

Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal (*)

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

Profesor Titular de Derecho penal
de la Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCION

La presente exposición se refiere a un fenómeno relativamente reciente —pues su historia comienza en los primeros años de la década de los ochenta—, que está teniendo lugar especialmente en los Estados Unidos de América (EE.UU.), pero que ya está tratando de importarse por algunos países europeos —como, por ejemplo, Francia o el Reino Unido—, y que se concreta, para entusiasmo de unos y escepticismo o rechazo de otros, en la gestión por parte de empresas privadas que actúan a título lucrativo de centros y establecimientos penitenciarios de todo tipo; es decir, que se concreta en la «privatización» de la ejecución penal.

De todas formas, se ha de puntualizar que hablar, hoy por hoy, de privatización, desde la perspectiva de los sistemas de administración de justicia, ya sea civil o penal, es hablar de fenómenos de muy diversa naturaleza que se suceden y afectan a sectores o parcelas también muy diversas del ámbito de la prevención del delito, de la administración de justicia o de la ejecución penal. Bajo tal denominación se podrían incluir, por ejemplo, los programas de creación de mecanismos arbitrales o de mediación extra-judiciales, privados, para la resolución de disputas civiles entre particulares o para la resolución

(*) El texto se corresponde, básicamente —aunque ampliado con las notas y algunas referencias complementarias—, con el de la conferencia pronunciada el día 5 de abril de 1990 en Tarragona, dentro de las Jornadas para directivos de Centros Penitenciarios de Cataluña organizadas por el *Centre d'Estudis i Formació del Departament de Justícia* de la *Generalitat de Catalunya*. El autor desea expresar su agradecimiento al *Centre d'Estudis*, y muy especialmente a su directora, doctora Esther Giménez-Salinas Colomer, por la invitación para participar en dichas Jornadas; agradecimiento que hace extensivo al personal del *Centre* por su extraordinaria acogida.

del conflicto, personal y material, que se produce entre el delincuente y su víctima (1); la puesta en marcha de mecanismos de vigilancia electrónica para el cumplimiento de penas o arrestos preventivos, o para limitar los movimientos de una persona dentro de un determinado ámbito espacial, lo que permite controlar a distancia, y con muy poco personal, los movimientos del sometido a vigilancia (2); la intervención de la iniciativa privada en sectores tradicionalmente abandonados o no cubiertos suficientemente por la pública, como pueden ser la asistencia social post-penitenciaria o el tratamiento de toxicómanos delincuentes; la participación de entidades o asociaciones privadas, benéficas o no lucrativas, en la organización de la ejecución de sanciones penales alternativas a la privación de libertad, como son los trabajos de utilidad social o los programas de educación o formación profesional (3); la participación de comunidades vecinales en programas de vigilancia local contra el delito (4); la intervención de em-

(1) Experiencias de este tipo las ha habido —y las hay— es muy diversos lugares. En California (EE.UU.), por ejemplo, es muy conocido el proyecto que, bajo el nombre de *San Francisco Community Board*, puso en marcha Raymond Shonholts en 1977, y que funciona como un intento de organización de un nuevo sistema de administración de justicia, al margen completamente del institucional, que, controlado enteramente por vecinos no profesionalizados, trata de ofrecer solución a conflictos y pleitos tanto de orden civil como criminal (v., SHONHOLTS, R., *Neighbourhood justice systems: work, structure and guiding principles*, en «Journal of Mediation Quarterly», vol. 5, 1984, pp. 3 y ss.; del mismo, *The Citizen's role in justice: building a primary justice and prevention system at the neighborhood level*, en «Annals of the American Academy of Political and Social Sciences», vol. 42, 1987, pp. 42 y ss.). En el Reino Unido, también existen proyectos que han adquirido bastante trascendencia como el *Newham Conflict and Change Project*, puesto en marcha en 1984, o el *Sandwell Mediation Scheme*, en 1985, ambos dirigidos y gestionados enteramente por residentes locales voluntarios (v., MARSHALL, T. F., *Informal justice: the British experience*, en R. Matthews, ed., «Informal Justice?», London, Newbury Park, Beverly Hills, New Delhi, 1988, pp. 150 y ss.).

(2) La utilización de estos mecanismos se concreta, normalmente, en la implantación de una pequeña pulsera que detecta y delata, en la pantalla del vigilante, los movimientos de su portador. En los EE.UU., los medios de vigilancia electrónica se han utilizado, tanto para controlar los movimientos de individuos que se encuentran en libertad provisional a la espera de juicio, como para controlar los de individuos ya sentenciados y sometidos a *probation* o en libertad condicional (v., BERRY, B. y MATTHEWS, R., *Electronic monitoring and house arrest: making the right connections*, en R. Matthews, ed., «Privatizing Criminal Justice», London, Newbury Park, New Delhi, 1989, pp. 107 y ss.).

(3) Por citar algún ejemplo significativo, en Ontario (Canadá), la intervención de este tipo de entidades o asociaciones (*Howard Society*, *St. Leonard's Society*, *Rotary*, *Salvation Army*, etc.) en la organización y puesta en marcha de las *community service orders* (mandamientos de servicio a la comunidad), que van asociadas a una sentencia de *probation*, ha sido muy importante (v., VASS, A. A. y MENZIES, K., *The community service order as a public and private enterprise*, en «The British Journal of Criminology», vol. 29, 1989, pp. 255 y ss.).

(4) Son muy característicos de este tipo de experimentos los famosos «neighbourhood watch» británicos (v., DONNISON, H.; SCOLA, J.; y THOMAS, P., *Neighbourhood Watch: Policing the People*, London, 1986; BENNET, T., *An assessment of the design, implementation and effectiveness of neighbourhood watch in London*, en «The Howard Journal of Criminal Justice», vol. 27, 1988, pp. 241 y ss.).

presas privadas lucrativas en el sector de la seguridad, y no sólo de personas, comercios o entidades privadas sino, incluso, de personajes, establecimientos y organismos públicos (5); o, como veremos a lo largo de esta exposición, la gestión plena por parte de empresas privadas, que desarrollan su labor a título lucrativo, de centros o establecimientos tutelares o penitenciarios, gestión que puede llegar a incluir la construcción del centro o la habilitación del ya existente.

El surgimiento de todos estos fenómenos, y el de otros muchos que se podrían mencionar, tienen, desde nuestro punto de vista, un motivo o una causa común, y es la total desconfianza en que el aparato del Estado vaya a ser alguna vez capaz de resolver los problemas, o mejor, la agudización en las dos últimas décadas de los problemas a los que tradicionalmente se han venido enfrentando la policía, la administración de justicia o la administración penitenciaria y, por contra, la confianza en que la gestión o la iniciativa privadas ofrezcan soluciones allí donde la burocracia estatal ha demostrado su total ineficacia.

Por supuesto que en esa desconfianza coinciden muchos y muy diversos sectores ideológicos, pero, obviamente, los intereses que animan a unos u otros no son coincidentes. Así, los hay que tienen la esperanza de que involucrando más activamente a los miembros de la comunidad en programas sociales de prevención del delito o de tratamiento en libertad del delincuente se pueda lograr una mejor solución *social* al problema de la delincuencia, atacándolo, precisamente, en su origen. Otros, sin embargo, lo único que pretenden es incrementar el férreo control sobre los delincuentes, inocularlo al mayor número posible de ellos, pero sin invertir dinero público o sin invertir tanto dinero público en dicho menester.

En cualquier caso, todas estas transformaciones en las estructuras del aparato de la administración de justicia o de la administración penitenciaria, aparte de añadir un fracaso más en la larga lista de frustraciones y expectativas incumplidas por el modelo político-criminal del «Estado del bienestar», evidencian profundos cambios en la ideología, en la filosofía y en la actitud con la que se contempla, en los finales del siglo XX, el fenómeno delincuente y, por lo mismo, el funcionamiento de las instituciones tradicionales de control del delito y enjuiciamiento y tratamiento del delincuente. Lo que ya no está tan claro es adónde nos van a llevar esos cambios: si a un modelo de control más sofisticado, del tipo del que George Orwell predije-

(5) Según un informe elaborado por JESÚS DUVA (v., *La ira de los vecinos*, en «El País», suplemento: «Temas de nuestra época», 11 de enero de 1990), «en el año 1982 había en España 333 empresas (de seguridad) y ahora hay casi 1.400, que mueven una cartera de negocios cifrada en 140.000 millones y manejan un auténtico ejército parapolicial integrado por 70.000 hombre»; casi la mitad de los que integran, conjuntamente, el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y la Policía Municipal (160.000 en total).

ra en su magnífica novela, *1984*, o, por el contrario, a un modelo más flexible de aproximación a la raíz y a las causas de los problemas que nos ayude a superar un modelo de Derecho penal caduco y esclerótico.

