

## PRIVATIZACIÓN CARCELARIA: EL CASO CHILENO

### Prison privatization: the Chilean case

*Isabel Arriagada Gajenski\**

**Resumen:** El contexto político, económico y social chileno de los años noventa dio origen a un sistema de concesiones de infraestructura pública que ha sido puesto en entredicho tanto a nivel académico como político. En particular, en lo que a este trabajo concierne, en Chile fue implementado el “Primer Programa de Concesiones Penitenciarias” caracterizado por la recepción del modelo francés de privatización mixta. El marco regulatorio correlativo dio lugar a sobrecostos imprevistos, inadecuados mecanismos de resolución de conflictos, deficiencias en las labores de fiscalización, exorbitantes costos diarios por preso y sobrepoblación en cárceles concesionadas, entre otras falencias. Tanto los intentos por perfeccionar el sistema como para reemplazarlo retratan la continuidad del fortalecimiento del brazo penal estatal desplegado desde los años noventa en adelante por los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia, también avalado por la derecha chilena.

**Palabras clave:** prisiones privadas - gestión penitenciaria - penalidad neoliberal - cárceles concesionadas.

**Abstract:** The Chilean political, economic and social context of the 1990's gave rise to a public infrastructure concessions system which has since been questioned in the political and academic spheres. In particular, with regards to the present article, Chile implemented the “Primer Programa de Concesiones Penitenciarias” (First Penitentiary Concessions Program) characterized by the French model of mixed privatization. The associated regulatory framework prompted unforeseen budget overruns, inadequate conflict resolution mechanisms, deficient oversight, exorbitant per prisoner costs and overcrowding in privatized prisons, among other shortcomings. Both the attempts to improve the system and the attempts to replace it demonstrate the strengthening of the state penal system, undertaken by the governments of the Concertación de Partidos por la Democracia in Chile.

**Keywords:** private prisons - penitentiary management - neoliberal penalty - prison concessions.

### 1. La puesta en marcha

En 1996 debutó en Chile la Ley de Concesiones de Obras, marco normativo que, junto a su respectivo Reglamento, amparó una nueva forma de relación contractual con el sector privado, construida sobre la base de una asociación público-privada

---

\* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Investigadora del Centro de Estudios de la Justicia. Correo electrónico: [arriagada@derecho.uchile.cl](mailto:arriagada@derecho.uchile.cl).

de largo plazo que transfiere al sector privado la inversión, construcción y explotación de servicios públicos, según las condiciones legales y contractuales previamente establecidas.<sup>1</sup> En particular, el sistema chileno fue construido en base a un modelo de tipo BOT (*Built, Operate and Transfer*), bajo el cual el sector privado, contando con la supuesta capacidad técnica, humana y tecnológica para ello, construye y opera una obra pública para luego transferirla al Estado.<sup>2</sup>

La aplicación de esta nueva normativa al ámbito carcelario requiere tener en cuenta la estructura básica de la administración penitenciaria chilena. Ésta confiere al Ministerio de Justicia la formulación de políticas y planes sectoriales relativos al tratamiento penitenciario, el control de su cumplimiento, la evaluación de sus resultados y creación de establecimientos penales y de tratamiento y rehabilitación penitenciarios.<sup>3</sup> En virtud de dichas atribuciones legales, el año 2000 el Ministerio de Justicia facultó al Ministerio de Obras Públicas (en adelante, MOP) para iniciar el proceso de licitación de las obras comprendidas en el primer “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria”.<sup>4</sup> El Programa contempló que el diseño, construcción, equipamiento y operación de distintas cárceles, clasificadas en grupos según etapas de desarrollo, se adjudicaran a una sociedad concesionaria, permaneciendo la dirección y seguridad del establecimiento a cargo de Gendarmería de Chile.<sup>5</sup> De esta manera, el modelo

---

<sup>1</sup> Decreto Supremo MOP N° 900, del 31 de octubre de 1996, que fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley MOP N° 164 de 1991 y modificada el año 2010 por la Ley N° 20.410 del 20 de enero de 2010. Reglamento N° 164 de 1991 modificado por las Leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996; DS MOP N° 956 de 2007 y DS MOP N° 215 de 2010. Cabe señalar la existencia de distintos instrumentos complementarios al contrato de concesión contemplados en la Ley y el Reglamento de Concesiones: Las pautas mínimas de diseño y construcción, las Bases de licitación; la Oferta, el Decreto de Adjudicación y el Reglamento de Servicio de Obra.

<sup>2</sup> Figueroa, Juan Eduardo: “El arbitraje en los contratos de concesión de obras públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos”. *Gaceta Jurídica* 350, 2009, p. 2. Disponible en [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online\\_3.htm](http://www.camsantiago.cl/articulos_online_3.htm) [Visitado por última vez el 20 de noviembre de 2012].

