

# Las prisiones privadas.

## Una solución insatisfactoria al problema penitenciario

Enrique Sanz Delgado

Profesor de Derecho penal y penitenciario. Universidad de Alcalá

**E**n los últimos años, si se observa el devenir y la puesta en práctica de las consecuencias jurídicas del delito, asistimos a ciertos modos de involución penal. Retrocedemos en materia de ejecución a lo peor del pasado punitivo. Los sistemas europeos, penales y penitenciarios, influenciados por las últimas tendencias de la política criminal norteamericana, han redescubierto medidas propias de la ejecución penal del siglo XIX y, en algún caso, sistemas y procedimientos de siglos anteriores. Y los importan formando parte de modelos ideológicos regresivos y restrictivos, o con escaparates y ofertas de eficacia infundada. Las similitudes con el pasado se encuentran, así, en el redescubierto rigor de antaño, en los modos de segregación actual y en el lucro empresarial obtenido de la inflicción del castigo penal.

La situación a la que se enfrenta hoy la Administración penitenciaria norteamericana encuentra su origen, en gran medida, en la transformación sufrida en materia judicial y en política correccional desde mediados de la década de 1970. Tras pregonarse la crisis del ideal rehabilitador, cuestionando y desarticulando los fines previstos en las legislaciones penitenciarias y del modelo clásico de pena indeterminada, basado en sistemas tratementales y en la aplicación de las ciencias de la conducta para los procedimientos de clasificación de los

reclusos, el movimiento de reforma penal y penitenciaria estadounidense vino a terminar asumiendo medidas legales de mayor seguridad como el “truth-in-sentencing”, para terminar favoreciendo, junto a otras más recientes como el “three strikes and out”, una suerte de orientación penal preventivo-general negativa, esto es, basado en la pura disuasión y en la incapacitación e inocuización como fines primordiales a los que se destina la pena privativa de libertad, con un derivado crecimiento exponencial de la población reclusa (un 700% de 1970 a 2001), u ofertando otras fórmulas penitenciarias como las privatizadoras a las que me referiré en los siguientes párrafos, tan acordes con los fines empresariales meramente reclusivos y apartadas de cualesquiera medidas reinsertadoras y, en esencia, poco lucrativas.

El modelo tradicional de sentencia indeterminada norteamericano, basado en la discrecionalidad de los “Parole Boards” (Comisiones de libertad condicional), para fijar las fechas de excarcelación anticipada de los internos, se vio sometido a intensas críticas y a una reducción de la actividad de tales órganos, pasando de un porcentaje del 88% de excarcelaciones bajo sus criterios en 1977, a solamente un 24% en el año 2000, y aboliéndose tales comisiones en 16 estados en 2001, para ser reemplazados por sistemas objetivos, de sentencia determinada,

de menor contenido individualizador con respecto a los penados, con fechas de salida prefijada, en un procedimiento que ha crecido un 41% en el número de liberaciones. Entre las aproximaciones más recientes, especialistas como Petersilia han destacado tal evolución en los últimos veinticinco años, así como sus negativos caracteres resultantes de la ausencia de control previo de los liberados según este procedimiento de temporalidad determinada. Si la liberación condicional bajo los criterios de los Parole Boards significaba el 95% de las excarcelaciones, estas cifras habían caído a menos de una cuarta parte a fines del año 2002. La mayoría de los internos son liberados automáticamente, sin supervisión, y es en tales casos donde se encuentra el mayor número de fracasos y reincidencias.

La retención y custodia gana así terreno, como fin, a la idea resocializadora y al estudio individualizado de los privados de libertad. Y la consecuencia inevitable vino a ser el crecimiento exponencial de la población penitenciaria y la falta de maleabilidad y absorción de los sistemas ante tal incremento en el número de internos. A esto se ha añadido, en los últimos años, la implantación de la política criminal que ha venido en llamarse Derecho penal del enemigo, restrictiva y regresiva, dirigida a la lucha contra determinados delincuentes y que coadyuva efectivamente en aumentar el control social formal, en expandir el uso del Derecho penal y con ello de la pena de prisión, en lugar de ofrecer alternativas a la privación de libertad.