Una parte, más o menos significativa, de todas estas mutaciones están ya teniendo lugar en España desde hace algún tiempo. Incluso, en algún caso, como es el de la gestión privada de centros de deshabituación para delincuentes toxicómanos (6), han logrado impulsar una reforma legislativa que, como la del artículo 57.1 del Reglamento Penitenciario, autoriza a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a trasladar a los penados clasificados en tercer grado, que presenten problemas de drogadicción, a esas instituciones extrapenitenciarias privadas para que se les aplique el correspondiente tratamiento deshabituador. Sin embargo, las dimensiones que el fenómeno de la privatización, en su conjunto, está adquiriendo más allá de nuestras fronteras y el debate que sobre el sentido y ser de la pena y del funcionamiento actual del aparato de justicia criminal está provocando el mismo en el seno de los sectores interesados, hacen que lo que pueda estar aconteciendo en nuestro país no sea más que un tímido reflejo del fenómeno y del propio debate. Lo más sorprendente, no obstante, es que, ni desde las instancias oficiales ni desde las académicas, se «acusa recibo» del mismo; ni tan siquiera para manifestar rechazo o adhesión.

Por ello, en la medida en que lo autoricen los conocimientos de quien suscribe —que, ciertamente, no son muchos—, lo que se pretende con esta exposición es, de alguna manera, suscitar la curiosidad y el interés de los sectores afectados o involucrados por todas estas cuestiones, para, así, estimular un debate lo más amplio y generalizado posible sobre nuestro sistema de justicia criminal. Por supuesto, la amplitud del fenómeno de la privatización nos obliga a ser selectivos y detenernos, únicamente, en una de las manifestaciones del mismo —quizá una de las que puede resultar más espectacular—, como es el de la gestión privada lucrativa de los centros o establecimientos penitenciarios.

(6) Sector que ha sufrido un extraordinario y deplorable abandono por parte de la Administración penitenciaria y en el que sólo las administraciones públicas locales y autonómicas han sido capaces, aunque de forma tímida y tardía, de tomar algunas iniciativas (v., DEL ROSAL BLASCO, B., *El tratamiento de los toxicómanos en las instituciones penitenciarias*, en FERNÁNDEZ ALBOR, A. y otros, «La Problemática de la Droga en España», Madrid, 1986, pp. 257 y ss.).

II. EL REDESCUBRIMIENTO DE LA GESTIÓN PRIVADA PARA LOS ESTABLECIMIENTOS TUTELARES O DE EJECUCIÓN PENAL

El fenómeno de la gestión privada de los centros o establecimientos de custodia, tutelares, correccionales o de ejecución penal no es, ni muchísimo menos, algo nuevo en la historia del Derecho penal o del Derecho penitenciario. Sin que haga falta remontarse a épocas muy remotas, en las que no sólo la ejecución de los castigos y la llevanza de las cárceles o calabozos, sino la propia administración de la justicia estaba en manos privadas, es de sobra conocida la importantísima intervención que, hasta fechas muy recientes, han tenido las órdenes religiosas en la administración de cárceles e instituciones penales y, en general, en el ámbito de los sistemas de justicia criminal.

En España, por ejemplo, tanto la llamada originariamente Casa Galera de Mujeres de Alcalá de Henares —después llamada, sin más, Prisión de Mujeres—, como la antigua cárcel de mujeres de la calle de Quiñones de Madrid, fueron centros administrados exclusivamente por monjas hasta que, en tiempos de la II República, se crea el Cuerpo Femenino de Prisiones, que, por cierto, tras los correspondientes cursos de formación, integraría en su seno a gran parte de dichas religiosas (7). La propia Concepción Arenal, en el informe que sometió al Congreso Internacional de Amberes de 1980, recomienda la creación de patronatos de reclusos y libertos, en manos de la iniciativa privada, pero estimulados y sostenidos con el apoyo moral y económico de los Gobiernos, para ayuda y asistencia penitenciaria y post-penitenciaria de los internos (8).

En el Reino Unido, por citar otro ejemplo que puede ser significativo, la mitad de las cárceles existentes en el siglo XVIII estaban en manos de miembros de la nobleza o el clero que las arrendaban a guardianes que, a su vez, obtenían pingües beneficios económicos mediante la extorsión o el expolio de los privados de libertad (9). Ya en el presente siglo, la intervención de los *misioneros* de la Sociedad de Templanza de la Iglesia de Inglaterra ante los tribunales de magistrados, fue absolutamente decisiva para la configuración del actual sistema de determinación de la pena en Inglaterra, ya que el llamado «informe social» realizado por los funcionarios de *probation*, legal-

(7) V., SALILLAS, R., *La Vida Penal en España*, Madrid, 1888, pp. 269 y ss.; KENT, V., *Las reformas del sistema penitenciario durante la II República*, en «Historia 16», núm. extra VII, octubre de 1978, pp. 105 y ss.

(8) V., *Obras Completas de doña Concepción Arenal*, t. XIV, «Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes», Madrid, 1986, pp. 214 y ss.

(9) WEIS, R. P., *Private Prisons and the State*, en R. Matthews, ed., «Privatizing Criminal Justice», London, Newbury Park, New Delhi, 1989, p. 29.

mente preceptivo para que el juez adopte determinadas decisiones (10), tiene su origen, precisamente, en los informes orales que los *misioneros*, que actuaban como asistentes voluntarios de los reclusos y de los sometidos a la justicia penal, exponían al juez sobre la persona del reo o del sometido a cualquier medida penal (11).

Lo que sucede es que este «redescubrimiento» de las prisiones privadas que nos ha traído la década de los ochenta, se produce en un contexto histórico de relaciones sociales, políticas y económicas muy diferente al de experiencias anteriores; y, además, tiene unas peculiaridades que también lo distancian de cualquier tentativa de símil previo que se quiera establecer.

En primer lugar, después de haberse superado las posiciones retribucionistas más puras, de origen iusnaturalista o de origen racionalista, y, sobre todo, después de haberse vivido todo el movimiento reformador de las prisiones durante los siglos XIX y XX, con el auge de las teorías preventivo-especiales, nos encontramos ahora en un momento de gran escepticismo respecto a la posibilidad de mantener aún vigente el modelo del «ideal rehabilitador» que, durante tantos años, animó las más profundas reformas de nuestros sistemas penales y penitenciarios. De hecho, se puede decir, sin mucho margen de error, que la ideología de la resocialización ha fracasado ya en su intento de convertirse en el cimiento sobre el que asentar las estructuras de los sistemas penales y penitenciarios. En los foros académicos, el ca-

(10) Los *social inquiry reports*, o informes sociales, son los que, solicitados por el juez o por la defensa del acusado, hace el funcionario de *probation* o persona especialmente autorizada para ello sobre la persona del acusado, su familia actual, sus antecedentes familiares, trabajo, capacidades, inquietudes, carácter, condiciones físicas o psíquicas, etc., con el fin de auxiliar al tribunal a adoptar, para el reo que ya ha sido formalmente declarado culpable, bien por un jurado, bien por su propio *guilty plea*, la decisión judicial (*sentence*) más adecuada. Estos informes son obligatorios siempre que el acusado sea menor de 17 años. En el caso de acusados menores de 21 años o de delincuentes primarios, el tribunal también está obligado a solicitar un informe social cuando vaya a imponer una pena de prisión (sección 20 de la *Powers of Criminal Courts Act* de 1973). Y si impusiera tal pena sin haber solicitado un informe social, el tribunal está obligado a explicar en una audiencia pública las razones que le han llevado a adoptar dicha medida (sección 62 de la *Magistrates. Courts Act* de 1980). No obstante, la sección 45, subsección 3, de la *Powers of Criminal Courts Act* de 1973, establece que «ninguna sentencia será invalidada por no haber tomado en consideración el tribunal el informe social..., pero cualquier otro tribunal, en apelación, deberá considerar tal informe para determinar si se debía o no haber dictado para el apelante una sentencia diferente a la dictada por el tribunal de instancia». La utilización de los *social inquiry reports* está, igualmente, muy extendida en el ámbito de la justicia tutelar juvenil y en el penitenciario (v., SHAW, R., *Who uses social inquiry reports?*, Institute of Criminology, Cambridge, 1981).

