

Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario

ENRIQUE SANZ DELGADO

Prof. Ayudante de Derecho penal. Universidad de Alcalá

SUMARIO: Introducción. Términos adyacentes; 1. La realidad española; 1.1 Normativa española habilitante; 2. El entorno anglosajón; 2.1 Manifestaciones prácticas evolutivas; 2.2 El presente foráneo; 3. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN. TÉRMINOS ADYACENTES

La extensión de un tema como el que se aborda dificulta necesariamente una visión global o internacional detenida acerca de la implicación o intervención privadas en el ámbito penitenciario, por lo que surge la mayor utilidad de restringir el objeto de la exposición y dirigirse, en primer lugar, a las posibilidades de actuación de tal esfera en el ordenamiento español sin dejar de referirme, en un segundo término relativo a otros sistemas penitenciarios, a las participaciones de mayor resonancia, aquellas caracterizadas por el ánimo de lucro en la iniciativa privada dirigida a la gestión total de las instituciones penitenciarias, a las actuales «prisiones privadas».

Cuestión previa ha de ser la de diferenciar entre los binomios participación privada y prisión privada. El segundo supone la extensión máxima del primero. El primero, el amparo argumental, el sustrato reivindicativo del segundo. Y así ha sido en cualesquiera entornos que han visto potenciada la intervención del sector privado en ámbitos de

tradicional competencia pública (1). La búsqueda de la progresiva asimilación de ambos términos, la consecución de tal estrechamiento conceptual, ha servido y sirve, a los partidarios de la expansión de la idea privatizadora, para postular mayores competencias. Y el ánimo de lucro, ni necesario ni deseable, para todo modo de participación, permanece, no obstante, como sustrato real de la expresada idea privatizadora de máxima configuración.

1. LA REALIDAD ESPAÑOLA

Si nos situamos, en primer término, en el sistema penitenciario español, aunque no pueda hablarse propiamente de privatización, a modo de entrega total de competencias o de intenso grado de intervención y gestión privadas en la ejecución penal, con interés fundamentalmente lucrativo en los intervinientes, sí es aceptable en algunas formas el término participación privada, pues la presencia de colaboradores no estatales en nuestro actual marco penitenciario ha experimentado, en los últimos años, una evolución constante, y el propio sistema una favorable tendencia a la incorporación de nuevos agentes de naturaleza auxiliar, de colaboración pública y privada en este ámbito, incrementándose, en todo caso, las posibilidades de actuación que se preceptúan legal y reglamentariamente.

El fundamento último ha residido, en amplio contraste con las realizaciones anglosajonas, que desde décadas atrás se apartaban de tales fines, en las metas de reeducación y reinserción social, vivas tras el espíritu constitucional (art. 25.2 C.E.) y la Ley Orgánica General Penitenciaria (arts. 1 y 59), que siguen impregnando los textos de las normativas de desarrollo (Reglamento penitenciario, Órdenes ministeriales, Circulares e Instrucciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias), referidas a esta materia. No obstante, las formas de intervención se han mantenido aún distantes de fenómenos foráneos, pues la normativa citada excluiría *ex lege* [véase el art. 79 de la LOGP (2)], cualesquiera posibilidades de dirección o administración

(1) *Vid.*, en un análisis detenido al respecto, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*. Madrid, 2000, pp. 210 ss.

(2) La dirección organización e inspección de las instituciones penitenciarias, se atribuye, en el artículo 79 de la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria.

privadas de los cometidos que integran el núcleo de la función penitenciaria. Así quedarían, en cualquier caso, las actividades en tales entornos públicos, y las llevadas a cabo incluso en los tramos más independizados, bajo el control último y supervisión de la Administración penitenciaria estatal. Este fundamental elemento de contención en una materia tan delicada cual es la Administración de la ejecución penal, ha empezado a sufrir ciertos embates. La más reciente extensión de la idea ha llegado por la vía legislativa que regula la responsabilidad penal de los menores (3). Así, el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, relativo a la competencia administrativa, que en este ámbito ejecutivo se deja en manos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, prescribía la posibilidad de ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores por parte de entidades privadas, sin ánimo de lucro, «para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución». Estos filtros debieran reforzar tal concepción de nuestro penitenciarismo desde ambos puntales citados: la exigencia de inexistencia de ánimo de lucro en las entidades privadas colaboradoras en la gestión y la directa supervisión de éstas por parte de las entidades autonómicas, verdadero caballo de batalla de las realizaciones extranjeras con mayor incidencia privada.

