

De cárceles y concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal

*Isabel Arriagada Gajewski**

RESUMEN

Este trabajo realiza un recorrido por los orígenes de las políticas de privatización penitenciaria de mediados de los ochenta, vinculadas a la explosión carcelaria de fines del siglo XX y al despliegue punitivo de los gobiernos neoliberales asentados tras la crisis del Estado de bienestar. Tras ello, se abordan brevemente distintas experiencias privatizadoras comparadas, para luego referir a la experiencia de concesiones carcelarias chilena. El propósito tras este análisis es introducir una lectura crítica de la privatización carcelaria y entregar un aporte que contribuya a la prosecución del debate y a la ulterior valoración de las políticas y prácticas penales en la actualidad.

Privatización carcelaria – concesiones carcelarias – derecho penitenciario

Prisons and concessions: The privatization of prisons and neoliberal punishment

ABSTRACT

This paper gives an account of the origins of prison privatization policies of the mid-eighties, linked to the rapid expansion of prisons in the late twentieth century and the punitive deployment by neoliberal governments after the crisis of the welfare state. It briefly considers and compares different experiences of privatization, then focuses on the Chilean experience of prison concessions. The purpose behind this analysis is to introduce a critical reading of prison privatization and give impetus to further discussion and assessment of current penal policies and practices.

Prison privatization – prison concessions – Prison Law

* Abogada, Investigadora del Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, Pío Nono 1. Edificio Santa María. Oficina 508, Santiago de Chile. Correo electrónico:isabelarriagada@gmail.com

Artículo recibido el 30 de marzo de 2012 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 26 de octubre de 2012.

I. EL SURGIMIENTO DE LA PRISIÓN PRIVADA

Orígenes y antecedentes

El origen de la privatización carcelaria se remonta, según indica la literatura norteamericana, a la década de los ochenta¹. Pese a existir antecedentes que dan cuenta de la participación de intereses privados en el sistema carcelario en épocas previas, ellos no se corresponden con la morfología actual del panorama de la privatización. Entre los referentes anteriores están las casas de corrección (*workhouses*) surgidas en el siglo XVI en el Reino Unido; el trabajo de los carceleros de los Estados Unidos colonial, encargados de poner a disposición del Estado a los prisioneros, cobrando sus honorarios de acuerdo con una tarifa prefijada; los servicios prestados por empresarios del transporte para labores de deportación; y el derecho de carcelaje consignado por los presos a sus carceleros por concepto de estadía y alimentación. Está también la explotación mediante trabajos forzados de la mano de obra de los reclusos, masificada en la década de 1870 luego de la crisis de la guerra civil norteamericana, abandonada tras las críticas de abuso a los internos y la oposición de sindicatos e industrias de trabajadores libres que veían en las prisiones una competencia desleal². Asimismo, pese a la continua absorción de la función punitiva por el Estado durante los siglos XIX y XX, las empresas privadas participaban proveyendo servicios a las cárceles públicas³, siendo las iglesias y la filantropía privada las encargadas de asistir y colaborar con las necesidades de los presos del siglo XIX⁴.

La diferencia entre aquellas manifestaciones y la privatización actual vendría dada por la circunstancia de que la prisión privada hoy es una actividad de origen contractual, regulada exhaustivamente, financiada directa o indirectamente por el Estado, administrada bajo estándares de control prefijados y sujeta, en mayor o menor medida,

¹ Véase Dolovich S., "State punishment and private prisons". en *Duke Law Journal*, Vol. 55 N° 3. 2005, pp. 437-546. Loïc Wacquant, *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2010. Bernard Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard University Press, Cambridge, 2011. Pratt T. y Maahs J., "Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research", en *Crime and delinquency*, Vol. 45 N° 3. 1999, pp. 358-372.

² Dolovich, *op. cit.*, n. 1, pp. 450-451, Wacquant, *op. cit.*, n. 1, p. 247. Ruiz-Jarabo, D. "Prisiones privadas", en *Jueces para la democracia. Información y Debate*, Vol. 8. 1989, p. 42. Sobre él léase *system* en Estados Unidos, White, A. "Rule of law and the limits of sovereignty: the private prison in jurisprudential perspective", en *The American Criminal Law Review*, Vol. 38 N° 1. 2001, pp. 129-130. Según Foucault, "al exigir el sistema industrial un mercado libre de mano de obra, la parte del trabajo obligatorio hubo de disminuir en el siglo XIX en los mecanismos de castigo, sustituida por una detención con fines correctivos", Foucault, M. *Vigilar y Castigar: el Nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2000, p. 32.