(11) V., McWILLIAMS, W., *The Mission to the English Police Courts 1876-1936*, en «The Howard Journal of Penology and Crime Prevention», vol. 22, 1983, pp. 129 y ss. También existen antecedentes de explotación privada de prisiones o del trabajo de los reclusos en los EE.UU. Muchos de tales antecedentes, que implicaban una auténtica situación de esclavitud para los presidiarios, son narrados por SELLIN, T., *Slavery and the Penal System*, New York, 1976. El movimiento reformador de los comienzos del siglo XX puso en evidencia las brutalidades que se cometían en estas «prisiones privadas» y el control de las mismas volvió a manos públicas.

mino hacia tal escepticismo se consolidó definitivamente con las investigaciones de Lipton, Martinson y Wilks (12), en las que a toda una serie de preguntas sobre la viabilidad y eficacia de los programas de tratamiento se contestaba con aquel famoso y lacónico: *nothing works* (nada funciona). «Con algunas aisladas excepciones —diría Martinson (13)—, los esfuerzos rehabilitadores de los que se posee información hasta el presente no han tenido una incidencia apreciable en las cifras de reincidencia». A partir de ese momento, y especialmente entre los autores más liberales y progresistas de la literatura científica de los EE.UU. —tan influyente en el ámbito de los países más inuidos por el espíritu resocializador (Reino Unido, países escandinavos, Canadá, Australia)—, se llegó al convencimiento de que no existía, ni podía existir, investigación alguna capaz de ofrecer datos sobre programas rehabilitadores que, en relación con el número de delinquentes que ingresan anualmente en prisión, arrojen un mínimamente relevante número de éxitos, o, cuando menos, un número de éxitos suficiente, como para que mereciera el esfuerzo en medios humanos y materiales que se había estado invirtiendo en ellos durante décadas (14).

Bien es cierto, como señaló en su momento Allen (15), que nada nuevo había en el escepticismo expresado por Martinson, salvo quizá el hecho de que viniera corroborado por un estudio elaborado sobre una muestra más amplia que la de trabajos anteriores, porque opiniones similares a la suya abundaban en la literatura penológica desde finales de la II Guerra Mundial (16). Pero la repercusión que las conclusiones de Martinson tuvieron fueron definitivas para crear un clima de pesimismo penológico muy extendido en el que, por una parte, se ha impuesto la idea de que todo lo que cabe esperar de la aplicación de penas privativas de libertad es que sirvan al fin de la inocuidad o, expresado en términos muy al uso en la literatura anglosajona, de la *humane containment* (contención humana) (17) y, por otra,

(12) LIPTON, D.; MARTINSON, R.; WILKS, J., *The Effectiveness of Correctional Treatment*, New York, 1975; también, MARTINSON, R., *What works?: questions and answers about prison reform*, en «The Public Interest», 35, 1974, pp. 22 y ss.

(13) MARTINSON, R., *What works?...*, *ob. cit.*, p. 25. Subrayado en el original.

(14) Uno de los más significativos e influyentes representantes de dicho grupo de autores, ANDREW VON HIRSCH, no tuvo reparo en concluir y airear una afirmación tan rotunda como ésta en una gran parte de sus más importantes trabajos publicados desde mediados de la década de los setenta hasta mediados de la década de los ochenta (v., por ejemplo, *Doing Justice. The Choice of Punishments*, New York, 1976, p. 18, o *Recent trends in American criminal sentencing theory*, en «Maryland Law Review», 42, 1983, p. 11).

(15) ALLEN, F. A., *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, London, 1981, p. 57.

(16) El propio ALLEN (*ob. cit.*, p. 115, nota 97) ofrece un buen repertorio de trabajos que expresan reservas y opiniones muy contrarias al modelo del tratamiento o al modelo rehabilitador.

(17) TAYLOR, M. y PEASE, K., *Private prisons and penal purpose*, en «Privatizing Criminal Justice», London, Newbury Park, New Delhi, 1989, p. 184.

se han modificado profundamente los criterios con los que el personal técnico y asistencial de las administraciones penitenciarias ha de enfrentar su tarea, especialmente en países como el Reino Unido, Canadá o los EE.UU., haciéndose, desde entonces, mucho más énfasis en el control y la vigilancia que en la asistencia o el apoyo (18). Y ello, a pesar de que investigaciones posteriores han podido demostrar que no existe base suficiente para afirmar, de forma tan concluyente a como lo hizo Martinson, que nada funciona en los programas de reinserción o rehabilitación (19).

Por otra parte, tampoco se puede olvidar que al rechazo del modelo resocializador también han contribuido muy eficazmente las teorías sociológicas de la desviación, surgidas a finales de los años sesenta y comienzos de los setenta, que, bien poniendo de manifiesto el carácter normal, no patológico, del fenómeno delincuente y su ubicuidad, con lo que cualquier tratamiento resocializador sería inútil, bien haciendo hincapié en la contradicción flagrante que implica querer adaptar a un hombre a una sociedad de la que se le aísla coactivamente, minaron, desde el punto de vista ideológico, una buena parte de soporte teórico sobre el que se asentaba dicho modelo (20).

Es evidente, además, que en el fracaso de la ideología de la resocialización también ha tenido una decisiva influencia el constante incremento que en la segunda mitad del siglo ha experimentado la delincuencia —y, especialmente, la delincuencia agresiva en los grandes núcleos urbanos— y la consiguiente sensación, difundida entre el público en general a través de informaciones sesgadas o manipuladas (21), de que parte de ese incremento es debido a un exceso de benignidad

(18) MCCONVILLE, S., en H. Rees and E. H. Williams, eds., *Punishment, Custody and the Community. Reflections and Comments on the Green Paper*, London School of Economics, London, 1989, p. 41.

(19) V., por ejemplo, CULLEN, F. T. y GILBERT, K. E., *Reaffirming Rehabilitation*, Santa Barbara, California, 1982; GENDREAN, P. y ROSS, R. R., *Revivification of rehabilitation: evidence from the 1980s*, en «Justice Quarterly», vol. 4, 1987, pp. 349 y ss.

(20) V., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La 'resocialización' del delincuente. ¿Un mito?*, en «Problemas Actuales de la Criminología», Madrid, 1984, pp. 245 y ss.

(21) Porque, como certeramente observa MICK RYAN (*The Politics of Penal Reform*, London, New York, 1983, p. 116), el público en general adopta la perspectiva de que el sistema penal es algo que tiene más que ver con la represión o la intimidación que con la reforma o la resocialización, y cuanto más duras y severas las penas más efectivo es el efecto disuasorio de las mismas. Teniendo en cuenta tal presupuesto, no es difícil de explicar la facilidad con la que se pueden manipular los sentimientos represivos de la opinión pública suministrándole informaciones selectivas sobre crímenes extraordinariamente violentos o repudiables, porque, además, como ha señalado MARIA JESÚS MIRANDA (v., *La sábana de los fantasmas*, en «El País», suplemento: «Temas de nuestra época», 11 de enero de 1990), «la inseguridad no es sólo el producto de la acción de pequeños delincuentes y, por tanto, no correlaciona necesariamente con la experiencia de la victimización; es, sobre todo, una interpretación distorsionada de la realidad, en virtud de representaciones sociales compartidas en tanto que difundidas».

en el trato otorgado a los delincuentes. Por ello, aunque no tanto a nivel académico, pero sí a nivel oficial y popular, el progresivo abandono de la ideología de la resocialización ha dado paso a un poderoso resurgimiento de las doctrinas del *law and order*, de la ley y el orden, que, en el mejor de los casos, han exigido la necesidad de una aplicación más estricta y más efectiva de las penas y una reducción de las «concesiones» al delincuente y, en el peor de ellos, se han lanzado a reclamar un mayor y más enérgico control del fenómeno delincuente (*aunque no de las causas que lo provoca*), que se debería de concretar en un endurecimiento de las penas, en un mayor rigor y severidad en su aplicación y en una suavización de las garantías procesales para permitir un «modus operandi» más eficaz de las fuerzas policiales.

No obstante, esta doctrina del *law and order* no es una doctrina específicamente diseñada para el ámbito de la política criminal. Especialmente en el seno de los países con gobiernos más conservadores (por ejemplo, en el Reino Unido o en los EE.UU.), ha habido, desde los años setenta y muy especialmente en los ochenta, todo un empeño en movilizar a la «mayoría silenciosa» en contra de los que se consideraba como una sociedad excesivamente tolerante y permisiva, afirmandose la necesidad de un «rearme moral» que revitalizara valores tradicionales considerados en peligro de extinción (patria, autoridad, familia, disciplina, trabajo duro, espíritu de sacrificio). La ley y el orden —democráticos, por supuesto— deben prevalecer en aras a la conservación o a la pervivencia del sistema democrático y de los valores que lo han hecho posible, y frente a la disidencia revoltosa, en el ámbito sindical, social o político, no existe mejor respuesta que la reafirmación de la autoridad del Estado y del sistema establecido. Como se ha podido afirmar, el «fácil consenso» de los cincuenta o los sesenta, ha sido sustituido por el «consenso autoritario» de los setenta y los ochenta (22); y, claro está, en este contexto queda muy poco espacio para la compasión con el que delinque.