<sup>3</sup> Artículo 2 Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Justicia, DL 3346 de 22 de mayo de 1980 letras c), d) y l). Por su parte, la ejecución misma de la pena privativa de libertad se reglamenta por el Decreto Supremo N° 518 de 1998.

<sup>4</sup> Decreto Exento N° 572 de 30 de noviembre de 2000. El artículo 39 inciso segundo del Decreto Supremo MOP 900 de 1996: “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 podrán delegar mediante convenio de mandato suscrito con el Ministerio de Obras Públicas, la entrega en concesión de tales obras bajo su competencia, para que éste entregue su concesión, regida por esta ley. En estos casos se entenderá incluido en dicho convenio la totalidad del estatuto jurídico de concesiones de obras públicas, esto es, tanto el procedimiento de licitación, adjudicación y la ejecución, conservación y explotación como las facultades, derechos y obligaciones que emanan de la ley”.

<sup>5</sup> La competencia de dichos ámbitos se encuentra radicada en Gendarmería en virtud del artículo tercero de su Ley Orgánica Constitucional, DL N° 2859 de 15 de septiembre de 1979, el cual le otorga la función de dirigir todos los establecimientos penales del país, aplicando las normas

adoptado en Chile recoge el *modelo mixto francés*, que consiste en delegar algunas actividades al sector privado, encargándose el Estado de cumplir las funciones de seguridad y vigilancia de los reclusos al interior del establecimiento. Asimismo, recoge también el *modelo de leasing*, ya que la empresa privada, habiendo diseñado, construido e implementado el recinto penitenciario, debe traspasarlo al Estado cuando éste haya pagado por los servicios prestados durante el plazo estipulado en la convención. Dicho sea de paso, el sistema chileno difiere del modelo de privatización estadounidense, el cual delega absolutamente la actividad penitenciaria en el sector privado.<sup>6</sup> De acuerdo con la estructura contractual implementada en Chile, la empresa concesionaria adjudicataria (generalmente un consorcio empresarial integrado por empresas de rubros como construcción, alimentación y aseo) encarga la explotación de la concesión a una empresa operadora, la cual ejecuta las actividades de mantenimiento de infraestructura y equipamiento estándar, labores de seguridad y prestación de servicios de alimentación, salud, lavandería, reinserción y economato.<sup>7</sup> En cifras, el primer “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria” contempló la construcción de diez nuevas cárceles con 372 mil metros cuadrados para alojar a alrededor de 16.000 reclusos, alcanzando una inversión presupuestada cercana a los 280 millones de dólares.<sup>8</sup>

Los fundamentos del modelo de concesiones chileno coinciden con los fundamentos del sistema de privatización carcelaria a nivel comparado. La implementación del sistema supuso la eficiencia y aptitud innovadora del sector privado, dada su experiencia en áreas de logística y sus posibilidades de acceder a

---

previstas en el régimen penitenciario que señala la ley y velar por la seguridad interior de ellos, así como custodiar y atender a las personas privadas de libertad.

<sup>6</sup> Para un catálogo de los modelos que se han implementado de privatización carcelaria: Austin, James y Coventry, Gary: “Emerging Issues on Privatized Prisons”, U.S Department of Justice, 2001. p. 69. Disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/bja/181249.pdf> [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012]

<sup>7</sup> Martínez, Fernando y Espinoza, Olga: “Cárceles concesionadas en Chile: ¿El camino a la privatización?” *Debates Penitenciarios* 9, 2009. p. 5. Disponible en, [http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates\\_penitenciarios\\_09.pdf](http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_09.pdf) [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012].

<sup>8</sup> Entre otros, Arellano, Jaime: “Reforma Penitenciaria: El caso del programa de concesiones en infraestructura penitenciaria en Chile”. En: Seminario Justicia y Gobernabilidad Democrática del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Ministerio de Justicia de Chile, 2003, Santiago de Chile. p. 11. Disponible en [http://www.cejamerica.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_details/2097-reforma-penitenciaria-el-caso-del-programa-de-concesiones-en-infraestructura-penitenciaria-en-chile](http://www.cejamerica.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/2097-reforma-penitenciaria-el-caso-del-programa-de-concesiones-en-infraestructura-penitenciaria-en-chile) [Última visita realizada el 23 de noviembre de 2012]. 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 [http://www.gencat.cat/justicia/doc/doc\\_10570346\\_1.pdf](http://www.gencat.cat/justicia/doc/doc_10570346_1.pdf) [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012]. Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006. pp. 35-36. Todos los informes se encuentran disponibles en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/archivo/informe-anual/> [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012]