La otra medida que mira al pasado, y que comentamos, es la oferta del sector privado para hacerse cargo de la construcción y administración de los establecimientos penitenciarios, ofreciendo recortes del gasto y una mejor gestión, esto es, la privatización de los sistemas penitenciarios. La ofensiva privatizadora aparece, así, ya en los primeros años ochenta del siglo XX, reeditando modelos como el proyecto Panóptico de Jeremy Bentham de 1791, denostado en su tiempo por los reformadores penales por asimilarse en exceso con las prác-

ticas seculares de explotación de los presos denominadas derechos de encarcelaje, quienes habían de pagar por su manutención y por condiciones medianamente dignas de reclusión, pero con criterios empresariales actualizados. El fundamento es el mismo, el supuesto ahorro de los contribuyentes, mediante la administración eficiente de la pena privativa de libertad por una empresa privada.

En realidad, la idea privatizadora de los servicios públicos surgía en Gran Bretaña en los primeros años de la década de los ochenta y son los EE UU de América quienes perfeccionan la idea original europea. Algo similar a lo ocurrido a comienzos del siglo XIX con los primeros sistemas penitenciarios, con ideas europeas que llegaban al continente americano y que allí se perfeccionaban y exacerbaban, creándose las primeras e imponentes penitenciarias, e importándose tales sistemas y modelos, años después, por Europa, para terminar poblándose el viejo continente de prisiones radiales. Incluso los viajes de estudio para contemplar aquellos sistemas y modelos de ejecución penal, que llevaran a cabo los especialistas decimonónicos, para así dar noticia en Europa de las realizaciones norteamericanas, encuentra otro paralelismo en el viaje que los especialistas de hoy, europeos y de otras latitudes, preocupados por los gastos de la privación de libertad para el erario público y ante el crecimiento de la población penitenciaria, realizaron a partir de mediados de los ochenta del siglo XX para conocer y asimilar, en determinados supuestos, los fundamentos y puesta en práctica de los modelos privatizados. Se ha pretendido incluso, por parte de los partidarios de la privatización —usualmente beneficiarios del incremento accionario—, ofrecer una explicación ideológica a tal fenómeno político-empresarial, como justificación posterior a una puesta en práctica pragmática y enfocada sustancialmente al lucro corporativo. Empero, los fundamentos ideológicos no resolvían el problema.

En todo caso, en puridad, cuando se usa el término prisión privada se hace referencia al modelo de ejecución que permite a una empresa privada diseñar, construir, y posteriormente administrar y dirigir un centro penitenciario y a los internos que en él se hallan, cumpliendo una sanción penal impuesta por el Estado. En cambio, la materia relativa a la participación del sector privado en el entorno penitenciario despliega otras muchas vertientes a considerar, lo que debe añadirse a las circunstancias específicas del país en cuestión.

La participación de la sociedad o del sector privado, sin ánimo de lucro, en los servicios auxiliares a la ejecución de la pena, corresponsabilizándose de la tarea social de la aplicación y ejecución de las leyes, no plantea tantos problemas. Se trata en el fondo de un compromiso constitucional-ideológico. Si el fin que se persigue constitucionalmente (como ocurre en la legislación española), es el de la resocialización de los penados, entendido como la búsqueda de la no desocialización o, en la práctica, otorgar la posibilidad de que el penado liberado mediante los medios puestos a su alcance por la administración consiga vivir en sociedad respetando la ley penal, tal participación privada no lucrativa, articulada por lo común en organizaciones no gubernamentales, parece deseable, por cuanto acerca al interno a la sociedad y ésta toma parte en tal labor reintegradora. Pero el ánimo de lucro de la empresa privada se constituye en un elemento distorsionador de cualquier fin resocializador (que como la Sanidad debiera ofrecerse con control del gasto público, pero sin limitaciones especulativas), por cuanto la empresa en una sociedad de mercado atenderá, naturalmente, a sus intereses económicos, relegando a un segundo plano el fin al que se destina la privación de libertad.

Así es que la oferta privada, el escaparate que ofrecen las empresas que persiguen la privatización es un señuelo comercial que pretende, en última instancia, absorber competencias que no les son propias, y el peligro siempre