Junto a ello, en el ámbito económico nos encontramos sumidos en un clima de euforia neoliberal, en el que el triunfo de las doctrinas monetaristas de la escuela de Chicago, han llevado —especialmente a los gobiernos más conservadores— a aplicar políticas económicas

(22) RYAN, M., *The Politics...*, *ob. cit.*, pp. 120-121. Por supuesto que todos estos fenómenos, por nuestra peculiar situación política desde el año 1939 hasta finales de los setenta, no se han vivido de la misma manera en España. Pero lo cierto es que, desde el comienzo de la década de los ochenta, y aún existiendo —al menos, teóricamente— abismales diferencias ideológicas entre los gobernantes de la Nueva Derecha de los EE.UU. o en el Reino Unido y los de nuestro país, la dialéctica y las formas de ejercicio del poder penal no difieren mucho. Tan sólo las etiquetas varían, y donde aquéllas hablan de «rearme moral», éstos lo hacen de «rearme ético»; donde aquéllos indican la necesidad de preservar «la libertad» y «el sistema de vida del mundo libre occidental», éstos afirman la conveniencia de fortalecer «la democracia»; y, finalmente, donde aquéllos hablan de «prosperidad», éstos de «progreso».

de fuerte restricción del gasto público en los sectores social y asistencial, que enfrentadas al constante incremento de la delincuencia y al de la población reclusa y a un severo problema de superpoblación y hacinamiento carcelarios, se encuentran abocadas a un difícil dilema: o se aumentan notablemente los gastos de policía, administración de justicia y, sobre todo, prisiones para, deteniendo, procesando y encarcelando más delincuentes, ser coherentes con la preconizada por esos mismos gobiernos campaña de «endurecimiento penal», satisfaciendo así la (supuesta) demanda pública, o se buscan fórmulas para restringir el ingreso de delincuentes en prisión, ahorrando una buena cantidad de dinero público, pero frustrando las (supuestas) expectativas de los electores. Como señala David Garland (23), refiriéndose al caso británico, «desde hace una década, nuestra Administración ha estado comprometida con una retórica político-criminal represiva, de línea dura, confesadamente enérgica con el delito, pero nuestros gobernantes son conscientes, también, de que los costos financieros y políticos de llevar hasta sus últimas consecuencias dicha retórica son inaceptablemente altos». Y es que, ciertamente, los electores no quieren delincuentes en sus calles, pero, por supuesto, si se les deja opinar, ni desean invertir una sola peseta en solventar ninguno de los problemas que tienen que ver con el delito y los delincuentes ni están dispuestos a contemplar el espectáculo de desmedida dureza a que conduciría una política criminal basada en la pura y dura intimidación.

La salida a ese dilema se ha concretado de formas muy diversas, según la indiosincrasia de los diferentes países y los problemas específicos a los que sus sistemas de justicia criminal se ven, enfrentados. Así, por ejemplo, en el Reino Unido, donde quizá su problema más grave es el de la superpoblación carcelaria y el alto grado de «prisionalización» de sus habitantes, se practica una especie de política esquizofrénica que, por otra parte, incrementa y endurece las medidas penales para los delincuentes peligrosos y amplía las facultades de actuación y los poderes de la policía, mientras que, por otra, estructura un complejo y variado sistema de medidas alternativas a la privación de libertad que, no obstante, en los últimos años se han visto revestidas de una apariencia menos «blanda» y más represiva que en épocas anteriores (24). En España —donde, no obstante, lo normal

(23) GARLAND, D., *Critical reflections on 'Punishment, Custody and the Community'*, en «Punishment, Custody and the Community. Reflections and Comments on the Green Paper», London School of Economics, London, 1989, p. 4.

(24) El más reciente e importante documento sobre la política criminal del Gobierno Conservador británico para los próximos años, *Punishment, Custody and the Community*, publicado por el *Home Office* en 1988, va precisamente en esa línea que DAVID GARLAND (*Critical reflections...*, *ob. cit.*, p. 4) define como de compromiso, porque la derecha conservadora consigue introducir en la política criminal un lenguaje más represivo, mientras que los grupos reformistas y la izquierda liberal consiguen un compromiso de menor utilización de la pena de prisión. No obstante, el Gobierno británico

es que la política criminal se improvise según va cambiando el viento de los avatares políticos—, la desesperante lentitud de la administración de justicia, que es el más endémico de nuestros males, tampoco nos ha dejado a salvo de poder escuchar, desde las voces del poder, una doble dialéctica consistente, por una parte, en echarle la culpa la tráfico y consumo de drogas de los diversos incrementos en el índice de la delincuencia, penalizándose más severamente las conductas relacionadas con dicho tráfico y anunciándose más y más severas medidas para su control y el de la delincuencia a él asociada; pero, por otra, para el resto de infracciones menores o imprudentes (que son, en realidad, las más numerosas), se arbitran medidas despenalizadoras (así, por ejemplo, las reformas del Código Penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio y la de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio), fundamentalmente tendentes a «desatascar» los juzgados y Audiencias penales, pretendiendo conseguir, también, como efecto secundario, reducir el número de presos preventivos y, con ello, el número de población reclusa. Finalmente, en los Estados Unidos unas muy particulares circunstancias, que trataremos de explicar a continuación, son las que han provocado el surgimiento de las prisiones privadas como salida alternativa más económica, e, incluso, se dice por algunos, más humana, a una parte de los problemas que azotan su sistema penal.

III. LAS PRISIONES PRIVADAS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Comprender correctamente el por qué surgen las prisiones privadas en los comienzos de los años ochenta en los Estados Unidos exige, previamente, conocer, aunque sólo sea someramente, cuál era la situación de su sistema penal y penitenciario en los comienzos de los años setenta.

En ese momento, en la práctica totalidad de los estados estaba instaurado el régimen legal de la sentencia indeterminada. California, por ejemplo, el estado quizás más comprometido, a nivel legislativo, con el sistema de sentencia indeterminada y con la filosofía preventivo-especial que lo inspiraba (25), lo introdujo en el año 1917 y, salvo una pequeña modificación operada en el año 1944, lo mantuvo inalterado hasta 1976. Desde el punto de vista de su aplicación práctica,

también se ha planteado la posibilidad de privatizar algunas de sus prisiones en el año 1995, especialmente las que alberguen población preventiva, y así lo pone de manifiesto el otro documento publicado en el mismo año por el *Home Office*, *Private Sector Involvement in the Remand System*, que ha suscitado una encendida polémica entre los *lobbies* penales y penitenciarios de signos políticos diversos.

(25) MESSINGER, S. L. y JOHNSON, P. J., *California's Determinate Sentencing Statute: History and Issues*, en «Determinate Sentencing: Reform or Regression?», Washington, D.C., 1978, p. 13.

lo que significaba un sistema de tales características era que los jueces, una vez que el jurado había pronunciado su declaración de culpabilidad sobre el acusado o que éste se había confesado culpable del delito por el que se le acusaba, se limitaban a señalar en sus sentencias que el reo quedaba condenado «por el período establecido en la Ley». Posteriormente, un órgano administrativo, la *Adult Authority* (Autoridad de Adultos), determinaba el período específico de cumplimiento entre el término mínimo y el máximo señalado en la Ley. Además, este mismo órgano (formado por miembros de procedencia diversa, y en cuyo nombramiento intervenía, fundamentalmente, el Gobernador del Estado con la anuencia del poder legislativo estatal) era el encargado de señalar cuándo ese específico período de cumplimiento se podía ver reducido, además, por el beneficio de la *parole* (libertad condicional). Lo que normalmente hacía la *Adult Authority* era retrasar su decisión sobre la determinación del período específico de cumplimiento de la sentencia para poder permitir, así, que en el momento de tomar dicha decisión el condenado se encontrara prácticamente a punto de poder verse beneficiado por la *parole*. Entre tanto, el sentenciado se suponía que estaba sujeto al cumplimiento del máximo de pena prescrito por la Ley. Por supuesto, la decisión del órgano administrativo era únicamente revisable por él mismo, pero, eso sí, cuantas veces estimara oportuno, en función del comportamiento del interno. El grado de discreción de la *Adult Authority* era tal que una condena a un máximo legal de cadena perpetua podía, según los casos, quedar reducida a cinco años, otorgándose, además, la libertad condicional a los tres (26).

A toda esta situación se le unía, además, el que en materia de ejecución penal los jueces y tribunales federales norteamericanos, hasta bien entrada la década de los sesenta, habían practicado lo que tradicionalmente se denominaba como política de *hands off* («no tocar» o «manos fuera»). Tal forma de actuar se concretaba en que el único derecho que se le reconocía a un acusado era el de someter a prueba, a través de un escrito de «habeas corpus», el hecho mismo de la legalidad de su prisión, pero nunca un juez federal atendía petición alguna de un recluso que implicara un enjuiciamiento de las condiciones de su encarcelamiento o del proceso de ejecución de su sentencia, que pudiera suponer la usurpación de las facultades otorgadas a los gobiernos estatales de administrar, de la manera que éstos entendieran como más correcta, sus propios establecimientos penitenciarios (27). En la práctica, como en su momento señaló James B. Ja-

(26) V., MESSINGER, S. L. y JOHNSON, P. J., *California's...*, *ob. cit.*, pp. 15 y ss.