menores costos de mercado. O también, el Estado decide acudir al sector privado con la expectativa de contar con un aliado flexible y creativo, capaz de generar rentabilidad con la gestión penitenciaria mediante una operación más eficiente, de mayor calidad y a un menor costo que el de las agencias gubernamentales.<sup>9</sup> En particular, en Chile se declaró que la alianza con el sector privado entregaría importantes beneficios económicos –el alivio del presupuesto estatal– y sociales –dar solución a los problemas de hacinamiento de las cárceles estatales, aumentar los estándares de seguridad penitenciaria, implementar programas efectivos de reinserción y rehabilitación, terminar con las indignas condiciones carcelarias del sistema público y, de acuerdo con una percepción generalizada, hacer frente al creciente aumento de la delincuencia en el país–.<sup>10</sup>

Por lo demás, el contexto político y económico de la iniciativa de concesiones chilena coincide también con el de la génesis de la intervención de privados en materia penitenciaria como política pública. La agenda de privatización carcelaria de los gobiernos de la Concertación es coincidente con un programa político neoliberal –como el de los gobiernos de Ronald Reagan y George Bush en Estados Unidos y el de Margaret Thatcher en Inglaterra– que impulsa la libertad de mercado, reduce la protección social, favorece la privatización del Estado y relega la legitimidad y competencia del Estado a la esfera penal. En efecto, el renovado interés por la prisión, y la intervención de capitales privados en ella, es una deriva que armoniza, por un lado, con el abandono de la responsabilidad social del Estado y, por otro, con el advenimiento del despliegue del brazo penal que ha acompañado a los gobiernos neoliberales, cuyas políticas han operado como condición de posibilidad del desarrollo carcelario y del giro punitivo que tuvo lugar desde la década de los noventa en Chile.<sup>11</sup>

En lo que a este trabajo concierne, el análisis normativo y empírico del modelo de concesiones chileno entrega una luz de alerta sobre distintas disposiciones que resultaron ser puntos de conflicto a la hora de llevar a cabo la ejecución del Programa. Para entender los ripsos del proceso, a continuación presento algunas de las disposiciones más relevantes del sistema. En primer lugar, la Ley de Concesiones contempló que, en caso de modificarse las características de las obras y servicios estipulados inicialmente, el Ministerio de Obras Públicas debía

---

<sup>9</sup> Schichor, David: “Private prisons in perspective: some conceptual issues”, *The Howard Journal*, Vol. 37 N° 1. 1998. *Passim*.

<sup>10</sup> Por todos, Arellano, Jaime: “Reforma” (nota 8).

<sup>11</sup> Sobre la indicación del surgimiento de la privatización penitenciaria en la década de los ochenta: Dolovich, Sharon: “State punishment and private prisons”, *Duke Law Journal* Vol. 55 N° 3. 2005, p. 437-546. Pratt T. y Maahs J.: “Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research”, *Crime and delinquency*, Vol. 45 N° 3. 1999, pp. 358-372. Sobre la expansión del brazo penal y el recorte del brazo social del Estado, Wacquant, Loïc: *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Gedisa, 2010. Bernard Harcourt: *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

compensar al concesionario de los perjuicios producto de la alteración.<sup>12</sup> En segundo lugar, los conflictos suscitados entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas serían elevados a conocimiento de una Comisión Conciliadora. La Comisión tenía como propósito lograr llegar a un acuerdo entre las partes. De no conciliarse, se otorgó al concesionario el derecho a solicitar que la Comisión Conciliadora se constituyera en Comisión Arbitral, la cual actuaría conforme a las normas de árbitros arbitradores, debiendo aplicar su prudencia y equidad, y no necesariamente los estatutos legales comprometidos.<sup>13</sup> En tercer lugar, la Ley de Concesiones incorporó la figura de la Inspección Fiscal de Explotación (a cargo del MOP), entidad encargada de aprobar los proyectos y supervisar el desarrollo de la concesión.<sup>14</sup> En cuarto y último lugar, la Ley estableció un sistema de pagos por subsidio fijo y subsidio variable por parte del Estado y un mecanismo de compensación (a cargo del MOP) en caso de que el número de internos de una instalación concesionada superase el límite máximo de 120% de su capacidad (compensación por sobrepoblación).<sup>15</sup>

En lo que sigue, luego de esta descripción sumarisima, trataré de ilustrar la manera en que la aplicación de este régimen jurídico cobra relevancia en el posterior descalabro del sistema de concesiones penitenciarias.<sup>16</sup> De manera íntimamente vinculada, daré cuenta del inadmisibles desempeño que habrían de tener los agentes privados en Chile, tanto en el crecimiento de la infraestructura penitenciaria como en las demás labores concesionadas. Por último, efectúo un breve examen de los anuncios del actual gobierno sobre su política penitenciaria.

