



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

Análisis Económico de las cárceles concesionadas en Chile

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

LORETO ALVAREZ VALENZUELA

Profesor Guía: **Raúl Letelier Wartenberg**

Santiago, Chile

2018

*Dedicado a mis padres y a Miel,
con infinita gratitud.*

"I've seen things you people wouldn't believe. Attack ships on fire off the shoulder of Orion. I watched c-beams glitter in the dark near the Tannhäuser Gate. All those moments will be lost in time, like tears in rain. Time to die".

Roy Batty, Blade Runner.

RESUMEN

El presente trabajo analiza de forma funcional la política pública de concesionar la explotación de servicios internos de recintos carcelarios, la cual fue implementada con el objetivo de que sean grandes conglomerados empresariales, quienes financien la infraestructura de este tipo de instalaciones, se encarguen de su construcción y posteriormente se encarguen de gestionar los servicios internos dentro de los recintos para los presos. Para realizar este análisis de forma funcional de la política pública de concesionar los servicios otorgados dentro de los recintos carcelarios, nuestra mirada se centrará en transparentar las variables de los beneficios que se esperaban al momento de adoptar este tipo de política pública en este ámbito junto con identificar los costos de aplicar dicha política. El objetivo de este análisis, es arribar a una conclusión sobre la conveniencia para el bienestar social de adoptar este tipo de política pública y aplicar el modelo concesionado en este ámbito en específico.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	7
-------------------	---

CAPÍTULO I: CÁRCELES CONCESIONADAS: UN TIPO ESPECIAL DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

1. Modelos de privatización completa en recintos penitenciarios.....	11
2. Modelos híbridos o mixtos en los servicios penitenciario.....	13
3. Modelos de asociación público-privada.....	14
4. Críticas a las asociaciones público-privada.....	16
5. Marco regulatorio en materia de concesiones.....	18
6. Contexto del proceso de concesión en el ámbito penitenciario chileno.....	21
7. Experiencia comparada respecto a la privatización el ámbito penitenciario	
7.1 Estados Unidos.....	25
7.2 Reino Unido.....	27

CAPÍTULO II: RECONSTRUCCIÓN DE LA INECUACIÓN, CONSIDERANDO LAS VARIABLES DE COSTOS Y BENEICIOS DE LA ADOPCIÓN DEL MODELO CONCESIONADO EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

1. Beneficios esperados con aplicación del modelo concesionado en el ámbito de los servicios internos penitenciarios.....	29
1.1 Aumento de la calidad de los servicios y en específico del rol de rehabilitación.....	30
1.2 Especializar a Gendarmería.....	35
1.3 Ahorro al Estado.....	36

2. Costos de la aplicación del modelo concesionado en las cárceles.....	38
2.1 Subsidios.....	38
2.2 Costos de fiscalización.....	39
3.- Inecuación formada según las variables indicadas.....	42

CAPÍTULO III: PONDERACIÓN DE LAS VARIABLES DE LA INECUACIÓN Y CONCLUSIONES RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO DE CONCESIONES EN MATERIA DE SERVICIOS PENITENCIARIOS

1. Análisis de ponderación de variables.....	43
1.1 Respecto del beneficio de aumentar la calidad de servicios y en específico del rol de rehabilitación.....	43
1.2 Respecto a especializar gendarmería.....	51
1.3 Respecto del ahorro al Estado.....	53
1.4 Respecto del costo de fiscalización.....	58
2.- Conclusiones.....	60
 BIBLIOGRAFÍA.....	 64

Introducción

En el sistema penitenciario de América Latina se percibe constantemente una crisis general de calidad que se exagera con el aumento de población encarcelada, el origen de dicho aumento se explica en que actualmente la privación de libertad se ha convertido en principal respuesta de la política penal vigente para intentar disminuir la criminalidad.

La situación en Chile a comienzos del año 2000 mostraba un problema similar, una sobrepoblación en los recintos penales y condiciones paupérrimas de vida al interior de estos, junto con las fuertes críticas a Gendarmería de Chile en su labor de rehabilitación y el limitado impacto en la disminución de la reincidencia¹, gatilló una crisis respecto al papel del Estado en operar los recintos penitenciarios.

La solución pública frente a la situación anterior, fue la implementación de un nuevo modelo de gestión penitenciaria basado en la asociación pública privada. En conformidad al artículo 39 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el Ministerio de Justicia suscribió con fecha 30 de noviembre del 2000 un convenio mandato con el Ministerio de Obras Públicas, en virtud del cual se facultó a este último para iniciar el proceso de licitación y entrega en concesión las obras comprendidas en el “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria”.

Se prometió así la construcción de 10 recintos en total que funcionarían bajo esta modalidad, de los cuales dos recintos quedaron pendientes (Talca y Santiago 2). Los privados tendrían a su cargo los recintos por un plazo determinado y se encargarían de los servicios de alimentación, salud, educación, rehabilitación y reinserción laboral, mientras que Gendarmería de Chile se reduciría a proveer vigilancia, seguridad y administración a los nuevos recintos.

¹ DAMMERT Lucía y DÍAZ Javiera (2005). *Cárceles Privadas ¿Modelo de gestión penitenciaria o Inversión Inmobiliaria?* En Observatorio Número 5, FLACSO-CHILE. Septiembre de 2005.p.1

Con ocasión de este proceso, se indicó en un principio que la dirección y administración de los establecimientos penitenciarios era una función de competencia exclusiva del Estado, y que las acciones que se realizaban en su interior tales como la seguridad y la prestación de servicios básicos como salud y alimentación; como las acciones que forman parte de los procesos de intervención social, educacional y capacitación deberían ser desarrolladas sólo por agentes del Estado, por cuanto esta era una materia de interés público en que los particulares no podrían tener roles significativos².

En específico, el objetivo de esta tesis será analizar de forma funcional la política pública de concesionar la explotación de servicios internos de recintos carcelarios, la cual fue implementada con el objetivo de que sean grandes conglomerados empresariales, quienes financien la infraestructura de este tipo de instalaciones, se encarguen de su construcción y posteriormente se encarguen de gestionar los servicios internos dentro de los recintos para los presos.

Para realizar este análisis de forma funcional de la política pública de concesionar los servicios otorgados dentro de los recintos carcelarios, nuestra mirada se centrará en transparentar las variables de los beneficios que se esperaban al momento de adoptar este tipo de política pública en este ámbito junto con identificar los costos de aplicar dicha política. El objetivo de este análisis, es arribar a una conclusión sobre la conveniencia para el bienestar social de adoptar este tipo de política pública y aplicar el modelo concesionado en este ámbito en específico, dejando de lado las importantes discusiones sobre legitimidad que se generan al delegar ciertas actividades que por su alto contenido de interés público, no debiesen ser dejadas en manos de privados ni a lógicas de libre mercado.

En primer lugar, se expondrá brevemente sobre los modelos de participación público privada y las críticas generales que se plantean a estas, posteriormente se identificara el marco regulatorio de este tipo de concesiones de obra pública, para luego contar

² LIZANA BERRIOS, Marcos. *La gestión privada en la provisión de servicios carcelarios, el Estado, la comunidad y los particulares*. En Revista de Derecho Penitenciario. Marzo-Mayo de 2013. (Número 16) p.1.

brevemente el contexto del proceso del desarrollo de la construcción y explotación de los grupos de cárceles I, II y III. En segundo lugar, se identificarán las variables de beneficios y costos de la aplicación de esta política pública para efectos de plantear la inequidad correspondiente.

Cuando se hace referencia a los costos de la aplicación de las concesiones en las cárceles, no es sólo a calcular el monto promedio que se gasta por interno considerando todos los servicios desplegados dentro de un recinto gestionado por un privado, para que luego en base a dicho ejercicio se realice el contraste con el costo promedio de los servicios por un interno dentro de un recinto administrado en su totalidad por el Estado. Dicho contraste no sería suficiente para establecer la conveniencia de que sea un privado o el Estado quien administre los recintos penitenciarios, se debe realizar una revisión funcional evaluando todos los tipos de costos involucrados, no sólo de los costos directos y materiales involucrados en gestionar un recinto de este tipo, sino que también se deben analizar costos indirectos y sociales, que permiten evaluar y ponderar de forma fehaciente si el beneficio social otorgado por dicha política es aún considerado superior teniendo en cuenta dichos costos.

Finalmente se realizará un análisis de la ponderación de las diferentes variables, para efectos de realizar una evaluación final de la política pública contrastándola con la opción de las cárceles gestionadas en su integridad por el Estado y en base a dicho contraste, se fundamentará cual es la línea que se debiese seguir en esta área.

Existe una forma de valorar la gestión privada como per se eficiente a comparación de la gestión pública, la cual es alimentada de forma constante tanto por el mundo académico como por el mundo político, los cuales ven en la asociación público privada la panacea al financiamiento y gestión de grandes proyectos que anteriormente eran gestionados y costeados enteramente por el Estado.

En 2012 la organización Libertad y Desarrollo señalaba que un eventual abandono del modelo de concesiones por parte del Ministerio de Justicia requería de un análisis de evidencia robusto que desaconsejara seguir en un modelo que ha sido beneficioso para

el país³. Por la extensión de este trabajo es imposible generar un estudio así de robusto, sin embargo se intentara de una forma teórica describir y analizar los grandes costos que acarrea la adopción del modelo concesionado dentro de este ámbito específico de recintos penitenciarios.

El objetivo no es cuestionar la política pública de concesiones en general, sino de cuestionar su aplicación en este ámbito en específico, ya que por ciertas condiciones particulares se torna dudosa que la política de concesión sea la más eficiente de adoptar en la gestión de infraestructura y servicios de las cárceles.

³ LYD (Libertad y Desarrollo), 2012. *"Cárceles concesionadas: Revisando el modelo"*, En: Revista Temas Públicos N°1.076.p.15.

CAPITULO I:

Cárceles Concesionadas: un tipo especial de asociación público-privada.

1.- Modelos de privatización completa en recintos penitenciarios.

Los partidarios de la administración de prisiones privadas tradicionalmente han adoptado argumentos basados en la teoría de la elección pública. Esta teoría, que se basa en microeconomía y ciencia política (y desde la década de 1980, administración pública, derecho y sociología), es simplemente un marco de referencia analítico que enfatiza el papel de la competencia impulsada por el mercado en el desarrollo de políticas.

Los defensores de esta postura, postulan que el "gran gobierno": 1) desalienta la racionalidad económica y la eficiencia en la provisión de servicios y 2) no es democrático porque los ciudadanos se ven obligados a aceptar servicios de menor calidad a mayores costos. En general, los partidarios de la privatización correccional se han centrado en el primer argumento: la hipótesis de la eficiencia⁴.

En este modelo, los privados realizan todas las actividades necesarias para el funcionamiento de la cárcel, es decir, participan en la construcción, operación, administración y gestión del establecimiento. Dependiendo de cómo cada gobierno haya diseñado la implementación del sistema, en algunos casos, el mismo privado será el encargado del diseño, la construcción y la operación de la cárcel, a través del modelo denominado diseñar, construir y administrar (DCM por su sigla en inglés)⁵.

⁴ Pratt Travis C y Maahs Jeff. *Are private prison more cost-effective than public prisons? A meta-analysis of evaluation research studies*. En: *Crime and Delinquency*, Vol 54, No 3, Julio 1999.358-371. p.360.

⁵BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Evaluación del Sistema concesionado versus el sistema tradicional en la reducción de la reincidencia delictual*. Junio de 2013[en línea]< http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-07-02_Evaluaci%C3%83%C2%B3n-del-sistema-concesionado-versus-el-sistema-tradicional-en-la-reducci%C3%83%C2%B3n-de-la-reincidencia-delictual.pdf < [consulta 12 de noviembre de 2017].p.18.

En otros, se traspasa el financiamiento de los proyectos a los privados a través de los contratos, según el modelo diseñar, construir, administrar y financiar (DCMF, por su sigla en inglés), tras lo cual el ente privado arrienda los recintos a los distintos gobiernos. Por último en otros casos, todas o algunas de estas etapas son encargadas a privados pero se divide su ejecución entre distintos entes, de manera de entregar a algunos el diseño y la construcción y a otros, la operación del recinto por ejemplo.

En este contexto, la privatización de la operación supone la provisión de servicios completos de alojamiento, salud, alimentación, actividades vocacionales y de capacitación laboral, educación, asistencia psicosocial y la labor de custodia y traslado de los internos.

Como se verá más adelante, algunos gobiernos, aun cuando han optado por el modelo de privatización total como es el caso de Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica, han sido cautelosos de no entregar a la gestión de privados materias sensibles desde la óptica de los derechos fundamentales⁶, como la imposición de sanciones, la clasificación del interno y el diseño del plan de intervención, por lo que mantienen a funcionarios públicos encargados de dichas tareas en el interior de los recintos, como sucede también en el caso chileno según lo que se expondrá posteriormente.

En los modelos de privatización total, el Estado asume un rol de fiscalización y monitoreo de la labor del privado, la que podrá ser más o menos intensa, dependiendo de la regulación interna. En el caso de Reino Unido, junto con la tarea de la fiscalización desarrollada por el Ministerio de Justicia, se encuentra la labor de fiscalización de un órgano anexo a dicha institución constituido por un cuerpo de inspectores (HM Inspectorate of Prisons) y la de un Ombudsman Penitenciario que tiene jurisdicción

⁶ *Ibíd.*

sobre todos los establecimiento correccionales del país a través de sus paneles de monitoreo⁷.

2.-Modelos híbridos o mixtos en los servicios penitenciarios.

En los modelos mixtos también se pueden encontrar distintas formas en las que el privado participa, dependiendo de cuan extenso sea su nivel de involucramiento en la provisión de los servicios. Dentro de este tipo de modelo, la fórmula más sencilla consiste en que el gobierno externaliza la provisión de ciertos servicios o programas determinados. Esta fórmula tiene una antigua data, especialmente en Estados Unidos, donde a finales de siglo XIX tanto el gobierno federal como estatal usualmente contrataban a compañías privadas con el objeto de proveyeran servicios específicos como la alimentación, los programas educacionales, el entrenamiento vocacional y las labores de conserjería en los recintos penitenciarios⁸. Este modelo subsiste en ese país en aquellos recintos operados por el Estado, donde tanto empresas privadas como organizaciones sin fines de lucro pueden proveer esos servicios.