(27) V., por ejemplo, la resolución del caso *Price v. Johnston*, 334 U.S. 266 (1984). En realidad, la política de *hands off* se había practicado, con carácter general, por el Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. en todo lo relativo a los procesos administrativos de concesión o denegación de beneficios sociales, exenciones fiscales, licencias,

cobs (28), la política de *hands off* implicaba que un recluso, en el momento que ingresaba en un establecimiento penitenciario, sufría una suerte de «muerte civil», quedando privado, frente al poder de la administración penitenciaria estatal, de todos sus derechos constitucionales.

Como se puede uno imaginar, en este estado de cosas, el poder que todo este entramado legal depositaba en manos de los órganos ejecutivos de los centros penitenciarios, que en última instancia iban a ser los que informarían ante la correspondiente Junta de la *Adult Authority* sobre la conveniencia o inconveniencia de conceder la *parole* o señalar un período más corto o más prolongado de cumplimiento de pena, era prácticamente absoluto. Y, de hecho, son abundantísimas las crónicas de los años cuarenta, cincuenta y sesenta que narran los abusos, las arbitrariedades, las injusticias raciales y las diversas tropelías que los guardianes y gobernantes de las diversas prisiones cometieron durante aquel período (29).

No obstante, como señalan Messinger y Johnson (30), el sistema satisfacía a casi todo el mundo. A los jueces, porque les relevaba de la gran responsabilidad de tener que dictar sentencias determinadas; a los administradores de las prisiones, porque en sus manos se depositaba un poderoso instrumento para el control de los reclusos más hostiles y violentos; y, finalmente, a los políticos, porque ello les permitía exonerarse de responsabilidades, ya que las penas se podían endurecer sin límite, calmando así las posibles demandas públicas, sin que ello hubiera de afectar la capacidad de discreción de la junta administrativa correspondiente.

Pero los años sesenta fueron años de lucha muy intensa en favor de los derechos civiles en los Estados Unidos. Una gran diversidad de asociaciones de derechos civiles tornaron sus ojos hacia las prisiones e impulsaron y ayudaron a los reclusos a organizarse y a enfrentarse legalmente a los administradores de los centros penitenciarios. En los ambientes académicos y universitarios, así como en el seno

concesiones o contratos, etc. Fue en 1970, a raíz de la resolución del caso *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970), cuando el Tribunal Supremo reconoció la facultad jurisdiccional de revisar, de conformidad con los principios del *due process* («proceso o procedimiento con las debidas garantías»), todos estos procesos administrativos, incluyendo el proceso de concesión del beneficio de la *parole* y toda una serie de resoluciones adoptadas en el ámbito penitenciario, tales como las sanciones disciplinarias, los traslados de centros, etc. (v., SEARCHINGER, T., *The procedural due process approach to administrative discretion: the Corut's inverted analysis*, en «Yale Law Journal», vol. 95, 1986, pp. 1017 y ss.).

(28) JACOBS, J. B., *Stateville. The Penitentiary in Mass Society*, Chicago and London, 1977, p. 9.

(29) Particularmente interesante, en este sentido, resulta, aparte del libro citado de JAMES B. JACOBS (v., nota 27), el informe elaborado por el grupo de izquierda liberal, American Friends Service Committee, *Struggle for Justice. A Report on Crime and Punishment in America*, New York, 1971.

(30) MESSINGER, S. L. y JOHNSON, P. J., *California's...*, *ob. cit.*, p. 16.

de las asociaciones profesionales de abogados más progresistas, se tomó, igualmente, conciencia de una deplorable situación penitenciaria que se caracterizaba, fundamentalmente, por el hacinamiento, las infrahumanas condiciones de habitabilidad y salubridad, la violencia cotidiana, el abuso del poder y la discriminación racial. El sistema de la sentencia indeterminada se convirtió, entonces, a los ojos de estos sectores más progresistas, en el responsable de todos los males y comenzó a ser objeto de fuertes críticas que trataban de poner en evidencia, por una parte, su incapacidad para cumplir con los fines a los que pretendidamente estaba destinado y, por otra, las disparidades, inseguridades e injusticias que, a la hora de la individualización de la pena, provocaba (31). Por supuesto que a estas críticas se sumaron las objeciones morales e ideológicas que, desde siempre, ha planteado el modelo del «ideal rehabilitador».

Lo más curioso es que en este rechazo del modelo de la sentencia indeterminada y de la filosofía que lo inspiraba coincidieron tanto los integrantes de las asociaciones más progresistas, incluido el *Prisoners' Union* (Sindicato de Reclusos), como los impulsores de los movimientos más reaccionarios y ultraconservadores (32). Estos últimos, más preocupados por el control del fenómeno delincuente y el efecto intimidatorio (puro) de la pena que por las injusticias del sistema, veían en el abandono del modelo legal de la sentencia indeterminada y su sustitución por otro de sentencia determinada, una buena oportunidad para endurecer las penas y lograr que éstas se cumplieran íntegramente, mientras que aquéllos anhelaban su desaparición por lo arbitrario e incierto y deseaban la instauración de un sistema en el que las reglas del juego estuvieran claramente fijadas de antemano. En concreto, los autores e integrantes de las corrientes más liberales se lanzaron a exigir la sustitución del modelo resocializador por el que ellos denominaban un *justice model* (el modelo de justicia) o, simplemente, *retribution model* (modelo retributivo) (33). Como ha explicado muy bien Anthony E. Bottoms, para este grupo su «grito

(31) El problema de lo que se ha denominado «discrecionalidad no regulada» en el sistema judicial de justicia criminal, que es sino el problema de las divergencias o discrepancias que se producen entre las partes dispositivas de las sentencias aparentemente iguales, ha constituido, sobre todo desde los años sesenta, una auténtica obsesión para la literatura penal norteamericana. Una obra muy significativa, a este respecto, es la de DAVIES, K. C., *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, Louisiana, 1969.

(32) Dignos representantes de la corriente del *law and order* fueron JAMES Q. WILSON (*Thinking about Crime*, New York, 1975) y ERNEST VAN DEN HAAG (*Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*, New York, 1975).

(33) Son muy importantes, en este sentido, los trabajos de K. C. DAVIES (*Discretionary Justice...*, *ob. cit.*), D. FOGEL (*We are the Living Proof: The Justice Model for Corrections*, Cincinnati, 1975), M. FRANKEL (*Criminal Sentences: Law without Order*, New York, 1973), así como los de A. VON HIRSCH (*Doing Justice*, *ob. cit.*), y el American Friends Service Committee (*Struggle for Justice*, *ob. cit.*). Desde el punto de vista dogmático, los postulados de este modelo conducen a un sistema de teoría

de guerra» era: «Si no es posible garantizar la resocialización y si ésta, a menudo, ha producido injusticias, déjense, al menos, poder contar con algo de justicia». «La justicia, en este contexto —sigue el autor—, significó, ante todo y sobre todo, la *supresión de la discrecionalidad arbitraria* en los órganos de decisión, de tal manera que el efecto práctico más importante del modelo de justicia han sido los ataques dirigidos contra la disparidad en las sentencias judiciales y en las concesiones de la *parole*, y la presión en contra de las penas flexibles para los delitos específicos. En algunos movimientos radicales de reclusos, este modelo se ha expresado a través del slogan: '*the right to punishment*' (el derecho al castigo); es decir, el derecho a ser liberado tan pronto como se haya cumplido una sentencia justa, y el derecho a cumplir la sentencia sin interferencias de psiquiatras y asistentes sociales si no se quiere» (34).

En este nuevo ambiente de defensa de los derechos civiles, hubo, además, dos decisiones del Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. que tuvieron una extraordinaria importancia. La primera de ellas, en la resolución del caso *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963), el Tribunal reconoció el derecho de los internados en cualquier prisión estatal a cursar una solicitud de «habeas corpus» para someter a prueba, no sólo el hecho de la legalidad de su internamiento, sino las propias condiciones del encarcelamiento; la segunda, en la resolución del caso *Cooper v. Pate*, 378 U.S. 546 (1964), el Tribunal reconoció el derecho de los reclusos a demandar ante un tribunal federal a cualquiera de los estados de la Unión, de conformidad con lo previsto en la *Civil Rights Act* de 1871, un estatuto legal que permite buscar el amparo de los tribunales federales frente a cualquier violación de los derechos civiles cometida por la Administración de un estado de la Unión. A partir de estas dos decisiones, una lluvia de demandas judiciales fueron interpuestas contra los administradores de las prisiones por abusos, malos tratos, arbitrio injustificado, revocación injustificada de la libertad condicional, inhumanas condiciones de encarcelamiento, y un largo etcétera de causas que, tras algunos intentos fallidos, lograron que los tribunales federales rompieran con su tradicional política de *hands off* y entraran a revisar los procesos de concesión de los beneficios penitenciarios y las condiciones de cumplimiento de las penas de privación de libertad.