³ Schichor, D. "Private prisons in perspective: some conceptual issues", en *The Howard Journal*, Vol. 37 N° 1. 1998, p. 82.

⁴ Garland, D. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 88.

a responsabilidades⁵. Siguiendo a Enrique Sanz, la prisión privada sería entonces una unidad penal cuya dirección y administración se encuentra a cargo de una entidad privada, permaneciendo bajo la responsabilidad del sector público en un régimen contractual con el Estado⁶. Además, y en cuanto al contexto en que se desarrolla, la introducción actual del capital privado en el área penitenciaria tiene lugar en un medio en el que coexisten, entre otras características, una ciega predilección por la cárcel como medio de castigo y un bestial incremento de la población penal⁷. A este respecto se ha sostenido que la configuración actual del fenómeno⁸ habría irrumpido en Estados Unidos luego del explosivo aumento del encarcelamiento a partir de la década de los setenta, en el que “[d]e menos de 380.000 en 1975, la población carcelaria llegó a 500.000 reclusos en 1980, antes de saltar a más de un millón en 1990”⁹, generándose un incremento de casi 400% desde inicios de los 80 hasta el año 2002, período en que la población reclusa estadounidense ascendía a 1,4 millones de personas¹⁰.

Existe un amplio debate acerca de las razones por las cuales el sistema penal norteamericano aumentó vertiginosamente sus tasas de encarcelamiento. David Garland sostiene que la superficie social y económica de la “modernidad tardía”¹¹ habría desatado distintas circunstancias favorecedoras de la actividad delictiva, entre ellas, el aumento

⁵ Dolovich, *op. cit.*, n. 1, p. 454.

⁶ Sanz, E. *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. Edisofer, Madrid, 2000, pp. 141-143.

⁷ Según Robert Weiss, en Estados Unidos, desde 1973 en adelante, el explosivo aumento de las tasas de encarcelación puso término a un período de tasas estatales y federales estables de aproximadamente 110 presos por cada 100.000 habitantes. Weiss, R. “Repatriating Low-Wage Work: The Political Economy of Prison Labor Reprivatization in the Postindustrial United States”, en *Criminology*, Vol. 39 Nº 2. 2001, p. 263.

⁸ Como da cuenta Enrique Sanz, la terminología para referirse al “fenómeno” ha sido un punto difícil de zanjar. Sanz, E. *op. cit.*, n. 6. 2000, pp. 141-143. En particular, también se vuelve difícil usar la expresión “prisiones” privadas para referirse a la situación en Estados Unidos cuando en este país existen diferencias entre *prisons* (prisiones) y *jails* (cárceles). Solo por razones metodológicas, en el desarrollo de este trabajo ambos términos se utilizan indistintamente. Por lo demás, la diferencia entre ambos tipos de establecimientos radica en que las primera están destinadas a los responsables de infracciones castigadas con penas superiores a un año de privación de libertad (*felonies*) y las gestionan, bien el gobierno federal, bien los gobiernos estatales, mientras que las segundas se reservan para los responsables de infracciones castigadas con penas inferiores a un año de privación de libertad (*misdemeanors*), infracciones menores (*petty offences*) o para presos preventivos. Las cárceles las gestionan las autoridades del condado, por medio de la oficina del *Sheriff*, o las autoridades municipales, mediante el correspondiente departamento de policía. Del Rosal, B. “La ‘privatización’ de las prisiones: una huida hacia la pena de privación de libertad”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* Nº 12. 1998. Nota al pie Nº 30.

⁹ Wacquant, *op. cit.*, n. 1, p. 180. Con más exactitud, algunos fijan la fecha de inicio del proceso expansivo en 1973, año en el cual se habría iniciado el desarrollo del complejo de prisión industrial bajo las políticas del gobernador de Nueva York, Nelson Rockefeller. Harcourt, *op. cit.*, n. 1, p. 236.

¹⁰ Aman Jr., A. “Privatization, prisons, democracy, and human rights: The need to extend the province of administrative law”, en *Indiana Law Legal Studies Research Paper Series* Nº 33, 2005, p. 528.

