2010 y luego de un tortuoso proceso de relicitación, ahora bajo la modalidad OT (*operate and transfer*), se adjudicó la operación de las cárceles a la empresa Sodexho Chile S.A. (Decreto n° 119 del MOP de 17 de abril de 2010), la misma empresa respecto de la cual debió extinguirse el contrato previo. En todo caso, la situación es aún más incomprensible dada la existencia de informes internacionales que delatan a Sodexho como un mediocre operador de cárceles privadas: “Sodexo’s Global Prison Work: Stop the Cycle of Rewarding a Bad Player”. Service Employees International Union. Septiembre 2010. [Retirado de la WEB].

⁷⁸ BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota n° 50, p 189. En el mismo sentido, Alfred Aman sostiene que las decisiones de privatizar con frecuencia son hechas precipitadamente, enfrentadas usualmente a presiones presupuestarias. Traducción personal. Texto original en inglés: “*decisions to privatize are often made hastily, usually in the face of budget pressures*”. AMAN, “Privatization”, cit. nota n° 2, p. 529.

⁷⁹ BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota n° 50, p. 194.

⁸⁰ BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota n° 50, p. 195.

de la relación, se puede transformar en un arma de doble filo; si bien hace posibles modificaciones sobrevinientes en virtud del interés público, puede servir como sustento de sucesivas renegociaciones y excesivos litigios.⁸¹ En la experiencia chilena, de una inversión inicial de U\$8.400 millones en concesiones de obra pública se incurrió en costos extra de U\$2.820, montos que en gran parte no contaron con procesos de licitación ni publicidad, sino hasta varios años después de realizados.⁸² Teniendo a la vista dichos datos, Eduardo Bitrán y Marcelo Villena han sostenido que la renegociación *ex post* con empresas monopólicas probablemente conduzca a transferencias de renta hacia la contraparte privada. Se suma a ello que la posibilidad de renegociar no solo acarrea problemas al momento de efectuar estos pagos, sino que también motiva posturas de licitación engañosas o presentación de ofertas con diseños defectuosos formulados bajo la expectativa de una posterior modificación, cuya regularización se somete a un sistema de repactación no competitivo que permite compensar los riesgos comerciales asociados a la actividad.⁸³

Aún superando los problemas que se suscitan a nivel de licitación, la propia relación contractual que tiene lugar en la esfera penitenciaria es de tal modo prolongada que impide la sustitución del vínculo, “encadenándose” el Estado a la empresa privada. Distintas circunstancias favorecen la permanencia del prestador privado, sea cual sea su nivel de desempeño: Los convenios en general contemplan que las infracciones contractuales no sean sancionadas con la resolución del contrato, sino mediante multas, perdiéndose con ello el efecto correctivo de la competitividad; las rígidas cláusulas que protegen al inversionista privado de una eventual expropiación por parte del sector público traban la terminación anticipada del contrato, de tal modo que el privado se convierte en un agente monopólico respecto del Estado-rehén (*hold up risk*); la situación es aún más intensa cuando los proyectos licitados involucran altos intereses políticos y visibilidad pública, ya que ello otorga mayor poder al sector privado durante procesos de negociación. Como bien sostienen Bitrán y Villena, el Estado debiera tener la facultad de poder poner término a la concesión, realizando indemnizaciones previamente estipuladas por ley.⁸⁴ De lo contrario, la introducción de capitales privados se convierte en una verdadera captura del Estado.

Como se ve, la imposibilidad de contar con una competencia limpia y genuina debilita su valor como argumento. Si bien algunos podrán sostener que la implementación de condiciones de competencia dependerá del marco regulatorio que se utilice, razón que ha motivado recientes reformas legales en Chile, el mérito del buen sistema no radicará en la habilidad competitiva del sector privado, sino en la habilidad regulatoria del sector público. Es más, aún cuando se confíe en las reformas jurídicas como depuradoras del terreno de competencia, la experiencia revela que los agentes privados pueden ejercer influencia para evitar estos cambios legales e, incluso, pueden ser lo bastante hábiles para retorcer el camino normativo a favor de sus propios intereses.⁸⁵ En este sentido, y tratada con mayor

⁸¹ BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota nº 50, p. 178.

⁸² BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota nº 50, p. 178

⁸³ ENGEL *et al*, “Renegociación de concesiones en Chile”, *Estudios Públicos* Nº 113 (2009).

⁸⁴ BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota nº 50, pp. 151-205, p. 207.

⁸⁵ Refiriéndose a las modificaciones legales a que se han dado lugar luego de la experiencia en concesiones en el caso chileno, Bitrán y Villena sostienen “el *lobby* de la industria y los sectores políticos transversales que les son afines han intentado detener la aprobación de estas leyes y detener el proceso de reforma del Ministerio de Obras Públicas”. BITRAN/VILLENA, “El nuevo desafío”, cit. nota nº 50, p. 212.

profundidad en el debate en torno a valores, la corrupción otorga ventajas competitivas inadmisibles a ciertos participantes del proceso adjudicativo, mermando las condiciones de competencia que impulsarían la eficiencia de la privatización como política pública.

2.2. ¿Ha significado la iniciativa privada una buena noticia para la población reclusa?

Contestar a la pregunta sobre el desempeño de las cárceles en consideración a los internos requiere prevenir de las numerosas dificultades que dicha tarea conlleva. De partida, dados los distintos enfoques a que podría atenderse, la evaluación de organizaciones cuyos objetivos son diversos es considerada especialmente problemática y, evidentemente, la cárcel es una de ellas.⁸⁶ Además, en el caso de la privación de libertad, dependiendo de la posición que se adopte, ella puede buscar incapacitar, disuadir, retribuir o rehabilitar, propósitos cuyo éxito difícilmente pueden ser sometidos a fiscalización.⁸⁷ A esta dificultad se suman, respecto a las cárceles privadas, la escasez de datos, la dificultad de acceso a la información y la ausencia de incentivos del sector privado para someterse a evaluación.⁸⁸ A ello se agrega la habitual carencia de instrumentos contractuales en los cuales exista una especificación detallada de los estándares de calidad exigidos.⁸⁹ Adicionalmente, los indicadores de desempeño de una prisión privada pueden fácilmente convertirse en una vara instalada a la altura de su rendimiento; la gestión empresarial de una prisión atenderá más al eje de su funcionamiento que a potenciales resultados externos, implementará métodos de desempeño autorreferentes y adaptará sus indicadores a metas económicas, no sociales. De este modo, el ideal de una gestión operativa da paso al descrédito del ideal sustantivo de impartir justicia.⁹⁰

Pese a que en el terreno de los indicadores la gestión privada parece jugar de local, aun vale la pena intentar dirimir el debate. A continuación intento una somera aproximación al diagnóstico de desempeño que han tenido los privados en el sector penitenciario. En lo que sigue, y acotando el examen de acuerdo a la estructura que fuera anunciada en lo precedente, considero: Primero, los fines que motivaron la privatización, evaluando, a través de evidencia fragmentada, si el sector privado se ha consolidado como un aliado creativo en el desarrollo de la actividad penitenciaria, capaz de generar rentabilidad gracias a sus aptitudes para realizar su gestión sin mermar la calidad del servicio; y segundo, el estándar de calidad proveído por el sector público indagando, apoyado en estudios comparativos estadísticos, si el sector privado ha conseguido mejorar o, al menos, mantener la calidad del servicio.

2.2.1. ¿Ha sido el sector privado un agente innovador?

Como se anunciara en un comienzo, la confianza en el sector privado para desarrollar actividades en el ámbito carcelario habría sido depositada en atención al reconocimiento de su capacidad de innovación. Sin una pretensión exhaustiva, es posible afirmar que, en la

⁸⁶ SCHICHOR, “Private Prisons”, cit. nota n° 10, p. 89.

⁸⁷ SCHICHOR, “Private Prisons”, cit. nota n° 10.

⁸⁸ SCHICHOR, “Private Prisons”, cit. nota n° 10.