También existen modelos mixtos con el de leasing, en el que el diseño, la construcción y el equipamiento son encargados a privados, tras lo cual el Estado toma posesión de las instalaciones pagando un canon periódico. Luego del pago de la última cuota, el Estado adquiere el dominio del recinto. Este modelo ha sido utilizado en países como Argentina y en algunos estados de Brasil.

Asimismo, existen modelos como el francés, el chileno y el presente en algunos estados de Brasil, que destacan por la mayor extensión de los servicios entregados a privados, tanto a nivel de diseño y construcción como a nivel de operación de los recintos. Estos servicios usualmente recaen en un solo operador privado, quien a su vez está facultado para subcontratar ciertos servicios. En particular, en el terreno de la operación, la participación frecuentemente supone la delegación de las funciones de albergue, mantenimiento, transporte, salud, trabajo y capacitación. Sin embargo, la

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.* p.19.

responsabilidad de dirigir y controlar las dependencias correccionales, continúa siendo competencia de funcionarios públicos quienes quedan además a cargo de la seguridad del recinto. Como es de suponer, se presentan matices entre los distintos países: por ejemplo en el caso de Francia sólo algunos servicios vinculados a la reinserción fueron entregados privados, pero la atención psicosocial sigue a cargo de funcionarios públicos, mientras que en el caso chileno no sucedió así⁹.

3.-Modelos de asociación público-privada.

El debate generado a finales de los ochenta y principios de los noventa desarrollado para justificar este tipo de acción pública, concebía a las alianzas público privadas como técnicas de gestión que permiten utilizar de mejor forma los escasos recursos que se posee el Estado. En este debate, se asume que existen ciertas áreas en que el Estado no posee los recursos ni las capacidades para intervenir, y por lo tanto, es necesario un acuerdo con el sector privado¹⁰.

Por lo anterior, no todas las formas de participación privada en la provisión de servicios y de infraestructura corresponden a un modelo de Asociación Pública Privada (APP o PPP por sus siglas en inglés Public Private Partnership), se entiende que un contrato de APP se encuentra constituido por un acuerdo de largo plazo entre la autoridad estatal y una compañía privada o un consorcio de compañías privadas(conocidas como “socio privado”) para diseñar, construir, financiar, operar y mantener una infraestructura como una carretera, un hospital, un colegio o el Palacio de Justicia¹¹. Se indica que existen las siguientes variaciones:

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ PLISCOFF, Cristian y ARAYA, Juan Pablo. “Las alianzas público-privadas como gatilladoras de innovación en las organizaciones públicas: Reflexiones a partir de la situación chilena”. En: Revista Chilena de administración pública, Número 19, 2012, p.175.

¹¹ DESLAURIERS, Richard. “Asociaciones Público Privadas: La experiencia canandiese”. En: Revista Justicia Juris, Vol. 10. Enero-Junio de 2014. p.164.

- Design-build-finance projects, sobre los cuales el socio privado tiene poca o ninguna responsabilidad una vez finalizada la construcción de la infraestructura.
- Design-build-finance-maintain projects, sobre los cuales el privado tiene una responsabilidad por el mantenimiento de la infraestructura por un periodo de 20 a 30 años aproximadamente luego de finalizada la construcción, pero dicha responsabilidad no es por la mayoría de las operaciones realizadas dentro de la infraestructura¹².

El concepto de PPP o APP no se utilizó antes de los 1990, pero las concesiones han existido durante siglos, en un principio consistía en que la empresa privada se comprometía a invertir su propio dinero y a cambio el Estado garantizaba a la empresa el monopolio en el suministro de ese servicio en la zona, y así la empresa podía obtener un retorno sobre el capital cobrando a los usuarios¹³. La versión moderna de las asociaciones público privadas, en la que el gobierno paga a la empresa privada en lugar de los consumidores, fue inventada en Reino Unido en los años ochenta por el gobierno de Margaret Thatcher.

Las APP se pueden clasificar entonces según la forma de recuperar la inversión en dos tipos: a) Los que reciben un pago por uso, ya sea por el cobro de una tarifa al usuario o bien de un pago realizado por el Estado, total o parcialmente, cada vez que un usuario utiliza la obra y b) Los que reciben pagos por parte del Estado de forma diferida en el tiempo, principalmente por la disponibilidad del servicio de infraestructura, cumpliendo ciertas condiciones o requerimientos. Respecto de la segunda categoría, los contratos con pagos por disponibilidad han sido utilizados en la provisión de obras de infraestructura social, como hospitales y cárceles¹⁴. El modelo aplicado en la

¹² Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados de fecha 20 de noviembre de 2008. Congreso de Chile. [consulta: 26 febrero 2016]. Disponible en: < <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=1732&prmtipo=SOBRETABLA> < p.164.

¹³ HALL, David. "¿Por qué las asociaciones público-privadas no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública. Informe para Public Services International Research Unit, Universidad de Greenwich. Enero 2014, p.7.

¹⁴ *Ibíd.* p 11.

provisión de obras de infraestructura carcelaria es el segundo ya que se habría tomado como referente para estos contratos la iniciativa de financiación privada británica, como se indicó anteriormente.

En este tipo de contratos de la segunda categoría, aunque pudiera existir una pequeña proporción por uso o servicios variables, tal como la lavandería o la alimentación, el principal componente es el pago por la disponibilidad de la infraestructura y la operación de los servicios asociados a ésta¹⁵.

4. Críticas a las asociaciones público privadas

En primer lugar, se ha indicado por David Hall, ex director fundador de la PSIRU (Public Services International Research Unit) en la Universidad de Greenwich, que la magnitud de la inversión necesaria para infraestructura en todos los países, especialmente de los países en desarrollo, es demasiado elevada para que pueda ser cubierta en su totalidad por las empresas privadas¹⁶.

El desarrollo de la infraestructura depende de que los gobiernos se comprometan a invertir grandes sumas de dinero durante muchos años, las asociaciones público privadas no contribuyen a esto, ya que más bien seleccionan un número reducido de los proyectos más rentables, convenciendo a los gobiernos para que den prioridad a la inversión en dichos proyectos, aunque esto distorsione el desarrollo y la necesidad de ciertos servicios públicos.

Por ejemplo, en África las asociaciones público privadas, financian hospitales de alta tecnología en algunos núcleos urbanos en los que hay suficientes personas adineradas para apoyar la medicina privada, pero no redes universales de clínicas o los sueldos del personal necesario para prestar atención sanitaria a las personas desfavorecidas¹⁷.

¹⁵BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op. Cit p.20

¹⁶ HALL, David, 2014. Op.Cit p.10.

¹⁷ Ibíd.

En segundo lugar, el Centro de Estudios del G20 del Instituto Lowy en Australia, ha cuestionado la promoción acrítica de las PPP que realiza el G20. Se sostiene en algunos de sus artículos que las PPP son especialmente modalidades erróneas de financiar la inversión, ya que resultan más costosas que la financiación pública considerando que la noción de transferencia de riesgo es un mito. La experiencia universal muestra que el sector privado es particularmente experto en desplazar el riesgo residual hacia el sector público. Cuando después de una larga trayectoria, la transferencia de riesgo se fijó más firmemente, la experiencia condujo al sector privado a retirarse de este modelo de asociación público privada¹⁸.

Por último se ha enfatizado que las asociaciones público privadas resultan complejas de negociar y poner en práctica, ya que muchas veces los costos de construcción y transacción son más elevados que los de las obras públicas, los altos costos de licitación y la complejidad de los contratos hacen que pocas empresas puedan postular a los proyectos, por lo que los gobiernos tienen poca capacidad de elección¹⁹.

Se sugiere la necesidad de estudios rigurosos previos que sustenten los proyectos de asociación público privada a realizar, entre más completos y especializados sean estos estudios, más seguridad existiría para el inversionista y para el desarrollo exitoso del mismo, previendo a partir de herramientas técnicas, un margen de error mínimo, que sustente la decisión de inversión a largo plazo²⁰. Pero la existencia de un estudio previo así de especializado no sólo beneficiaría a la empresa sino también al sector público, para evaluar de forma correcta los costos que traerían consigo optar por una estructura de PPP en un ámbito de gestión en particular.

¹⁸GRENVILLE, Stephen. "Infrastructures: Overcoming Sovereign-Debt Phobia". [En línea] <<https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/infrastructure-overcoming-sovereign-debt-phobia>> [consulta 1 de diciembre de 2017].p.1.

¹⁹ ROMERO, María José. "Lo que yace bajo la superficie: Una evaluación crítica de las Asociaciones Público-Privada y su impacto en el desarrollo sostenible". [En línea] ><https://www.latindadd.org/2015/07/09/app-lo-que-yace-bajo-la-superficie/> <[consulta 12 de diciembre de 2017].p.1.

²⁰ GONZALEZ, Carlos. "De los avances legislativos en asociaciones público-privadas-APP: los retos de estructuración de proyectos de iniciativa privada". Revista Justicia Juris Vol 10. N°1. Enero -junio 2014. p.27.

Por lo anterior, en países como Colombia o Perú, se han establecido parámetros técnicos para la evaluación del mecanismo de Asociación Público Privada, a través de la “Metodología del Comparador Público Privado”, con lo cual se justifica la opción del uso de la APP como herramienta contractual.

Conforme a esta metodología establecida de forma oficial por entes de gobiernos en los países mencionados, se puede desarrollar un proyecto a través de la asociación público privada, siempre que se demuestre su mayor valor por dinero (VPD), es decir, mayor valor a la prestación del servicio público o construcción de la obra pública, en otras palabras, la entidad pública aceptará a la asociación público privada, si se demuestra que resulta más barato para dicha entidad acudir a dicha modalidad²¹.

En términos generales, a través del comparador público-privado, se compara por un lado el valor presente de los costos ajustados por riesgo en el caso obra pública o proyecto público de referencia (incluyendo costos de operación y mantenimiento) y por otro, el valor presente ajustado por riesgo en el caso de la asociación público privada²².

El resultado de dicha comparación dará el VPD, y con ello se tendría un instrumento demostrable y válido para fundamentar la elección. Por medio de establecer este tipo de comparador se intentaría establecer un obstáculo a la posible corrupción que podrían ejercer los agentes privados de influir en el sector público para la asignación de proyectos que eficientemente no son óptimos.

5.- Marco regulatorio en materia de concesiones

El sistema de concesiones de obra pública surge en Chile en 1991 con la Ley de Concesiones a través del Decreto con Fuerza de Ley Número 164 del Ministerio de obras Públicas. En una primera etapa, esta estuvo orientada a la construcción de obras viales, principalmente carreteras y autopistas. Posteriormente, la normativa fue

²¹Ibíd.

²² Ibíd.

modificada en 1996 con el objeto de aumentar las ventajas del sector privado, resolviendo algunos aspectos que elevaban el riesgo para los inversionistas. Estos cambios, en definitiva, permitieron ampliar ostensiblemente la infraestructura existente en materia de concesiones de autopistas y de aeropuertos.

El artículo 39 de la Ley General de Concesiones define "Obra Pública fiscal" como cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicio.

El Ministerio de Obras Públicas es competente para otorgar en concesión toda obra pública, salvo el caso en que tales obras estén entregadas a la competencia de otro Ministerio, Servicio Público, Municipio o Empresa Pública u otro organismo integrante de la administración del Estado. En estos casos, dichos entes públicos pueden delegar mediante convenio de mandato suscrito con el Ministerio de Obras Públicas, la entrega en concesión de tales obras o bienes, bajo su competencia, para que éste entregue su concesión, regida por la Ley de Concesiones. En estos casos se entiende incluido en dicho convenio la totalidad del estatuto jurídico de concesiones de obras públicas, esto es el procedimiento de licitación y adjudicación, la ejecución, conservación, explotación, y de las facultades, derechos y obligaciones emanadas de la Ley de Concesiones.

El convenio debe ser firmado antes del llamado a licitación, y en este se puede establecer a quién corresponde sufragar los gastos de la licitación y adjudicación, así como asumir las obligaciones económicas derivadas del contrato de concesión.

En todo caso, la entidad pública que suscriba el convenio debe aprobar las bases de licitación con anterioridad al llamado de licitación. Si dentro de los 30 días corridos desde el ingreso de las bases en las oficinas de dicho organismo, no se reciben observaciones en la oficina de partes de la Dirección General de Obras Públicas, se entenderán aprobados los documentos de licitación por parte de organismo respectivo.

Las licitaciones y concesiones que se otorgan de explotación de servicios, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan, se rigen por las normas contenidas en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en el Reglamento de dicha Ley, aprobado por medio de Decreto Supremo N°956 de 6 de octubre de 1997, del Ministerio de Obras Públicas (de aquí en adelante MOP).

El MOP puede modificar por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados, mediante decreto supremo fundado, expedido por el MOP con la firma adicional del Ministerio de Hacienda, según lo indicado en el artículo 69 del Reglamento de la Ley de Concesiones. En este caso se debe indemnizar al concesionario en caso de perjuicio; las controversias que se susciten acerca de la indemnización deben resolverse de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 36 de la Ley mencionada.

La Dirección General de Obras Públicas del MOP, a través del inspector fiscal, debe comunicar al concesionario las obras y servicios a modificar, las que deben ser valoradas conforme al procedimiento indicado en las bases de licitación. Si las bases de licitación no señalan otra cosa, el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar no puede exceder el 15% del monto total de la inversión inicial.

El Ministerio puede modificar las obras en concesión en el plazo máximo que las bases de licitación señalen, si no está determinado el MOP no puede hacerlo en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión, salvo expreso acuerdo por escrito de la sociedad concesionaria.

También se pueden realizar modificaciones por acuerdo entre los contratantes, en este caso debe suscribirse un convenio complementario al contrato de concesión, conteniendo las condiciones particulares de realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas o cualquier otro factor del régimen económico o en el plazo de la concesión. El convenio complementario debe aprobarse, previo informe de la

respectiva Dirección, mediante decreto supremo del MOP, con la firma adicional del Ministro de Hacienda.

6.- Contexto del proceso de concesión en el ámbito penitenciario chileno.