## 2. Cárceles concesionadas en retrospectiva

Como se describiera más arriba, el Programa dividió su ejecución en grupos de cárceles. El *Grupo 1* incluyó la construcción, ejecución, conservación y explotación

---

<sup>12</sup> El inciso primero del artículo 19 de la Ley de Concesiones en 1996 disponía: “El Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez”.

<sup>13</sup> Artículo 36 de la Ley de Concesiones sin las modificaciones introducidas en el año 2010.

<sup>14</sup> Sus atribuciones se encuentran enumeradas en los artículos 29 y 30 de la Ley de Concesiones sin las modificaciones introducidas en el año 2010.

<sup>15</sup> La multa, en el detalle, asciende a 100 UTM por cada interno diario por sobre el límite mencionado.

<sup>16</sup> La extrema complejidad del problema sobre la flagrante desprotección en que se encontraron las pequeñas y medianas empresas subcontratistas de las concesionarias, requiere de una detención que excede las competencias de este trabajo. Baste por ahora señalar que los problemas que se suscitaron motivaron la introducción de distintas modificaciones a través de la ley 20.410 relativas al régimen de subcontratación.

de establecimientos penitenciarios en Iquique (Alto Hospicio), La Serena (Huachalalume) y Rancagua (sector La Gonzalina). El año 2002 se adjudicó el contrato a las sociedades Besalco, Astaldi S.A. y Sodexho, asociadas bajo el consorcio BAS S.A., cuya operadora fue la empresa SIGES. Para ello se otorgó un presupuesto oficial aproximado de 2.800.000 UF y el término de la concesión se programó para el año 2026.<sup>17</sup> Luego de sucesivos conflictos referidos a los sobrecostos de las obras no contempladas inicialmente y luego de haberse condenado al MOP a efectuar pagos adicionales a la concesionaria, el *Grupo 1* inició sus operaciones de manera definitiva el año 2006. El *Grupo 2* contempló las tareas de construcción, equipamiento y operación de dos instalaciones, los Centros de Cumplimiento Penitenciario Bío Bío y Antofagasta. La concesión fue adjudicada el año 2002 a las empresas Besalco S.A., Torno Internazionale S.p.A. y Sodexho Chile S.A., constituida como sociedad concesionaria BAS DOS S.A. El presupuesto inicial ascendió a la suma de 1.800.000 UF y el término de la concesión fue programado para el año 2025.<sup>18</sup> En cuanto a la cárcel de Antofagasta, luego de sucesivas controversias por sobrecostos entre el MOP y la concesionaria, el contrato de concesión fue extinguido de mutuo acuerdo por las partes.<sup>19</sup> Ya en el año 2010, luego de un tortuoso proceso de relicitación bajo la modalidad OT (*Operate and Transfer*),<sup>20</sup> se adjudicó la operación de las cárceles a la empresa Sodexho Chile S.A.<sup>21</sup> Aunque se anunció que la cárcel de Antofagasta entraría en operación el año 2011, la Oficina de Informaciones, Reclamos y Sugerencias del Ministerio de Justicia informó, para los efectos de este artículo, que aquella se encuentra en su fase de habilitación para entrar en operación el primer semestre de 2013, “*de no mediar contratiempo alguno*”.<sup>22</sup> Finalmente, la operación del *Grupo 3*, integrado por los complejos penitenciarios Santiago Uno, Valdivia y Puerto Montt, fue adjudicada a la sociedad Vinci Construction Grand

---

<sup>17</sup> Decreto N° 618 del MOP de 28 de marzo de 2002. Cabe advertir que el monto del presupuesto inicial aquí referido debe considerarse, al menos a efectos de este trabajo, como un dato meramente ilustrativo. Para contar con mayor precisión en el cálculo de los montos desembolsados por el Ministerio de Justicia, debiesen sumarse a dicho monto, y esto vale para todos los grupos carcelarios, el pago del impuesto al valor agregado, el pago por subsidio fijo a la contratación, el pago por subsidio fijo a la operación, el pago subsidio operación variable y pagos adicionales. Sin embargo, basten estos datos para ilustrar el contraste, que aquí se pretende exponer, entre el presupuesto inicial y los pagos por sobrecostos relatados en el cuerpo del documento. Cabe destacar que el plazo inicial presupuestado en el grupo 1 fue de 40 meses, luego modificado por D.S. MOP N° 132 de 06 de marzo de 2009.

<sup>18</sup> Decreto N° 2191 del MOP de 06 de diciembre de 2002 (Derogado)

<sup>19</sup> Decreto Supremo MOP N° 868 de 29 de septiembre de 2006.