⁸⁹ AMAN, “Privatization”, cit. nota n° 2, p. 530.

⁹⁰ GARLAND, “La cultura”, cit. nota n° 8, p. 309.

práctica, pocos agentes privados han enfrentado este desafío, generando ganancias no gracias a su inventiva, sino a costa de la reducción de la calidad del servicio proveído a la población reclusa. En Estados Unidos, los críticos de las prisiones privadas encuentran continuamente abrumadores ejemplos de una avaricia descontrolada. En Houston, en una cárcel operada por la CCA, los dormitorios han sido habilitados para alojar a grupos de 50 a 60 individuos, sin privacidad en duchas e inodoros;⁹¹ en Carolina del Sur se debió clausurar una cárcel privada debido a que se alojaban 18 internos en una celda individual, sin inodoros, sino con tazas;⁹² en Youngstown, una cárcel de mediana seguridad operada por la CCA en Ohio, se permitió el ingreso de presos violentos de máxima seguridad, dándose lugar a numerosos atentados dentro de la población reclusa. En el mismo penal, se sugería a los guardias cortar las esquinas del pan de los presos y se racionaba el papel higiénico de modo que los internos debían utilizar sus sábanas como sustituto;⁹³ en Brazoria County, Texas, los guardias, quienes recibieron escasas cuarenta horas de entrenamiento, fueron grabados forzando a los prisioneros a arrastrarse, mientras eran golpeados y despedazados por perros alentados a morderlos;⁹⁴ en dos centros ya clausurados, el *Tallulah Correccional Center for Youth* en Louisiana y el *Elizabeth*, instalación perteneciente al INS en New Jersey, fueron descritos hacinamiento, inadecuada alimentación y falta de personal. En particular, el caso de *Tallulah* es citado recurrentemente por la literatura especializada como un ejemplo del fracaso al que puede llegar la gestión privada. En un informe de *Human Rights Watch* sobre el confinamiento de niños en Louisiana, elaborado en 1995, se afirma no respetarse en *Tallulah* los estándares internacionales recomendados.⁹⁵ En vez de utilizarse celdas individuales, se utilizaban anchos dormitorios, alojándose hasta 40 niños por cada habitación, impedidos de encontrar cualquier minuto de privacidad. Dicha relación entre las condiciones espaciales de habitación y el número de internos por dormitorio, se encuentra relacionada con la predisposición a riñas entre internos y con el incremento del uso del aislamiento en el control del comportamiento juvenil, circunstancias que efectivamente son constatadas por el informe.⁹⁶ Las entrevistas que se efectuaron a los menores dan cuenta también de los constantes abusos físicos de los que eran objeto.⁹⁷ Además, cada niño entrevistado por el organismo señaló tener hambre.⁹⁸

Según Sharon Dolovich, los esfuerzos del sector privado por reducir costos en perjuicio de los reclusos es una consecuencia predecible de la estructura de la relación contractual. En principio, el Estado solo contratará cuando el precio por pagar al sector privado sea menor a la inversión exigida por la opción tradicional pública y el sector privado solo contratará cuando pueda proveer la prestación a un precio menor que el precio ofrecido por el Estado;

⁹¹ DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota n° 1, p. 462.

⁹² DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota n° 1, p. 462.

⁹³ DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota n° 1, p. 462.

⁹⁴ “Prison Privatization Is No Panacea”, Hartford Courant, 24 de agosto de 1997. Disponible en http://articles.courant.com/1997-08-24/news/9708240001_1_private-prisons-out-of-state-inmates-jail-guard. [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].

⁹⁵ Human Rights Watch, “Children in Confinement in Louisiana” (1995). Disponible en <http://dspace.cigilibrary.org/jspui/bitstream/123456789/22487/1/United%20States%20Children%20in%20Confinement%20in%20Louisiana.pdf?1> [Última visita realizada el día 12 de noviembre de 2012]. p. 21.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Id.* p. 33.

⁹⁸ *Ibid.*

como es evidente, las utilidades percibidas serán mayores cuanto menores sean los costos de operación, envolviendo el fuerte incentivo de sacrificar el estándar de calidad proveído a los internos.⁹⁹ Y la tentación emerge copiosamente:

“En las cárceles operadas por el sector privado cada aspecto de la vida de un interno es ordenado por las autoridades de la institución. Qué, cuándo y cuanto comer, si obtienen o no tiempo libre, atención médica adecuada, protección de daños, acceso a programas de rehabilitación o de capacitación, el contenido y el diseño de dormitorios y camas, por cuánto tiempo y cuando ducharse. Ningún detalle de su vida queda sin ser regulado. En una prisión privada, cada uno de estos aspectos de la vida de un interno ofrece un potencial incremento de los márgenes de ganancia”.¹⁰⁰

Adicionalmente, en un sistema de privatización total, la provisión de personal de guardia también está de cargo de la empresa privada. Y la influencia que tienen número, capacitación y entrenamiento de estos funcionarios es decisiva para la seguridad de la población reclusa: a mayor calidad y número del personal de guardia, menor es la posibilidad de abuso psíquico o físico de los internos. Pese a ello, las estrategias para reducir costos en este sentido han ido desde contratación de escaso personal, disminución de los salarios y reducción del entrenamiento, afectando directamente las condiciones de seguridad al interior de las instalaciones.¹⁰¹

En todo caso, las ganancias no han tenido lugar solo mediante la economización de servicios. Por ejemplo, la CCA fue demandada el año 2000 por cobrar tasas exorbitantes a los presos en llamadas telefónicas.¹⁰² Además, y en esto una de las actuales preocupaciones de los expertos, las cárceles, y especialmente las cárceles privadas, han renovado el interés económico por el trabajo de los reclusos, estratégicamente escondido bajo la pantalla de la reinserción. El fenómeno no es novedad en la historia de la penalidad norteamericana; desde el trabajo productivo y disciplinado instaurado por el modelo de la penitenciaría Auburn en Nueva York hasta los trabajos forzados en el sur de Estados Unidos luego de la guerra civil, siempre han existido intereses económicos tras el trabajo en cautiverio.¹⁰³ Pese a que en Estados Unidos solo una minoría de los presos accede a actividad laboral,

⁹⁹ DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota n° 1, pp. 474-476. A la misma conclusión llega AMAN, “Privatization”, cit. nota n° 2, p. 529.

¹⁰⁰ Traducción personal. Texto original en inglés: “*In a prison, every aspect of inmates' lives is dictated by the institution: when, what, and how much they eat; whether they get leisure time, adequate medical care, protection from harm, or access to rehabilitative or educational programming; the content and design of their beds and their cells; and when they shower and for how long. No detail of their lives remains unregulated. In a private prison, each of these aspects of inmates' lives offers the potential for increasing profit margins*”. DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota n° 1, p. 474.

¹⁰¹ DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota n° 1, pp. 474-475. WHITE, “Rule of law”, cit. nota n° 1, p. 143.

¹⁰² WHITE, “Rule of law”, cit. nota n° 1, p. 144.