Concretamente, en cuanto a las condiciones de encarcelamiento, los tribunales federales comenzaron a llevar a cabo una aplicación

del delito muy próximo a lo que nosotros denominaríamos como neoclásico, estructurado sobre la idea de una culpabilidad fundamentada en el libre albedrío y una concepción predominante o esencialmente retributiva de la pena (v., especialmente, FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, New York, 1978).

(34) BOTTOMS, A. E., en A. E. Bottoms y R. H. Preston, eds., *The Coming Penal Crisis*, Edingurgh, 1980, p. 10.

mucho más rigurosa de la legislación sobre derechos civiles y de la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que prohíbe expresamente la imposición de penas crueles y extraordinarias. Con una situación penitenciaria en la que una buena parte de los establecimientos se encontraban en condiciones deplorables, por la inhumanidad del trato ofrecido a los reclusos, la falta de garantías para la integridad física de los internos, la falta de mínimos de higiene, salubridad y habitabilidad, los jueces federales comenzaron a remitir a los responsables directos e indirectos de los establecimientos penitenciarios las oportunas órdenes para que los adecentaran y humanizaran, para que los dotaran con los adecuados medios y personal sanitarios y para que el personal pusiera fin al ejercicio de prácticas contrarias a los derechos civiles. En caso contrario, se encontrarían expuestos a responsabilidades criminales y a tener que hacer frente a fuertes multas. Para que se vea la trascendencia de la actuación judicial a este respecto, en el año 1969 un tribunal del distrito federal declaró contrario a la Constitución de los Estados Unidos todo el sistema correccional del Estado de Arkansas, por violación de la Octava Enmienda (*Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825, E. D. Ark. [1969]); otro tanto le sucedió, en 1972, al Estado de Mississippi (*Gates v. Collier*, 349 F. Supp. 881, N. D. Miss. [1972]) y, en 1974, al Estado de Oklahoma (*Battle v. Anderson*, 376 F. Supp. 402, E. D. Okla. [1974]). Otros muchos estados vieron cómo algunas de sus instituciones penitenciarias eran, igualmente, sometidas a órdenes o intervenciones judiciales, hasta el punto de que, según pudo relatar Dan Nesbary (35), hasta diciembre de 1985, sólo ocho estados de la Unión no habían sido objeto de intervención judicial: Alaska, Minnesota, Montana, Nebraska, Nueva York, Nueva Jersey, Dakota del Norte y Vermont.

Por otro lado, la situación se complicó porque a mediados de la década de los setenta —y empezando por California, que lo hizo en 1976 con la *Uniform Determinate Sentencing Law*—, la mayoría de los estados reformaron sus sistemas de determinación legal y judicial de la pena, incrementando éstas, restringiendo el uso del *plea bargain* entre el Ministerio Fiscal y los abogados defensores, introduciendo el sistema de sentencia determinada y aboliendo, en muchos casos, la posibilidad de obtener la *parole* u otros beneficios penitenciarios, como la reducción de penas por el trabajo, tendentes a reducir o extinguir la pena impuesta por el juez. Se trataba, en una palabra, de sustituir el modelo resocializador por un modelo mixto, de consenso, entre el preventivo-general puro y el retributivo de cumpli-

(35) NESBARY, D., *Recent Trends in State Corrections Expenditures*, Denver, Colorado, 1985, p. 25.

miento cierto de la pena, lo cual, al menos en un primer momento, supuso un sustancial incremento en las cifras de población reclusa (36).

Aquella nueva actitud judicial de estricto control al poder ejecutivo, en su vertiente de Administración penitenciaria, que, además, se ha convertido en una constante a lo largo de las décadas de los setenta y ochenta, obligó a las autoridades locales y estatales a replantearse muy seriamente sus políticas penitenciarias (37). Pero adecentar las prisiones, dotándolas de las mínimas condiciones de salubridad y habitabilidad, eliminando la sobrepoblación y el hacinamiento, mejorando los servicios médicos y de alimentación, suprimiendo la inhumanidad en el trato a los reclusos; en resumen, cumplir con todas y cada una de las exigencias impuestas por los requerimientos judiciales suponía, en la mayoría de los casos, la puesta en marcha de amplios programas de inversiones públicas que los electores, presumible o ciertamente, no estaban dispuestos a sufragar (38). En este contexto, fue cuando a un ex-presidente del Partido Republicano del estado de Tennessee y avisado empresario del sector inmobiliario y de los seguros, Thomas Beasley, se le ocurrió la idea de poner en marcha instituciones penitenciarias privadas, para así —utilizando su misma expresión— «solventar el problema de las prisiones y ganar una buena cantidad de dinero al mismo tiempo» (39). Entusiasmado con la

(36) Lo cierto es que a ese primer impulso legislativo siguieron otras «reformas de las reformas», por los problemas disciplinarios y la insostenible sobrepoblación reclusa que la reforma estaba produciendo en los sistemas penitenciarios de algunos estados. Es obvio que con una fecha definitiva e inalterable de finalización de la sentencia y sin la necesidad de tener que observar buena conducta para obtener los preceptivos informes favorables del personal de la prisión, la motivación a mantener la disciplina dentro de los centros o a trabajar era mínima. Y así, en California, por ejemplo, tras suprimir los beneficios penitenciarios por buena conducta y trabajo, la directora del *Department of Corrections* (equivalente a nuestra Dirección General de Instituciones Penitenciarias), Ruth Rushen, ha tenido que introducir en enero de 1983 un sistema de *works credits* o *work incentive training programmes*, que no es sino una redención, días por día, de penas por el trabajo, penalizándose la mala conducta con la pérdida de días de remisión y condicionando la concesión de determinados privilegios penitenciarios (visitas conyugales, utilización de teléfono, etc.) al *status* laboral del interno (v. DAVIES, M., *Determinate sentencing reform in California and its impact on the penal system*, en «The British Journal of Criminology», vol. 25, 1985, p. 14).

(37) Hay que tener en cuenta que en el sistema penitenciario norteamericano existen las *prisons* (prisiones) y las *jails* (cárceles). Por regla general, aquéllas 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 éstas se reservan para los responsables de infracciones castigadas con penas inferiores a un año de privación de libertad (*misdemeanors*) o infracciones menores (*petty offences*), o para presos preventivos. Las cárceles las gestionan las autoridades del condado, a través de la oficina del *Sheriff*, o las autoridades municipales, a través del Departamento de Policía.

(38) Algunos autores no han dudado en acusar a los tribunales federales norteamericanos de traspasar los límites de sus funciones constitucionales por obligar al ejecutivo a reorientar sus políticas de asignación de recursos (por ejemplo, COX, A., *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, 1976).

(39) HURST, J., *Operating prisons for profit goal of entrepreneur building here*, en «Los Angeles Times-Washington Post News Service», 29 de diciembre de 1983.

idea, el gobernador republicano del estado de Tennessee, Lamar Alexander, le ofreció apoyo político y, una vez conseguido el apoyo financiero de otro grupo inversor, en concreto, el *Massey Birch Investment Group*, propietario a la sazón de famosos *Kentucky Fried Chicken*, la empresa de Beasley, *Corrections Corporation of America* (CCA), puso en marcha, en el año 1983, la prisión de Silverdale, un centro de trabajo para unos 500 reclusos sito en la localidad de Chattanooga, condado de Hamilton, estado de Tennessee (40).

Actuando con idénticos criterios de gestión empresaria que la *Hospital Corporation of America*, un gigante de la sanidad privada también propiedad del grupo *Massey Birch*, la CCA tomó por completo las riendas del régimen interior y la administración de Silverdale, si bien la propiedad de los terrenos y del edificio de la prisión se ha mantenido en manos públicas. El único propósito de la empresa, aparte del de cumplir con las condiciones del contrato firmado con el condado, era la obtención de un beneficio entre el 8 y el 12 por ciento por interno del dinero que recibía por sus servicios. La empresa, según se dejaba ver en su propia publicidad, modificó radicalmente la imagen que tradicionalmente ofrecían las prisiones norteamericanas. El régimen de vida de los «residentes» —nombre asignado a los reclusos— transcurría, dentro de los mínimos de seguridad indispensables, de una forma más libre y relajada que la del resto de las penitenciarias estatales. Aparentemente, las normalmente hostiles relaciones entre los reclusos y sus guardianes —pasados a llamar «supervisores de residentes»— desaparecieron, así como la violencia entre internos, las «mafias», los favoritismos y demás corruptelas generalizadas en otros centros. El establecimiento estaba dirigido por un «Administrador de Recursos» y contaba con un «monitor», empleado por el condado, que era el encargado de inspeccionar que se cumplieran las condiciones pactadas, y que en el caso de Silverdale era un antiguo jefe de vigilantes de la prisión. Sin embargo, desde el punto de vista de la gestión económica, la prisión se puede decir que fue un fracaso, ya que en los siete primeros meses de funcionamiento padeció un