<sup>20</sup> Freí, Jorge: “Seminario regional. Sistema penitenciario concesionado: desafíos y realidades regionales”. Rancagua, Gobierno de Chile-Ministerio de Justicia, 2009. Disponible en, [http://www.concesiones.cl/publicacionesyestudios/seminariosytalleres/Documents/sistema%20penitenciario%20concesionado\\_jorge%20frei.pdf](http://www.concesiones.cl/publicacionesyestudios/seminariosytalleres/Documents/sistema%20penitenciario%20concesionado_jorge%20frei.pdf) [Visitado por última vez el 20 de noviembre de 2012].

<sup>21</sup> Decreto N° 119 del MOP de 17 de abril de 2010.

<sup>22</sup> Información disponible en, [http://oirs.minjusticia.gob.cl/respuestas/oirs-v788--120844\\_.doc.pdf](http://oirs.minjusticia.gob.cl/respuestas/oirs-v788--120844_.doc.pdf) [Visitado por última vez el día 23 de noviembre de 2012].

Projects, cuya operación estuvo a cargo de la empresa COMPASS. El presupuesto oficial contempló un monto de 2.750.000 UF, posteriormente modificado mediante el recurso a los denominados convenios complementarios. El inicio de la concesión fue programado para el año 2004, pero la puesta en marcha definitiva de las obras tuvo lugar el año 2007.<sup>23</sup>

El punto de partida en esta revisión de los aspectos más significativos sobre la evolución de las cárceles concesionadas en Chile tiene como base el Informe de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados del año 2008<sup>24</sup> (en adelante, el Informe de la Comisión Investigadora) y el Informe n° 291/09 elaborado por la División Auditoría Administrativa Área Administración General y Defensa Nacional de la Contraloría de la República (en adelante, el Informe de Contraloría),<sup>25</sup> el que da cuenta de los estados técnico, financiero y contable de los penales concesionados *Grupos 1 y 3*. Ambos informes pasan revista a los principales hitos de la trayectoria del sistema de cárceles concesionadas, las dificultades en las que se vio envuelta y las irregularidades que la han aquejado y aquejan.

---

<sup>23</sup> Decreto MOP N° 90 de 02 de abril de 2004. Resumen disponible en, <http://www.piappem.org/file.php?id=228> [Última consulta realizada el día 23 de noviembre de 2012]

<sup>24</sup> Con el objetivo de estudiar el proceso de concesiones carcelarias, el año 2008 fue constituida una Comisión Especial Investigadora en la Cámara de Diputados (en adelante, Comisión Investigadora). El día 19 de marzo de 2008, la Cámara de Diputados dispuso “[l]a creación de una comisión especial investigadora con el objetivo de que, en un plazo no superior a 120 días, estudie el proceso de concesiones carcelarias impulsado por la anterior Administración, determinando las responsabilidades públicas involucradas, el perjuicio económico para las pequeñas y medianas empresas que participaron en estas obras, además del impacto negativo generado en materia de seguridad ciudadana a raíz del incumplimiento de los plazos y metas trazadas bajo el objetivo de elaborar propuestas tendientes a mejorar el mencionado proceso y de informar a la ciudadanía respecto de la realidad carcelaria de Chile”. Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre el proceso de concesiones carcelarias (2008). p. 1. En adelante, Informe de la Comisión Especial Investigadora. Disponible en [www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=92&prmTIPO=INVESTIGAFIN](http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=92&prmTIPO=INVESTIGAFIN) [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012]. El informe fue presentado ante la Cámara de Diputados en la 356ª Legislatura. Sesión 116ª Ordinaria de 16 de diciembre de 2008.

<sup>25</sup> Informe N° 291/09 elaborado por la División Auditoría Administrativa Área Administración General y Defensa Nacional de la Contraloría de la República. Informe disponible en [http://www.contraloria.cl/basesdocumentales/bifaPortalCGR.nsf/31F6D80425A87A8D842576EA00069BFE/\\$File/INFORME%20FINAL%20291-09%20GENDARMERIA%20DE%20CHILE%20PROGRAMA%20DE%20CONCESIONES%20DE%20INFRAESTRUCTURA%20PENITENCIARIA-MARZO%202010.pdf?OpenElement](http://www.contraloria.cl/basesdocumentales/bifaPortalCGR.nsf/31F6D80425A87A8D842576EA00069BFE/$File/INFORME%20FINAL%20291-09%20GENDARMERIA%20DE%20CHILE%20PROGRAMA%20DE%20CONCESIONES%20DE%20INFRAESTRUCTURA%20PENITENCIARIA-MARZO%202010.pdf?OpenElement) [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012]. Cabe señalar que el documento no contempla el detalle de la operación del Grupo 2. Ello se debería a que, a la época de su elaboración, se habría encontrado extinta dicha concesión.