¹⁰³ Un lúcido análisis sobre el fenómeno del trabajo de los reclusos y su relación con la estructura económica del Estados Unidos Postindustrial en WEISS, Robert, “Repatriating Low-Wage Work: The Political Economy of Prison Labor Reprivatization in the Postindustrial United States”, *Criminology* Vol. 39, n° 2 (2001), pp. 253-292. Weiss resume la historia de la vinculación entre estructura económica y penalidad y aplica los postulados de Rusche y Kirkchheimer para retomar el análisis sobre la relación entre economía, política y penalidad en el siglo XX, sosteniendo que la reintroducción de la fuerza de trabajo de la población reclusa encuentra un vigente correlato en la estructura del mercado laboral norteamericano. Sobre el paso del welfare al *workfare*, WACQUANT, “Castigar”, cit. nota n° 1.

existiendo un índice de ociosidad cercano al 70%,¹⁰⁴ nada impediría explotar esta nueva mina de oro en manos del sector privado; al punto que hasta las prisiones públicas en Estados Unidos han externalizado la mano de obra penitenciaria a compañías privadas, destinándola a actividades tales como *telemarketing* o manufactura.¹⁰⁵ El atractivo del negocio radicaría en la permanente disponibilidad, forzada docilidad y los bajos salarios a que se encuentra sujeta la población reclusa.¹⁰⁶

En Chile la situación es incierta. Tras la implementación del sistema de concesiones existió tal diversidad de propósitos que la pregunta por su efectiva realización se vuelve inabordable. Los fines que motivaron su introducción son diversos: solucionar el hacinamiento penitenciario, generar condiciones dignas de encarcelamiento, implementar programas efectivos de reinserción y rehabilitación y hacer frente el creciente aumento de la delincuencia del país son algunos de ellos. No obstante esta variedad de propósitos, y aun cuando los datos disponibles no permitan efectuar un análisis sistemático y exhaustivo,¹⁰⁷ bien cabe intentar un examen del desempeño de la gestión privada a la luz de la pregunta que se propone en este acápite, esto es, si el sector privado ha cumplido con la promesa de innovación y creatividad que se hiciera al momento de implementar el modelo de concesión, anunciando una “buena noticia” a la población reclusa.¹⁰⁸

Sobre las condiciones de infraestructura, la información disponible permite constatar, de manera preliminar, la existencia de deficiencias en el ámbito constructivo tales como desaplomes, filtraciones e irregularidad de superficies. Las falencias se describen respecto de las cárceles concesionadas de Alto Hospicio, Huachalalume, Rancagua, Valdivia y Puerto Montt. Estas dos últimas, ubicadas al sur de Chile en regiones lluviosas, presentaron anegamiento y saturación de aguas lluvias. En cuanto a la habitabilidad de las unidades penales, algunas de ellas presentan, aun cuando no al nivel de las cárceles públicas,

¹⁰⁴ WACQUANT, “Castigar”, cit. nota nº 1, pp. 261-262.

¹⁰⁵ WEISS, “Repatriating”, cit. nota nº 103, p. 254.

¹⁰⁶ WACQUANT, “Castigar”, cit. nota nº 1, p. 263.

¹⁰⁷ De ello también se da cuenta en Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2009. p. 94. Asimismo, en cuanto a los aspectos relacionados con la etapa de prestación de servicios “no se conocen evaluaciones independientes que se pronuncien sobre la calidad de los mismos”, sino solo los informes elaborados por las propias concesionarias. MARTÍNEZ, Fernando; ESPINOZA, Olga, “Cárceles concesionadas en Chile: ¿El camino a la privatización?”, *Debates Penitenciarios* nº 9 (2009), p. 6.

¹⁰⁸ La breve descripción que se presenta tiene como base principalmente la información proporcionada por el ya citado Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados chilena del año 2008 sobre las cárceles concesionadas, el Informe Nº 291/09 de Contraloría de la República, el Acta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. 358ª Legislatura. Sesión 57ª Ordinaria de 21 de diciembre de 2010, los pertinentes Informes de Derechos Humanos elaborados por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y el examen realizado por el equipo del Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana publicados en la revista *Debates Penitenciarios* Año 2010. La falta de información fiable es un defecto mencionado por la mayoría de estos estudios. Al respecto, en la revista de *Debates Penitenciarios* se sostiene que “tradicionalmente la información penitenciaria ha sido escasa e incompleta, por lo cual preocupa que la administración de la información en el sistema de concesiones herede dichas características. De hecho, en las páginas web de Gendarmería de Chile y del Ministerio de Justicia no existe información sobre la gestión y resultados obtenidos por las cárceles concesionadas que se encuentran en funcionamiento”. MARTÍNEZ/ESPINOZA, “Cárceles concesionadas”, cit. nota nº 107. p. 14.

sobrepoblación penal.¹⁰⁹⁻¹¹⁰ Sobre la calidad de la nutrición de los internos, los alimentos se han entregado en estado de fermentación, descompuestos, con insectos, moscas, piedras y pelos en la preparación, se han incumplido los estándares de dieta y se carece de personal suficiente para efectuar el servicio.¹¹¹ Respecto a las condiciones de higiene y aseo, la situación tampoco es auspiciosa. Acumulación de basura, deficientes niveles de limpieza y subutilización del servicio de lavandería son comunes a los penales concesionados. Sobre la atención médica, no existirían registros certeros de atención ni se habrían implementado los dispositivos electrónicos acordados. En lo relativo a la custodia de los internos, el modelo de privatización mixto chileno concede la dirección y seguridad del establecimiento a un organismo público, evitando, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, el abuso físico y psicológico que sobre los internos pudieran ejercer agentes privados. De todos modos, esa buena noticia lo es solo en apariencia: Gendarmería de Chile tortura, impone castigos arbitrarios y otorga tratos inhumanos, crueles y degradantes tanto en penales públicos como concesionados.¹¹²

En cuanto al trabajo penitenciario y a los intereses económicos involucrados, éste ha tenido un próspero desarrollo en las cárceles concesionadas chilenas, siendo alentado con entusiasmo por las autoridades públicas.¹¹³ Desde sus orígenes, el proyecto de concesiones incorporó la idea de actuar en sintonía con la empresa privada con el propósito de que la población reclusa pudiera lograr su “rehabilitación” mediante el trabajo. Tempranamente, Carlos Valdivieso y Francisco Folch, en un estudio patrocinado por la Fundación Paz Ciudadana, afirmaron que el sector privado representaría la única alternativa posible para que la población reclusa supere el círculo de la delincuencia.¹¹⁴

¹⁰⁹ Estas serían las cárceles de Alto Hospicio y Santiago Uno. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008, pp. 81-82.

¹¹⁰ Según los investigadores del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, frente al crecimiento de las cifras de población penitenciaria en Chile” se hace muy difícil que en el largo plazo las nuevas cárceles licitadas puedan poner término al fenómeno del hacinamiento”. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual 2008*, cit. nota n° 109. p. 80.

¹¹¹ Informe N° 291/09 de Contraloría de la República, cit. nota n° 108, Anexo 5. Así también, “Gendarmes denuncian aparición de gusano en comida de cárcel de Alto Bonito”. Diario El Repuertero, 18 de febrero de 2010. Información, videos e imágenes de la comida con gusanos disponible en <http://www.elrepuertero.cl/admin/render/noticia/21119> [Visitada el 12 de noviembre de 2012].

¹¹² CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, pp. 39 y ss.

¹¹³ Al respecto, Chile es parte de la tendencia de impulsar el trabajo en cautiverio lo que se manifiesta en la creación del reciente Reglamento de estatuto laboral y formación para el trabajo penitenciario N° 943 del año 2011.

¹¹⁴ En sus palabras: “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”. VALDIVIESO, Carlos; FOLCH, Francisco, *Sector privado y sistema carcelario: una mejor rehabilitación*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana, 1996, p. 8. El estudio en términos generales, resulta ser paradigmático de la visión confiada en la alianza público-privada. Nótese que en el inicio el artículo agradece a la empresa Wackenhut Chile – hoy GEO Group, mundialmente reconocida por su participación en el mercado carcelario- y a la Fundación Paz Ciudadana y Libertad y Desarrollo, instituciones ligadas a la derecha política chilena. Ambos detalles fundan un sesgo ineludible en la imparcialidad académica del estudio.