La pretensión de la falta de ánimo de lucro en los sujetos privados intervinientes denota cierta cavilosidad o actitud preventiva en nuestro legislador. El origen de tal precaución proviene de la experiencia histórica y mantiene plena vigencia contrastada por las realizaciones foráneas. Una prudencia no desdeñable cuando el cometido consiste en la administración y gestión de la privación de libertad y surge el posible interés económico añadido a tal privación. La vía de entrada se presenta, así, en los centros juveniles administrados por empresas, organizaciones o corporaciones privadas. De hecho, los centros de reclusión o internamiento para jóvenes, de gasto ostensiblemente menor, se mostrarían en su momento, como la experiencia iniciática de intervención y gestión privadas en los EE.UU. (aunque en la mayor parte de los casos sin ánimo de lucro), y así se convertían en el vivero de experimentación, en la plataforma propagandística o escaparate de la fórmula privatizadora ya sí con fines lucrativos, en

(3) La Exposición de Motivos de la LO 5/2000, de 12 de enero, recoge la pretensión de alcanzar el objetivo reeducador estableciendo un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa, «encaminado a la adopción de unas medidas que (...), fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor...».

la intención de justificar la confianza gubernamental desplegada hacia tales medidas (4).

En el supuesto español, en lo relativo al sistema penitenciario organizado para adultos se trataría, en cambio y en suma, de valiosas contribuciones voluntarias ciudadanas y participaciones empresariales menores, valoradas positivamente, en cuanto liberan a la Administración estatal de pequeños cometidos, agilizando la entrega del servicio y cooperando a un mayor contacto del interno privado de libertad con el mundo social y laboral exterior a la institución penitenciaria.

1.1. Normativa española habilitante

La legislación y normativa penitenciaria articulan y sustentan las posibilidades prácticas. El propio Reglamento penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), en desarrollo de la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, alude a la necesaria «apertura de las prisiones a la sociedad», adecuándose con ello a las conclusiones de Naciones Unidas en su reunión de Tokio de diciembre de 1990. En este sentido la norma reglamentaria recogía, ya desde su Preámbulo, la potenciación de tales vías de ingreso. Así, se subraya cómo «el Reglamento no sólo contiene un variado elenco de contactos

(4) *Vid.*, entre otros autores que afirmaban el nexo de intervención o darían noticia de lo ocurrido al respecto, LOGAN, C. H./RAUSCH, S. P., «Punish and Profit: The Emergence of Private Enterprise Prisons», en *Justice Quarterly*, Vol. 2, núm. 3, Sept., 1985, p. 307; CURRAN, D. J.: «Destructuring, Privatization, and the Promise of Juvenile Diversion: Compromising Community-Based Corrections», en *Crime & Delinquency*, Vol. 34, núm. 4, 1988, pp. 363-378; DONAHUE, J. D., *The Privatization Decision. Public ends Private Means*. New York, 1989. (Hay edición castellana por Paidós, Trad. por Lorenzo J. González Videla, Buenos Aires, 1991, por la que se cita, pp. 211, 213, 222 y 225); RYAN, M./WARD, T., *Privatization and the Penal System: the american experience and the debate in Britain*, Suffolk, 1989, p. 4; LOGAN, C. H., *Private Prisons. Cons and Pros*. New York/Oxford, 1990, pp. 15 y 17 ss.; CHAN, J., «The Privatisation of Punishment: A Review of the Key Issues», en VV.AA., Moyle (Ed.), *Private Prisons and Police. Recent Australian Trends*. Leichhardt NSW, 1994, p. 38; SHICHOR, D., *Punishment for Profit. Private Prisons/public concerns*. London, 1995, p. 14, 112; BEYENS, K./SNACKEN, S., «Prison Privatization: An International Perspective», en VV.AA., Mathews/Francis (Eds.), *Prisons 2000. An International Perspective on the Current State and Future of Imprisonment*. New York, 1996, p. 242; BATES, E., «Private Prisons», en *The Nation*, January 5, 1998, p. 16 (hay traducción al castellano de este sintético pero interesante artículo acerca de la privatización correccional en <http://www.zmag.org/Spanish/0010priv.htm>), o respecto del caso británico, RUTHERFORD, A., «British Penal Policy and the Idea of Prison Privatization», en VV.AA., McDonald (Ed.), *Private Prisons and the Public Interest*, New Brunswick/London, 1990, p. 58

con el exterior (...), sino que favorece decididamente la colaboración de entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de los reclusos». El reconocimiento y positiva valoración explícita de tales modos de actividad quedaría patente, asimismo, en la Disposición Adicional Tercera, referida a las condecoraciones penitenciarias, cuando en su número 2, se prevé la concesión de las medallas al Mérito Social Penitenciario a «las instituciones, corporaciones, fundaciones, asociaciones y empresas, públicas o *privadas* y, en su caso, los particulares, que se hayan distinguido en su colaboración con la Administración penitenciaria, en cualquiera de las manifestaciones de la actividad penitenciaria...» (5). En tal regulación normativa y en los criterios de desarrollo que articula, habrán de buscarse las citadas posibilidades de entrada.