¹¹ Entendiendo por ella a una compleja constelación de circunstancias económicas, políticas y culturales, como son el estado actual de la producción capitalista y el intercambio de mercado, el desarrollo de la tecnología, el transporte y las telecomunicaciones, las variaciones en la configuración de las familias, las mutaciones sufridas por las ciudades y la democratización de la vida social y cultural. Garland, *op. cit.*, n. 4. *Passim*.

de las oportunidades para cometer delitos, la disminución de los controles situacionales, el incremento de la población en riesgo y la reducción de la eficacia del control social¹². En la vereda opuesta, Loïc Wacquant ha sostenido no existir un correlato entre el aumento de las tasas de encarcelación y el aumento de la comisión de delitos, sino que aquel sería producto de un modelo de control social discriminatorio y excluyente. Bajo esta visión, la explicación del aumento de las tasas de encarcelamiento tendría su origen, entonces, no en el aumento de la criminalidad, sino en el de la criminalización¹³, debido sobre todo por la intensificación del castigo respecto de delitos no violentos, el tráfico de drogas, infracciones a condiciones impuestas en el medio libre y conductas reincidentes¹⁴. Apoya a esta postura el hecho de que las tasas delictuales a la época en que se iniciaron los procesos de encarcelación masiva, habrían no solo logrado estabilizarse sino que, incluso, disminuir¹⁵.

Con todo, ante el explosivo aumento de las tasas de encarcelamiento, las autoridades se vieron obligadas a resolver el problema de la disponibilidad de plazas para los cada vez más numerosos presos¹⁶. Alineadas con el programa político de la era Reagan, se dio paso a la tendencia de privatizar los servicios tradicionalmente proveídos por el sector público, propiciando así la decisión de liberalizar la gestión carcelaria. De este modo, las autoridades estatales acuden al sector privado con la expectativa de contar con un aliado flexible y creativo, capaz de generar rentabilidad con la gestión penitenciaria mediante una operación más eficiente, de mayor calidad y a un menor costo que el de las agencias gubernamentales¹⁷.

Aun cuando se indica que a fines de los setenta el *United States Immigration and Naturalization Service* (INS) habría sido el organismo pionero en la experiencia privatizadora¹⁸, el notorio ascenso de la privatización de las prisiones aparece cuando la primera

¹² Garland, *op. cit.*, n. 4, p. 160.

¹³ Schlosser, E. *The Prison-Industrial Complex*, [En línea] Atlantic Monthly, 1998. Disponible en web <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1998/12/the-prison-industrial-complex/4669> [Visitado por última vez el 29 de marzo de 2012].

¹⁴ Algunas de estas causas se encuentran señaladas en Western, B. "The impact of incarceration on wage mobility and inequality", en *American Sociological Review*, Vol. 67, agosto 2002, p. 527.

¹⁵ Wacquant, *op. cit.*, n. 1, p. 193.

¹⁶ Las autoridades no solo se vieron enfrentadas a una sobrepoblación penitenciaria que ocupaba instalaciones deterioradas y escasas, sino también a cortes de justicia que ordenaban reformas por un tratamiento digno de los presos, a presupuestos estatales reducidos y a la recesión económica originada por la crisis del petróleo, a sentencias condenatorias, al endurecimiento de la opinión pública frente al delito, a la "guerra contra las drogas", a la resistencia de los contribuyentes a asumir los costos de construir nuevas prisiones y a una multiplicidad de factores que contribuían a la asfixiante tensión del problema. Charles Logan, *Private Prisons. Cons & Pros*, Oxford University Press, New York, 1990, p. 9. También sobre las circunstancias que habrían motivado la política de privatización penitenciaria en Estados Unidos, Dana, J. "A Guide to Prison Privatization", en *Heritage Foundation Backgrounder*, Washington, 1988. Disponible en <http://www.heritage.org/research/reports/1988/05/bg650-a-guide-to-prison-privatization> [Visitado por última vez el 24 de marzo de 2012].

¹⁷ Schichor, *op. cit.*, n. 3, p. 82.

¹⁸ El INS contrató servicios privados de detención de inmigrantes ilegales con audiencias de deportación pendientes. McDonald, D. "Public Imprisonment by private means: The re-emergence of private prisons and