En términos concretos, bajo el denominado “Subprograma laboral”, las concesionarias se encuentran obligadas a fomentar y gestionar la incorporación de internos a las actividades laborales formales y remuneradas al interior del establecimiento. Pese a que la normativa contemple que la ejecución del trabajo pueda desarrollarse bajo dependencia del concesionario o terceros, vía microempresa, en la modalidad de trabajo independiente o confección de artesanía, el trabajo bajo dependencia aparece como la modalidad que ha tenido mayor desarrollo.¹¹⁵ De acuerdo a la información proporcionada por el Centro de Estudios de la Seguridad Ciudadana, las concesionarias “han privilegiado la modalidad de trabajadores dependientes, especialmente bajo su dependencia, con la creación de puestos de trabajo en diferentes cargos: manipuladores de alimentos auxiliares de aseo, mantención y jardinería, etc”.¹¹⁶ Así, por ejemplo, los internos “colaboran” en todas las etapas del proceso productivo de alimentación y “se les capacita en higiene y manipulación de alimentos, formación general para el trabajo, conceptos de calidad básica y prevención de riesgos, entre otras materias”.¹¹⁷ Entretanto, ello le ahorra a las concesionarias los costos de la mano de obra en la operatividad de la concesión y les permite a empresarios externos acceder a “múltiples beneficios”. Como señala la Comunidad de Información y Negocios para empresarios del Sur de Chile, el Subprograma Laboral permite “ahorro en arriendo y hora de trabajo de bajo costo” y “beneficios tales como empleados altamente motivados hacia la actividad laboral y cero ausentismo; lista de espera continua para ingresar; traslado y alimentación del personal asumido por concesionaria del establecimiento”,¹¹⁸ entre otras ventajas. Las problemáticas consecuencias que de aquello se siguen requieren de un trabajo con dedicación exclusiva que sin duda excede el ámbito de esta investigación. Baste por ahora esbozar algunas consideraciones. A nivel internacional, el Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1932, señala que “[l]as autoridades competentes no deberán imponer o dejar que se imponga el trabajo forzoso u obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado”. Para actuar en conformidad con las exigencias del tratado, el trabajo en cautiverio podrá efectuarse solo cuando los internos se sometan a éste de manera voluntaria. Sin embargo, aunque el Reglamento de Trabajo Penitenciario sostenga que la naturaleza de la actividad laboral es plenamente voluntaria (art. 8), han existido dudas por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la compatibilidad del trabajo en las cárceles concesionadas chilenas y las prohibiciones que impone el Convenio a los países contratantes.¹¹⁹ A esta preocupación contribuye la circunstancia de que el beneficio de salida al medio libre tenga en consideración el desempeño de los internos en los Subprogramas de la concesión y sea otorgado por un Consejo Técnico del que participan funcionarios de la empresa privada.¹²⁰ A nivel

¹¹⁵ MARTÍNEZ/ESPINOZA, “Cárceles concesionadas”, cit. nota nº 107, p. 9.

¹¹⁶ MARTÍNEZ/ESPINOZA, “Cárceles concesionadas”, cit. nota nº 107, p. 9.

¹¹⁷ MARTÍNEZ/ESPINOZA, “Cárceles concesionadas”, cit. nota nº 107, p. 7.

¹¹⁸ El reportaje, de 15 de mayo de 2011, se encuentra en la página de la misma asociación PYMESUR Online. Información disponible en <http://pymesur.cl/reportajes/oportunidad-para-microempresarios-de-ahorrar-costos-en-mano-de-obra-y-produccion-en-la-region-de-los-lagos.html> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].

¹¹⁹ Sobre la solicitud formulada por la OIT, Véase: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=3192&chapter=9&query=Chile%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].

¹²⁰ Respecto a la declaración que formulara el Capellán de la cárcel de Rancagua, Reverendo Luis Egaña ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, se transcribe: “Reconoció que es complicado que un

contractual, no obstante que las concesionarias señalan existir contratos laborales en regla y beneficios previsionales y de salud incluidos en el convenio, no existe información sobre el monto de las remuneraciones de los internos.¹²¹ De estarse siguiendo el recorrido del *welfare* al *workfare*¹²² propio de los sistemas neoliberales, esos trabajadores probablemente estén sometidos a precarios contratos laborales con salarios de subpobreza, semejantes a las condiciones degradadas de los trabajadores no cualificados del mundo exterior.¹²³ Lamentablemente, las entidades asesoras del gobierno chileno insisten sin reparos en potenciar el trabajo al interior de los recintos penitenciarios, “aumentando los espacios físicos, recursos y alianzas estratégicas con el sector privado”.¹²⁴

Por último, otra “buena noticia” que se ha sostenido podría comunicar la instalación de cárceles privadas a la población reclusa, es aquella que anuncia la disminución de los niveles de reincidencia de la población penal. Aun cuando se discute su valor como indicador, para aquellos quienes consideran que el fin de la pena es la prevención especial positiva –evitar nuevos delitos por parte del sujeto infractor mediante su rehabilitación– el análisis de la reincidencia constituye un punto ineludible;¹²⁵ y en efecto, ha sido considerada en todo el mundo como un elemento crucial en la evaluación, apoyo o eliminación de programas y políticas públicas en materia penal.¹²⁶ Pero no parece existir evidencia que avale la mayor capacidad preventiva de las cárceles privadas. En Estados Unidos, entre distintos y reconocidos estudios especializados se encuentra el trabajo realizado en la Universidad de Florida por el equipo de expertos en evaluación de estrategias punitivas a cargo de William Bales. La investigación consideró la conducta de una serie de reclusos liberados desde el año 1995 a 2001 y concluye no existir diferencias significativas respecto a las tasas estadísticas de reincidencia respecto de reclusos liberados desde el sistema privado y el sistema público,¹²⁷ siendo aplicable igual conclusión a

interno pida la salida dominical porque Siges [la operadora de la concesionaria en Rancagua] pierde dinero, ya que se trata de la ausencia por 4 días de un interno; la concesionaria deja entonces de ganar \$45.000 (cuarenta y cinco mil pesos)”. Informe de la Comisión Especial Investigadora del Sistema de Concesiones Carcelarias, cit. nota n° 75, p. 94.

¹²¹ MARTÍNEZ/ESPINOZA, “Cárceles concesionadas”, cit. nota n° 107, p. 9. Nota al pie n° 5.

¹²² Con *workfare* debe entenderse, en contraposición al *welfare*, el paso hacia un modelo social que atribuye al individuo la responsabilidad de participar en el mercado laboral y así demostrar conductas meritorias que lo hagan acreedor de prestaciones sociales.

¹²³ WACQUANT, “Castigar”, cit. nota n° 1, p. 264.

¹²⁴ CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA, “Recomendaciones para una nueva política penitenciaria”. Santiago, Marzo de 2010. Disponible en http://cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012]. p. 16. En el mismo sentido se pronuncian las declaraciones del Ministro de Justicia Teodoro Ribera en el Consejo Consultivo Anual de la Fundación Paz Ciudadana. Diario El Mercurio. Santiago, 1° de octubre de 2011. Cuerpo C “Nacional”, p. 21.

¹²⁵ MAXWELL, Sheila, “Rethinking the broad sweep of recidivism: a task for evaluators”, *Criminology & Public Policy* Vol. 4, n° 3 (2005), pp. 519-526.

¹²⁶ MAXWELL, “Rethinking”, cit. nota n° 125.

¹²⁷ BALES, William *et al.*, “Recidivism of Public and Private State Prison Inmates in Florida”, *Criminology and Public Policy* Vol. 4, n° 1 (2005), pp. 57-82. Adicionalmente, cabe destacar que la investigación de Bales contrasta con los resultados obtenidos por Lanza-Kaduce, Parker y Thomas, autores de uno de los estudios más reconocidos sobre efectividad de las cárceles privadas sobre la reincidencia. Bales descubre que la confianza de los datos obtenidos por Lanza-Kaduce *et al* resulta del hecho de haber omitido algunas variables de control. En sus palabras: “Taken together, these analices strongly suggest that the private prison recidivism effect Lanza-Kaduce *et al.* found for adult males resulted from failure to include sufficient control

sistemas carcelarios de hombres, mujeres y adolescentes. El estudio también advierte que las cárceles privadas se encontrarían en mejor posición para experimentar con programas de rehabilitación y reinserción a la comunidad, pero la medida en que los operadores privados estén o no cumpliendo con esta expectativa es una incógnita cuya resolución requerirá contar con la producción de documentación fiable y convincente.¹²⁸ También se sostiene la necesidad de emprender investigaciones que pudiesen evidenciar la relación entre los índices de reincidencia y el alcance y naturaleza de los cursos y programas de capacitación y tratamiento ofrecidos por cárceles públicas y privadas.¹²⁹ Por el momento, se señala, mientras no se cuente con dicha información, no parece ser posible avalar con evidencia empírica el potencial preventivo que se predica respecto de las cárceles privadas en la teoría.