Se verifican, de ese modo, tales diversas formas de actuación privada coadyuvante a la actividad penitenciaria pública. Atendiendo a la localización espacial, un primer y principal grupo, despliega su cometido inserto en los medios materiales previstos por la propia Administración. El segundo, llevaría a cabo su labor en unidades extrapenitenciarias, en sus espacios propios, fuera del recinto y de los lugares e instalaciones característicos de la ejecución penitenciaria. Otra posible clasificación, atinente a los contenidos y sin realzar el entorno físico, incluiría:

a) La participación de la empresa privada contratada para la fase de construcción de los establecimientos: El apartado *n*) del artículo 7 del Real Decreto 1885/1996, de 2 de agosto (*BOE* núm. 189, de 6 de agosto), en desarrollo del Real Decreto 765/1996, de 7 de mayo, establece que corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la programación, coordinación y asistencia técnica necesaria para la ejecución de cuantas actuaciones deban realizarse en cumplimiento del Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, el establecimiento de los oportunos convenios o conciertos con entidades públicas o privadas, y el seguimiento del desarrollo de dicho Plan, con la realización de los estudios y gestiones que sean precisas. Asimismo, la contratación de carácter administrativo con empresas privadas cuando se trata de contratos de obras regulados por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 148, de 21 de junio de 2000), se llevará a cabo

(5) La cursiva es nuestra.

cumplándose los requisitos exigidos en el Capítulo I del Título II de ese cuerpo legal (arts. 15 ss.), y con arreglo a las garantías previstas en el Capítulo III (arts. 35 ss.). A este ámbito de actuación ha de añadirse la actividad desplegada por la Sociedad Estatal «Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.» (SIEP, S. A.), que desde el Acuerdo de 21 de febrero de 1992, ostenta naturaleza de Sociedad Mercantil Anónima y carácter estatal. El artículo 2.1.1 de los Estatutos de la citada sociedad referido al objeto social, admitían expresamente la participación de terceros cuando expone: «Constituirá el objeto social: 1.1 El desarrollo y ejecución de los programas y actuaciones que contiene o pueda contener en el futuro el Plan de Amortización y Creación de centros Penitenciarios, aprobado por acuerdo de Consejo de Ministros en su sesión del día 5 de julio de 1991, en todo lo que concierne a la construcción, edificación de centros, ya sea por sí o mediante terceros». El SIEP, S. A. ha participado desde entonces en procedimientos de contratación y adquisición de terrenos, levantamientos topográficos, realización de estudios geotécnicos, etc.

b) La actividad privada surgida de la planificación del trabajo penitenciario que diera entrada a empresas del exterior: Amparada en el artículo 25.2 de la CE, la fórmula del trabajo penitenciario incluye la posibilidad abierta a la iniciativa privada en la interpretación del artículo 26 e) de la LOGP, así como el artículo 31 del mismo cuerpo legal establece la responsabilidad y salvaguardia estatal en lo relativo a la dirección y control de las actividades desarrolladas en régimen laboral dentro de los establecimientos. En el mismo ámbito, el artículo 33 prescribe que la Administración organizará y planificará el trabajo de carácter productivo, las competencias públicas de control y organización, y en cualquier caso subsidiaria dirección, se reiteran en los artículos 138 ss. del RP. El precepto reglamentario definitorio de las competencias empresariales privadas a estos efectos, ha de ser el artículo 139 RP referido al «Trabajo con empresario del exterior», que postula: «1. La relación laboral que se establezca cuando los internos trabajadores realicen trabajos en los talleres penitenciarios bajo la dirección de una persona física o jurídica del exterior, se ajustará a las características de la relación laboral especial penitenciaria establecidas en este reglamento; y 2. No obstante, en estos casos, el empresario exterior podrá proponer al Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico competente, la sustitución de los internos trabajadores cuando concurren alguna de las causas de suspensión o de extinción de la relación laboral especial penitenciaria, establecidas en los artículos 151 y 152, así como la amortización o creación de puestos de trabajo».

c) La derivada de la previsión reglamentaria respecto de la gestión de determinados servicios cuales son la cafetería, economato y cocina de los establecimientos penitenciarios: Tal actividad se encuentra en la tercera posibilidad que contempla el artículo 300 R.P., entre las modalidades de gestión posibles, incluyendo a las empresas externas adjudicatarias por contrato administrativo de servicios, con la protección expresa, para evitar la posible explotación de la mano de obra barata, que dispensa el artículo 305.3 RP. Para la puesta en práctica de tales modos de contratación habrá de atenderse, en todo caso, a las condiciones y cláusulas establecidas en el contrato administrativo de servicios, tras la regulación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 119, de 19 de mayo), del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995 (*BOE* núm. 70, de 21 de marzo) y de la Ley 53/99 de 28 de diciembre (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre).

d) La participación procedente de las labores de asistencia social penitenciaria previstas en la legislación y ampliadas reglamentariamente mediante la delegación de actividades como en el caso de los centros privados de deshabitación, o la intervención que lleven a cabo dentro y fuera de los recintos penitenciarios las Organizaciones no gubernamentales, asociaciones colaboradoras y voluntarios: El artículo 69.2 LOGP disponía la posibilidad de solicitar, a los fines de obtener la recuperación social de los internos en regímenes ordinario y abierto, «la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos». Asimismo, los artículos 74 y 75 LOGP establecían las funciones de la Comisión de Asistencia Social, cuyas facultades se encaminaban a prestar la asistencia social necesaria a los internos, y a los liberados condicionales y definitivos. Competencias después asumidas por el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias (RD 1334/1994, de 20 de junio), que encontraban la posibilidad de participación externa ya en el párrafo 2 del artículo 75 LOGP, que establece la colaboración permanente de la Comisión de Asistencia Social con las entidades dedicadas especialmente a la asistencia de los internos y al tratamiento de los excarcelados y en el propio artículo 8 del Real Decreto regulador del Organismo Autónomo.