La incursión de las concesiones en la arena penitenciaria se produjo en la etapa que Bitrán y Villena caracterizan de desgaste y crisis de este sistema, al considerar que entre 2003 y 2004, el Ministerio de Obras Públicas fue objeto de una serie de denuncias de irregularidades vinculadas al programa, lo que habría afectado su dinamismo²³. Sin perjuicio de lo anterior, este programa fue implementado por el MOP teniendo como mandante al Ministerio de Justicia.

Junto con la Ley de Concesiones, el Reglamento de Concesiones Número 956 del Ministerio de Obras Públicas, aprobado en 1997 en consonancia con las modificaciones efectuadas a la ley, constituyen el marco regulatorio de las concesiones carcelarias.

El modelo de concesión de cárceles fue ideado a inicios del Gobierno del Presidente Lagos por el entonces Ministro de Justicia señor José Antonio Gómez, como una manera de atender a una problemática constante, que es la sobrepoblación penal y la antigüedad de la infraestructura disponible en el país, a fin de cumplir con el deber del Estado y de la administración para custodiar a las personas que han sido privadas de libertad por resolución de los tribunales. Los esfuerzos de infraestructura penitenciaria en la historia de Chile han sido esporádicos, el promedio de antigüedad de las unidades penales, antes iniciarse el programa de cárceles concesionadas era de alrededor de 50 años²⁴.

Había cárceles en operación del siglo XIX, en otras palabras se contaba con una infraestructura no coherente con las obligaciones actuales de un Estado de derecho en relación con la población privada de libertad, con los estándares de dignidad y respeto de los derechos que caben a esas personas que, no obstante haber cometido delito y

²³ Bitrán E y M Villena.2010"El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional", En: Estudios Públicos, 117,175-217.Santiago de Chile: ISCI Publications. p.185.

²⁴ *Ibíd.* p.186.

haber sido condenados por estos, no tienen que ver restringidos sus derechos sino en la estricta medida en lo que haya determinado la resolución judicial que los privó de libertad. Cualquiera otra afectación adicional de derecho, por la vía fáctica es indebida, y que un Estado democrático moderno debe tratar de superar²⁵.

Se pensó que la colaboración público-privada sería una forma de maximizar el beneficio social aprovechando las mayores capacidades que tuviera uno u otro sector para desarrollar tales o cuales materias y que en un modelo de operación que incorporara al sector privado, a través de la figura del concesionario, también podía significar, en los hechos, una mejor operación.

Se entendió que la misión pública de atender, custodiar e intentar rehabilitar a las personas privadas de libertad son indelegables. Claramente la responsabilidad, en su conjunto, la sigue manteniendo el Estado, pero son indelegables en cuanto a la ejecución material, la custodia y vigilancia, por ser temas de seguridad. En cambio la prestación de servicios propios del funcionamiento de la unidad penal podría ser, más eficientemente prestada por el sector privado, como la alimentación²⁶.

El modelo chileno implica un sistema mixto de participación tanto del Estado como de empresas privadas. De acuerdo con Jaime Arellano, ex Subsecretario del Ministerio Justicia, se habría optado por el citado modelo al considerar razones de índole política. El primer argumento apuntaría a que la implementación de un modelo de privatización total habría requerido de mayores consensos políticos a fin de implementar una reforma constitucional, dado que el actual mandato constitucional entrega a manos del Estado las tareas de vigilancia y seguridad, por un lado y de definir las políticas sociales de reinserción por el otro²⁷.

²⁵ Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados, 2008. Op. Cit. p.70

²⁶Ibíd.

²⁷ Arellano, Jaime.2003. "*Reforma penitenciaria. El caso del programa de concesiones en infraestructura penitenciaria en Chile*". Presentación en el seminario de Justicia y Gobernabilidad Democrática del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Ministerio de Justicia Chile.2003.p.6

El segundo argumento esgrimido apuntaría a que el país no habría contado con la “madurez” para delegar en forma completa labores muy complejas y de alta sensibilidad, como son las que desarrolla Gendarmería de Chile. A esto se sumaría la necesidad de desarrollar una cultura estatal de regulación y fiscalización. Como señalaba el ex Subsecretario de Justicia “de no contar con este sólido andamiaje se arriesga la aparición de una serie de incentivos perversos a la sobre encarcelación, a la corrupción dentro de las cárceles y en todo negocio que se crea y gira a su alrededor”²⁸.

El modelo chileno para concretizar este sistema mixto de participación, optó por utilizar el marco normativo de la Ley de concesiones, bajo el modelo “diseñar, construir, operar, transferir” (DBOT, por su sigla en inglés), que incluye el diseño, la construcción, el equipamiento y la operación, la prestación de servicios en las bases de licitación y la transferencia al Estado de las obras después de terminado el periodo de concesión²⁹, la que se extiende en un plazo máximo de 20 años. Los servicios ofrecidos por los operadores son los siguientes: reinserción social, lavandería, mantención de infraestructura, equipamiento estándar y de seguridad, alimentación (población interna y de Gendarmería de Chile), servicio de economato, de aseo, control de plagas y salud³⁰.

La adopción de un modelo mixto para la construcción de infraestructura, comenzó con el proceso de adjudicación el año 2002 del Grupo I de Cárceles (Iquique, La Serena y Rancagua), el cual fue adjudicado a la Sociedad Concesionaria BAS S.A, que corresponde a una sociedad entre Besalco, Astaldi y Sodexo. Frente a las controversias suscitadas, la sociedad concesionaria solicitó la intervención de la Comisión Conciliadora, y en vista de no haberse logrado la conciliación entre las partes se presentaron cuatro demandas en contra del MOP ante la Comisión Arbitral. Las materias demandadas entre otras apuntaban a la supuesta imposición del MOP de

²⁸ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2014. Op. Cit p.2.

²⁸ LYD (Libertad y Desarrollo) ,2012.Op Cit. p.41.

²⁹ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2014. Op.Cit. p.15.

³⁰ LYD (Libertad y Desarrollo) ,2012.Op Cit. p.12.

ejecutar mayores obras y/o con estándares superiores, lo que derivó en aumento de la superficie construida y retraso en la terminación de la obra³¹.

La comisión arbitral dictó sentencia con fecha 25 de mayo de 2007 ordenando al MOP extender a favor de la concesionaria el plazo de la etapa de explotación y un aumento del plazo de la concesión de cada establecimiento penitenciario, además del pago por concepto de obras adicionales y servicios, entre otros. Este fallo fue objeto de un recurso de queja ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, el cual fue rechazado con fecha 29 de octubre del mismo año.

El Grupo II de Cárceles fue conformado por los recintos de Antofagasta y Concepción, la operación fue adjudicada a la Sociedad Concesionaria Grupo Dos S.A (SODEXO) en un contrato a 15 años. En el caso de este grupo y dado que existieron problemas financieros en la construcción de los grupos anteriores, el Estado construyó y la sociedad concesionaria se adjudicó la habilitación de la infraestructura y la explotación de dichos establecimientos³².

Según el sistema de resolución de controversias contemplado en las bases de la licitación, la concesionaria solicitó la intervención de la Comisión Conciliadora con la finalidad de obtener un aumento de plazo para diversos hitos del contrato. La comisión decreto diversas órdenes de no innovar, que impidieron determinar la causa de las demoras no autorizadas en la construcción de los trabajos, para hacer efectiva la causal de extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones que habría incurrido la concesionaria.

Constituida la Comisión Arbitral, propuso bases de conciliación, las cuales fueron aceptadas por las partes con fecha 31 de agosto de 2006, que derivó en un convenio de extinción que dispuso en síntesis que : MOP debería pagar a la concesionaria el equivalente en pesos a 1.658.000 UF, mientras que la concesionaria se obligó a destinar dicha suma a pagar sus obligaciones en un orden de prelación establecido respecto a

³¹ Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados, 2008.Op.Cit. P.33.

³² LYD (Libertad y Desarrollo), 2012. Op. Cit p.13.

deudas contraídas con Banco u otras sociedades proveedoras de dicho conglomerado, estableciendo que el remanente fuera destinado a los accionistas Torno Chile Concesiones y Construcciones Limitada y Besalco S.A.

El Grupo III de Cárceles, representa los recintos de Santiago 1, Valdivia y Puerto Montt, fue adjudicado a la Sociedad Infraestructura Penitenciaria Grupo 3 S.A (Compass Group). Por decreto N°1085, de 21 de noviembre de 2006, el Ministerio de Obras Públicas aprobó el convenio complementario N°1 , que modificó las obras, plazos, pagos de este contrato.

Gendarmería mantendría la administración de los recintos penitenciarios junto con el servicio de custodia de los reos, además de contar con un inspector fiscal permanente en cada centro penitenciario. En síntesis el Estado administra el establecimiento, el otorgamiento de beneficios penitenciarios, la seguridad y constituye la máxima autoridad del complejo penitenciario.

7.-Experiencia comparada respecto a la privatización en el ámbito penitenciario.

7.1. Estados Unidos

La participación del sector privado en la provisión de servicios correccionales en Estados Unidos se remonta al siglo XIX, época en la que varios Estados de ese país entregaron a privados la administración de las cárceles estatales mediante contratos de arrendamiento³³.

Sin embargo, el resurgimiento de la participación de privados en el sistema de justicia se presentó a partir de la década de 1960, cuando la Oficina Federal de Prisiones (Federal Bureau of Prisons) comenzó a contratar firmas para que operasen centros de tratamiento en la comunidad, centros juveniles y casas a medio camino (halfway houses) para prisiones federales³⁴.

³³ Jones, T y T.Newburn.2005"Comparative criminal justice policy-making in the United States and The United Kingdom. The case of private prisons", En: British Journal of Criminology, Vol 45, 58-80. p.62.

³⁴ *Ibíd* p. 64.

Posteriormente a partir de 1979, el Servicio de Inmigración y Nacionalización comenzó a contratar firmas privadas para la administración de centros de detención de inmigrantes ilegales que tuviesen audiencias de deportación pendientes. En efecto, este fue un mercado importante para la aparición de firmas privadas orientadas a proveer servicios correccionales, incluyendo el surgimiento de la Corporación de Correcciones de América, que inició su trabajo en el primer centro de detención en Houston, Texas y que desde entonces se ha transformado en uno de los entes privados con más presencia en este rubro, expandiéndose incluso a otros países³⁵.

Los argumentos que habrían motivado a buscar la participación de privados para la construcción y operación de los centros de detención se encontrarían en la capacidad de aquellos de edificar con rapidez en comparación con los tiempos del gobierno federal y la posibilidad de utilizar los fondos de operación del gobierno-mediante el pago por día-en lugar de buscar capital para realizar la obra. A esto debía sumarse que los gobiernos de la mayoría de los estados debían obtener la aprobación de los votantes para poder incurrir en obligaciones que les generaran deudas para construir cárceles.

De esta forma, los oficiales públicos vieron en estas técnicas de financiamiento creativo, un mecanismo de arrendamiento con opción de compra y una forma conveniente de salir del dilema toda vez que el pago por arriendo podía financiarse con los presupuestos de operación existentes³⁶.

A mitad de la década de 1990, el sector correccional privado se encontraba concentrado en 23 estados del oeste y el sur de Estados Unidos, principalmente Texas, Oklahoma, Florida, Lousiana, Tenesse, California, Colorado, Mississippi y Washington D.C. A finales de los años noventa y durante la década siguiente, la industria correccional privada se mantuvo estancada. No obstante en los últimos años ha habido una suerte de salvación para la industria, principalmente en el ámbito de los correccionales

³⁵ McDonald, D.1994" *Public Imprisonment by Private Means. The Re-emerge of Private Prisons and Lails in the United States, the United Kingdom, and Australia*", En: *British Journal of Criminology*, vol 34. 29-38. p.30.

³⁶ *Ibíd* p.32.

federales, fruto de la implementación de las sentencias mínimas mandatorias, de las políticas de guerra contra la droga y de la reforma en 1996 de la Ley Migratoria, que implicó que aún en el caso de ofensas menores, los extranjeros pudieran ser perseguidos por la justicia federal, lo cual ha acrecentado la población penal federal³⁷.

El proceso comenzó lentamente, pero desde entonces ha estallado, y actualmente hay más de 130.000 presos que cumplen condenas de prisión en cárceles privadas (prisiones federales y estatales), lo que equivale al 8,4% de la población carcelaria total. Si solo tomamos en cuenta a los presos federales, el porcentaje sube hasta el 19,1%. A partir de 2014, de un total de 50 estados, 30 estados han introducido alguna forma de privatización de prisiones, pero los porcentajes de población carcelaria varían mucho de un estado a otro, desde 0,1% en Maryland hasta 43,6% en Nuevo México. . La población general de prisiones privadas ha disminuido lentamente en los últimos años (desde 2012), pero aún no es suficiente para alentar la hipótesis de rechazo de proyectos de prisiones privadas³⁸.

3.2 Reino Unido

La participación de privados en el sistema correccional de Reino Unido, al igual que en el caso de Estados Unidos, tiene una larga historia. Desde la Edad Media las cárceles eran operadas como un negocio privado en el que los particulares encontraron un negocio lucrativo, principalmente por la oportunidad de participar en la política de transporte hacia las colonias. Por otro lado, al igual que en Estados Unidos, el resurgimiento de esta industria se produjo por la detención de inmigrantes. Así a comienzos de la década de 1970 el Home Office contrató a una empresa de seguridad privada para que operara centros de detención de inmigrantes ilegales en los principales aeropuertos del país³⁹.

³⁷ Jones, T y T.Newburn,2005 Op. Cit p.72.

³⁸ Pávic Ivica. Perspectives of prison privatization as a solution to the prison system crisis in Croatia. En: European Journal of Multidisciplinary Studies. Sep-Dec 2016. Vol.3 Nr.1. p.191.

³⁹ Jones, T y T.Newburn.2005. Op.Cit p.73.

Sin embargo, no fue sino en la década de 1980 que esta temática cobró vigor en el debate académico y parlamentario. En efecto, a partir de las publicaciones del Adam Smith Institute, se planteó la necesidad de revisar la provisión monopólica del Estado en materia carcelaria para aumentar la cantidad de camas, mejorar calidad y reducir los costos, se argumentó que la privatización serviría de trampolín para el desarrollo de programas realmente rehabilitadores⁴⁰, resurgió así con fuerza la idea de subcontratar privados en cárceles y recintos destinados al cumplimiento de la prisión preventiva, ya que estos eran los que presentaban la mayor sobrepoblación en el sistema.