### a) “Lo barato cuesta caro”: el problema de los sobrecostos

Ya adelantado someramente, al menos hasta el año 2010, el pago de costos no previstos constituyó uno de los principales problemas para el Ministerio de Obras Públicas, organismo sujeto a la obligación de consignar enormes montos a las entidades concesionarias por concepto de obras adicionales. Esto, pese a las prevenciones normativas que limitaban el monto de las inversiones sobrevinientes en un máximo de 15% y que imputaban a la concesionaria a su costo y riesgo la ejecución de las obras requeridas para obtener los niveles de servicio exigidos.<sup>26</sup> En general, la forma en que se han establecido dichos pagos ha sido vía renegociaciones bilaterales, suscritas mediante convenios complementarios, o a través de condenas dictadas en procesos arbitrales.

En el *Grupo 1*, por ejemplo, las controversias suscitadas entre el MOP y la sociedad concesionaria, referidas a los sobrecostos de las obras no contempladas inicialmente, fueron puestas en conocimiento de la Comisión Conciliadora. Luego, dado no haberse llegado a acuerdo entre las partes, el conflicto fue sometido a conocimiento de la Comisión Arbitral. El arbitraje falló a favor de la concesionaria, ordenándole al MOP extender el plazo de la etapa de explotación y concesión y pagar los costos adicionales en los que la concesionaria tuvo que incurrir. La condena ascendió a más de 2.400.000 UF, correspondientes a aproximadamente un 80% adicional a lo contemplado por la inversión inicial, concluyendo en un valor final de 47 UF por metro cuadrado construido.<sup>27</sup> En el caso del *Grupo 2*, las controversias por sobrecostos entre el MOP y la concesionaria tomaron un rumbo más grave. La Comisión Conciliadora, primera instancia compositiva, decretó sucesivas órdenes de no innovar, paralizándolo las obras y forzando indirectamente a las autoridades a negociar con la empresa concesionaria, BAS DOS. Finalmente, una vez constituida como Comisión Arbitral, la instancia propuso una conciliación

---

<sup>26</sup> El artículo 19 de la Ley de Concesiones en su inciso segundo establece: “Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar (...), así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. Si las bases nada dicen a este respecto, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 15% del monto total de la inversión inicial efectuada por el concesionario (...)”. Y el artículo 22 de la Ley de Concesiones, en su versión inicial, en el numeral segundo disponía: “Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores”.

<sup>27</sup> Acta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. 358ª Legislatura. Sesión 57ª Ordinaria de 21 de diciembre de 2010. p. 19 y siguientes. La Comisión se constituyó en investigadora para analizar y pronunciarse sobre las eventuales responsabilidades políticas y administrativas en el incendio que afectó el Centro de Detención Preventiva San Miguel, así como también acerca de la forma en que ha operado en las últimas dos décadas el proceso de construcción y modernización de los recintos penitenciarios. Para tales efectos, se recibió al, en ese entonces, Ministro de Justicia, Felipe Bulnes, y al Director Nacional de Gendarmería de Chile, Luis Masferrer.

y un convenio de extinción del contrato.<sup>28</sup> Los términos de la conciliación obligaron al MOP a pagar un monto de 1.658.000 UF, que representó un 92% del presupuesto inicial de las obras, alcanzando un valor de 80 UF el metro cuadrado. Dicho sea de paso, por no existir norma legal en contrario, la nueva licitación adjudicó a Sodexho la construcción y operación de las obras, misma empresa rival del MOP en el reciente conflicto.<sup>29</sup> En cuanto al *Grupo 3*, nuevamente la presencia de conflictos por sobrecostos obligó al MOP a modificar las condiciones iniciales del proyecto, sumándose el recurso a los denominados convenios complementarios<sup>30</sup> bajo los cuales el MOP convino pagar 980.000 UF, representativos de más del 30% del monto inicial proyectado y que dio lugar a que cada metro cuadrado alcanzara 32 UF de valor.<sup>31</sup>

Se discute cuál sería la raíz del problema de los sobrecostos. Algunos han sostenido que su origen se encuentra en las normas de licitación, ya que éstas adjudicarían la concesión al oferente con la propuesta de menor costo. Así entonces, una vez enfrentado a obras de baja calidad, el MOP se ve forzado a alterar el diseño inicial de los proyectos y, por ende, a renegociar con la concesionaria.<sup>32</sup> Otros sostienen que el origen del problema radicaría en el carácter improvisado y poco prolijo de los diseños iniciales elaborados por el MOP, lo que habría derivado en que el MOP impusiera a las concesionarias el deber de realizar modificaciones durante el transcurso de la ejecución de la obra.<sup>33</sup>