Sobre la situación en Chile, como dan cuenta los investigadores del Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana, aunque la introducción del programa de concesiones tuvo entre sus propósitos la disminución de los índices de reincidencia,¹³⁰ tampoco se conocen “evaluaciones independientes que señalen si [el sistema de cárceles concesionadas] mejora la calidad de la educación, las posibilidades de trabajo intrapenitenciario, la empleabilidad, o si aumentan las posibilidades de reintegración”.¹³¹ A más de de carecerse de evaluaciones objetivas, la escasa información disponible delata numerosas deficiencias, las que van desde la irregularidad en la confección de fichas técnicas por preso, la falta de espacio, la ausencia de datos fiables y sucesivas infracciones en la asistencia e impartición de talleres.¹³² Desafortunadamente, el reciente estudio elaborado por Paz Ciudadana, *think tank* experto en seguridad de la derecha chilena, denominado “Reincidencia en el sistema penitenciario chileno”¹³³ no incluye información sobre las cifras de reincidencia según naturaleza del recinto de confinamiento (público o concesionado). De todos modos, cabe mencionar que dicho estudio, a través de la evaluación de índices de reincidencia en reclusos condenados a sistema abierto¹³⁴ y cerrado, llega a la predecible conclusión de que la tasa de nuevos contactos con el sistema penal de quienes cumplen condena en la cárcel son mucho más altas (71,2%) que las de quienes cumplen condena mediante penas alternativas a la reclusión (28,8%), contribuyendo a la desmitificación de la represión carcelaria como una estrategia punitiva exitosa.

En suma, a la pregunta sobre si la privatización ha significado una buena noticia para la población reclusa, en términos de haberse visto beneficiada de la capacidad de gestión privada puede responderse que el sector privado ha sido sujeto de un inmerecido aprecio a

variables”. Respecto de LANZA-KADUCE, Lonni; PARKER, Karen; THOMAS, Charles, “A comparative recidivism analysis of releases from private and public prisons”, *Crime and Delinquency* Vol. 45, nº 1 (1999), pp. 28–47.

¹²⁸ BALES, “Recidivism”, cit. nota nº 127, pp. 78-79.

¹²⁹ BALES, “Recidivism”, cit. nota nº 127.

¹³⁰ ARELLANO, “Reforma”, cit. nota nº 38, p. 4.

¹³¹ MARTÍNEZ/ESPINOZA, “Cárceles concesionadas”, cit. nota nº 107, p. 13.

¹³² Informe Nº 291/09 de Contraloría de la República, cit. nota nº 108, pp. 39 y ss.

¹³³ La presentación del informe disponible en http://www.pazciudadana.cl/extension_int.php?idExt=84 [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012]

¹³⁴ Las penas alternativas que contempla la legislación chilena son libertad vigilada, remisión condicional de la pena y reclusión nocturna (Ley 18.216).

su capacidad inventiva, conclusión que se ve confirmada por la inexistencia de estudios empíricos que documenten las innovaciones en el uso de mano de obra o en el intercambio de bienes y servicios que respalden la decisión de dar lugar a la gestión privada en actividades vinculadas al sector penitenciario;¹³⁵ los datos en realidad apuntan a la conclusión contraria, más que un aliado creativo y eficiente, el sector privado tributa de un mezquino desempeño en el ámbito penitenciario. Dicho sea de paso, una conclusión como esta no reclama en modo alguno a los gestores de la privatización utilizar su creatividad y capacidad de gestión en el ámbito penitenciario; tanto los gobiernos como el sector privado olvidan que las cárceles no tratan con material de producción, sino con seres humanos cuyo respeto tolera un escaso margen para obtener ganancias a través de la innovación.¹³⁶

2.2.2. ¿Es mejor el servicio ofrecido por el sector privado en comparación con el sector público?

Como fuera enunciado más arriba, queda por ver si, pese a su decepcionante desempeño, el sector privado ha conseguido mejorar, o al menos mantener, la calidad del servicio en comparación con el estándar ofrecido por el sector público.

Sobre la situación en Estados Unidos, el año 2009 académicos independientes de la Universidad de Utah guiados por el profesor Brad Lundhal examinaron diversos estudios que incluían indicadores comparativos entre ambos tipos de prisiones en Estados Unidos. A través del procedimiento de meta-análisis se propusieron extraer y resumir los descubrimientos cuantitativos de estudios y reportes dedicados a la materia con el propósito de evaluar la conveniencia entre uno y otro tipo de instalación penal, tanto en razón de los costos como de la calidad asociados a ellas.¹³⁷ Resulta relevante señalar que, como sostienen los autores a propósito del análisis de la literatura existente, la mayoría de los estudios coincide en la dificultad de proporcionar un diagnóstico final y definitivo.¹³⁸⁻¹³⁹

En cuanto a los costos de confinamiento, la investigación encabezada por Lundahl confirma la conclusión de Pratt y Maahs en el sentido de afirmar que los resultados obtenidos demuestran no existir beneficios económicos significativos de una prisión privada por sobre una instalación pública.¹⁴⁰ En cuanto a la calidad de las instalaciones, variable no abordada por el estudio de Pratt y Maahs, la conclusión es previsible. Al evaluar diez distintos indicadores de calidad, como costos, seguridad pública, seguridad interna, orden, atención

¹³⁵ McDONALD, “Private Prisons”, cit. nota n° 58, Apéndice 2.

¹³⁶ DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota n° 1, p. 477.

¹³⁷ LUNDAHL, “Prison Privatization”, cit. nota n° 54, p. 387.

¹³⁸ Solo uno de ellos, elaborado el año 2002 por Geoffrey Segal y Adrian Moore, asevera existir clara evidencia sobre las mejoras en calidad otorgada por las prisiones privadas. Sobre este caso en particular, el equipo de Lundahl señala que este estudio carece de un método sofisticado de análisis y presenta el ineludible sesgo del centro pro-privatización que lo financia. LUNDAHL, “Prison Privatization”, cit. nota n° 54, p. 386. Véase: SEGAL, Geoffrey; MOORE, Adrian, “Weighing the watchmen: Evaluating the costs and benefits of outsourcing correctional services”, *Reason Public Policy Institute Study. Policy Study* n° 290 (2002). Disponible en <http://reason.org/files/4ca7ce58f2a7b7a1529a21927459880a.pdf> [Consultado por última vez el 12 de noviembre de 2012]

¹³⁹ El segundo estudio relevante elaborado por Pratt y considerado para estos efectos es “Comparing the Quality of Confinement and Cost-Effectiveness of Public Versus Private Prisons: What We Know, Why We Do Not Know More, and Where to Go from Here”, que elabora junto a Dina Perrone el año 2003.

¹⁴⁰ LUNDAHL, “Prison Privatization”, cit. nota n° 54, p. 393.

médica, capacitación, beneficios, reclamos por parte de los presos, condiciones de la instalación y clima laboral, los autores señalan que existiría una calidad similar entre aquella proveída por el sistema público y la proveída por el sector privado. Del total de 45 indicadores de resultados, 21 (47%) favorecieron a prisiones privadas, 20 (44%) favorecieron a prisiones públicas y 4 (9%) no favorecieron a ninguna de ellas. La síntesis de estos 45 indicadores, agrupados en las 10 variables generales mencionadas, favorece en 50% a las cárceles públicas, 30% a las cárceles privadas y 20% demuestra no haber diferencias entre una y otra. Incluso, de los datos se desprende que las prisiones públicas serían objeto de menores reclamos y quejas y entregarían mejor capacitación a los internos.¹⁴¹ Ya que los resultados no proporcionan argumentos en pro o en contra de un movimiento privatizador, surge en el mismo estudio la pregunta sobre la guía que debiera orientar la toma de decisiones en ausencia de evidencia concluyente. A ello se responde que, ante la falta de estudios independientes y de excelencia que evalúen objetivamente la efectividad de los beneficios que se invocan cuando se propone privatizar,¹⁴² la respuesta solo puede encontrarse en el seno de una discusión ideológica.