En 1988 se publicó el Green paper “Involucramiento del sector privado en el sistema de prisión preventiva” (Private Sector Involvement in the Remand System), que fue sometido a la discusión pública. Entre otras cuestiones, ese documento recomendaba la contratación de firmas privadas para diseñar, construir y operar los centros de reclusión de internos en prisión preventiva y entregar a privados la operación de los centros ya existentes. Además, se sugirió la subcontratación de privados de manera independiente para las labores de traslado y escolta de la población hacia los tribunales, con el objeto de que el personal encargado de la custodia pudiera concentrarse en su función principal, en lugar de exigirles que desempeñaran ambas labores⁴¹. Esta finalidad también fue pensada como veremos más adelante en el caso chileno.

Entre los motivos declarados por las autoridades gubernamentales para permitir la participación de privados en la operación de recintos penitenciarios, se encontraba el del Ministro de Home Office, Kenneth Clarke, quien señaló que “el testeado de mercado permitirá, creo yo, que el Servicio de Prisiones examine su propio desempeño a la luz de una presión competitiva y fomentará la difusión de reformas en el sector público de manera mucho más rápida de lo que habría sido el caso”⁴².

⁴⁰ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op. Cit. 14

⁴¹ McDonald, D, 1994. Op.Cit. P.33

⁴² McDonald, D, 1994. Op.Cit. P.34

Como señalan Jones y Newburn, la privatización no se ha expandido tan lejos como lo temían inicialmente sus críticos, actualmente de las 135 prisiones existentes, 11 son operados por privados⁴³.

En el caso de este país, junto con la tarea de fiscalización desarrollada por el Ministerio de Justicia, se encuentra la labor de fiscalización de un órgano anexo a dicha institución constituido por un cuerpo de inspectores (HM Inspectorate of Prisons) y la de un Ombudsman Penitenciario que tiene jurisdicción sobre todos los establecimientos correccionales del país a través de sus paneles de monitoreo⁴⁴.

CAPITULO II:

Reconstrucción de la inecuación, considerando las variables de costos y beneficios de la adopción del modelo concesionado en el ámbito penitenciario.

1.- Beneficios esperados con aplicación del modelo concesionado en el ámbito de los servicios internos penitenciarios.

Los beneficios que se perseguían con instaurar este sistema de cooperación pública y privada en los servicios dentro de este tipo de recintos, no se encuentran de forma expresa en algún documento oficial al ser una política pública tomada de la ley general de concesiones, que no cuenta con un cuerpo normativo especial que lo regule ni una historia de la ley respectiva, de la cual podamos extraer dichas motivaciones, sin embargo deduciremos los beneficios esperados gracias a otros autores y otros tipo de documentos. En especial, por el Informe de la Comisión Especial Investigadora del Proceso de Concesiones de Carcelarias de la Cámara de Diputados de Noviembre de 2008.

Previamente a enumerar los beneficios que se esperaban al aplicar el modelo concesionado a los servicios internos penitenciarios, se debe aclarar que se describirán de la forma en que idealmente se concebían dichos beneficios por las autoridades

⁴³ Jones, T y T.Newburn, 2005. Op.Cit P.65

⁴⁴ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op. Cit .p15.

responsables de implementar esta política como los esbozados por los principales defensores de la privatización de estos servicios, correspondiendo en el siguiente capítulo el análisis ponderativo y práctico de la persecución de dichos beneficios en la realidad.

1.1 Aumento de calidad de los servicios y en específico del rol de rehabilitación.

Uno de los objetivos declarado por el entonces Subsecretario de Justicia del gobierno de Ricardo Lagos fue el de “avanzar hacia un sistema más eficiente, capaz de otorgar garantías de seguridad a la ciudadanía, conciliadas con un real esfuerzo de rehabilitación para un importante porcentaje de la población penal y resguardando siempre los estándares internacionales de respeto a los derechos fundamentales de los internos”⁴⁵.

De esta forma, el objetivo declarado recoge de cierta manera, los argumentos esgrimidos por la experiencia comparada en favor de la privatización que se asocian con la mayor eficiencia, la mayor seguridad y el mejoramiento del régimen de los internos, tanto en materia de oferta programática en reinserción como de cumplimiento de los estándares de derechos humanos⁴⁶.

El aumento de calidad en los servicios de reinserción social, salud, alimentación, lavandería, aseo y economato, se explicaría supuestamente por la mayor creatividad, flexibilidad y eficiencia del sector privado, ya que sería el sector privado más eficiente en la operación de servicios en esta área que el Estado, pudiendo financiar dichas actividades de una forma menos onerosa.

Respecto a la flexibilidad de la participación de los actores privados, se ha sostenido que al encontrarse sujetos a la competencia y a la disciplina del mercado, el mundo empresarial podría responder más rápido a las condiciones cambiantes y las necesidades penitenciarias, actuando de manera más rápida para corregir los

⁴⁵ ARELLANO, Jaime, 2003. Op. Cit. P.10

⁴⁶ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO.2013. Op. Cit p.2

⁴⁶ LYD (Libertad y Desarrollo) ,2012.Op cit. p.32

problemas. En la misma línea los privados agregarían al sistema penitenciario nuevos conocimientos y labores especializadas, promoviendo la creatividad y el entusiasmo al inyectar “sangre nueva” e ideas⁴⁷.

En particular, Charles Logan plantea que en materia de políticas públicas resulta fundamental la flexibilidad de manera de morigerar las consecuencias asociadas a la ignorancia, la incertidumbre y el error. De acuerdo con este autor, eso sería más patente en el caso del sistema penitenciario, en la medida que a menudo se trabaja en base a proyecciones sobre las tendencias, la distribución y los patrones de delito y la aplicación de castigos. En este sentido, si bien los privados trabajan en base a predicciones para obtener ganancias, podrían responder más pronto a los cambios en la información a diferencia de los gobiernos que son dependientes de la capacidad de proyección a largo plazo⁴⁸.

Bajo la misma lógica, la posibilidad de terminar los contratos o transferirlos a otros privados en caso de incumplimientos es otro elemento que no sería posible encontrar en la esfera pública. Así, no sería viable para el gobierno asumir el control de una cárcel pública que no tenga un adecuado desempeño sino mediante el despido de funcionarios, ni podría permitir que una nueva empresa se hiciera cargo del contrato sin hacer previamente el llamado a licitación correspondiente⁴⁹.

Los privados así podrían responder de una forma más instantánea a los cambios en la información en comparación a los gobiernos que son dependientes de una capacidad de proyección de largo plazo. Lo dicho anteriormente, tendría aplicación tanto al momento de construir la infraestructura de una cárcel como al momento de operarla en cuanto por ejemplo se podría mejorar de forma más rápida un programa de capacitación laboral desarrollado al interior de un recinto, si se logrará identificar las variables negativas que inciden en la calidad al entregar dicha capacitación.

⁴⁷ LOGAN, C.1990. “Private Prisons: Cons and Pros. New York. Oxford University Press”. p.162.

⁴⁸ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op. Cit p.26.

⁴⁹ *Ibíd.*

La mayoría de los aspectos relativos a la operación de una prisión, como la alimentación, la salud, la atención psicosocial, los programas educacionales y vocacionales, los industriales, de recreación, mantenimiento y seguridad, ya son desplegados por el sector privado, por lo que supuestamente no sería necesario invertir en investigaciones necesarias para saber cómo entregar estos servicios con un estándar de calidad promedio para estos agentes. Se podría pensar entonces que el privado sería un mejor proveedor masivo de alimentación que Gendarmería, en circunstancias de que en este primer sector hay varias empresas especializadas en el tema, pudiendo tener mayor eficiencia en costos, mejores resultados de productividad u oportunidad, lo mismo se podría decir por ejemplo del servicio de lavandería.

Es importante aclarar que al momento de licitarse un anteproyecto, es el contratista quien es el responsable del proyecto definitivo, siendo entonces este quien controla la calidad del servicio que se otorga, por ejemplo que sé de una buena alimentación a los reclusos, que estén cómodos, que el recinto no se llueva, etc. Conforme a lo anterior, se ha sostenido que el concesionario tendría la posibilidad de ejecutar el proyecto de la mejor forma, porque sería el especialista en el tema, más que el Ministerio y el inspector fiscal⁵⁰.

En una decisión más de fondo, hubo contratos con operadores privados para el desarrollo de las actividades concretas de reinserción en las áreas de educación y capacitación laboral. Además de la alimentación, lavandería y salud se incorporó, como parte de la atención a la población penal, las prestaciones de salud, proporcionadas por los concesionarios, mantención de infraestructura, de equipamiento, etc⁵¹. El sistema concesionado permitiría incurrir en mejoras tecnológicas de vigilancia y control que los privados serían capaces de desarrollar de manera más eficiente.

Con la entrada de actores privados, se supone que existiría una mayor focalización en programas de reinserción social, con un mayor acceso a especialistas e infraestructura

⁵⁰ Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados.2008. Op.Cit p.62.

⁵¹ *Ibíd* p.71.

que permitiría su fortalecimiento, sobre todo tomando en cuenta la realidad de los penales tradicionales que dadas sus condiciones se habían convertido en opinión de algunos en “verdaderas escuelas del delito”⁵².

En lo que se refiere al servicio de reinserción social, la concesionaria emplea una serie de técnicas específicas, tales como la capacitación, la intervención social y psicológica junto con la formación de hábitos. Este proceso en mediano y largo plazo pretende modificar las conductas que indiquen en la génesis y el desarrollo de los actos delictuales del individuo.

Las bases de licitación señalan que el Servicio de Reinserción Social tiene por objeto diseñar, ejecutar y monitorear programas de reinserción social orientados a dar cumplimiento a las políticas de Gendarmería de Chile, en particular sus objetivos generales de atender, asistir y contribuir a la reinserción social. El primer objetivo de atender, se define en las bases como la acción de proporcionar a los internos un conjunto de condiciones básicas en materia de infraestructura, higiene ambiental, alimentación, vestuario personal y de cama, aseo personal, atención de salud, protección de la integridad física y psicológica, facilidades de comunicación y atención espiritual⁵³. El segundo objetivo de asistir, se define como la acción a través de la cual la administración penitenciaria fomenta el desarrollo de la capacidad de autogestión y demás potencialidades de las personas puestas a su disposición.

Por último el tercer objetivo respecto a contribuir a la reinserción social, se define por ser la acción desarrollada a través de la atención, vigilancia, y asistencia mediante la cual la administración penitenciaria estimula el desarrollo de las condiciones personales de los individuos puestos a su disposición durante el periodo de

⁵² LYD, 2012. Op. Cit p.15.

⁵³ MINISTERIO DE JUSTICIA, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COORDINACIÓN GENERAL DE CONCESIONES. “Bases de Licitación. Programa de Concesiones de Infraestructura penitenciaria Grupo I” [en línea]. Disponible en <http://www.concesiones.cl/proyectos/Documents/Programa%20Penitenciario%20Grupo%20I/Bases%20de%20Licitacion.pdf> [fecha de consulta: 28 de enero de 2018]. p.164

permanencia y al egreso del sistema penitenciario, de forma de facilitar su reinserción social⁵⁴.

Bajo esta dinámica se define como objetivo de la reinserción social que los internos adquieran las competencias y las capacidades para vivir en sociedad, tanto dentro como fuera del recinto penitenciario. Para estos efectos, el servicio se enmarca en el modelo de competencias pro social, el cual incluye un conjunto de técnicas que consideran componentes de una variedad de programas de habilidades sociales, razonamiento crítico, educación moral, solución de problemas y materiales diversos ideados para distintas poblaciones. Este modelo se considera una de las aproximaciones más efectivas para la disminución de la reincidencia en el ámbito del desarrollo de habilidades cognitivo-conductuales⁵⁵.

El modelo escogido de competencias pro sociales, derivó de un importante cuerpo de investigación que indicó que muchos infractores carecen de habilidades socio-cognitivas desarrolladas adecuadamente, esenciales para la competencia social. El Programa de Pensamiento Pro social se define como un programa educativo, cognitivo-conductual y multimodal que se centra en la enseñanza de habilidades cognitivas y valores sociales⁵⁶. La idea es proveer a los infractores de las destrezas y actitudes que los hagan capaces de elegir un estilo de vida prosocial que previamente no había sido aceptable o posible de alcanzar.

Las empresas consideran los siguientes aspectos en rehabilitación:

- La capacitación de los equipos de la empresa concesionada para desenvolverse en el contexto penitenciario, con el fin de desarrollar una visión orientada a crear una cultura de trato digno e igualitario con los internos.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. *Op Cit.* p.7

⁵⁶ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. *Op Cit.* p.112

- Una coordinación estrecha con Gendarmería para la ejecución de cada uno de los programas con el objeto de establecer una acción consistente que refuerce la visión de reinserción social.
- La coordinación de cada servicio penitenciario con los programas de reinserción social, de tal forma que los internos tengan un programa de trabajo y seguimiento por parte de las distintas áreas involucradas.
- El deseo de la empresa concesionada de incorporar un mayor número de internos posibles a los equipos de trabajo de los diferentes servicios penitenciarios que tiene bajo su responsabilidad la empresa concesionada.
- Motivar a los internos a formar parte de los programas de reinserción.
- Vincular a diferentes instituciones privadas y públicas con los programas de reinserción social de forma de disponer los mayores recursos humanos y materiales⁵⁷.

1.2 Especializar a Gendarmería

Dentro del Ministerio de Justicia se planteó este objetivo, en términos de los roles que debe cumplir dicha institución, de manera de centrarse en los aspectos de seguridad, que es lo que realmente corresponde a su competencia y desligarlo de otras funciones como de aseo y similares⁵⁸. Gendarmería de Chile, hasta entonces administraba los recintos penitenciarios y hacía toda la gestión que corresponde hacer dentro de una cárcel: seguridad, control, formación, salud y reinserción. Se llegó a la conclusión que no era recomendable que dicha institución mantuviera un rol transversal, dado que su especialidad y función primordial era la seguridad. De ahí que se planteara separar los otros temas consignados como educación, alimentación, etc⁵⁹.