Por lo demás, el problema de los sobrecostos no solo ha afectado a las concesiones penitenciarias, sino al sistema de concesiones en general. Un estudio publicado por el Centro de Estudios Públicos el año 2009 afirma: “Si se considera que el presupuesto original de las 47 obras concesionadas (...) era de 8.460 millones de dólares, se concluye que un 25% de los 11.270 millones de dólares invertidos en infraestructura mediante el sistema de concesiones fue agregado después de la adjudicación del proyecto, sin un proceso de licitación competitiva”.<sup>34</sup> El mismo estudio sostiene que, en presencia de un sistema de

---

<sup>28</sup> Aprobado por el Decreto N° 868 del MOP de 23 de octubre de 2006.

<sup>29</sup> Decreto 119 del MOP de 17 de abril de 2010. Esta adjudicación es aún más preocupante, existiendo informes internacionales que delatan a Sodexho como un mediocre operador de cárceles privadas. “Sodexo’s Global Prison Work: Stop the Cycle of Rewarding a Bad Player”. Service Employees International Union. Septiembre 2010. [Retirado de la WEB]

<sup>30</sup> Decreto N° 720 MOP de 29 de diciembre de 2007.

<sup>31</sup> Acta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. (nota 27) p. 20.

<sup>32</sup> En palabras de Ramiro Mendoza, contralor de la República, transcritas en el Informe de la Comisión Investigadora: “El reglamento establece que se debe adjudicar al proyectista más barato. En consecuencia, señaló, siempre se adjudican malos proyectos en materia de construcción de obra pública. Ahora bien, como el proyecto es malo, necesito enderezar la carga en el camino, y para ello se requieren mayores obras”. Informe de la Comisión Especial Investigadora. (nota 24) p. 81.

<sup>33</sup> Javier Hurtado: “Ley de concesiones y sobrepresos”. Diario El Mercurio, Santiago, Viernes 7 de enero de 2011, “Cartas al Director” Cuerpo A, p. 2.

<sup>34</sup> Engel *et al.*: “Renegociación de concesiones en Chile”, *Estudios Públicos* 113, Centro de Estudios Públicos, 2009, p. 153.

repactaciones no competitivas, la capacidad de la concesionaria para renegociar contratos y hacer *lobby* puede incluso ser más rentable que su eficiencia técnica al momento de la adjudicación.<sup>35</sup> Adicionalmente, la revisión continua de las condiciones iniciales de contratación introduce incentivos perversos en el sistema de concesiones. De ser contempladas con anticipo, las renegociaciones inducen la presentación de posturas de licitación distorsionadas, inhiben la elaboración de proyectos de diseño óptimo, desincentivan la minimización de costos de obras extraordinarias, y pueden llegar a generar rentas inauditas. Aún más, dado que las compensaciones fiscales generalmente son de cargo de la administración gubernamental siguiente y ya que el sistema permite un endeudamiento fiscal al margen de los mecanismos presupuestarios usuales, las modificaciones sobrevinientes estimulan la irresponsabilidad de la administración de turno, generando inconsistencias presupuestarias temporales y fomentando el uso del aparato de concesiones con fines electorales.<sup>36</sup>

La experiencia de las concesiones carcelarias fue fiel reflejo de los resultados perversos del mecanismo de renegociaciones. La Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados y la misma Contraloría de la República hicieron un llamado de atención sobre los excesivos y elevados desembolsos que debió realizar el Fisco para afrontar las exigencias de las sociedades concesionarias. Las palabras del Ministro de Obras Públicas de la época, Eduardo Bitrán, son ilustrativas: “Se generó una cultura del litigio para exprimir al Fisco, exacerbado por una ley y un marco que en nada apoyaba la posición del Estado”.<sup>37</sup>

## **b) Una balanza inclinada**

El mecanismo compositivo consagrado en la Ley de Concesiones forma parte de las numerosas trabas del proceso que aquí se describe. En un principio, el sistema de Comisiones (Conciliadora y Arbitral) fue concebido para que el Estado actuara en plano de igualdad con las concesionarias con el objetivo de “evitar eventuales modificaciones arbitrarias que el Estado pudiera adoptar en un acto de autoridad, [fuera] durante el período de construcción o de explotación de la obra”.<sup>38</sup> Sin embargo, el sistema derivó en la captura del Estado y en una posición privilegiada para las empresas concesionarias.<sup>39</sup> Esto porque, entre otras facultades, la Comisión Conciliadora tenía competencia para conocer y resolver de la suspensión

---

<sup>35</sup> *Ibíd.* p. 154. Nota al pie N° 5.