Los preceptos reglamentarios en este sentido son: El artículo 62, que establece un marco general de participación y colaboración de las Organizaciones no gubernamentales, siendo el centro directivo el que apruebe los programas de intervención, previo informe de la Junta de tratamiento del Centro penitenciario. El artículo 17.6 RP, relativo a las

Unidades de Madres, según el cual la Administración penitenciaria fomentará la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de asistencia al menor en las Unidades de Madres o en las Unidades Dependientes creadas al efecto para internas clasificadas en tercer grado que tengan en su compañía hijos menores de tres años. El artículo 111.3 RP que establece que para la adecuada ejecución de las actividades de tratamiento se facilitará la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas. El artículo 114 RP regula las salidas programadas, para la realización de actividades específicas de tratamiento, destinadas a aquellos internos que ofrezcan garantías de hacer un uso correcto y adecuado de las mismas. En cualquier caso, los internos serán acompañados por personal del Centro penitenciario o de otras instituciones, o por voluntarios que habitualmente realicen actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario de los reclusos. El artículo 116.2 RP establece que, dentro del marco establecido en el Plan Nacional sobre Drogas, la Administración penitenciaria, en coordinación con otras Administraciones Públicas o con otros organismos e instituciones debidamente acreditadas, realizará en los Centros penitenciarios los programas de atención especializada en drogodependencias que precisen los internos que voluntariamente lo soliciten. El artículo 117 RP establece la posibilidad de que los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, puedan acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social. La Junta de Tratamiento realizará la coordinación necesaria con la institución para el seguimiento del programa. El artículo 182 RP, en sus apartados 1 y 2, regula el cumplimiento de los penados en Unidades Extrapenitenciarias de manera que el Centro Directivo podrá autorizar la asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de penados clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento específico para deshabitación de drogodependencias y otras adicciones. El artículo 182.3 RP establece que la Administración penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal. El artículo 195 RP regula el expediente de libertad condicional de los internos, entre cuyos documentos figura el compromiso de acogida por parte de su familia, persona allegada o instituciones sociales extrapenitenciarias. El artículo 196 RP establece las

características relativas a la libertad condicional de septuagenarios y enfermos incurables. Para ambos supuestos, el expediente deberá contener un informe social en el que constará, en su caso, la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación u apoyo familiar en el exterior. Además de tal regulación reglamentaria, tras la anterior Instrucción 3/98, de 13 de enero, sobre voluntariado y colaboración ONG, la intervención de organizaciones no gubernamentales en el ámbito penitenciario encuentra hoy su desarrollo específico administrativo-penitenciario, en la completa y descriptiva Instrucción 5/2000, de 6 de marzo, que entraba en vigor el 15 de mayo de 2000 y plenamente el 15 de septiembre del mismo año, derogando totalmente toda la normativa anterior. En cualquier caso, como establece la Disposición Transitoria al respecto, las intervenciones ya aprobadas en el momento de entrada en vigor de la Instrucción, así como las que pudieran autorizarse antes del 15 de septiembre de 2000, con efectos del año 2000, continuarán rigiéndose por la normativa anterior.

e) La colaboración dimanante de la existencia de Establecimientos de régimen abierto con identidad propia como son las Unidades Dependientes: El artículo 80.4 RP define las citadas Unidades Dependientes como establecimientos de régimen abierto, que suponen un reciente marco real de actuación penitenciaria con un importante índice de cooperación privada en sus cometidos. La gestión extrapenitenciaria se manifiesta en una intervención directa de los recursos comunitarios. Reguladas en los artículos 165 ss. del RP, admiten que los servicios y prestaciones de carácter formativo, laboral y tratamental que en ellas reciben los internos sean «gestionados de forma directa y preferente por asociaciones u organismos no penitenciarios. Ello no obsta a que la Administración penitenciaria pueda participar también en tales tareas con personal de ella dependiente, sin perjuicio de las funciones de control y coordinación que le competen» (art. 165.2 RP).

f) La presencia «privada» en algunos de los servicios que la Administración penitenciaria ofrece en desarrollo de derechos como la libertad religiosa y la asistencia que de ello se deriva: Opción recogida en los artículos 54 LOGP y 230 RP en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 16.1 CE, encuentra su específica regulación en la Circular 4/97, de 17 de marzo que establece el procedimiento para la intervención de las confesiones religiosas en los Centros penitenciarios.