⁵⁷ *Ibíd.*p.45.

⁵⁸ Informe de la Comisión Especial Investigadora. Op. Cit, p.63.

⁵⁹ *Ibíd.*p.67.

1.3 Ahorro al Estado

Se ha sostenido que la reducción de gasto público en materia penitenciaria se ha instituido con el propósito no de meramente resguardar las arcas fiscales, sino de utilizar dicho excedente invirtiendo en otras áreas del Estado⁶⁰. Es así que por una de las autoridades de la época del inicio del programa de concesiones se indicaba que: “La priorización de los fondos del Estado hacia áreas tan sensibles para la ciudadanía como salud, vivienda y educación (...) ha sido uno de elementos decisivos para optar en el caso de Chile, por un modelo de alianza público-privada en la renovación del sistema carcelario”⁶¹.

Se ha indicado que otorgar en concesión este tipo de servicios, significa aprovechar las ventajas del sector privado en la administración eficiente de recursos escasos en las diversas fases del programa permitiendo liberar recursos estatales para otros usos socialmente rentables⁶².

En diversos estudios se sostiene que entre los objetivos generales de la política de concesiones se incluía que la privatización confiriera la posibilidad de ahorrar en concreto entre un 10% a un 15% del gasto público en operación de recintos carcelarios⁶³. La adopción de este modelo permitiría entonces que los recursos liberados por la participación del privado en la construcción y gestión de los privados en los recintos penitenciarios, se destinaran a otras áreas de servicio público en las que no concurren privados.

El argumento más utilizado a favor de la participación de privados en el ámbito carcelario plantea la relación costo-efectividad. Esto supone que los privados pueden

⁶⁰ ARRIAGADA, Isabel. “Cárceles privadas: La Superación del debate costo beneficio”. Polít. Crim. Vol.8, Número 15 (Julio 2013), art.6 pp.210-248.p.218.

⁶¹ ARELLANO, Jaime. 2003. Santiago de Chile. Op. Cit. p.6.

⁶² LYD (Libertad y Desarrollo) ,2012. Op.Cit p.12.

⁶³DAMMERT, Lucía; DÍAZ, Javiera, “Los Desafíos del sistema carcelario en Chile, Quito: FLACSO-MDMQ.2007.Serie Ciudadanía y Violencias, Vol. 2. De la misma autora, DAMMERT, Lucía “El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para un modelo público-privado”, En: Meeting of the Latin American Studies Association, 2006. San Juan, Puerto Rico, p.10. Disponible en >https://www.academia.edu/2915078/El_sistema_penitenciario_en_Chile_Desaf%C3%ADos_para_el_nuevo_modelo_p%C3%BAblico-privado?auto=download< [consulta 23 de noviembre de 2017].

financiar, construir y operar las prisiones de una forma menos onerosa y más eficiente que las agencias del Estado, sin rebajar la calidad de los servicios.

De esta forma, la participación de privados permitiría superar la supuesta ineficiencia e ineffectividad, no sólo por el hecho de que unas cárceles sean públicas y otras privadas, sino por la forma en que estas financian. Así, los incentivos asociados a las ganancias y las pérdidas difieren bastante de los estímulos burocráticos, de manera que los empresarios se encontrarían motivados competitivamente para proveer la máxima satisfacción a un mínimo costo. Por el contrario, los administradores estatales no serían recompensados por su eficiencia sino en directa proporción con el tamaño y presupuesto total de las distintas agencias⁶⁴.

En esta misma línea del costo-efectividad, también se ha argumentado que los privados pueden realizar importantes economías de escala al permitir la subcontratación de determinados servicios. Así, la mayoría de los aspectos relativos a la operación de una prisión-como la alimentación, la salud, la atención psicosocial, los programas educacionales y vocacionales, los industriales, de recreación y mantenimiento y seguridad-ya son desarrollados por la industria privada. Asimismo, los privados, al no estar circunscritos a los sistemas de compras públicas, pueden comprar más efectivamente y obtener mejores precios⁶⁵.

Se ha argumentado también que el abandono de las labores, las tardanzas, el ausentismo y el abuso de licencias médicas son menos prevalentes en la industria privada, donde los controles son más férreos⁶⁶. Finalmente, en relación con los costos, Charles Logan argumenta que la contratación de privados hace que los costos sean visibles, lo que permite que sean analizados, comparados y ajustados⁶⁷.

⁶⁴ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op. Cit. p.25.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.* p.26.

⁶⁷ *Ibid.*

2.- Costos de la aplicación del modelo concesionado en las cárceles.

2.1 Subsidios

En las cárceles el modelo de concesiones se distancia un poco del tradicional modelo concesionado, pues el concesionario no tiene manera de obtener ningún ingreso que le permita recuperar la inversión en obras ni los gastos de operación del recinto (talleres, recintos y actividades de rehabilitación, aseo, alimentación, electricidad, agua potable, recintos de gendarmería, etc.). En otras palabras nadie paga por estar allí, la gente y los gendarmes no pagan por estacionar sus autos ni por ingresar a los recintos.

Para el Estado una de las ventajas que se presenta, es que los pagos no se hacen por estados de pago mensuales como ocurre con el modelo de contrato de obra tradicional, sino que a partir de la puesta en servicio provisoria o de otro hito que se establezca en las Bases de Licitación, con lo que estos egresos se postergan en el tiempo.

El pago de subsidios se estipuló en las bases de licitación de cada Grupo de Cárceles Concesionadas, para ser realizado bajo una frecuencia semestral por el Ministerio de Justicia y considera distintos conceptos de pago como son:

- 1.- Subsidio Fijo a la Construcción.
- 2.- Subsidio Fijo a la Operación.
- 3.- Pago Variable por Número Promedio de Internos.
- 4.- Pagos por obras adicionales.
- 5.- Compensación por Sobre población: Corresponde a lo que el Estado debe pagar a las sociedades concesionarias por cada día que el número de internos sea mayor a un 120% de la capacidad de diseño del recinto. Uno de los últimos pagos realizados por el Fisco en 2012 correspondió a la suma de \$725.000.000, debido a las tasas de sobre población en las cárceles de Alto Hospicio, Santiago 1 y Rancagua⁶⁸.

⁶⁸ LYD (Libertad y Desarrollo) ,2012.Op cit. p.14.

Las ganancias de los concesionarios, se traduce entonces en la certeza que semestralmente recibirán por parte del Estado un subsidio por cada recluso que alberguen en sus establecimientos. Si a lo anterior, sumamos la incorporación de empresas privadas al interior de las cárceles, las cuales llevaran a cabo los proyectos de capacitación laboral y trabajo propiamente tal, una ganancia adicional será tener mano de obra a un costo menor que en el mercado por el mismo servicio⁶⁹.

A diferencia de las concesiones tradicionales, en este caso el ingreso de los concesionarios no viene por los usuarios del sistema, sino por los subsidios del Estado de Chile por concepto de construcción de la obra y operación de ésta, incluyendo la mantención de la infraestructura y el equipamiento⁷⁰.

Respecto a los costos de mantención de un interno en cada penal, se señala generalmente que dependen de las variables que se consideren y de lo que se pretende lograr como conducta de los sujetos con la intervención del Estado. Una cárcel tradicional tiene un costo entre siete mil pesos y 11 mil pesos por preso y las concesionadas son más caras. Se deben considerar los costos fijos de operación, sueldos del personal y gastos básicos. Los gastos son más altos en las cárceles concesionadas pero son estándares también distintos. En todo caso, incluye los subsidios de operación, gasto en personal y servicios básicos, esto depende de lo que se exija en las bases de licitación.

2.2 Costos de fiscalización

La fiscalización del contrato es efectuada por un inspector fiscal nombrado por el Ministerio de Obras Públicas, que debe ser un funcionario público. Toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas debe canalizarse a través de este agente (artículo 38 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, de

⁶⁹ DAMMERT, Lucia, 2006. Op Cit. p.6.

⁷⁰ LYD (Libertad y Desarrollo) ,2012 Op Cit. p.13

ahora en adelante RCOP). El inspector debe fiscalizar el desarrollo del contrato de concesiones y tiene las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación⁷¹.

El MOP debe nominar un inspector fiscal en el plazo de 15 días desde la publicación del decreto de adjudicación en el Diario Oficial. Toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas debe canalizarse a través del inspector fiscal, sin perjuicio de las instancias de apelación establecidas en el la Ley de Concesiones, su Reglamento o en las bases de licitación correspondientes. El inspector debe fiscalizar el desarrollo del contrato de concesión y tiene las funciones y atribuciones que señalen las bases de la licitación, nombraremos al menos las siguientes que son pertinentes en el ámbito de explotación de servicios:

- 1.- Fiscalizar el cumplimiento de las normas de calidad, los aspectos jurídicos, contables, administrativos y cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato, velando por su cumplimiento.
- 2.- Entregar a la Dirección General de Obras Públicas los reportes que solicite en relación a la gestión de la concesión.
- 3.- Revisar la información estadística entregada por la sociedad concesionaria
- 4.- Proponer la aplicación de las multas que correspondan en virtud del contrato.
- 5.- Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión
- 6.- Revisa y proponer al director la aprobación del Reglamento de Servicio de la Obra.

Se señala que se cuenta con pocos inspectores fiscales que no están en la planta, en efecto la institución del inspector fiscal, su remuneración, sus condiciones profesionales y su capacitación, es uno de los temas más críticos que está atenuado en

⁷¹ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op Cit. p.2.

⁷¹ LYD (Libertad y Desarrollo) ,2012.Op Cit. p.38.

la Dirección General de Concesiones por la existencia de un staff que lo apoya en su trabajo⁷².

Es así, que para desempeñar su labor, se puede autorizar la existencia de un equipo de “asesoría de la Inspección Fiscal “que podrá estar configurado por profesionales de distintas competencias (artículo 41 del RCOP). A diferencia del inspector fiscal, estos no son funcionarios públicos sino funcionarios externos privados especialmente contratados para estos efectos. Al Ministerio de Obras Públicas le corresponde la inspección y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del concesionario en la fase de construcción y de explotación. Así, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión puede imponerle las sanciones y multas previstas en las bases de licitación (artículos 47 y 48 del RCOP)⁷³.

Para entender cabalmente lo relativo a las asesorías y al rol de la inspección fiscal, es preciso tener en consideración que el contrato de concesión comprende un sinnúmero de aspectos que no están presentes en las obras públicas tradicionales, tratándose de estas últimas, el objetivo es cumplir el proyecto que detalla el Ministerio al momento de la licitación, mientras que en las concesiones lo sustancial es revisar los distintos elementos que inciden en la elaboración del proyecto: aspectos tributarios, ambientales, jurídicos, etc; así como preparar la documentación necesaria para el proceso de operación. De este modo, al inspector fiscal le cabe una amplia competencia en la supervisión de una concesión y que es diferente de la fiscalización de la obra física en sí misma⁷⁴ .

⁷² Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados, 2008. Op.Cit.p.47.

⁷³ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op.cit p.2.

⁷³ LYD (Libertad y Desarrollo) ,2012.Op cit. p.39.

⁷⁴ Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados,2008. Op.Cit p.68.

3.- Inecuación formada según las variables indicadas.

Conforme a las variables expresadas, el gobierno al momento de optar por concesionar los servicios al interior de las cárceles debió considerar la siguiente inecuación:

$$AC + E + A > S + F$$

Donde cada una de las variables significa:

AC: Es el aumento de calidad de los servicios.

E: Especialización de Gendarmería

A: Ahorro al estado, por dejar de tener a cargo los servicios de alimentación, economato, salud, lavandería, aseo y rehabilitación.

La suma de estas tres primeras variables corresponde al total de beneficios esperados por la aplicación de esta política en materia penitenciaria, la que para aplicarse debió ser mayor que la suma de las siguientes variables que corresponden a los costos implicados de este sistema, los cuales corresponden a:

S: Subsidios pagados por el Estado.

F: Costos de fiscalización.

En el siguiente capítulo se analizarán las variables de esta inecuación y se verificará si fueron las variables expresadas adecuadamente valoradas o si por el contrario existió una sobrevaloración o infravaloración de alguna de estas que altera el resultado de la inecuación.

CAPITULO III

Ponderación de las Variables de la inecuación y conclusiones respecto a la aplicación del instrumento de las concesiones en materia de servicios penitenciarios.

1.-Análisis de ponderación de las variables

1.1 Respecto del beneficio de aumentar la calidad de servicios y en específico de mejorar el servicio de rehabilitación.

En primer lugar, se ha indicado que el aumento de calidad de servicios se reflejaría en la flexibilidad que tiene el concesionario para mejorar de forma más rápida la entrega de sus servicios, como por ejemplo mejorar un programa de capacitación laboral desarrollado al interior de un recinto, pero los representantes de las sociedades concesionarias expresaron en el informe realizado en junio de 2013 por la Fundación Paz Ciudadana y del Banco Interamericano de Desarrollo, que la Ley de Concesiones los atan a una serie de rigideces ,entre las que se mencionan las pocas posibilidades que otorga el contrato de concesión, en términos de poder efectuar adecuaciones en caso de que la oferta de reinserción no se ajuste a las necesidades de los internos⁷⁵.

En este contexto, uno de los principales problemas que presentaría actualmente la aplicación de contratos de concesión a la lógica penitenciaria se vincula con la escasa posibilidad de realizar modificaciones en la oferta de por ejemplo servicios de rehabilitación, de acuerdo con los cambios en la composición de la población penal, los perfiles criminógenos y las distintas necesidades de los internos.

Por lo anterior, se ha indicado que el foco está en la cobertura y en el cumplimiento de los indicadores de gestión más que en lograr efectivamente una mejor tasa de reinserción y bajar la reincidencia, el foco se centra más en la cobertura que en la calidad de los servicios entregados por miedo a las multas que se podrían aplicar. De esta

⁷⁵ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op.Cit.p. 105.

forma, la oferta en materia de reinserción no se ajusta a las necesidades de los internos, sino que los internos deben ajustarse a ella⁷⁶.