(40) Existen antecedentes más remotos al de Silverdale en el sistema penitenciario norteamericano. Así, en 1975, la *R.C.A. Service Company*, una filial de la *R.C.A. Corporation*, puso en marcha la *Weaversville Intensive Treatment Unit*, en el estado de Pennsylvania, un centro que alberga a un muy reducido número (nunca más de 20) de delincuentes juveniles. En 1982, la *Eckerd Foundation*, una fundación privada filantrópica creada por Jack Eckerd, un magnate de los *drug stores* norteamericanos, pasó a gestionar sin fines lucrativos la *Okeechobee School for Boys* del estado de Florida, una de las tres escuelas estatales de formación, prevista para una población aproximada de 500 delincuentes juveniles (v., BORNHA, S., *Free enterprise goes to prison*, en «The British Journal of Criminology», vol. 26, 1986, p. 325). No obstante, al proyecto empresarial de la CCA, que nació en Silverdale y ahora se extiende por varios estados, le cabe el dudoso mérito de haber constituido el primer y más importante proyecto de privatización lucrativa a gran escala de los sistemas penitenciarios estatales, con enorme trascendencia y repercusión en iniciativas posteriores.

triple cambio de «Administrador de Recursos» y le costó al condado 200.000 dólares más de lo inicialmente previsto; aparte de que, según denunciaron algunos de los empleados, las condiciones laborales incluían determinados recortes en los derechos pasivos (41).

La experiencia de Silverdale permitió que vieran la luz otras muchas. La propia CCA contrató, en 1985, con el condado de Bay, en el estado de Florida, la llevanza de una prisión para preventivos y penados, hombres y mujeres, que estaba bajo apercibimiento judicial por sobrepoblación, infracción de la normativa sobre prevención de incendios y servicios médicos inadecuados. La experiencia fue considerablemente más positiva, desde la perspectiva de lo que perseguían ambas partes contratantes, que Silverdale, pues en ocho meses la empresa consiguió levantar los apercibimientos judiciales, reducir el problema de la superpoblación, emprender reformas y mejoras arquitectónicas, incrementar la plantilla del personal, aumentar las actividades de ocio de los internos y —lo que la empresa señala con más orgullo—, ahorrarle al condado 700.000 dólares. Lo más asombroso es que todo esto se logró utilizando prácticamente la misma plantilla original de funcionarios de la oficina del Sheriff del condado, que vio aumentar considerablemente sus salarios (42).

En otros casos, como sucede, por ejemplo, con la prisión de Saint Mary en el estado de Kentucky, la empresa, *United States Corrections Corporation*, no sólo gestiona la administración y el régimen interno, sino que es la propietaria del edificio y el terreno en el que se ubica el centro, un antiguo *campus* universitario que comenzó a funcionar como tal prisión en enero de 1986 (43).

No obstante, la gestión directa de los centros o establecimientos penitenciarios no ha sido la única solución «privatizadora» emprendida por los administradores norteamericanos para solventar sus problemas financieros con las prisiones. En algunos otros supuestos, lo que se ha hecho ha sido buscar la financiación privada para la construcción de centros. De esta forma, una empresa privada se encargaba de construir el centro, alquilando posteriormente las instalaciones a la institución penitenciaria. Ello le permite al estado o condado correspondiente, por una parte, esquivar todas las trabas burocráticas que la construcción de un establecimiento penal o penitenciario exige superar y, por otra, fraccionar o afrontar el pago del alquiler dentro de sus presupuestos corrientes, sin tener que acudir a los créditos extraordinarios o a las grandes cifras presupuestarias que proyectos de

(41) TOLCHIN, M., *Private operated prison in Tennessee reports \$ 200,000 in cost overruns*, en «The New York Times», 21 de mayo de 1985.

(42) BEAN, E., *Private jail firms betting they have best idea*, en «The Wall Street Journal», 30 de agosto de 1986.

(43) RYAN, M. y WARD, T., *Privatization and the Penal System. The American Experience and the Debate in Britain*, Miltin Keynes, 1989, p. 14.

este tipo requieren. Transcurrido el período de alquiler, y dependiendo de cuáles hayan sido las condiciones pactadas en el contrato, el local se vende al estado o queda en manos de la empresa propietaria, que lo destinará a otros fines (44). Esta vía, no obstante, no es una de las más utilizadas porque, como explican Ryan y Ward (45), si la población reclusa se incrementa en exceso y ya no se puede acomodar fácilmente en el centro arrendado, el estado o el condado no renovará el contrato de alquiler, con lo que el arrendador se las verá y se las deseará para poder reconvertir o realquilar, para cualquier otro fin, un edificio que, además, para colmo de males económicos, suele estar ubicado en un remoto o perdido lugar que a nadie suele interesar. Así y todo, uno de los grupos que más interés habían puesto en este tipo de negocio, el *Shearson Lehman/American Express*, informó haber facturado por este concepto, entre 1983 y 1985, 500 millones de dólares (46).

Finalmente, otra vía de privatización que también se está intentando es la de rentabilizar el potencial de mano de obra de los internos, explotándolo en el interior de los muros de las prisiones. El proyecto más conocido es el de la empresa *Control Data Corporation* que, en 1981, ofreció la posibilidad de que los reclusos de la prisión estatal de Stillwater, en el estado de Minnesota, ensamblaran los componentes de sus computadoras y material informático. La empresa traspasó completamente la organización y gestión de ese trabajo al personal de la prisión —a quienes previamente había entrenado—, preocupándose, únicamente, de comprar a la prisión el producto terminado y distribuirlo comercialmente (47). No obstante, las experiencias en este sentido no han tenido mucho éxito porque, para las empresas, ofrecen muchos problemas de gestión y rentabilización del trabajo, y ello sin mencionar los abusos que por parte de las propias empresas se suelen cometer en cuanto a la fijación de las remuneraciones o en cuanto a las condiciones laborales.

IV. ALGUNAS BREVES REFLEXIONES SOBRE EL FENOMENO DE LAS PRISIONES PRIVADAS

La verdad es que el fenómeno de las prisiones privadas está suscitando, más allá de nuestras fronteras, una apasionada controversia y un amplio repertorio de posiciones enfrentadas. Hay quien se mues-

(44) WEIS, R. P., *Private prisons...*, *ob. cit.*, p. 28.

(45) *Privatization...*, *ob. cit.*, p. 11.

(46) BECKER, C. y STANLEY, D., *The downside of private prisons*, en «The Nation», 15 de junio de 1985.

(47) *The Privatization of Corrections*, National Institute of Justice, Washington, D.C., 1985, p. 21.

tra entusiasmado con la posibilidad de una implantación masiva de las mismas, creyendo ver en ellas la definitiva solución a todos los males que azotan los actuales sistemas penitenciarios, mientras que otros alzan sus voces alarmados, aprestándose a oponerse y a atrincherarse, si fuera menester, frente a lo que consideran la más absoluta e intolerable dejación de los poderes del Estado en una parcela hasta ahora considerada el reino más sagrado y genuino de lo público. Y es que, verdaderamente, el tema no se puede negar que resulta apasionante porque nos obliga a una reflexión global sobre el sentido y significado de la prisión y de la propia existencia, en sus condiciones vigentes, de los sistemas de justicia criminal.

Lo cierto es que, aun sin pretender adoptar posiciones de principio excesivamente radicales contra un fenómeno cuya realidad no se puede negar y que es posible termine llamando a nuestras puertas antes de que finalice el presente siglo, creemos, no obstante, que hay que ser muy crítico frente a las posturas que lo contemplan con optimismo. De todas formas, es importante enfocar adecuadamente el problema para no caer en la «trampa» que generalmente suelen tender los partidarios de la privatización a ultranza. Me explico. Los que podríamos denominar como «privaticistas» —y discúlpese me lo poco ortodoxo de la expresión—reducen el análisis del problema de la actual crisis de la prisión a una cuestión de incapacidad estatal de dotar el suficiente número de plazas penitenciarias; el gobierno, se argumenta, no puede contruir suficientes cárceles porque, obviamente, las prioridades económicas se orientan en otra dirección (48). Con ello, entonces, lo que intentan es «despolitizar» la cuestión, situando la discusión entre privatización o no privatización en el terreno del binomio coste-eficacia, alegando como una de las ventajas principales de estos centros penitenciarios de gestión privada su capacidad para contener más reclusos en condiciones más dignas y humanas, a un menor coste económico. Son muy significativas, en tal sentido, las palabras del *Adam Smith Institute*, un poderoso y derechista *lobby* nacido al amparo del gobierno conservador británico, que en un informe sobre política criminal elaborado en el año 1984 decía: «La sobrepoblación 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

(48) Así, por ejemplo, YOUNG, P., *The prison Cell*, London, 1987, p. 1.

de preferente gestión política, por lo que cualquier solución radical aparece como más atractiva» (49). De esta manera, no es difícil imaginar la reflexión que para justificar la puesta en marcha de las prisiones privadas se hizo el pragmatismo mercantilista y acrítico norteamericano: si somos capaces de albergar a más reclusos en mejores condiciones y por menos dinero, que mal puede haber si, además, somos capaces de ganar algún dinero con la administración de estas prisiones privadas.