entidad privada, *Corrections Corporation of America* (en adelante, CCA), fundada en Nashville en 1983, se adjudicara extensos contratos con los estados de Texas y Tennessee¹⁹. La CCA, como exhibe la página web de la compañía, fue creada para responder a la idea de crear asociaciones público-privadas con el fin de sustituir los defectos en la gestión del gobierno y proporcionar decisiones más inteligentes y eficaces para el futuro²⁰. En 1988 existían al menos 20 instituciones privadas operando en nueve estados a nivel federal, estatal y local²¹, y un intenso debate público sobre los argumentos para incentivar o detener su crecimiento²². Ya para el año 2008, el 8% de los presos de Estados Unidos estaba recluido en una prisión privada²³. Actualmente las compañías privadas en Estados Unidos dedicadas al “negocio de la prisión” traspasan los márgenes de la gestión carcelaria, llegando incluso a formar parte de la economía nacional. Por ejemplo, la CCA en Estados Unidos no solo absorbe la demanda por la encarcelación y los servicios ligados a ella, sino que también proporciona empleos a cerca de 17.000 profesionales dedicados a la seguridad, la academia, la educación vocacional, servicios de salud, programas para presos, mantenimiento, recursos humanos, gestión y administración²⁴. Además, sobre su presencia en el mercado bursátil, la CCA participa desde 1994 en la bolsa de Nueva York y sus acciones han aumentado de forma sorprendente²⁵, de manera que la compañía se ha capitalizado en 3,5 billones de dólares, convirtiéndose en una apuesta casi segura para los inversionistas²⁶. Finalmente, cruzando incluso las fronteras estadounidenses, las dos principales compañías de la industria correccional americana, CCA y Wackenhut, hoy denominada GEO Group, participan actualmente de los mercados carcelarios de otros gobiernos neoliberales anglosajones, como Australia, Inglaterra, Escocia, y en países como Sudáfrica y Nueva Zelanda.

En cuanto a las formas que han ido adoptando los contratos con las empresas del sector privado en Estados Unidos, ellas son diversas y su contenido varía de acuerdo con los servicios y actividades encomendadas a la gestión privada²⁷. En un intento por

jails in the United States, the United Kingdom and Australia”, en *British Journal of Criminology*, Vol. 34 Nº 29. 1994, p. 30. En todo caso, cuál habría sido 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 *op. cit.*, n. 10, p. 527.

¹⁹ Dana, *op. cit.*, n. 16, pp. 4-5.

²⁰ Información disponible en <http://www.cca.com/about/cca-history/>. [Visitado por última vez el 24 de marzo de 2012].

²¹ Harcourt, *op. cit.*, n. 1, p. 235.

²² McDonald, *op. cit.*, n. 18, p. 31.

²³ Harcourt, *op. cit.*, n. 1, p. 235.

²⁴ La información se encuentra disponible en <http://www.cca.com/about/>. [Última visita realizada el día 24 de marzo de 2012].

²⁵ Harcourt, *op. cit.*, n. 1, p. 236.

²⁶ Parenti, C. *Lockdown America: Police and Prisons in the Age of Crisis*, Editorial Verso, New York, 2000, p. 219.

²⁷ Entre la diversidad de catálogos explicativos sobre las distintas configuraciones de la privatización carcelaria, existe una exhaustiva tipología elaborada por Austin y Coventry. Disponible en Austin, J. y Coventry, G. “Emerging Issues on Privatized Prisons” U.S Department of Justice, 2001, p. 69.

clasificarlas, puede sostenerse que las fórmulas de participación privada concebidas en Estados Unidos y extendidas bajo distintas modalidades en otros países se resumen en tres modelos²⁸: 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 este haya pagado por dichas prestaciones en el plazo convenido; el *modelo de privatización*, que delega absolutamente la actividad penitenciaria en el sector privado, encargándose el Estado de su fiscalización; y 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.

Penalidad neoliberal

A estas alturas, la construcción de cárceles privadas en Estados Unidos aparece como una medida que concuerda con el recorrido que va desde el compromiso social con el delincuente, propio del Estado de bienestar y de la ingeniería social de posguerra, hacia la reconfiguración de un complejo penal propio de las políticas económicas neoliberales. Valga al respecto una breve síntesis. Hasta 1970 al menos, el sistema penal en Estados Unidos afirmaba un compromiso solidario con el delincuente afianzado en una trama coherente de principios enmarcados en un sistema penal estatal, legitimado y reflexivo, caracterizado por la restricción en el uso del encarcelamiento, la preponderancia de medidas de custodia, la confianza en el profesional técnico experto y el protagonismo del ideal de rehabilitación. La ideología de la penalidad en el Estado de bienestar se asentaba en la convicción de que la prosperidad económica conducía a la reducción del delito y, por tanto, de que la responsabilidad de castigar y controlar a los delincuentes era una misión del Estado, el cual debía darse a la tarea de buscar las causas de la criminalidad en la pobreza o en los déficit de socialización de la población penal, generados por una sociedad capitalista e industrializada. Según David Garland, luego del welfarismo penal y a partir de los años setenta, se inicia un convulsivo período de transformación de las prácticas y los discursos en torno a la penalidad, el cual, sustentado en la necesidad de defender los derechos de los presos, reveló la retórica paternalista y aparentemente benigna del welfarismo que no hacía si no un uso discriminatorio del poder de castigar, amparando en él a perversas políticas de rehabilitación, condenas indeterminadas, tratamientos individualizados y medidas moralizantes. Desafortunadamente, a este sano proceso crítico sucedería una imprevista e histórica reconfiguración de la agenda punitiva, fundada en distintas bases que encaminaron el endurecimiento del sistema penal; a saber, el incremento de la severidad de las penas, la irrupción de la justicia expresiva, los cambios en el tono emocional de un discurso político populista –hoy conocido como populismo punitivo–, la presencia de medios de comunicación sensacionalistas y aferrados al