Considerando algunos de los problemas señalados, algunos de los operadores plantean la necesidad de contar con instrumentos contractuales que permitan revisar las prestaciones e introducir cambios en caso de que lo entregado no esté generando los resultados esperados. Por ejemplo se ha indicado por parte de los privados en este mismo informe señalado anteriormente, que sería ideal que en las bases de licitación se estableciera un mecanismo de revisión obligatorio de los contratos conforme pasaran cierta cantidad de años⁷⁷. De esta forma, se ha relevado como un nudo problemático la falta de adecuación de la Ley de Concesiones a las especificaciones de la operación en materia penitenciaria.

La Ley de Concesiones sería un marco regulatorio que no parece ajustarse a la realidad de la operación en materia penitenciaria. En particular, este no otorgaría la flexibilidad que requiere la operación en estas áreas, sujeta intrínsecamente a cambios constantes en términos de la composición de la población penal y las necesidades de los internos, entre otras áreas.

Si se introdujera un mecanismo de modificación dentro de las bases mismas de licitación , significaría una serie de costos relacionados con la revisión del contrato además de los costos que significaría aumentar el riesgo de judicializar este tipo de revisiones en caso que una de las dos partes no esté de acuerdo en algún aspecto de la revisión. Conforme a lo anterior, se daría la paradoja de que si se quisiera aumentar la flexibilidad en los contratos de concesión de este tipo, introduciendo mecanismos de revisión obligatoria, en el intento de aumentar la calidad de los servicios , esto significaría un alto costo en comparación a la opción de que sea el propio Estado quien se haga cargo de estos servicios, aumentando y adecuándose la calidad de los servicios

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ *Ibíd.*

en los tiempos necesarios, sin tener que renegociar o revisar el contrato con ninguna contraparte.

De esta forma, si se contemplara un mecanismo de permita modificar y/o incorporar elementos según las necesidades que se vayan detectando y en base a investigaciones actuales en criminología acerca de los modelos de intervención más idóneos lo ideal sería que se estableciera dentro una cárcel estatal, al evitar los costos indicados anteriormente.

Además, tenemos en mente que se pueden ventilar varias contingencias que requieren alguna modificación del servicio. Oliver Hart, economista estadounidense ganador del Premio Nobel de Economía el año 2016 en su artículo "The proper scope of government: theory and application to prisons", plantea un modelo de elección entre la provisión pública y provisión privada de un bien o servicio, como una prisión, un hospital o servicios escolares.

El modelo se basa en la idea de que la distinción crucial entre dichas opciones, conciernen a quién tiene los derechos residuales de control sobre los activos no humanos utilizados para proporcionar el servicio, a estos activos los denomina "instalación F" (por ejemplo, la prisión). Si el bien o servicio se proporciona públicamente, entonces el gobierno (representado en su modelo por "G") como propietario, tiene derechos de control residual sobre la instalación. Si el bien se proporciona de forma privada por un agente (representado en su modelo por "M"), entonces el proveedor privado como propietario, tiene derechos de control residual sobre la instalación. Los derechos de control residual son importantes porque determinan quién tiene la autoridad para mejorar los cambios en el procedimiento o las innovaciones sin contracciones para las contingencias⁷⁸. Se asume que G y M pueden suscribir un contrato a largo plazo que especifique algunos aspectos del bien o servicio que se proporcionará y el precio. De hecho, se supone que se requiere un contrato a

⁷⁸ HART, Oliver; SHLEIFER Andrei y VISHNEY Robert. "The proper scope of government theory and an application to prisons". En: The Quarterly Journal of Economics, Noviembre 1997. P.1132

largo plazo en el caso de que F sea privado para respaldar inversiones específicas de la relación⁷⁹. Aunque G y M pueden especificar algunos aspectos del bien o servicio por adelantado, Hart supone que hay otros aspectos que no se pueden especificar, considerando entonces que se podrían ventilar varias contingencias que requieren alguna modificación del servicio.

Por ejemplo, M puede sugerir una forma de modificar la prisión para aumentar la seguridad. Alternativamente, M puede encontrar una forma de reducir costos mediante la contratación de guardias más baratos (o menos). La suposición es que hay tantas contingencias posibles ex ante que es imposible anticiparlas a todas y contraer la forma de lidiar con ellas por adelantado en las bases de licitación⁸⁰(de ahora en adelante “BALI”).

En segundo lugar, se debe indicar que otro problema respecto al objetivo esperado de aumentar la calidad de los servicios es la redacción de bases de licitación, se ha indicado por algunos representantes de las sociedades concesionarias que la voz de Gendarmería como el principal operador de sistema no es escuchada, debido a que en el momento de estructurarse las bases administrativas de licitación, estas se orientaron fundamentalmente a los aspectos constructivos y de mantenimiento de la operación⁸¹.

Así, al hacer un análisis sencillo de las bases de licitación de los distintos grupos de cárceles, se puede desprender que los objetivos de reinserción fueron escuetamente abordados en unas pocas páginas dedicadas a establecer la formación mínima del personal abocado a dicha área y los indicadores por los cuales se evaluará el cumplimiento de su labor.

En este contexto, no es fácil dimensionar los problemas prácticos que esto acarrea. Sin embargo, en la Ley de Concesiones se establece claramente que el encargado de llevar adelante la política pública de las concesiones es el Ministerio de Obras Públicas y por

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ HART, Oliver; SHLEIFER Andrei y VISHNEY Robert, 1997. Op Cit. p. 1133.

⁸¹ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op.Cit p.109.

lo tanto, se ha indicado que la respuesta a esta problemática iría en la línea de efectuar modificaciones a la ley o evaluar si ella constituye el marco normativo más adecuado para verter los intereses del ente encargado de ejecutar la política pública⁸², es decir Gendarmería.

De esta forma las BALI cuentan con indicadores que permitan asegurar que se entrega la cobertura requerida, sea esta necesaria o no, pero no contemplan evaluaciones asociadas a la calidad del servicio ofrecido.

Ante este problema de redacción de las bases de la licitación, aun cuando se contemplara la participación más activa de Gendarmería para elaborar dichas bases, igualmente persistiría el problema, ya que a menudo como bien indica Hart, se reconoce que la calidad del servicio que el gobierno desea, muchas veces no se puede especificar del todo.

De hecho, los críticos de la privatización a menudo argumentan que los contratistas privados reducirían la calidad en el proceso de reducción de costos porque los contratos no protegen adecuadamente contra esta posibilidad⁸³. En este sentido existen otras herramientas más efectivas para controlar la calidad de los servicios entregados dentro del mismo ámbito público, siendo más efectivas a la hora de asegurar la calidad del servicio entregado, además precisamente si el ejecutor de la política es Gendarmería, la existencia de actores privados dificultaría a priori que se plasme directamente sus intereses y lineamientos a la hora de definir en detalle los servicios en las bases de licitación correspondientes.

En tercer lugar, se esperaba que la participación de los privados, permitiera una mayor reinserción social de los reos, ya que se podría contar con una mayor oferta de talleres y capacitaciones, supuestamente más variada que la oferta estatal, junto con asegurar

⁸² *Ibíd.*

⁸³ HART, Oliver; SHLEIFER Andrei y VISHNEY Robert, 1997. *Op.Cit* P. 1128.

una mejor calidad, al considerar que son servicios especializados a los que se dedica la sociedad que se adjudica la licitación.

Conforme a lo anterior y en relación con la oferta programática prestada en los recintos concesionados y en consonancia con los hallazgos cuantitativos pudieron establecerse ciertos nudos problemáticos asociados a su contenido y cobertura. En concreto, se ha observado que el modelo de intervención seleccionado parece no adecuarse a la realidad nacional y de cierta forma tiende a replicar los problemas endémicos de las prestaciones de Gendarmería; es decir, no focalizan la oferta en los grupos que presentan los mayores riesgos de reincidir y faltan prestaciones especializadas de acuerdo a las necesidades del infractor⁸⁴.

Asimismo, al utilizar como variable de medición las sanciones y castigos particularmente la población sancionada en celdas de aislamiento preventivo, se aprecia una proporción significativamente menor de internos sancionados con este castigo en los complejos penitenciarios concesionados en comparación con los respectivos grupos de control. Estas cifras sorprenden ya que Gendarmería es quien controla y vigila el régimen interno en cada una de las unidades penales del país, motivo por el cual se deben seguir investigando los factores subyacentes que podrían estar explicando estas diferencias⁸⁵.

Se debe considerar de todas maneras que en el proceso de reinserción de los privados de libertad, el rol de Gendarmería es fundamental, ya que es dicha entidad quien debería otorgar los lineamientos de las políticas de rehabilitación o reinserción y las empresas privadas quienes ejecutarán concretamente los programas.

Respecto a la mejor función de rehabilitación y reinserción social que involucraría la actividad privada, no existen porcentajes y estudios determinantes para afirmar que

⁸⁴ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op.Cit. p.8.

⁸⁵ *Ibíd.* p.7.

un reo de cárcel concesionada tiene mayores posibilidades de reinsertarse nuevamente a la sociedad que un reo de cárcel pública.

Se ha observado que la política institucional de focalización de oferta de reinserción en los sectores de mejor pronóstico se mantiene en los recintos concesionados⁸⁶. Lo llamativo de esto es que del análisis de las BALI no es posible desprender un criterio de focalización en ese sentido. De esta manera, la oferta de la concesionaria habría considerado esta política institucional y el modelo de competencias pro sociales pareció el marco teórico adecuado para justificar las intervenciones en internos de compromiso medio y bajo. Lo anterior es sin duda criticable si se considera que la evidencia internacional ha avanzado precisamente en el sentido inverso, esto es, en focalizar recursos en aquella población con mayor riesgo de reincidir.

Detrás de esos postulados, hay consideraciones costo-beneficio dado que aquellos infractores cuentan con mejor pronóstico seguramente no cometerán delitos sin importar si son o no intervenidos, por lo que en estos casos es razonable ofrecer una oferta de acompañamiento adecuado en su tránsito progresivo al exterior y focalizar los recursos en los internos más refractarios al régimen.

Smith y Gendreau, concluyeron que la participación en programas de tratamiento penitenciario, en el caso de los infractores de riesgo moderado y alto, se asocia con un mejoramiento de los indicadores conductuales en el interior de las cárceles, además de una disminución significativa en la reincidencia delictiva luego del egreso de ellas⁸⁷.

Es inevitable que los privados focalicen los programas de reinserción a sectores de compromiso delictual medio y bajo, ya que representa una apuesta segura a cumplir con los indicadores de gestión establecidos en las bases de licitación, y debiendo ser efectivamente menos costoso entregar estos programas a dicha población, que a la que presenta un alto compromiso delictual. Existen también consideraciones costo-

⁸⁶ *Ibíd.* p.118.

⁸⁷ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. *Op.Cit.*p.119.

beneficio para esta focalización, ya que aquellos infractores que cuentan con mejor pronóstico seguramente no cometerán delitos sin importar si son o no intervenidos, por lo que en estos casos es razonable ofrecer una oferta de acompañamiento adecuado en su tránsito progresivo al exterior y focalizar los recursos de los internos en estos.

En cuarto lugar, es difícil plantearse el escenario en que el privado aumente la calidad de los servicios, ya que se debe considerar la tendencia natural del agente privado de reducir costos a costa de disminuir la calidad de los servicios. Se explica así, que el proveedor del servicio, ya sea un empleado del gobierno o un contratista privado, pueda invertir su tiempo para mejorar la calidad del servicio o reducir su costo. La reducción de costos tiene un efecto adverso en la calidad. Sin embargo, ambos tipos de inversión que se implementarán, requieren la aprobación del propietario del activo, como una prisión, un hospital o una escuela. Oliver Hart, indica que si el proveedor es un empleado del gobierno, este necesita que el gobierno conserve los derechos de control residual sobre el activo⁸⁸. Como resultado, el empleado recibe solo una fracción de los retornos a la mejora de la calidad o la reducción de costos. Además, un límite adicional a la forma en que un empleado del gobierno puede ser efectivamente compensado por cualquiera de las mejoras surge porque el empleado es reemplazable.

Por el contrario, si el proveedor es un contratista privado, tiene los derechos de control residual sobre el activo, y por lo tanto no necesita obtener una aprobación del gobierno para una reducción de costos. Al mismo tiempo, si un contratista privado quiere mejorar la calidad y obtener un precio más alto, necesita negociar con el gobierno ya que es el gobierno quien compra el servicio⁸⁹. Como consecuencia, el contratista privado generalmente tiene un incentivo más fuerte tanto para mejorar la calidad como para reducir costos que los empleados del gobierno. Sin embargo, el incentivo del contratista privado para participar en la reducción de costos es demasiado fuerte, ya que ignora el impacto adverso sobre la calidad.

⁸⁸ HART, Oliver; SHLEIFER Andrei y VISHNEY Robert, 1997.Op.Cit.p.1129.

⁸⁹ *Ibíd.*

Para Oliver Hart, es más importante definir el poseedor de los derechos de control residual que definir si estamos dentro de una gestión pública o privada, es así que considera que cualquier innovación de costo o calidad requiere el acuerdo del propietario de la instalación F, ya que la implementación de estas innovaciones implica un cambio en la forma en que se utiliza F. Solo el propietario (el poseedor de los derechos de control residual) tiene derecho a aprobar dicho cambio. Por lo tanto, en el caso de una instalación pública, G (ente público) debe aceptar cualquier costo o innovación de calidad, mientras cuando la instalación sea privada, M (contratista privado) puede implementar estas innovaciones sin el acuerdo de G. Sin embargo, incluso si la instalación es privada, a M no le interesa introducir una innovación de calidad sin la aprobación de G, ya que no se realizará ningún pago para la mejora de la calidad sin contratación, a menos que G se comprometa a hacerlo, es decir, a menos que se redacte un nuevo contrato⁹⁰.

1.2 Respecto a especializar a Gendarmería.

Este objetivo perseguido por esta política pública sería improbable de obtener, considerando que actualmente la función de Gendarmería en los recintos concesionados no sólo se limita a prestar seguridad en los recintos, sino que muchos de los servicios internos entregados por los concesionarios deben ser finalmente supervigilados por ellos, al ser finalmente estos funcionarios los más especializados dentro de los recintos para supervisar dichas labores.