El marco normativo que ampara gran parte de la actividad privada citada ha sido, por tanto, el legal orgánico y el reglamentario. Asimismo, habrá de tenerse en cuenta la legislación habilitante para la

contratación estatal y, en desarrollo de lo establecido en el Reglamento penitenciario de 1996, el desplegado para la regulación del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias. En este sentido el Real Decreto 326/1995, de 3 de marzo por el que se regula el citado Organismo (6), establece claramente en el número 6 de su artículo 2.º una de las funciones atribuidas a éste, cual es: «La promoción de relaciones con instituciones y organizaciones que faciliten el cumplimiento de los fines del Organismo».

2. EL ENTORNO ANGLOSAJÓN

El presente foráneo, restringido a las actividades privadas con ánimo de lucro y en referencia directa al fenómeno de mayor resonancia, cual pueda ser el de las denominadas prisiones privadas, requiere, aun sintéticamente, de otra atención.

2.1 Manifestaciones prácticas evolutivas

La participación del sector privado ha adoptado diversas formas o manifestaciones prácticas en el devenir histórico de los modos de reclusión y de la pena privativa de libertad en los sistemas occidentales. Una brevísima referencia de tal infiltración incluiría localizaciones y actividades de contenido procesal y penitenciario como lo fueron: *a)* las primitivas prácticas de los derechos de encarcelaje; *b)* las casas de corrección surgiendo como primeras prisiones propia-

(6) Organismo autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias que, como establece el apartado 9 del artículo 7 del Real Decreto 1885/1996, de 2 de agosto (*BOE* núm. 189, de 6 de agosto), «se adscribe al Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a cuyo titular le corresponderá la presidencia del mismo. Dicho organismo llevará a cabo los servicios y prestaciones necesarias para el ejercicio de las funciones atribuidas a la mencionada Dirección General en los párrafos *f)* y *g)* del apartado 1 del presente artículo, además de las que le atribuye la normativa reguladora del organismo autónomo». El apartado *f)* citado se refiere a la promoción, organización y desarrollo de la educación, cultura, deporte y trabajo en los centros penitenciarios. El apartado *g)* dispone las funciones de dirección y coordinación de las actividades asistenciales en los centros y hospitales penitenciarios; y la prestación a los internos y liberados condicionales, y a los familiares de unos y otros, de la asistencia social necesaria y la colaboración de forma permanente con las instituciones, organismos y entidades dedicadas a la asistencia de los internos y a la rehabilitación de los excarcelados, así como con las redes autonómicas, provinciales y locales de servicios sociales.

mente dichas; c) los modelos de transportación y asentamientos coloniales; d) las penitenciarías y organizaciones regimentales del trabajo penitenciario decimonónico en los Estados Unidos de América y en alguna asimilación europea; e) los sistemas de contratación y cesión competencial pública propios del siglo XIX; y f) la insoslayable referencia, por su vinculación o enlace teórico, al menos, con la más llamativa realidad presente, concretamente, con respecto al antecedente más puro de prisión privada tal y como hoy la conocemos: El Proyecto Panóptico de Bentham, publicado en 1791, basado en el conocido principio de inspección central y en el menos recordado y citado de administración contractual (7). Las ideas adelantadas por Jeremy Bentham, respecto del necesario control y supervisión gubernamental de los contratos a firmar con el Estado por el empresario privado, constituido en administrador de la prisión, mantienen una actual e inusitada vigencia. Se anticipaban, así, por el juriconsulto británico, tanto la polémica cuanto algunas soluciones garantistas en mayor o menor medida.

Ninguna otra manifestación histórica se aproximará tanto a las versiones actuales de establecimientos penitenciarios privatizados como el citado precedente inefectivo del proyecto Panóptico. Hasta recientemente, cuando desde mediados de los años ochenta empresas privadas, con intereses lucrativos y bajo concesión estatal influenciada por una ideología procedente de Gran Bretaña, empezaban a dirigir y gestionar centros de internamiento y prisiones en los Estados Unidos de América, en la intención cedida de aliviar los problemas de superpoblación carcelaria y crisis presupuestarias de determinados Estados.

Aunque la idea no era nueva, sí suponía una transformación, una mutación extensiva, la máxima tensión de actividades recientes, desempeñadas en esa dirección y hasta ese momento en establecimientos destinados a jóvenes, centros de detención de inmigrantes, centros de rehabilitación de drogodependencias y programas privados de reinserción social. Las prisiones privadas, se muestran desde entonces, en su correcta acepción, como algo más y diferente de los Establecimientos penitenciarios con industrias privadas integradas y han de distinguirse, asimismo, de aquellos servicios auxiliares a la prisión como contratas médicas, de suministros, alimentación, educación o actividad vocacional y de asistencia social. El término *prisión privada* como fenómeno de trascendencia en el campo penitenciario implicaría, en su manifestación práctica de máxima autonomía, la dirección y admi-

(7) *Vid.*, al respecto de tales desarrollos históricos y, especialmente acerca de tal vinculación, por todos, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas...*, ob. cit., pp. 65 ss.

nistración completa de una institución penitenciaria, por lo común añadida a la construcción por una empresa no estatal, permaneciendo la función, si no el desempeño, bajo la responsabilidad final del sector público mediante un régimen contractual de la empresa con el Estado, encargado éste, en último término, del control y supervisión de tales contratos. En síntesis, a través de esos convenios, el Estado se comprometería a enviar al Centro penitenciario un número de presos a cambio de un precio a pagar por recluso y día.