²⁸ Arellano Quintana, J. “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 24 de mayo de 2012].

fenómeno del miedo al delito, la visión del delincuente como un sujeto antisocial, egoísta, peligroso y autorresponsable²⁹, el énfasis en la protección de la víctima y, finalmente, un uso masivo e indiscriminado de la prisión como medio de incapacitación³⁰. Así entonces, el renovado interés por la prisión, y la intervención de capitales privados en ella, es una deriva que armoniza, por un lado, con el abandono de la responsabilidad social del Estado y, por otro, con el advenimiento del despliegue del poder punitivo que ha acompañado a los gobiernos neoliberales; caracterizados por su permanente hesitación sobre la capacidad estatal de promover el bienestar social³¹.

En todo caso, cuáles sean las verdaderas y efectivas funciones del mercado y del Estado en los gobiernos neoliberales, tanto en el desarrollo social como en la esfera punitiva, es una pregunta a la que se han ofrecido distintas respuestas. La versión más difundida del pensamiento neoliberal lo describe como uno que decide entregar el bienestar económico y social al libre desarrollo de las capacidades personales de los individuos, relegando al Estado a la función de regular el marco institucional en que ellas se despliegan y a dar garantía de la correcta operatividad de los mercados, función que incorpora, entre otras actividades, “disponer las funciones y estructuras militares, defensivas, policiales y legales que son necesarias para asegurar los derechos de propiedad privada y garantizar, en caso necesario mediante el uso de la fuerza, el correcto funcionamiento de los mercados”³². En suma, un Estado ajeno a la distribución de recursos y reducido a su rol de agente regulador, objetivo e imparcial. Sin embargo, análisis más suspicaces del rol del Estado en la política neoliberal, y en particular, de su relación con el campo punitivo, consideran que el encogimiento del Estado social y la fortaleza del Estado penal son dimensiones interdependientes. De modo que el mercado, facilitador de la liberalización del capital, precarizador de las protecciones sociales y motor de la marginalidad avanzada, “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*”³³ (cursivas en el original). Así entendido, los resultados a que han dado lugar las políticas neoliberales permiten aseverar que simplemente no existe el binomio libre mercado/regulación estatal, sino que solo habría una ilusión de neutralidad que esconde un complejo e intrincado proceso de distribución de riqueza establecido legalmente, y frente al cual habría que avocarse a la tarea de determinar a quién y cuánto favorece, y de evaluar, política y normativamente, la justicia (si es que la hay) detrás de esos resultados distributivos³⁴.

²⁹ En particular, sobre la relación entre los discursos políticos de la época y la autorresponsabilidad del delincuente, véase Wacquant, *op. cit.*, n. 1.

³⁰ Por todos, Garland *op. cit.*, n. 4.

³¹ Sobre el cuestionamiento neoliberal al Estado de Bienestar, Garland, *op. cit.*, n. 4, p. 134.

³² Harvey, D. *Breve historia del neoliberalismo*, Ediciones Akal, Madrid, 2007, p. 6. Sobre los orígenes del término y de sus posibles significados dentro del liberalismo, Gherzi, E. “El mito del neoliberalismo”. en *Estudios Públicos* N° 95. 2004.

³³ Wacquant, *op. cit.*, n. 1, p. 35.

³⁴ Al respecto, Bernard Harcourt refiere: “La idea de un mercado autorregulado es absurda. Sería como una competencia deportiva sin un árbitro: No funcionaría ni ha funcionado nunca. Una vez que vemos las

En lo que a este trabajo interesa, cabe afirmar que la agenda económica y política de la era Reagan aparece como fiel reflejo de esta versión del neoliberalismo. Su programa incluyó, por un lado, el impulso a la libertad de mercado y la puesta en marcha de la privatización estatal y, por otro, la reducción de la protección social y el confinamiento de la legitimidad y competencia del Estado a la esfera penal, operando como condición de posibilidad del desarrollo carcelario y del giro punitivo que tuvo lugar desde la década de los setenta³⁵. En este proceso, la prisión se convirtió un componente político e institucional del Estado, y cuya consolidación es producto de la penalización de la miseria provocada por la inseguridad social de los gobiernos neoliberales, convirtiéndose en una especie de contención penal del nuevo y precarizado proletariado urbano³⁶. Para ello los privados son sindicados como un valioso aliado: si el Estado busca expandir extensiva e intensivamente el campo penal, entonces la avidez de los privados por participar y desarrollar este nuevo mercado proporciona una herramienta que fortalece al poder de castigar, asiste a los propósitos expansivos y consolida la actual vocación penal de los estados neoliberales.