Uno de los temas que se buscaron precisar es que es Gendarmería la que dirige las unidades penales. Por consiguiente, es el personal de dicha institución el que estará a cargo de la custodia y seguridad en el recinto penal y por lo tanto, participará en el proceso rehabilitador igual que en las cárceles tradicionales⁹¹. Por lo tanto, es un error pensar que el servicio de rehabilitación es una actividad dejada meramente a la administración del privado al concesionar este tipo de servicios. En este sentido, no se

⁹⁰ HART, Oliver; SHLEIFER Andrei y VISHNEY Robert, 1997. Op.Cit p. 1135.

⁹¹ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op.Cit p.41.

despeja de todas las actividades llevar al interior del recinto a Gendarmería para efectos de que se pueda enfocar solamente en su labor de seguridad y custodia, sino que es el principal agente activo en el rol de rehabilitación.

La calidad procesal de las personas y su segmentación en grupos es un tema importante al hablar de rehabilitación, por eso se debe indicar que la mayor parte de los condenados ingresa a la unidad penal donde cumplió prisión preventiva, si se le impuso esta medida cautelar anteriormente⁹². Por lo mismo, la decisión de asignar a una persona a la cárcel se realizaría básicamente al momento de decretar una prisión preventiva aun cuando posteriormente Gendarmería tenga la posibilidad de relocalizarla.

En cuanto a la decisión sobre el recinto penal donde los imputados deben estar privados de libertad, la Ley Orgánica de Gendarmería también establece que esta corresponde al Director Nacional de la institución. Así queda establecido en el artículo 6 que señala que el Director debe disponer y señalar el establecimiento donde los detenidos e imputados deben permanecer privados de libertad, recabando la autorización del juez competente cuando deban salir del territorio jurisdiccional del tribunal de la causa⁹³.

Efectivamente, es Gendarmería quien se encuentra en la posición correcta para distinguir entre los internos primerizos a los que no, por lo que todo plan de acción ideado por la sociedad concesionaria en sus programas de rehabilitación deberían estar influenciados por la información y directrices otorgados por Gendarmería de Chile.

Es así que el plan de intervención individual es elaborado por la empresa concesionada pero luego debe ser aprobado por Gendarmería de Chile. Asimismo, cuestiones como la concesión de permisos de salida de los internos es decisión del ente estatal, aun

⁹² *Ibíd.* p.5.

⁹³ *Ibíd.* p.59.

cuando la elaboración de los informes para su otorgamiento sea de responsabilidad del concesionario⁹⁴.

1.3 Respetto del ahorro al Estado

En primer lugar, algunos autores han señalado que el argumento asociado a los menores costos que implicaría la participación de privados no sería real. Esto se debe a que existirían costos ocultos que encarecerían los contratos o a que, en ciertas ocasiones las empresas ofertarían precios bajos para obtener los contratos pero luego solicitarían mayores recursos al Estado con el objetivo de no rebajar el nivel de servicio ofertado⁹⁵.

El cálculo preliminar de la inversión se ve generalmente sobrepasado por estos costos ocultos detrás de la operatividad de una cárcel y que motivan la inyección de recursos que el Estado con frecuencia debe proporcionar a los penales privados⁹⁶. Se deriva entonces la dificultad de determinar si la privatización efectivamente permite el ahorro de fondos públicos, ya que al ser imposible determinar el costo inicial de inversión, la comparación sería sólo especulativa.

En segundo lugar, se debe indicar que este ahorro no lo debemos magnificar al punto de pensar que todos los costos de gestión serán costeados por el privado, ya que el costo de cada preso en estos nuevos recintos, incluye el pago de subsidios por parte del Estado a los privados por la construcción, operación e incluso un pago variable por preso, considerando además el costo de la vigilancia y seguridad desarrolladas exclusivamente ahora por Gendarmería de Chile.

El ahorro al Estado, también estaría justificado con que los privados serían más eficientes y competitivos en la gestión de ciertos servicios que los funcionarios públicos, siendo más oneroso para el Estado ejercer ciertas actividades, ante esto se ha indicado adecuadamente por Hart que la identificación de la privatización con la

⁹⁴ *Ibíd.*p.42.

⁹⁵ *Ibíd.* p.30

⁹⁶ ARRIAGADA, Isabel, 2013.Op.Cit.p.223.

competencia es engañosa. En principio, es posible que varias compañías de propiedad del gobierno compitan para abastecer al público o a otra empresa del gobierno (por ejemplo, una prisión). También es posible tener una empresa privada sin competidores efectivos (un monopolio)⁹⁷, por lo que sería un error identificar lo privado con libre competencia.

En tercer lugar, el objetivo de ahorrar recursos para el Estado mediante la adopción de esta política de concesionar este tipo de recintos debe considerar el riesgo que implica el sistema del sistema de resolución de conflictos establecido en la Ley de Concesiones. Este ha resultado en la práctica muy poco protector al interés fiscal, es un sistema con comisiones arbitrales, en el que cada parte designa a un árbitro y hay un tercero que supuestamente es imparcial. No obstante, este modelo y sus resultados prácticos, empujan hacia el alza de costos, porque si la señal es que las comisiones arbitrales tienden a ser bastante comprensivas con las pretensiones de la concesionaria, la señal para el Estado es que no le conviene litigar, sino más bien aceptar las pretensiones de costos, porque en el litigio puede salir peor⁹⁸.

Las comisiones conciliadoras que devienen en arbitrales tienen tres integrantes: uno designado por las concesionarias, otro designado por el Ministerio de Obras Públicas y un tercero nombrado de común acuerdo, que la preside y que es estrictamente el árbitro. La persona designada por el Ministerio fue tradicionalmente un funcionario, lo que no era muy práctico, puesto que tendía a ser considerado como un proveedor de información más que un par. En los hechos, se tendía a producir una mayor relación entre el Presidente de la Comisión y el profesional designado por la concesionaria, y el funcionario del Ministerio quedaba relegado. Se estimó que la incorporación de abogados, de economistas o de ingenieros de prestigio, según fuera el tema central de cada discusión, independientes del Ministerio, podía fortalecer la posición de este último ante el Presidente de la misma y el resto de la Comisión, sin perjuicio de que se

⁹⁷ HART, Oliver; SHLEIFER Andrei y VISHNEY Robert, 1997 Op.Cit. p. 1129.

⁹⁸ Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados, 2008. Op.Cit p.72.

estaba consciente del riesgo que implicaba que por su carácter independiente, pudiese votar en forma distinta⁹⁹.

Las empresas transnacionales que participan en este tipo de inversiones tan altas, que generalmente son capitales extranjeros, lo primero que piden para invertir en un país es saber cuál es el sistema de resolución de conflictos que existe en él. A juicio de las sociedades concesionarias el resguardo del interés fiscal, en el caso del modelo de concesiones como se trata de un modelo de colaboración público-privado, debería hacerse lo más compatible posible con el interés privado, ya que si los conflictos de intereses se vieran en la justicia ordinaria, tal vez los inversionistas extranjeros no estarían dispuestos a hacer la inversión¹⁰⁰.

En tercer lugar, existe un estudio de Pratts y Maahs, en que se llevó a cabo un metaanálisis de 33 evaluaciones de costo-efectividad de prisiones privadas y públicas de 24 estudios independientes en Estados Unidos. Este estudio aborda las limitaciones de las investigaciones previas al someter la literatura de costo-efectividad de la gestión de prisiones públicas versus privadas a un metaanálisis, el cual se define por los mismos autores como la aplicación de procedimientos estadísticos a hallazgos empíricos de estudios individuales con el propósito de integrarlos, sintetizarlos y darles sentido¹⁰¹.

Esta metodología es particularmente útil para combinar los resultados de estudios independientes que abordan preguntas de investigación comunes, especialmente en el caso en que los resultados de los estudios son inconsistentes. En esencia esta técnica busca patrones estadísticos comunes en la literatura de investigación, de modo que se pueden extraer inferencias sobre el tamaño del efecto o capacidad predictiva de las variables utilizadas¹⁰².

⁹⁹ *Ibíd.* p.48.

¹⁰⁰ *Ibíd.* p.73

¹⁰¹ Pratt Travis C y Maahs Jeff. Are private prison more cost-effective than public prisons? A meta-analysis of evaluation research studies. En: *Crime and Delinquency*, Vol 54, No 3, Julio 1999.358-371.p.362.

¹⁰² *Ibíd.*

La muestra de estudios utilizados en este metaanálisis fueron los generados por una búsqueda bibliográfica a través de bases de datos electrónicas, que incluyó todos los estudios que evaluaron la relación costo-efectividad de cárceles para adultos públicas versus privadas publicadas en revistas académicas hasta la fecha, así como informes de evaluación agencias estatales y locales. La muestra final estuvo compuesta por 33 evaluaciones de instalaciones privadas y públicas, además de 24 estudios independientes. Debido a que este fue un estudio de las cárceles de hombres adultos, las evaluaciones de instalaciones juveniles, instalaciones femeninas, casas intermedias y cárceles de condados no se incluyeron en la muestra.

Los criterios para la inclusión en la muestra fueron que cada estudio debió haber :1) informado una medida del costo del recluso por día (o haber ofrecido información suficiente para poder calcular dicha medida), y 2) haber incluido información sobre las características institucionales de la instalación que podrían usarse como controles estadísticos. Se excluyeron los estudios que realizan comparaciones de costos simples (por ejemplo, una comparación de costos univariada de promedios agregados para prisiones privadas y públicas en una jurisdicción particular) debido a que no proporcionaron información sobre las características de las instalaciones¹⁰³.

La variable dependiente utilizada en este estudio fue la medida estandarizada del costo diario por día, mientras que las variables independientes fueron 5: la propiedad de la instalación, el número de reclusos , la edad de la instalación, el nivel de seguridad del recinto y la última variable utilizada para un diagnostico estadístico fue el año de recolección de datos de dichos estudios, que se codificó para controlar las fluctuaciones económicas en los montos en dólares a lo largo del tiempo¹⁰⁴.

Los resultados arrojados por este metaanálisis indicaron que la calificación de una instalación pública o privada es un predictor insignificante de la medida estandarizada del costo del recluso por día, siendo entonces otras características institucionales, como

¹⁰³ Pratt Travis C y Maahs Jeff, 1999.Op.Cit. P.363.

¹⁰⁴Ibíd. p.364.

la economía de escala, la edad y el nivel de seguridad de la instalación, los mejores predictores del costo diario de la prisión¹⁰⁵, las que fueron tomadas como variables independientes en este estudio.

Por ejemplo, el número de presos en el establecimiento, como un indicador de la economía de escala lograda por la institución, es un fuerte predictor del costo diario de una prisión, cuanto mayor es la población interna, menor es el costo diario para la agencia de financiamiento. También se concluyó, que las instalaciones más antiguas son más caras, siendo entonces la edad de las instalaciones un fuerte predictor del costo diario de una institución, por lo que cualquier reducción en los costos de operación aparente, es probable que ocurra porque las prisiones privadas tienden a ser más nuevas que las prisiones públicas, y por lo tanto son más arquitectónicamente sólidas y requieren menos personal para administrarlas

Por último, el nivel de seguridad de la instalación es un fuerte y significativo predictor de la estimación del tamaño del efecto de base, donde las instalaciones de custodia más altas son más caras de operar¹⁰⁶, debido a que los niveles más altos de custodia requieren una mayor atención administrativa, siendo necesario entonces evaluar la relación costo-eficacia de las prisiones privadas y públicas con el mismo nivel de seguridad.

Estas conclusiones tienen implicancias importantes tanto para los responsables de las políticas correccionales como para los investigadores. En primer lugar, este análisis proporciona a los encargados de formular políticas una evaluación más realista y cautelosa de la eficacia relativa de las prisiones privadas. Aunque las alternativas de políticas de privatización específicas pueden dar lugar a ahorros de costos modestos (por ejemplo, construcción de prisiones privadas y contratos privados para servicios específicos tales como rehabilitación y programas médicos), es poco probable que

¹⁰⁵ *Ibíd.* p.358.

¹⁰⁶ *Ibíd.* p.365.

relegar la responsabilidad de administrar las cárceles a la esfera privada alivie gran parte de la carga financiera de los presupuestos penitenciarios estatales.

1.4 Respetto de los costos de fiscalización

En primer lugar, se ha indicado por los operadores de las sociedades concesionarias en el Informe del Banco Interamericano de Desarrollo y la Fundación Paz Ciudadano del año 2013, la existencia de ciertos problemas asociados con la intervención del Ministerio de Obras Públicas y el rol de la Inspección Fiscal que surgen de la aplicación de la Ley de Concesiones. En la práctica esto acarrearía una falta de sintonía entre los objetivos del Ministerio de Justicia y su organismo dependiente, Gendarmería de Chile, relacionados con la seguridad y la reinserción y los objetivos del Ministerio de Obras Públicas vinculados con la construcción y el mantenimiento de la infraestructura¹⁰⁷.

Como se vio anteriormente, dicha labor es encomendada a un inspector fiscal, que es un funcionario perteneciente al Ministerio de Obras Públicas. Él cuenta además con un equipo de asesores en distintas temáticas que colaboran en su labor. Uno de los principales problemas que presenta la fiscalización es que la experiencia del inspector no sería la adecuada para comprender las complejidades del quehacer penitenciario¹⁰⁸.

El Ministerio de Obras Públicas es el mandatario oficial del Ministerio Justicia en este tipo de procesos como se ha indicado, pues según la Ley Orgánica de Concesiones es el único Ministerio que tiene las atribuciones para entregar estas concesiones y administrar este proceso, independiente del tipo especial de infraestructura o servicios ante el cual nos encontramos.

Por la falta de especialidad del Ministerio de Obras Públicas, para llevar a cabo esta fiscalización, se provoca que el énfasis en la práctica se centre en temas de la construcción y el mantenimiento de la infraestructura, que no siempre coinciden con los intereses del encargado de ejecutar la política pública en materia penitenciaria.

¹⁰⁷ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op.Cit p.7.

¹⁰⁸ *Ibíd.* p.111.

Como puede observarse, esta problemática está íntimamente vinculada con las anteriores, es decir, con la existencia y la aplicación de un marco regulatorio que fue diseñado con el objeto de obtener avances en la edificación de otro tipo de obras públicas, en los cuales resultaba pertinente que el Ministerio de Obras Públicas fuera el principal mandante y quien velara por la correcta ejecución del contrato.