2.2 El presente foráneo

El contexto de la moderna idea privatizadora norteamericana ha conllevado, en cualquier caso, un sentido ideológico-político que soporta tal concepción. La oferta de ayuda del sector privado norteamericano, para una población reclusa sobredimensionada, con constantes órdenes judiciales durante los setenta exigiendo la liberación anticipada de reclusos por problemas de hacinamiento en una materia arrinconada, prácticamente relegada a un segundo plano de interés, olvidada por aquel Estado durante bastantes años del siglo xx, no se queda ahí. Las críticas al sector público amplificadas por los partidarios de las medidas privatizadoras y las posteriores propuestas de los mismos en orden a la posibilidad de reducción de costes, diligencia administrativa, y teórica mejor gestión, se traducirían en lo que parece mostrarse como una estrategia mercantilista bien definida. El resultado se ha mostrado claro: el desarme estatal en favor del lucro corporativo-empresarial. Desde las posiciones privatizadoras parece idearse un plan: justificar unas prácticas previas (el desempeño competencial cedido de determinadas parcelas en la ejecución penitenciaria, en centros de mínima seguridad y juveniles principalmente) y extenderlas mediante fundamentos teóricos que surgen posteriores a la consumación de estas actividades. La búsqueda y la consecución de la disociación entre los conceptos de asignación y administración de la pena (8). A partir de ahí, los partidarios de estas medidas sientan el principio y fomentan la aplicación práctica. Las empresas y los gobiernos afines e implicados se encargarán de su expansión. Consecuencia práctica de ello es que la concentra-

(8) *Vid.*, al respecto de tal división, a favor, por todos, LOGAN, C. H., «The Propriety of Proprietary Prisons», en *Federal Probation*, Vol. LI, núm. 3, September 1987, pp. 35-40; el mismo: *Private Prisons...* ob. cit., pp. 52 ss.; o, más recientemente, en contra, MOYLE, P., «Separating the Allocation of Punishment from its Administration», en *The British Journal of Criminology*. Vol. 41, núm. 1, Winter 2001, pp. 77-100.

ción de poder en tales corporaciones, en ordenamientos similares, en una economía que busca la globalización, se enfocará en la pretensión de influir peligrosamente en las decisiones de política criminal gubernamentales.

A ello podría añadirse el apenas mencionado ámbito federal, descentralizado, sin directrices unitarias, como idea política preexistente que coadyuva a la dispersión administrativa y abonaría el terreno para la intención empresarial apoyada por gobiernos neoliberales afines. Parece como si, en nuestro ámbito cultural occidental se estuviera hablando de una doble coincidencia: el Estado descentralizado y el furor privatizador. Pues aun cuando pudieran existir Estados federales que no acepten la privatización, como de hecho los hay, ésta ha tenido un efectivo mayor áuge en ese preciso sistema político. El supuesto español, como he citado *supra*, aun con las garantías reseñadas en aras de una mejor gestión organizativa, muestra síntomas de contagio cuando empieza a ceder competencias autónomamente, y especialmente en lo referente a la responsabilidad de menores.

Los fines de la pena sufrían, con estos planteamientos foráneos, transformaciones sustanciales. Desde la crítica a la idea rehabilitadora del penado, que encuentra su cenit en los últimos veinticinco años, se desemboca en tales sistemas penal-penitenciarios en el fomento del sentido incapacitador de la sanción penal aplicable a la persona (9). Motivo tan perfectamente adecuado al beneficio económico empresarial. A la naturaleza corporativo-empresarial resulta, así, útil y rentable, un planteamiento que excluye cualquier otra responsabilidad que no sea la de la extracción social y la mera retención y custodia. De cualquier modo, el pretendido y principal argumento de las doctrinas favorables a la privatización penitenciaria, en favor de la mayor eficiencia económica y reducción de costes de esta política, tampoco se aprecia de manera palpable, tan generalizada en la práctica en los estudios que las propias agencias gubernamentales norteamericanas hayan llevado a cabo tras un tiempo de aclimatación de las nuevas

(9) *Vid.*, al respecto de este ya no tan reciente concepto definitorio de este fin de la pena, ZIMRING, F. E./HAWKINS, G., *Incapacitation*. Oxford University Press, New York, 1995; y, de forma global, BEYENS, K./SNACKEN, S., *Prison Privatization: An International...*, ob. cit., p. 241; o, de modo sintético en la bibliografía española, DEL ROSAL BLASCO, B., «Las prisiones privadas. Un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal», en *ADPCP*, Tomo XLIII, fascículo II, 1990, pp. 562 ss.; el mismo «La privatización de las prisiones. Una huida hacia la pena de privación de libertad», en *Eguzkilore*, núm. Extraordinario 12, diciembre de 1998, pp. 118 ss.; y, más recientemente, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas...*, ob. cit., pp. 147 ss.