queda sobre la parte más débil, el interno, que no encontrará el interés institucional en su reinserción sino en la mera custodia y separación de la sociedad en la que vive. No obstante, como se ha dicho, la intervención privada o ciudadana en el ámbito ejecutivo penal es, sin embargo, necesaria e interesante, pero dirigida a los fines que se pretenden por el legislador (usualmente en nuestra órbita cultural la resocialización de los condenados) y nunca cediendo el Estado el control en la actividad nuclear penitenciaria. La educación y, en el terreno laboral, la formación y capacitación profesional de los internos, así como la oferta de plazas de trabajo productivo en los Centros penitenciarios o fuera de ellos han sido, y seguirán siendo, los verdaderos mecanismos reinsertadores; y la colaboración de empresas contratadas por el Estado, mediante procedimientos de licitación pública, y siempre bajo el control de cualquier posibilidad de explotación de la mano de obra, inevitablemente más barata, se nos muestra como la mejor posibilidad para ello. La búsqueda de una mejor competitividad en los mercados de los productos que se elaboran en el centro penitenciario ha de ser tarea estatal y, desde ahí, ofertar a las empresas condiciones fiscales favorables, o los medios materiales que precisen para este cometido.

No obstante, ante el interés que suscita esta materia y posibilidad privatizadora para los exiguos presupuestos de algunos países que la plantean, convenientemente aderezada con promesas de futuras reducciones del gasto y de mejor gestión, y que la vislumbran como medio de construir establecimientos penitenciarios de manera rápida y poco costosa para el erario público, dejando esta responsabilidad en manos privadas, la elección supone una solución inmediata, pero que se complica a la larga. Las cláusulas contractuales que se firmen entre el Estado responsable de la ejecución penal y las empresas adjudicatarias son realmente el núcleo del problema posterior y ahí debe recaer la auténtica protección de los derechos de los internos, de las expec-

tativas acerca de la posible reinserción o reeducación de los mismos, como fines de la privación de libertad, así como del mantenimiento de las labores puramente custodiales y disciplinarias en manos del Estado, para evitar que la maximización empresarial prime sobre los fines atribuidos a la pena. El énfasis ha de ser puesto no tanto en la construcción de nuevos establecimientos, despersonalizados y tecnológicamente distanciadores de la cardinal relación humana entre funcionarios y reclusos (que son los ofertados por las empresas privatizadoras), sino precisamente en la formación del personal penitenciario que se adecue a las posibilidades materiales, sin perjuicio de una mejor administración de los recursos económicos y una reforma dirigida a hacer habitables y dignos los establecimientos existentes. Solo tras una eficiente formación de los recursos humanos que persigan y se involucren activamente en los fines destinados a la privación de libertad, se puede afrontar una reforma del sistema.

En todo caso, siendo conscientes de la distinta situación socioeconómica entre países, si la solución política elegida por algún Estado fuera privatizar prisiones, con la merma que supone en la legitimidad constitucional, en la idea de dejar la responsabilidad de la construcción de nuevos centros, tan necesarios, a las empresas que después las van a gestionar, el control estatal habría de ser inequívoco y minucioso. Estableciendo de antemano objetivos a cumplir y posibilidades reales de rescisión de los contratos por parte del Estado en cuanto fuera necesario para proteger el cumplimiento de tales fines. Y ahí radicaría el núcleo de la cuestión, en la actividad contractual y en la protección de los intereses públicos. Los blindajes y la duración de tales contratos han sido hasta hoy uno de los más complicados problemas en esta materia.

Como es hasta cierto punto lógico, si una corporación empresarial correccional fija su meta principal en la consecución de beneficios económicos, este fin con-

dicionará e influirá efectivamente en sus operaciones y políticas de administración. Servir al accionariado y al Estado subsidiariamente, inclinará de manera efectiva la balanza hacia el lado inversor, hacia el que más pone en juego, hacia el más poderoso, esto es, hacia la empresa concesionaria. El Estado, desde una visión incapacitadora de la sanción penal, en esta cesión competencial, sólo apuesta, delega, lo que no desea, poco le importa e, incluso, rechaza, cuando no desprecia. Los estudios de mercado y eficiencia que las empresas hayan realizado al respecto, podrán atender a reducciones de gasto y utilidades innecesarias, incluso a una más eficaz organización administrativa, cuando efectivamente tenga lugar, pero es difícil que alguno de los fines atribuidos a la pena privativa de libertad no se vea discriminado a favor de la maximización económica empresarial. Así se advierte con mayor claridad el efecto de esta resta. Se sustraen, como consecuencia práctica, los fines no meramente retributivos o custodiales, esto es, aquéllos señalados como de relativo fracaso durante décadas, la rehabilitación y resocialización de los penados. Algo contrario a la sensibilidad (doctrina y normativa) española.