Una idea de exportación

La privatización de las cárceles fue una idea que pronto se propagó, expandiéndose a países de los distintos continentes y adaptándose a las más variadas realidades nacionales. La reproducción de esta idea se inscribe en el marco general de exportación de la constelación de creencias sobre la penalidad impulsadas desde Estados Unidos y que marcaron la reducción del Estado social y el fortalecimiento del Estado penal en varios países europeos

reglas del juego quedaría igualmente en claro que dichas reglas y reglamentos distribuyen recursos. La altura de la canasta de básquetbol favorece a la gente alta". Traducción personal. Texto original en inglés: *The idea of a self-regulated market is preposterous. It would be like a competitive sporting event without a referee: it would not work, nor has it ever worked. And once we see the rules of the game it becomes equally clear that those rules and regulations distribute resources. The height of the basketball hoop favors tall people.* Harcourt, *op. cit.*, n. 1, p. 196. El fenómeno ha sido también descrito como "capitalismo regulatorio" o "capitalismo regulado", entendiéndose por tal a un "orden político, económico y social donde la regulación es la parte en expansión del gobierno, más que la provisión directa de servicios privados o públicos". Traducción personal. Texto original en inglés: *Regulatory capitalism is a political, economic and social order where regulation, rather than the direct provision of public and private services, is the expanding part of government.* John Braithwaite, *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it work Better.* Edward Elgar Publishing, London, 2008, p. viii. Según Braithwaite, la denominación "capitalismo regulatorio" es preferible a la de "Estado regulador", ya que la expansión regulatoria es un fenómeno común al sector público y al sector privado. Como dato adicional, y a diferencia de las tesis de Harcourt, Wacquant, Harvey y Garland, Braithwaite sostiene que el auge de la regulación no es un correlato del neoliberalismo (cuyo derrumbe, por lo demás habría tenido lugar tras la crisis asiática de 1997), ya que la regulación tanto podría favorecer las libertades negativas de los individuos como sus libertades positivas.

³⁵ El discurso político da cuenta de aquello, tanto directamente, por haber iniciado el uso a la penalidad dentro de una retórica electoral que combinó el ensalzamiento del libre mercado con el endurecimiento penal, como indirectamente, debido a que con ello se naturalizó convincentemente la guerra contra el delito y redujo la resistencia y el debate público frente a ella. Harcourt, *op. cit.*, n. 1, pp. 202-208.

³⁶ Wacquant, L. "El cuerpo, el gueto y el Estado penal". En *Apuntes de investigación* N° 16/17, 2010, p. 110.

y latinoamericanos³⁷. La infinidad de conexiones entrelazadas entre los Estados Unidos *emisor* y los numerosos países *receptores* requerirían de un trabajo intenso y exhaustivo que excede la tarea que en este examen se desarrolla. No obstante, al menos de manera resumida, abordaré algunas de las experiencias vinculadas a la ya referida tendencia estadounidense³⁸.

En el Reino Unido, tal como en Estados Unidos, existieron antecedentes de privatización constituidos por los convenios celebrados entre el Ministerio del Interior y compañías privadas para contratar servicios de detención de inmigrantes³⁹. Coinciden también, ambos países, en que sus procesos de privatización fueron liderados por gobiernos neoliberales y conservadores, como lo fueron los gobiernos de Ronald Reagan y George Bush (1981-1992) y el de la primera ministra Margaret Thatcher (1979-1991). Al respecto, pese a su extensión, la cita a David Garland resulta ineludible: “A lo largo de la década de 1980 y durante gran parte de la década de 1990, la Nueva Derecha dominó la política social y económica en Estados Unidos y Gran Bretaña. Revirtiendo las soluciones solidarias del Estado de bienestar, con su preocupación por la igualdad social, la seguridad social y la justicia social, la nueva política neoliberal insistía en el fundamentalismo de mercado y la fe incuestionable en el valor de la competencia, la empresa y los incentivos, así como también en los efectos saludables de la desigualdad y la exposición al riesgo. Con esta finalidad, los gobiernos de ambos países impulsaron la aprobación de leyes para controlar a los sindicatos, reducir los costos laborales, desregular las finanzas, privatizar el sector público, extender la competencia de mercado y reducir los beneficios del welfare”⁴⁰.