En Chile, los estudios se encuentran lejos de poder dar cuenta de una cabal comparación entre cárceles públicas y concesionadas. A nivel de gobierno tampoco parece existir voluntad de profundizar en esta labor. De acuerdo a la información proporcionada por el Consejo para la Reforma Penitenciaria, el año 2008 el Ministerio de Justicia habría recibido \$70.000.000 para la realización de estudios en el ámbito penitenciario, mientras que el año 2009 no se le entregaron recursos para la realización de estudios en la materia.¹⁴³ Sin embargo, hay algunos antecedentes a partir de los cuales podría construirse un examen, aunque superficial, del contraste entre el panorama público y el privado.¹⁴⁴ Al menos de acuerdo a los estándares bajo los cuales se propuso la introducción de capitales privados, las modificaciones habrían de ser diversas. Según los promotores de la reforma carcelaria, las cárceles concesionadas ofrecerían, por ejemplo, 6 m² en vez de 5,5 m² en celdas individuales, 1,8 m² en vez de 1 m² en comedores, salas de talleres técnicos, salas de enfermería, salas de atención profesional, dormitorios de visitas íntimas, servicios de lavandería, servicios de aseo y control de plagas, todos inexistentes en las cárceles públicas.¹⁴⁵ En cuanto a los datos globales, mientras al año 2009 el sector público albergaba al 79,6% de la población reclusa en 401.390 m², alcanzando un promedio de 14,5 m² por interno, en el sector privado permanecía el 20,4% de la población penal distribuida en 289.984 m², logrando obtener 29 m² por interno.¹⁴⁶ Visto así, las novedades del sistema

¹⁴¹ LUNDAHL, "Prison Privatization", cit. nota n° 54, p. 383.

¹⁴² LUNDAHL, "Prison Privatization", cit. nota n° 54, p. 393.

¹⁴³ CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA, cit. nota n° 123, p. 37.

¹⁴⁴ En general, las páginas electrónicas de los servicios del gobierno ofrecen poca o nula información. En caso de ofrecerse, la información generalmente se presenta mediante diapositivas no oficiales y sin referencia a las fuentes legales, judiciales o doctrinarias de las que se permita rastrear su veracidad. Asimismo, y como se sostiene en el Informe de la Universidad Diego Portales del año 2005, los estándares actuales de los que dan cuenta las autoridades no entregan "una visión real y fidedigna del sistema penitenciario chileno". CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual 2005*, cit. nota n° 112, p. 130.

¹⁴⁵ ARELLANO, "Reforma", cit. nota n° 38, pp. 8-9.

¹⁴⁶ FREI, Jorge, "Seminario regional. Sistema penitenciario concesionado: desafíos y realidades regionales". Rancagua, Gobierno de Chile-Ministerio de Justicia, 2009. Disponible en

concesionado constituirían un avance respecto de los estándares que ofrece el sector público. Sin embargo, la promoción de las cárceles concesionadas pierde de vista que las cárceles públicas chilenas son un adversario fácil de derrotar. La exposición ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que presentara la fiscal judicial Mónica Maldonado el año 2009, da cuenta de

“deplorables condiciones de vida, (...), [la] falta de una política penitenciaria que permita la reinserción social de los internos, (...), sobrepoblación y [extensos] horarios de encierro, y [de] que la condición de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios no concesionados del país es generalizada”.¹⁴⁷

Asimismo, la Relatoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el año 2008 habría manifestado su preocupación por el “alto nivel de hacinamiento, condiciones de insalubridad extrema que incluyen servicios básicos precarios, así como pésima infraestructura”,¹⁴⁸ confirmando una conclusión a la cual se habrían negado las autoridades chilenas durante años. Así entonces, las condiciones de las cárceles públicas en Chile son a tal punto brutales que el triunfo del sector privado aparece como una farsa de la política penitenciaria chilena. Por lo demás, los problemas que se constatan a nivel público no son ni con mucho exclusivos de este sector, llegándose a afirmar que ambos modelos carcelarios estarían cruzados por problemas transversales. Las falencias padecidas por el sector público “se comunican a las cárceles licitadas”,¹⁴⁹ por lo que resulta “del todo erróneo creer que estos nuevos recintos se incorporan a un moderno sistema penitenciario nacional”.¹⁵⁰ Entre estos problemas se encontrarían la “falta de eficacia en la rehabilitación, falta de transparencia en su funcionamiento, fenómenos de corrupción; y serios problemas en materia de gestión y recursos humanos”.¹⁵¹

Algunos podrán argumentar que, si tanto el sector privado como el sector público están imposibilitados de entregar condiciones dignas de encarcelamiento, entonces se vuelve irrelevante decidir por uno u otro sistema. A ello cabe responder que los gobiernos neoliberales han privilegiado la inyección de recursos al sector privado, volviéndose difícil medir con la vara del sector privado el desempeño de un sector público carente de recursos; o, en otras palabras, la decisión por uno u otro opera sobre un sesgo que elude la oportunidad del sector público para demostrar sus competencias.

http://www.concesiones.cl/publicacionesyestudios/seminariosytalleres/Documents/sistema%20penitenciario%20concesionado_jorge%20frei.pdf [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].

¹⁴⁷ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual 2010*, cit. nota n° 22, pp. 111 y ss.

¹⁴⁸ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual 2010*, cit. nota n° 22.

¹⁴⁹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual 2007*, cit. nota n° 22, p. 33.

¹⁵⁰ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual 2010*, cit. nota n° 22.

¹⁵¹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual 2010*, cit. nota n° 22, Nota n° 37.

3. Conclusiones.

Lejos de merecer ser calificados como novedad, los resultados que aquí se ofrecen son en su mayoría una sistematización de investigaciones anteriores, expuestas al prisma de una crítica de más largo aliento en torno al panorama punitivo neoliberal. En efecto, la estrategia neoliberal de privatización carcelaria apela a valores, como la eficiencia y la libertad de competencia, y a resultados, cuantitativos y cualitativos, que merecen ser sometidos a escrutinio. A través de este examen he intentado dismantlar la retórica del discurso eficientista, sustituyendo un campo de juego gerencial aparentemente neutro por una batalla valórica que evalúe los compromisos institucionales envueltos en la privatización. Habiendo realizado aquel ejercicio, concluyo que el vínculo comercial que tiene lugar desvanece la identidad pública asociada a la prisión, desdibuja las responsabilidades políticas involucradas, dificulta la identificación del régimen jurídico aplicable e introduce a un agente cuyos intereses comerciales pueden ir en directo desmedro de la calidad del servicio proveído. Asimismo, esta medida se afianza en torno a una prestación cuyo usuario se encuentra en una relación coercitiva de sujeción permanente y está usualmente impedido de reclamar y ejercer sus derechos políticos. A ello se suma que la noción de bien común involucrada en el discurso privatizador pareciera considerar al fortalecimiento penal del Estado y a la expansión de la infraestructura carcelaria como propósitos deseables, cuestiones que han sido rebatidas insistentemente por la literatura especializada. Por último, considerando los incentivos envueltos en la privatización, la corrupción se convierte en una catástrofe predecible.