experiencias (10). Lo que finalmente no demuestra tal superioridad del nuevo sistema sobre el sistema gubernamental, pues diversos factores habrían de contemplarse, y no se hace así, en los estudios comparativos entre prisiones de uno y otro tipo. En todo caso, hasta recientemente, las empresas privadas partícipes de la actividad penitenciaria privatizada, se habían preocupado de ofrecer un escaparate modélico en alguna de sus prisiones en la idea de fomentar la aceptación y expansión del producto. El tiempo ha señalado las pérdidas y ganancias a ambos lados de la política en este aspecto. De ahí el freno de alguna de estas medidas privatizadoras en ciertos Estados en los últimos años.

En cuanto al efecto final de la pena privativa de libertad privatizada en una sociedad como la norteamericana, habría de afirmarse, en cualquier caso, la lógica consecuencia de una expansión del control social formal (11), pues el gobierno haciendo uso de estas políticas habrá sido capaz de aplicar de manera más extensa su poder coercitivo y de manejar un mayor número de personas de variadas formas. En este sentido, por ejemplo, muchos de los internos que habrían sido liberados anticipadamente en políticas de descongestión aplicadas a los centros penitenciarios, así como por falta de espacio real en los establecimientos, o que no hubieran siquiera ingresado en prisión en función de la aplicación de principios como los de *ultima ratio* o intervención mínima, se verán de este modo emplazados en instituciones privadas de reclusión (12). Esta medida se estaría ofertando, así, por

(10) *Vid.*, General Accounting Office (G.A.O.): Private and Public Prisons. Studies Comparing Operational Costs and/or Quality of Service, en *Report to the Subcommittee on Crime, Committee on the Judiciary, House of Representatives. Washington DC*, August, 1996, pp. 3 y 7; del mismo modo se han expresado autores como Shichor, D., *Punishment for...*, ob. cit., pp. 163 y 164; DONAHUE, J. D.: *The Privatization Decision...* ob. cit., p. 160; BATES, E., «Private Prisons...», ob. cit., p. 13, quien se refiere al fracaso en el intento de ahorro de las prisiones privadas y a la contrapartida del beneficio generado en favor de las compañías privadas propietarias; o, incluso, desde una posición favorable a la privatización, también se relativizan tales resultados económicos. Así, *vid.* MCDONALD, D.C., «The Cost of Operating Public and Private Correctional Facilities», en VV.AA., McDonald (Ed.) *Private Prisons and the...*, ob. cit., p. 103; o, el propio LOGAN, C. H.: *Private Prisons...*, ob. cit., p. 76, quien habida cuenta de los resultados obtenidos en los estudios comparativos desdota de relevancia a esta cuestión.

(11) *Vid.*, al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, 1999, pp. 56 y 57, en una certera referencia al pretendido proceso deslegitimador de lo público por parte de los partidarios de la privatización sobre criterios de supuesta ineficiencia.

(12) *Vid.*, entre otros, SHICHOR, D., *Punishment for...*, ob. cit., pp. 60 y 75; y en la bibliografía española el interesante artículo de DEL ROSAL BLASCO, B., *La Privatización de las prisiones...*, ob. cit., p. 132.

los partidarios de la privatización, para cumplir con los criterios de política criminal estatales que dirigen la pena, mayoritariamente, a la finalidad de apartamiento, incapacitación y segregación de los delincuentes, mediante su reclusión en establecimientos penitenciarios, extendiendo su aplicación a un número importante de conductas delictivas convenientemente tipificadas. Por tanto, y según la perspectiva privatizadora, se estaría colaborando activamente con el sistema de justicia criminal al suplir tales necesidades.

Desde ese punto de vista, la oportunidad de negocio abierta a la iniciativa privada no dejaría lugar a dudas. La presión expansionista de determinadas políticas penales, incentivada por la iniciativa legislativa con sustento privado, se materializa en propuestas aceptadas por los gobiernos. Es claro que la política legislativa, en manos de los representantes electos de los ciudadanos, algunos de ellos directa o indirectamente interesados en las posibilidades de mercado abiertas por estos modelos, ha determinado la orientación penal y su posterior plasmación en concretas líneas de actuación penitenciaria (13). Como han destacado diversos autores (14), los grandes intereses corporativos surgen en estos ámbitos de influencia, organizándose con frecuencia en comités de acción política, a través de los cuales pueden hacer sustanciosas contribuciones a los candidatos políticos en el intento de influir hacia una legislación favorable a los intereses de tales comités. Las corporaciones americanas consideran así la cuestión de los comités de acción política como un relativamente nuevo y efectivo instrumento para influir en el provechoso proceso político legislativo.