Ahora bien, pese a las similitudes de ambos procesos, las propuestas de privatización carcelaria en Gran Bretaña fueron en alguna medida independientes al desarrollo que vivió Estados Unidos en los años ochenta. Se ha sostenido que mientras en Estados Unidos el impulso por la privatización provino más bien de la pretensión lucrativa de los empresarios privados, en Gran Bretaña procedía de propuestas originadas en el debate político y académico (desde el Adam Smith Institute⁴¹, por ejemplo)⁴². Además, mientras en Estados Unidos la decisión privatizadora provenía de cada estado en particular,

³⁷ Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, Ediciones Manantial, Buenos Aires, 2000, pp. 21-22. Wacquant analiza la constitución e internacionalización del nuevo campo punitivo por medio del examen de distintas agencias estatales y *think tank* neoconservadores, a quienes considera protagonistas de la expansión.

³⁸ Sobre la experiencia de privatización en Europa, cabe considerar que los países de la Unión Europea ven limitada su regulación por los límites que impone la Unión en sus normas penitenciarias.

³⁹ McDonald, *op. cit.*, n. 18, p. 32.

⁴⁰ Garland, *op. cit.*, n. 4, p. 172.

⁴¹ En un informe de 1984 elaborado por el Adam Smith Institute sobre política criminal, se declaraba: “La sobreocupación carcelaria y las celdas compartidas son productos inherentes a un sistema influido por las consideraciones políticas y sometido a fuerzas políticas que permiten que se resienta la inversión de capital y reducen la flexibilidad para cambiar (...). Cualquier solución realista probablemente implica una mayor capitalización, una más eficaz utilización del potencial humano, una más amplia utilización de las innovaciones tecnológicas y nuevas alternativas a la prisión, quizá basadas precisamente en los avances tecnológicos (...). Todo esto es difícil que se produzca en un contexto como el presente, con un sistema de preferente gestión política, por lo que cualquier solución radical aparece como más atractiva”. Adam Smith Institute: *Omega Report. Justice Policy*, Londres, 1984, p. 52. En: Del Rosal, *op. cit.*, n. 8, p. 130.

⁴² McDonald, *op. cit.*, n. 18, pp. 29-30. Según McDonald, en este caso la influencia no sería unidireccional, sino que habría una especie de fertilización cruzada (*cross-fertilization*) entre ambos países.

generando movimientos locales de privatización, en Gran Bretaña la política fue implementada desde el gobierno central, lo que generó un proceso privatizador con mayor uniformidad. Con todo, pese a la independencia del fenómeno, el desarrollo posterior del proceso de privatización carcelaria en el Reino Unido es atribuible en parte a la influencia norteamericana. Ello, porque el Comité de Asuntos Internos (*Home Affaire Committee*) de la Cámara de los Comunes, entidad encargada de la superintendencia parlamentaria del sistema carcelario, realizó un viaje a algunas prisiones privadas estadounidenses en el marco de una investigación sobre el estado de las cárceles en Inglaterra y Gales. El reporte elaborado luego de la visita recomendó al Ministerio del Interior británico permitir la participación de compañías privadas en licitaciones para la construcción y gestión de instituciones de custodia, fundamentalmente de centros de detención preventivos, ya que en ellos existía la mayor concentración de sobrepoblación penal⁴³. En 1989, tras la iniciativa del gobierno británico para elaborar un documento de trabajo sobre el tema (*Green Paper*), distintos asesores privados realizaron sus indicaciones. La consultoría destacó los beneficios que conllevaría la participación de privados en el sistema carcelario, sugiriendo su intervención tanto en la construcción y manejo de las cárceles como en el aprovisionamiento del personal y escoltas en cárceles y tribunales. Pronto el gobierno británico decidió contratar a empresas privadas para la construcción de la *Worlds Remand Prison*, una nueva cárcel en North Humberside⁴⁴. Para ello se dictó la *Criminal Justice Act* de 1991⁴⁵, la que permitió la participación de privados en centros de reclusión preventivos para imputados no condenados. Poco tiempo después, la autorización contenida en la referida norma se expandió a la construcción y operación de cárceles para todo tipo de presos. En 1992 el gobierno contrató al *UK Detention Services*, un consorcio entre la CCA norteamericana y firmas de construcción británicas, para construir una prisión en Blakenhurst, tanto para reclusos condenados como sujetos a prisión preventiva. Ya en 1997 empezó a operar HMP Altercourse, la primera prisión diseñada, construida, gestionada y financiada íntegramente por una compañía privada. Actualmente, de acuerdo con el Her Majesty's Prison Service, existen 11 prisiones manejadas por compañías privadas⁴⁶.