Fuera del terreno de los valores, el campo de las ciencias empíricas tampoco es muy auspicioso. A través del desarme de dos fundamentales premisas privatizadoras, el análisis comparativo aquí presentado concluye en un marcador desfavorable a la privatización carcelaria. En primer lugar, he buscado hacer frente aquel supuesto que sostiene que la introducción del sector privado en el campo penitenciario logra reducir los costos de inversión en comparación a sus pares públicas, permitiendo el correlativo resguardo del erario nacional. Del análisis elaborado por Pratt y Maahs sobre la situación de cárceles públicas y privadas en Estados Unidos, se concluye no existir diferencias significativas respecto de los costos asociados a uno u otro tipo de instalación. Por tanto, tampoco existe demostración del alivio de las cargas fiscales a que apela la política privatizadora. Sobre la situación en Chile, pese al rezago en la elaboración de estudios comparativos, los antecedentes dan cuenta de los elevados costos por preso que alcanza el sistema concesionado, comprobándose nuevamente el desacierto de la medida. En este punto, bien cabe preguntarse por la competitividad a que apelan los defensores de la privatización. Considero que el poder de competencia del sector privado en el contexto de libre mercado es difícilmente aplicable a la participación privada en el ámbito carcelario, ya que la larga data de la inversión, las imperfecciones del marco regulatorio, la ansiedad de las autoridades, las modalidades presupuestarias y las frecuentes renegociaciones se constituyen como factores que limitan el despliegue de condiciones de competencia ideal. Aquello podría explicar, al menos parcialmente, las razones por las cuales la privatización carcelaria no ha logrado cumplir con sus propósitos iniciales.

En segundo lugar, he intentado desvirtuar aquella premisa que asevera que la introducción del sector privado en el aparato penitenciario permitiría alcanzar, con innovación y creatividad, estándares de confinamiento dignos y superiores a los estándares ofrecidos por el sector público. Para hacer frente a este supuesto he considerado distinta evidencia fragmentada de la cual se desprende que tanto en Chile como en Estados Unidos, el sector privado, más que aportar innovación y creatividad, ha implementado medidas de brutal y abusiva economía. Sumado a ello, y pese al renovado interés de la empresa privada por el trabajo en cautiverio, la gestión del sector privado no da cuenta de cifras positivas en términos de superar las probabilidades de reinserción en contraste con el sector público. Así también, luego de la revisión de estudios comparativos dedicados a investigar si el sector privado consigue mejorar la calidad del servicio proveído por el sector público, puede sostenerse que en Estados Unidos ambos tipos de instalación proveen servicios de calidad similar. En cuanto al caso chileno, el Programa de Concesiones trajo consigo medidas de mejoramiento que dan cuenta de un indudable avance. Sin embargo, no procede que las indignas condiciones del sistema público sean la medida del éxito del sector privado. Como fuera anunciado más arriba, si el sector privado cuenta con más recursos que un sector público absolutamente precarizado entonces es evidente la obtención de un cómodo triunfo. La real victoria se hubiera alcanzado de haberse logrado implementar condiciones dignas de encarcelamiento, cuestión que distintos informes investigadores ponen en duda. En definitiva, una cándida revisión de la información disponible podría culminar en una arrellanada autocomplacencia. Evitar aquello requiere el mayor desarrollo de investigaciones empíricas y un exhaustivo debate en torno a los valores y compromisos envueltos en la privatización carcelaria. El juego entre defensores y opositores a la introducción de capital privado en materia carcelaria no debería resolverse *a priori* en el terreno de las estadísticas. En razón de aquello, no cabe sino plantear la discusión en términos de valores involucrados en el proceso de privatización, estableciendo en qué medida permitir la introducción de capital privado en la esfera carcelaria, y el consiguiente uso lucrativo que de ello se sigue, es consistente con la obligación que tiene la sociedad con aquellos a quienes encarcela.¹⁵²

Por último, este análisis se vincula a una visión política y económica de más largo alcance. Siguiendo a Loïc Wacquant, el modelo neoliberal, en tanto agente facilitador de la liberalización del capital, ha precarizado las protecciones sociales y se ha convertido en motor de la marginalidad avanzada. El vínculo entre este modelo económico y el aparato penal es ineludible. En este sentido, el mercado “halla su extensión ideológica y su complemento institucional en la <mano de hierro> del Estado penal, que crece y se despliega a fin de *contener los desórdenes generados por la difusión de la inseguridad social*” (cursivas en el original).¹⁵³ A este despliegue de la penalidad neoliberal debiese responderse con nuevas y distintas formas de resolver los conflictos sociales escondidos bajo el síntoma de la criminalidad, incluyendo la eliminación del almacenaje de cuerpos y vidas en que ha derivado la masificación del encarcelamiento. La confianza de las autoridades por la herramienta penal y sus soluciones simples, coercitivas y mediáticas, debiese ser sustituida por una voluntad política garante de la equidad e inclusión social dispuesta a compartir la ineludible responsabilidad social derivada del delito, asumiendo

¹⁵² DOLOVICH, “State punishment”, cit. nota nº 1, *passim*.

¹⁵³ WACQUANT, “Castigar”, cit. nota nº 1, p. 35.

políticas radicalmente distintas de las que se venido llevando a cabo por los gobiernos neoliberales en Chile y en Estados Unidos.

BIBLIOGRAFIA

- ACTA DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN LEGISLACIÓN Y JUSTICIA, 358ª Legislatura. Sesión 57ª Ordinaria de 21 de diciembre de 2010.
- AMAN, Alfred, "Privatization, prisons, democracy, and human rights: The need to extend the province of administrative law", *Indiana Journal of Global Studies* Vol. 12, nº 32 (2005), Legal Studies Research Paper Series, pp. 511-550.
- ARELLANO, Jaime. "Reforma Penitenciaria: El caso del programa de concesiones en infraestructura penitenciaria en Chile". En: Seminario Justicia y Gobernabilidad Democrática del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Ministerio de Justicia de Chile, 2003, Santiago de Chile. p. 6. Disponible en http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/2097-reforma-penitenciaria-el-caso-del-programa-de-concesiones-en-infraestructura-penitenciaria-en-chile [Última visita realizada el 12 de noviembre de 2012].
- BALES, William; BEDARD, Laura; QUINN, Susan; ENSLEY, David; HOLLEY, Glen, "Recidivism of Public and Private State Prison Inmates in Florida", *Criminology and Public Policy* Vol. 4, nº 1 (2005), pp. 57-82.
- BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce, "How unregulated is the U.S. labor market? The penal system as a labor market institution", *The American Journal of Sociology*, Vol. 104, nº 4 (1999), pp. 1030-1060.
- BITRAN, Eduardo; VILLENA, Marcelo, "El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile: Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional", *Estudios Públicos* nº 117, Verano (2010), pp. 175-217.
- BRAITHWAITE, John, *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it work Better*. London: Edward Elgar Publishing, 2008.
- CARNEVALI, Raúl, "Cárceles privadas: ¿es solo un negocio?", *La semana jurídica* nº 37, 23 a 29 de Julio de 2001.
- CASTILLO, Alejandra; CONTRERAS, José Ignacio, "Sistemas penitenciarios comparados", *Revista* 93 nº 5, Mayo (2011), pp. 11-17.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.
- _____ *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.
- _____ *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2007.
- _____ *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008.
- _____ *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2009.

ARRIAGADA, Isabel. “Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio.”

Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

- CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA. “Recomendaciones para una nueva política penitenciaria”. Santiago, Marzo de 2010. Disponible en http://cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].
- DAMMERT, Lucía; DÍAZ, Javiera, “El costo de encarcelar”, *Observatorio FLACSO* N° 9 (2005). Disponible en <http://papaspor siempre.cl/articulos/precio-al-encarcelar-a-un-padre.pdf> [Última visita realizada el día 12 de noviembre de 2012]
- DAMMERT, Lucía, “El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para un modelo público-privado”, En: Meeting of the Latin American Studies Association, 2006, San Juan, Puerto Rico, p. 10. Disponible en <http://www.flacso.cl/home/images/extension/congreso/lasa2006-sistema-penitenciario.pdf> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].
-
- _____, *Los desafíos del sistema carcelario en Chile*. Quito: FLACSO-MDMQ, 2007. Serie Ciudadanía y Violencias, Vol. 2.
- DANA, Joel, *A Guide to Prison Privatization*, Washington: Heritage Foundation Backgrounder, 1988. Disponible en <http://www.heritage.org/research/reports/1988/05/bg650-a-guide-to-prison-privatization> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].
- DIARIO EL MOSTRADOR, “El príncipe de las autopistas”, 07 de febrero de 2011. Perfil disponible en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/02/07/el-principe-de-las-autopistas/> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012]
- DIARIO EL REPUERTERO, “Gendarmes denuncian aparición de gusano en comida de cárcel de Alto Bonito”, Febrero de 2010. Información, videos e imágenes de la comida con gusanos disponible en <http://www.elrepuerto.cl/admin/render/noticia/21119> [Visitada el 12 de noviembre de 2012].
- DOLOVICH, Sharon, “State punishment and private prisons”, *Duke Law Journal* Vol. 55, n° 3 (2005), pp. 437-546.
- ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander; HERMOSILLA, Manuel, “Renegociación de concesiones en Chile”, *Estudios Públicos* N° 113 (2009).
- ESPINOZA, Olga; MARTINEZ, Fernando, “Cárceles concesionadas en Chile: ¿El camino a la privatización?”, *Debates Penitenciarios* n° 9 (2009), pp. 3-15.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: el Nacimiento de la prisión*, Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 2000.
- FREI, Jorge, “Seminario regional. Sistema penitenciario concesionado: desafíos y realidades regionales”. Rancagua: Gobierno de Chile-Ministerio de Justicia, 2009. Disponible en http://www.concesiones.cl/publicacionesyestudios/seminariosytalleres/Documents/sistema%20penitenciario%20concesionado_jorge%20frei.pdf [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].
- GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa, 2005.