3. CONCLUSIONES

Comparto, en todo caso, la posible crítica hacia los resultados de esa doble o múltiple responsabilidad que se atribuiría a las corporacio-

(13) *Vid.*, como ejemplos, al respecto de tales conexiones, los citados por, LILLY, J. R./KNEPPER, P., «The Corrections-Comercial Complex», en *Crime and Delinquency*, April, 1993, pp. 150 ss.; o BATES, E., *Private Prisons...*, ob. cit., p. 16.

(14) *Vid.*, entre otros, MULLEN, J./CHABOTAR, K. J./CARROW, D.M., *The Privatization of Corrections. National Institute of Justice. Issues and Practices*. U.S. Department of Justice, February 1985, p. 72; WEISS, R. P., «Private Prisons and the State», en MATTHEWS, R. (Ed.): *Privatizing Criminal Justice*. London, 1989, pp. 33 y 41; MATTHEWS, R., «Reflexiones en torno al debate sobre las prisiones en Gran Bretaña», en *El Derecho penal y lavictima, Papers D'Estudis i Formació*, núm. 8, marzo, 1992, pp. 112, 114 y 115; SHICHOR, D., *Punishment for...*, ob. cit., pp. 158, 235 y 236; CAVADINO, M./DIGNAN, J., *The Penal System. An Introduction*, London, 1997, p. 164; BATES, E., ob., y loc. cit.

nes privadas en esta materia. Servir al accionariado y al Estado subsidiariamente, inclinará de manera efectiva la balanza hacia el lado inversor, hacia el que más pone en juego. Este desequilibrio terminará por repercutir en las condiciones de custodia y retención, deshumanizando el marco penitenciario (15). Los estudios de mercado y eficiencia, que las empresas hayan realizado al respecto, podrán atender a reducciones de gasto y utilidades innecesarias, a una teóricamente más eficaz organización administrativa, pero es difícil que alguno de los fines atribuidos a la privación de libertad no se vea discriminado en favor de la maximización económica empresarial. Esas ideas vienen a concluir que la resta se hará más sencilla, pues se sustraen, en la consecuencia práctica, los fines no meramente retributivos o custodiales, esto es, aquellos tan poco lucrativos, de pretendido y argumentado fracaso durante décadas, la rehabilitación y resocialización de los condenados.

España, como he señalado, es una invitación a la participación pero con límites tasados. Así, el reflejo privatizador no llega más que en mínimos destellos prácticos. La intensidad hacia una mejor gestión y administración de recursos se hace, en nuestro país, desde la esfera pública, fomentando la adecuación de este sector a criterios de actuación y efectividad privados, pero desde el blindaje orgánico-legal estatal. El problema, en el fondo, es de compromiso constitucional-ideológico. El fenómeno privatizador foráneo ha sido, de alguna manera, inocuo en ese aspecto, aun desplegando toda su batería de argumentos. El freno ideológico de la tradición europea y, en nuestro país de una filosofía correccional prudente, tan nuestra (con la excepción de Gran Bretaña, y quizás algo de Francia y Bélgica) (16), muy superior a los criterios de eficacia económica de los países y entornos que postulan la privatización, y los restos del Estado del bienestar aún reivindicados por una legislación de plena vigencia, levantan un muro casi insalvable. El intento expositivo-formal de la doctrina privatizadora, de permeabilizar al Estado con su concepto político económico privatizador, por medio de la contratación de determinados servicios

(15) Así lo han entendido numerosos autores. *Vid.*, por todos, la visión global de BEYENS, K./SNACKEN, S., *Prison Privatization: An International...*, ob. cit., p. 259; del mismo modo, más recientemente, Moyle ha señalado el peligro que representa el ánimo de lucro como motor de estas corporaciones y la influencia de tal motivación en las condiciones de internamiento. Así, *vid.* MOYLE, P., *Separating the Allocation...*, ob. cit., pp. 84, 86 y 92.

(16) *Vid.*, al respecto, BEYENS, K./SNACKEN, S., *Prison Privatization: An International...*, ob. cit., p. 247-249; SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas...*, ob. cit., pp. 177 ss.

fundamentales en la prisión persiguiría, en todo caso, el objetivo final, reconocido en otros ordenamientos, de la cesión competencial total. No obstante, ésta no parece precisa en España para la efectividad de determinadas actuaciones estatales; ha bastado con hacer uso certero de la proporción justa y necesaria de la oferta privatizadora, es decir, contratar determinados servicios no fundamentales. La articulación de organismos de relevancia como el denominado Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, de autonomía casi privada; la potenciación de los modos más independientes de Unidades penitenciarias (las llamadas Unidades dependientes y los Centros de Inserción social) en el entorno ciudadano, así como la intervención de actividades voluntarias de carácter privado y no lucrativo como las ONGs y de voluntariado, con una valiosa proyección en el proceso de normalización, que debiera ampararse y fomentarse, servirán de igual modo a estos efectos. Por todo ello, la importación de otros sistemas, tan distantes de nuestro penitenciarismo, no parece necesaria, y sí la permanencia de filtros protectores de posibles desviaciones, en preceptos que reflejan tal preocupación en la exigencia de la inexistencia de ánimo de lucro en las intervenciones o colaboraciones privadas.