A este contexto de discusión se han prestado muchos grupos y autores progresistas, como es el caso, por ejemplo, del *American Civil Liberties Union*, que a través de la coordinadora de su *National Prison Project*, se ha limitado a oponerse a la privatización sólo en la medida en que no se garanticen, previamente, las adecuadas condiciones para el desarrollo de los derechos individuales de los internos (50). Sin embargo, y a pesar de que desde el punto de vista de la eficacia no esté tan claro que las prisiones privadas vayan a ser definitivamente más baratas ni que vayan a garantizar mejores condiciones vitales o jurídicas para los internos (51), lo cierto es que, desde el punto de vista de quien suscribe, la discusión se tiene que desplazar al terreno ético y político. Porque, como han indicado Ryan y Ward (52), al fin y al cabo, el que se esté discutiendo la posible «eficacia productiva» del sector privado en el ámbito penitenciario es un síntoma claro de que están variando las concepciones políticas y las percepciones éticas, y, en cualquier caso, resulta francamente difícil de creer que la «eficacia productiva» de cualquier servicio o institución social pueda ser medida en términos o con criterios que estén sensiblemente divorciados de los valores políticos o éticos. Es de todo punto imposible, desde la perspectiva de la legitimidad del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que el estado reduzca todo el complejo problema social, político, filosófico y jurídico de la ejecución penal, exclusivamente, a un problema de coste-beneficio. Entre otras cosas, porque los costes también se determinan políticamente: ¿cuánta población reclusa queremos tener?, ¿cuánta sobrepoblación

(49) Adam Smith Institute, *Omega Report; Justice Policy*, London, 1984, p. 52.

(50) V., ELVIN, J., *A Civil Liberties view of private prisons*, en «Prison Journal», núm. 654, 1985, p. 50. En este mismo sentido, TAYLOR, M. y PEASE, P., *Private prisons...*, *ob. cit.*, pp. 179 y ss. En este mismo sentido es en el que parece plantearse la crítica contra la posible privatización de las prisiones, RUIZ-JARAHO COLOMER (*Prisiones Privadas*, en «Jueces para la Democracia», núm. 8, diciembre de 1989, pp. 40 y ss.), uno de los pocos autores que en España se han planteado la cuestión, quien, además, hace algunas consideraciones sobre la imposibilidad legal de su implantación (*ibidem*, p. 44).

(51) Por ejemplo, en 1984, en el estado norteamericano de Texas, un tribunal federal condenó a la empresa que estaba a cargo de un centro de detención de inmigrantes ilegales por mantener a 16 internos en una única celda, sin ventanas, de, aproximadamente, 4,5 por 8 metros (*Mendina v. O'Neil* 589 F. Supp. 1028, S.D. Tex., 1984).

(52) *Privatization...*, *ob. cit.*, p. 110.

penitenciaria estamos dispuestos a soportar?, ¿cuánto queremos gastar en administración de justicia?, ¿cuánto en seguridad?, etc.; todas estas son preguntas cuyas respuestas no se pueden articular desde una perspectiva de asepsia política (53).

Y, desde luego, qué duda cabe de que, desde la perspectiva ética y política, la idea de traspasar a manos privadas la ejecución penal, haciendo de ello un negocio, repugna bastante. Desde el punto de vista político-constitucional, la delegación del poder estatal de ejecutar las sentencias penales privativas de la libertad supone, necesariamente, una quiebra del monopolio estatal del uso organizado de la fuerza, en la medida en que la organización de una prisión se estructura y se fundamenta, esencialmente, sobre el uso de la coacción y de la fuerza. Ya de por sí, esto distorsiona el esquema constitucional de valores en cuanto que se delega algo reservado en exclusiva para el estado. Pero es que, además, desde el momento en que la organización de la ejecución penal ya no ha de servir únicamente a los fines que le vengan asignados por la legislación vigente, sino que en ella van a intervenir de forma decisiva los cambiantes intereses privados de la empresa concesionaria, los criterios de valoración y selección del uso de la coacción y la fuerza se van, igualmente, a distorsionar, haciendo fácilmente su aparición la inseguridad y las desviaciones y abusos de poder. Y estos son riesgos a los que, en mi opinión, un estado de Derecho no debe de exponer a sus ciudadanos. Desde el punto de vista ético, son bastante certeras las palabras de Nils Christie en el sentido de que un imperativo de orden ético, en el terreno de las sanciones criminales, es reducir lo más posible el nivel de sufrimiento inflingido; esto, que es perfectamente compatible con el hecho de pagar un salario a aquéllos a los que se les encomienda la tarea de ejecutar tales castigos, resulta sin embargo incompatible con permitir que haya quien se enriquezca sobre la base del *quantum* de castigo que sea capaz de inflingir (54). Y, finalmente, desde el punto de vista político-criminal, la privatización de las prisiones supone un intento de consolidación del modelo de la prisión y de la filosofía que lo inspira que bajo ningún concepto se debe tolerar.

Se nos podrá decir, y esto es completamente cierto, que tampoco puede ser aceptable dejar padecer a nuestros reclusos el hacinamiento o las condiciones, todavía degradantes, en las que se vive la ejecución de las sentencias penales o, lo que es peor, en las que se vive la espera del comienzo del juicio. Esto, en primer lugar, no tiene absolutamente nada que ver con la discusión sobre privatización o no privatización, sino que guarda relación con un endémico mal cual es la

(53) V., RYAN, M. y WARD, T., *Privatization and penal politics*, en R. Matthews, ed., «Privatizing Criminal Justice», London, Newbury Park, New Delhi, 1989, p. 57.

(54) CHRISTIE, N., *Limits to Pain*, Oxford, 1982, *cit.*, por RYAN M. y WARD, T., *Privatization...*, *ob. cit.*, p. 70.

ausencia de voluntad política de poner en cuestión un modelo de justicia criminal caduco, desfasado y devastador de la condición humana del delincuente. Y, en cualquier caso, no está claro que las prisiones privadas puedan terminar con estos problemas. Desde luego, si hemos de creer los informes del grupo enviado a los Estados Unidos por el *Select Committee on Home Affairs* del Parlamento británico, que visitaron algunas de las prisiones gestionadas por la CCA, decididamente las prisiones privadas no van a ser capaces de terminar con tales problemas. Dicho informe venía a narrar experiencias de ausencia de intimidación en las estancias de los reclusos, trato vejatorio y violencia psíquica por parte de los vigilantes, deficiencias en las instalaciones y en los servicios médicos y asistenciales, etc., similares a las que se pueden predicar de algunas de las prisiones públicas (55). Además, es innegable que las empresas gestoras no van a estar nunca dispuestas a aceptar hacerse cargo de determinado tipo de prisiones o de determinado tipo de presos que, por sus características violentas, conflictivas o de precaria salud, resulten excesivamente caros. Con lo cual acabaríamos por tener prisiones privadas, espléndidas y aseadas, para los reclusos no conflictivos o sanos y prisiones hacinadas e insalubres para reclusos rebeldes.

Por otra parte, aún está por probar que las prisiones privadas sean, efectivamente, más baratas que las públicas. Las cifras que por el momento se manejan en los Estados Unidos no arrojan datos fiables, ciertamente porque, en parte, los administradores públicos no han sido capaces de realizar estimaciones adecuadas sobre el coste real de los esfuerzos y las energías que, en términos materiales y humanos, el Estado invierte en el proceso penal y porque hay determinado tipo de costes que, en un servicio público, son casi imposibles de evaluar. Por ejemplo, a la hora de evaluar cuál es la relación coste real/beneficio en la resoacIALIZACIÓN de un delincuente, en su valoración siempre nos dejaríamos fuera datos tan importantes como el del coste de los delitos que ese delincuente cometería si no se le hubiera resoacIALIZADO, el del coste de volver a ejuiciarle y/o condenarle, el coste de las horas de trabajo no perdidas por su víctima, y así sucesivamente.

En cualquier caso, el debate no ha hecho más que comenzar. Tan sólo me gustaría añadir, sin extender más esta exposición, que, parafraseando a Radbruch cuando afirmaba aquello de que él no quería un mejor Derecho penal sino algo mejor que el Derecho penal, *yo no quiero mejores prisiones sino algo mejor que las prisiones.*

(55) V., RYAN, M. y WARD, T., *Privatization...*, *ob. cit.*, pp. 48 y ss.