En España los antecedentes remotos de la participación de privados en el sector penitenciario se remiten a la utilización de los condenados en la formación de las filas de los ejércitos españoles, ahorrando al Estado tanto los costos de formación del ejército como el pago por el encarcelamiento de los reclusos⁴⁷, y a la asistencia prestada por instituciones religiosas en la administración de centros de reclusión en los siglos XIX

⁴³ *Íd.*, p. 33.

⁴⁴ La construcción tuvo lugar no obstante que a inicios de los noventa la población penal disminuyera, reduciendo consigo la necesidad de construir nuevas cárceles. Gill Lf, "Private sector involvement in the Prison System of England and Wales". Inédito (1992). En McDonald, *op. cit.*, n. 18, p. 34.

⁴⁵ El contenido del acta se encuentra disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/53/contents> [Visitado por última vez el 29 de marzo de 2012].

⁴⁶ Información disponible en <http://www.justice.gov.uk/about/hmps> [Visitado por última vez el 29 de marzo de 2012].

⁴⁷ Del Rosal, *op. cit.*, n. 8, pp. 116-117.

y XX⁴⁸. Tal como fuera sostenido anteriormente, este tipo de intervenciones se aleja de las condiciones que permiten verificar la presencia del fenómeno de la prisión privada contemporánea, por lo que cabe avocarse a los antecedentes recientes que configuran el panorama actual de la institucionalidad carcelaria española. A lo largo de la década de los ochenta existió en España un considerable aumento de la población reclusa, lo que provocó el desbordamiento de centros y establecimientos penitenciarios. Frente a aquello, en 1991 se elaboró el “Plan de Creación y Amortización de Centros Penitenciarios”. Dicho programa contempló la clausura de las instalaciones carcelarias ubicadas en los centros de las ciudades, la venta de dichos terrenos y la construcción, a cuenta de los ingresos generados, de 14 recintos penitenciarios en las afueras de las ciudades⁴⁹. El año 2005, tras la revisión y actualización del mencionado plan, el Consejo de Ministros en España autorizó la construcción de “46 nuevas infraestructuras penitenciarias en el período 2006-2012, con una inversión de 1.647,20 millones de euros que se suman a otros 1.504,20 millones ya aprobados por anteriores Consejos de Ministros”⁵⁰, habida consideración de que la construcción de dichos centros constituía una necesidad urgente. La trayectoria punitiva de la agenda penitenciaria española se encuentra a la vista. En cuanto a la presencia de agentes privados, cabe destacar que su intervención se ve enfrentada a la Constitución de 1978, la que consagra la exclusiva competencia del Estado en la legislación penitenciaria (Artículo 149.1.6^a) y a la Ley Orgánica General Penitenciaria, que entrega el núcleo de la actividad a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (art. 79 LOGP 1/1979), de manera que el recurso a las compañías privadas inicialmente se consideró impensable⁵¹. No obstante la reserva constitucional y el mandato legal referidos, y aun cuando la prudencia del sistema español no permita hablar en rigor de privatización, existe una evolución hacia el favorecimiento de las posibilidades de actuación de colaboradores no estatales⁵². Así, por ejemplo, existen talleres productivos cuya gestión, de acuerdo con los artículos 138 y siguiente del Reglamento Penitenciario, puede encargarse tanto al Organismo Autónomo de Trabajo y Formación para el Empleo (OATPFE) como a la colaboración de empresarios privados⁵³; así también, en materia de responsabilidad penal de menores, se permite la participación de instituciones privadas

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Íd.*, p. 122. Nota al pie N^o 19.

⁵⁰ Ministerio del Interior España, “Interior invertirá más de 1.647 millones de euros en la construcción de 46 nuevas infraestructuras penitenciarias”. 18 de noviembre de 2005. Disponible en <http://www.mir.es/press/interior-invertira-mas-de-1-647-millones-de-euros-en-la-construccion-de-46-nuevas-infraestructuras-penitenciarias-4017?locale=es> [Última visita realizada el 29 de marzo de 2012].

⁵¹ Ruiz-Jarabo, *op. cit.*, n. 2, p. 44.

⁵² Sanz, E. “Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 52 (1-3), 1999, p. 386.

⁵³ Institución Penitenciaria, “El sistema penitenciario español”. [En línea], Madrid, Secretaría general de instituciones penitenciarias, 2011, p. 37. Disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Sistema_Penitenciario_Espanol_2011.pdf [Visitado por última vez el 25 de mayo de 2012].