- HARCOURT, Bernard, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- HARTFORD COURANT, “Prison Privatization Is No Panacea”, 24 de agosto de 1997. Disponible en http://articles.courant.com/1997-08-24/news/9708240001_1_private-prisons-out-of-state-inmates-jail-guards. [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].
- HARVEY, David, *Breve historia del neoliberalismo*. Trad. VARELA, Ana. Madrid: Ediciones Akal, 2007.
- HUMAN RIGHTS WATCH, “Children in Confinement in Louisiana” (1995). Disponible en <http://dspace.cigilibrary.org/jspui/bitstream/123456789/22487/1/United%20States%20Children%20in%20Confinement%20in%20Louisiana.pdf?1> [Última visita realizada el día 12 de noviembre de 2012].
- INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA SOBRE EL PROCESO DE CONCESIONES CARCELARIAS (2008). Disponible en www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=92&prmTIPO=INVESTIGAFIN [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012]. p. 81. El informe fue presentado ante la Cámara de Diputados en la 356ª Legislatura. Sesión 116ª Ordinaria de 16 de diciembre de 2008.
- INFORME Nº 291/09. División Auditoría Administrativa Área Administración General y Defensa Nacional de la Contraloría de la República. Informe disponible en [http://www.contraloria.cl/basesdocumentales/bifaPortalCGR.nsf/31F6D80425A87A8D842576EA00069BFE/\\$File/INFORME%20FINAL%20291-09%20GENDARMERIA%20DE%20CHILE%20PROGRAMA%20DE%20CONCESIONES%20DE%20INFRAESTRUCTURA%20PENITENCIARIA-MARZO%202010.pdf?OpenElement](http://www.contraloria.cl/basesdocumentales/bifaPortalCGR.nsf/31F6D80425A87A8D842576EA00069BFE/$File/INFORME%20FINAL%20291-09%20GENDARMERIA%20DE%20CHILE%20PROGRAMA%20DE%20CONCESIONES%20DE%20INFRAESTRUCTURA%20PENITENCIARIA-MARZO%202010.pdf?OpenElement) [Visitado por última vez el 18 de noviembre de 2012].
- JAYEWARDENE, C.H.S.; TALBOT, C.K., “Entrusting corrections to the private sector”, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* nº 26 (1982), pp. 177–187.
- LANZA-KADUCE, Lonn; PARKER, Karen; THOMAS, Charles, “A comparative recidivism analysis of releases from private and public prisons”, *Crime and Delinquency* Vol. 45, nº 1 (1999), pp. 28–47.
- LOGAN, Charles, *Private Prisons. Cons & Pros*, New York: Oxford University Press, 1990.
- LUNDAHL, Brad; KUNZ, Chelsea; BROWNELL, Cyndi; HARRIS, Norma; VAN VLEET, Ruzz, “Prison Privatization: A Meta-analysis of Cost and Quality of Confinement Indicators”, *Research on Social Work Practice* Vol. 19, nº 4 (2009), pp. 383-394.
- MASSOGLIA, Michael, “Incarceration as exposure: The prison, infectious disease and other stress-related illnesses”, *Journal of Health and Social Behavior* Vol. 49, Marzo (2008), pp. 56-71.
- MAXWELL, Sheila, “Rethinking the broad sweep of recidivism: a task for evaluators”, *Criminology & Public Policy* Vol. 4, nº 3 (2005), pp. 519-526.

- McDONALD, Douglas; FOURNIER, Elizabeth; RUSSEL-EINHORN, Malcolm; CRAWFORD, Stephen, "Private Prisons in the United States: An Assessment of Current Practice". Cambridge: Abt Associates, Inc., 1998.
- McDONALD, Douglas, "Public Imprisonment by private means: The re-emergence of private prisons and jails in the United States, the United Kingdom and Australia", *British Journal of Criminology* Vol. 34, n° 29 (1994), Número especial, pp. 29-48.
- MINOW, Martha, "Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion", *Harvard Law Review* Vol. 116, N° 1229 (2003), pp. 1229-1270.
- PAVARINI, Massimo, *Castigar al enemigo: Criminalidad, exclusión e inseguridad social*. Quito: FLACSO-MDMQ, 2009, Serie Ciudadanía y Violencias, Vol. 8.
- PRATT, Travis C.; MAAHS, Jeff, "Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research", *Crime and delinquency* Vol. 45, n° 3 (1999), pp. 358-371.
- SANZ, Enrique, "Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 52 (1-3), 1999.
- _____, *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. Madrid: Edisofer, 2000.
- STIPPEL, Jörg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. Santiago: Editorial LOM, 2006.
- SCHICHOR, David, "Private prisons in perspective: some conceptual issues", *The Howard Journal* Vol. 37, n° 1 (1998), pp. 82-100.
- SCHLOSSER, Eric, "The Prison-Industrial Complex", [En línea] *The Atlantic Monthly*, 1998. Disponible en web <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1998/12/the-prison-industrial-complex/4669> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012].
- SEGAL, Geoffrey; MOORE, Adrian, "Weighing the watchmen: Evaluating the costs and benefits of outsourcing correctional services", *Reason Public Policy Institute Study. Policy Study* n° 290 (2002), Disponible en <http://reason.org/files/4ca7ce58f2a7b7a1529a21927459880a.pdf> [Consultado por última vez el 12 de noviembre de 2012].
- VALDIVIESO, Carlos; FOLCH, Francisco, *Sector privado y sistema carcelario: una mejor rehabilitación*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana, 1996.
- VOLOKH, Alexander, "Privatization and the law and economics of political advocacy", *Stanford Law Review* Vol. 60, n° 4 (2008), pp. 1197-1254.
- VERKUIL, Paul, *Outsourcing Sovereignty: Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What We Can Do About It*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2000.
- _____, *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona: Gedisa, 2010.
- _____, "El cuerpo, el gueto y el Estado penal", *Apuntes de investigación* (16/17) 2010, p. 110, pp. 113-145.
- WATTS, Harold; NIGHTINGALE, Demetra, "Adding it up: The economic impact of incarceration on individuals, families, and communities", *Journal of the Oklahoma Justice Research Consortium* Vol. 3, Agosto (1996), pp. 55-62.

- WEISS, Robert, "Repatriating Low-Wage Work: The Political Economy of Prison Labor Reprivatization in the Postindustrial United States", *Criminology* Vol. 39, n° 2 (2001), pp. 253-292.
- WESTERN, Bruce, "The impact of incarceration on wage mobility and inequality", *American Sociological Review* Vol. 67, Agosto (2002), pp. 526-546.
- WHITE, Ahmed, "Rule of law and the limits of sovereignty: the private prison in jurisprudential perspective", *The American Criminal Law Review* Vol. 38, n° 1 (2001), pp. 111-146.