La cesión de tales servicios públicos no supone finalmente ahorros reales para las arcas estatales, pues los contratos con las empresas que se ofrecen para llevar a cabo esa labor no suelen ser, a la larga, satisfactorios para el Estado, por incumplirse los términos de los mismos y los estudios económicos al respecto no aportan hasta hoy beneficios claros. Y, asimismo, el ahorro pretendido se ha demostrado que no es tal. En el momento de mayor empuje de esta política privatizadora correccional, se llevaron a cabo estudios oficiales comparativos entre las prisiones dirigidas y gestionadas por el Estado y las de similares características cedidas al sector privado. La oficina general de contabilidad de Estados Unidos (GAO) concluyó en 1996 que, en base a los informes y estudios realizados sobre la viabilidad económica de la privatización de este sector, no existían

sustanciales diferencias económicas que lo justificasen. El argumento de mayor peso para los sectores económicos que impulsaban la privatización de las prisiones se venía, así, abajo. Esta constatación supuso un freno en la expansión de tales modelos privatizadores en los EEUU., si bien se han mantenido en funcionamiento, en virtud de contratos de larga duración, muchos de los Centros privatizados con anterioridad y desde el soporte ideológico de gobiernos conservadores de los Estados en cuestión.

Si los problemas de gestión son el caballo de batalla, la realidad española parece una forma correcta de afrontar el asunto, mediante la creación de sociedades anónimas estatales (Organismos Autónomos), que compitan en igualdad de condiciones con las empresas privadas, ofertando igual diligencia y agilidad, y restringiendo la participación privada a las actividades de ONGs, a las asociaciones privadas *sin ánimo de lucro* y, en el terreno empresarial, privado, a actividades desempeñadas en las Instituciones penitenciarias pero adyacentes a la función esencial, que no constituyen el núcleo del *Ius Puniendi*, distanciándome evidentemente de los modelos anglosajones de EE UU o Australia, por poner dos ejemplos en los que priman los intereses empresariales en perjuicio normalmente de las metas de reinserción y resocialización que aún perseguimos en algunas de las legislaciones europeas. Tales intereses económicos cuadran mucho mejor con políticas penitenciarias más ligadas a la pura incapacitación o estricta retención y custodia de los penados, porque suponen el sistema de ahorro empresarial más sencillo y directo.

Otra cosa son los cambios que sufra la política criminal de un Estado y los fines de la pena y para eso empujarán las grandes empresas interesadas en este negocio: en crear una opinión pública, en intoxicar e impulsar desde los partidos políticos de su influencia modificaciones normativas que se dirijan a cambiar el

sentido de las penas privativas de libertad y así justificar finalmente la menor inversión en los contenidos resocializadores poniendo el énfasis en la retención y custodia (Derecho penal del enemigo, ley y orden, etc...). El gran peligro viene a ser precisamente ese, la modificación de las leyes penales para favorecer la privación de libertad (donde hay negocio), en lugar de impulsar las alternativas penales. Los grandes *lobbies* económicos que vieron la oportunidad de ganar mucho dinero en los años ochenta, llevaron a cabo esa política de influir en los legisladores. En países donde los diputados tienen acciones en las grandes empresas que se encargarán de gestionar la privación de libertad en establecimientos privados, ganando dinero por cada interno en virtud de tales concesiones estatales, las leyes pueden transformarse peligrosamente (con apoyo mediático-empresarial) y dirigirse a impulsar muchos más ilícitos penales que lleven aparejada sanción privativa de libertad. El negocio estaba hecho. Y eso ha sido así en los Estados Unidos de América y en otros ordenamientos afines.

En Europa, el horizonte a perseguir se encuentra recogido en las recientes Reglas penitenciarias Europeas. La Regla 71 de tal conjunto normativo de 2006 prescribe que “Las prisiones deben estar bajo la responsabilidad de las autoridades públicas...” Y, al respecto, la Regla 88 viene a establecer: “En aquellos países que contemplen la posibilidad de que existan prisiones regidas por sociedades privadas, en dichos establecimientos deben aplicarse íntegramente las Reglas Penitenciarias Europeas”. Los fundamentos ideológicos que soporten tales normas, esto es, los fines que impulsen para las instituciones penitenciarias, que aún se mantienen en la rehabilitación o resocialización, serán el freno determinante para las iniciativas privatizadoras dirigidas al lucro empresarial, por cuanto tales fines exigen inversiones económicas de importancia y todavía no se ha demostrado que nadie ofrezca duros a pesetas. ❖