La aplicación de este marco normativo a prestaciones de una naturaleza distinta de aquella para la cual fue concebido, tiene consecuencias prácticas innegables, tales como que el encargado de velar por el cumplimiento del contrato no es el que dicta la política penitenciaria, de lo que se ocupa el Ministerio de Justicia, ni es el encargado de ejecutarla, tarea que corresponde a Gendarmería¹⁰⁹, sino que corresponde al Ministerio de Obras Públicas.

La conformación de un equipo profesional multidisciplinario más especializado que el actual equipo privado que colabora con el inspector fiscal, que respalde de una manera más óptima sus labores dentro de este ámbito de acción específico de los servicios ofrecidos en los recintos penitenciarios, podría ser una buena opción para sanear este costo, pero se debe considerar a su vez que una inversión en dicho equipo es un costo alto igual para el Estado al considerar la especialidad con la que debería contar dicho equipo, al tener en cuenta el nivel de tecnicismo necesario que se necesita en este tipo de áreas para controlar la gestión del privado. El régimen de concesiones evidentemente es estable sólo mientras que no exista una mayor fiscalización, ya que de lo contrario se podría incurrir en grandes costos para el Estado para fiscalizar que harían improbable un verdadero ahorro para el ente público.

En segundo lugar, se indicó en el Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados del año 2008 respecto del proceso de concesiones carcelarias que se cuenta con pocos inspectores fiscales que no están en la planta, en efecto, la institución del inspector fiscal, su remuneración, sus condiciones profesionales y su

¹⁰⁹ *Ibíd.*

capacitación es uno de los temas más críticos, que está atenuado en la Dirección General de Concesiones por la existencia del staff que indicábamos anteriormente, que lo apoya en su trabajo¹¹⁰.

2.- Conclusiones

Conforme a la ponderación actual de las variables consideradas en la inecuación reconstruida conforme al pensamiento que debió plantearse el gobierno al momento de aplicar las concesiones de obras públicas al ámbito penitenciario, se concluye que evidentemente los costos expresados en la inecuación anteriormente indicada fueron infravalorados y los beneficios sobrevalorados.

En primer lugar, es muy difícil obtener un aumento de la calidad de los servicios entregados al interior de las cárceles considerando que aun cuando se introdujeran mecanismos o participantes nuevos como Gendarmería, en la redacción de las bases de licitación respectivas, es teóricamente imposible plantear ex ante todas las posibles contingencias y detalles en el desenvolvimiento de este tipo de actividades.

En consecuencia, muchos de los problemas de calidad en el encarcelamiento podrían intentar abordarse en las bases de licitación, no obstante señalamos que en realidad lo incompleto de las bases de licitación per se en este tipo de actividad en específico, impide contemplar cada contingencia y detalle en el despliegue de ciertas actividades. En este caso, se sigue férreamente lo indicado por Oliver Hart al concluir que ante la natural naturaleza incompleta de las bases de licitación, los contratistas tienen la oportunidad de reducir el costo de manera que puede conducir a un deterioro sustancial de la calidad¹¹¹. Muchos de los problemas de calidad en el encarcelamiento podrían intentar abordarse mediante la redacción de mejores bases de licitación, no obstante, la falta de seriedad grave e inevitable permanece incluso en los mejores contratos o bases de licitación existentes.

¹¹⁰ Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados, 2008. Op.Cit .p.47.

¹¹¹ HART, Oliver; SHLEIFER Andrei y VISHNEY Robert, 1997.Op.Cit p. 1148.

Volviendo al tema de las definiciones de las bases de licitación, esta no es la herramienta más óptima a la hora de aplicar directrices cambiantes de rehabilitación y que estas deberían estar radicadas en una sola identidad que pueda ir cambiando y actualizando dichos programas en base a su discrecionalidad administrativa.

En segundo lugar, el sistema de concesiones en los servicios penitenciarios, consiste en una política de subsidios en que el Estado le paga a un proveedor privado para prestar un servicio público, en lugar de hacerlo de forma directa. La capacidad de una política de subsidios para hacerse cargo de problemas públicos depende de la eficacia del sistema de fiscalización.

Cuando los proveedores privados que reciben el subsidio son fiscalizados adecuadamente, su habilidad para innovar y optimizar costos debiera traducirse en mayor bienestar social. Al contrario, si la fiscalización es insuficiente, los proveedores privados típicamente explotarán el subsidio de manera oportunista y entregarán un servicio público de mala calidad. Vimos que por diversas razones la fiscalización del inspector fiscal es insuficiente en este ámbito por su falta de especialidad al ser controlado directamente por el Ministerio de Obras Públicas cuyo enfoque evidentemente ha sido otro tipo de obras, por lo que al contar con una ineficiente fiscalización que además requeriría ser asesorada por un grupo de expertos más calificados y especializados en el ámbito carcelario, significaría que actualmente el sistema de concesiones es insostenible.

En tercer lugar, Pratts y Maahs habían concluido anteriormente, a través de la técnica del meta análisis, que la administración / gestión de la unidad penal (privada versus pública) tiene escasa o nula influencia en los costos. Más bien, las economías de escala, el nivel de seguridad del recinto penal y la antigüedad de los establecimientos serían los determinantes principales.

En cuarto lugar, para hacerse una idea del costo del real del sistema de concesiones penitenciarias, se debe atender a los distintos factores que hemos mencionado, no sólo

a los costos establecidos previamente en las bases de licitación, sino también otros costos como los de vigilancia y seguridad desarrollados por Gendarmería, los costos de litigio y condena a que estado sujeto el Fisco tras distintos procedimientos judiciales llevados a cabo por las concesionaria y los costos de fiscalización y monitoreo de las instalaciones, además de los costos ocultos que impiden determinar con certeza el costo final de la operación y cuantificar el verdadero ahorro que le significaría al Estado delegar estos servicios en entes privados.

En quinto lugar, se ha indicado que reconocer con contar con un modelo teórico definido para rehabilitación constituye un avance respecto de la intervención que se otorga en la mayoría de los recintos operados por el Estado, de dicha forma contar un modelo teórico aporta directrices claras y evita que los profesionales que intervienen lo hagan desde la intuición o a partir de la corriente psicológica a la que adscriben¹¹². Pero se debe indicar que contar con un modelo teórico no es algo exclusivo del sistema concesionado, de hecho existen módulos estatales intervenidos por el Programa de reinserción social, implementado en base al convenio entre el Ministerio del Interior y Gendarmería en 2008, que ha demostrado una reducción de la reincidencia¹¹³.

En quinto lugar, algunos autores extranjeros han intentado construir fórmulas para determinar cuando conviene privatizar determinadas actividades gubernamentales, siendo mucho más específicos que el modelo comparador público privado establecido en algunas legislaciones, para determinar las condiciones específicas que permitan determinar la eficiencia de aplicar caso a caso el modelo concesionado. Concluyendo que “Se sugiere que el caso de la provisión interna generalmente es más fuerte cuando las reducciones de costos no contractuales tienen grandes efectos nocivos sobre la calidad, cuando las innovaciones de calidad no son importantes y cuando la corrupción en la contratación pública es un problema grave. Por el contrario, el argumento a favor de la privatización es más fuerte cuando las reducciones de los costos de reducción de

¹¹² BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2013. Op.Cit p.113.

¹¹³ *Ibíd.*

la calidad pueden controlarse mediante contrato o competencia, cuando las innovaciones de calidad son importantes y cuando el patrocinio y los sindicatos poderosos son un problema grave dentro del gobierno¹¹⁴”.

Por último, si bien existe una cantidad justa de evidencia que sugiere que la privatización de las prisiones no cumple con las expectativas de costo-efectividad, como inicialmente nos convencieron algunos políticos y autores, todavía existe cierta validez al aprobar la entrada de privados en situaciones que implican aumentos repentinos y bruscos en la población carcelaria.

En ese tipo de situaciones, recurrir al sector privado en busca de ayuda puede ser a veces la única forma de aliviar la presión sobre el sistema penitenciario como un todo, pero definitivamente no es una solución permanente, ya que las razones reales para la existencia de la necesidad privatizar a menudo se encuentran en etapas anteriores dentro del sistema de justicia penal a menudo es la legislación o normas administrativas que requieren ciertos ajustes.

Cuando la fuente de la crisis carcelaria está dentro del propio sistema penitenciario existen muchas formas más seguras de garantizar la mejora de las condiciones carcelarias en las prisiones públicas, por lo que no es conveniente seguir avanzando en concesionar servicios penitenciarios en nuevos recintos u otros existentes, considerando la ponderación correcta de la inecuación de implementar esta política pública.

¹¹⁴ HART, Oliver; SHLEIFER Andrei y VISHNEY Robert,1997 .Op.Cit p. 1159.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO J. 2001. "Reforma penitenciaria: El caso del programa de concesiones en infraestructura penitenciaria en Chile". Presentación en el seminario Justicia y Gobernabilidad Democrática del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Ministerio de Justicia de Chile.
- ARRIAGADA, Isabel. "Cárceles privadas: La Superación del debate costo beneficio". Polít. Crim. Vol.8, Número 15 (Julio 2013), art.6 pp.210-248.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Evaluación del Sistema concesionado versus el sistema tradicional en la reducción de la reincidencia delictual. Junio de 2013. [en línea]>http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-07-02_Evaluaci%C3%83%C2%B3n-del-sistema-concesionado-versus-el-sistema-tradicional-en-la-reducci%C3%83%C2%B3n-de-la-reincidencia-delictual.pdf <.
- Bitran E y M Villena.2010"*El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional*", En: Estudios Públicos, 117,175-217.Santiago de Chile: ISCI Publications.
- DAMMERT, Lucía. El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado. FLACSO CHILE. En: Meeting of the Latin American Studies Association, marzo 15-18, 2006.
- DAMMERT Lucía y DÍAZ Javiera. Cárceles Privadas ¿Modelo de gestión penitenciaria o Inversión Inmobiliaria? Observatorio Número 5, FLACSO-CHILE. Septiembre de 2005.
- DAMMERT, Lucía; DÍAZ, Javiera, "Los Desafíos del sistema carcelario en Chile, Quito: FLACSO-MDMQ.2007.p.209. Serie Ciudadanía y Violencias, Vol. 2. De la misma autora, DAMMERT, Lucía "El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para un modelo público-privado", En: Meeting of the Latin American Studies Association, 2006. San Juan, Puerto Rico. [En línea]>
>https://www.academia.edu/2915078/El_sistema_penitenciario_en_Chile_Desaf%C3%ADos_para_el_nuevo_modelo_p%C3%BAblico-privado?auto=download <.
- DESLAURIERS, Richard. "Asociaciones Público Privadas: La experiencia canadiense". En: Revista Justicia Juris, Vol. 10. Enero-Junio de 2014.

- GONZALEZ, Carlos. "De los avances legislativos en asociaciones público-privadas-APP: los retos de estructuración de proyectos de iniciativa privada". Revista Justicia Juris Vol 10. N°1. Enero -junio 2014.
- GRENVILLE, Stephen. "Infrastructures: Overcoming Sovereign-Debt Phobia". [En línea]><https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/infrastructure-overcoming-sovereign-debt-phobia><.
- HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert W. "The proper scope of government: theory and an application to prisons". The Quarterly Journal of Economics, November 1997.
- HALL, David. "¿Por qué las asociaciones público-privadas no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública. Informe para Public Services International Research Unit, Universidad de Greenwich. Enero 2014.
- HOLUIGUE, Cristina. Modelos de Asociación Público Privada para las Cárceles en Chile. Revista de Derecho Penitenciario. Marzo-Mayo de 2013. p.10.
- Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados de fecha 20 de noviembre de 2008. Congreso de Chile.
- JONES, T y T.NEWBURN.2005"Comparative criminal justice policy-making in the United States and The United Kingdom. The case of private prisons", En: British Journal of Criminology, Vol 45, 58-80.
- LYD (Libertad y Desarrollo), 2012."Cárceles concesionadas: Revisando el modelo", Temas Públicos N°1.076.p.13.
- LIZANA BERRIOS, Marcos. La gestión privada en la provisión de servicios carcelarios, el Estado, la comunidad y los particulares. Revista de Derecho Penitenciario. Marzo-Mayo de 2013.
- MCDONALD, D." *Public Imprisonment by Private Means. The Re-emerge of Private Prisons and Lails in the United States, the United Kingdom, and Australia*", En: British Journal of Criminology, vol 34. 29-38,1994.
- MAYTA, José. Perspectiva de la privatización de los establecimientos carcelarios en América Latina. Revista de Instituto de Estudios Penales Número 9. Agosto de 2013
- MINISTERIO DE JUSTICIA, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COORDINACIÓN GENERAL DE CONCESIONES. "Bases de Licitación. Programa de Concesiones de Infraestructura penitenciaria Grupo I" [en línea].

><http://www.concesiones.cl/proyectos/Documents/Programa%20Penitenciaro%20Grupo%20I/Bases%20de%20Licitacion.pdf><.

- Temas de la Agenda Pública. Centro de Políticas Públicas UC. Sistema carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción. Año 12, N°93 de marzo de 2017.
- PÁVIC, Ivica. Perspectives of prison privatization as a solution to the prison system crisis in Croatia. En: European Journal of Multidisciplinary Studies. Sep-Dec 2016. Vol.3 Nr.1.
- PLISCOFF, Cristian y ARAYA, Juan Pablo. "Las alianzas público-privadas como gatilladoras de innovación en las organizaciones públicas: Reflexiones a partir de la situación chilena". Revista Chilena de administración pública, Número 19, 2012
- PRATT Travis C y MAAHS Jeff. Are private prison more cost-effective than public prisons? A meta-analysis of evaluation research studies. En: Crime and Delinquency, Vol 54, No 3, Julio 1999.358-371
- ROMERO, María José. "Lo que yace bajo la superficie: Una evaluación crítica de las Asociaciones Público-Privada y su impacto en el desarrollo sostenible". [En línea] ><https://www.latindadd.org/2015/07/09/app-lo-que-yace-bajo-la-superficie/><.
- SMITH, P. y P. GENDRAU. 2007. "The Relationship between Program Participation, Institutional Misconduct and Recidivism among Federally Sentenced Adult Male Offenders", *Forum on Corrections Research*, 19, 6-10.