<sup>36</sup> *Ibíd.* p. 190.

<sup>37</sup> Informe de la Comisión Especial Investigadora. (nota 24) p. 52.

<sup>38</sup> Figueroa, Juan Eduardo: “El arbitraje”, (nota 2) p.3.

<sup>39</sup> El artículo 36 Ley de Concesiones dispuso que las controversias sobre la interpretación y aplicación de los contratos de concesión fueran resueltas por una Comisión Conciliadora compuesta por tres miembros: un juez designado por el MOP, un juez designado por la concesionaria y un juez designado de común acuerdo. En caso de no llegarse a conciliación entre las partes, la misma instancia actuaría en calidad de Comisión Arbitral, con facultades de árbitro arbitrador, permitiéndole fallar de acuerdo con su prudencia y equidad y no siendo su resolución susceptible de recurso alguno.

de la concesión.<sup>40</sup> Dada esta facultad, las concesionarias podían promover la paralización de las obras, con lo que las autoridades políticas se vieron en la disyuntiva entre incumplir con las promesas políticas de construcción o renegociar con las concesionarias.<sup>41-42</sup> Optando por la renegociación, el sistema desembocó en el llamado al pozo sin fondo del presupuesto fiscal y en el pago de sumas exorbitantes a los contratistas.

Así entonces, en su calidad de contraparte de una negociación forzada, el MOP se vio sometido a un método de resolución de conflictos ajeno a los equilibrios legales y reglamentarios previamente establecidos. Esta situación ha sido descrita como *Hold up risk*, en la cual el Estado se ve secuestrado por las agencias privadas, debido a la imposibilidad de poner terminación anticipada al contrato de concesión.<sup>43</sup> A esto se suma que los miembros de la Comisión Arbitral, en su calidad de árbitros arbitradores, conociendo de la controversia, omitieron en general la aplicación de la Ley de Concesiones y las Bases de Licitación, concluyendo en cuantiosas condenas en contra de los intereses fiscales.<sup>44</sup> Con ello no solo el presupuesto fiscal mermaba, sino también la posibilidad de generar una competencia equitativa entre los proponentes de la licitación, quienes ven perjudicada su posición de igualdad ante la ley. No existiendo fallos predecibles, la carrera por la concesión se compite con los ojos vendados.

### **c) Inspectores fiscales: problemas en infraestructura y servicios**

El examen técnico de los complejos penitenciarios reveló la promesa incumplida de una infraestructura en condiciones adecuadas. La descripción de las fallas es extensa.<sup>45</sup> El Informe de la Comisión Investigadora dio cuenta de que en Iquique, la cárcel de Alto Hospicio presentaba desaplomes, desplazamientos en los muros de los patios, afloramientos de humedad, filtraciones en distintos módulos, un

---

<sup>40</sup> Figueroa, Juan Eduardo: “El arbitraje” (nota 2), p.5.

<sup>41</sup> Similar situación se presentó cuando la Comisión Arbitral, encargada de dar solución a las controversias entre el MOP y BAS DOS, ordenó no innovar respecto de las obras en Antofagasta y Concepción, dictaminando su paralización.

<sup>42</sup> Particularmente ilustrativas resultan las declaraciones del ex ministro de Obras Públicas, Eduardo Bitrán y el contralor de la República, Ramiro Mendoza. Ambas disponibles en Informe de la Comisión Especial Investigadora. (nota 24) pp. 51 y ss.

<sup>43</sup> Bitrán, Eduardo y Villena, Marcelo: “El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile: Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional”. *Estudios Públicos* 117, 2010. pp. 198.

<sup>44</sup> De acuerdo al artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales son árbitros arbitradores aquellos que en su procedimiento se atienen a las normas que establecen las partes y fallan conforme a su prudencia y equidad.

<sup>45</sup> Las fallas que a continuación se relatan se encuentran descritas en los Informes de la Comisión Especial Investigadora (nota 24), p. 39 y siguientes, y Contraloría (nota 25). Cabe advertir que ambos informes incorporan también críticas a la labor realizada por Gendarmería, servicio con precarios recursos y escasa dotación de personal, que se convirtió en uno de los principales “chivos expiatorios” de las concesionarias.

déficit generalizado en los niveles de terminación e irregularidad en superficies de muros y pavimentos. En entrevista con dirigentes de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios (ANFUP), los investigadores del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales fueron informados el año 2007 de la mala calidad del suelo de la construcción y de la precariedad de las condiciones de seguridad originada por el fenómeno de la camanchaca, que impide dar visibilidad al recinto.<sup>46</sup> En el establecimiento de Huachalalume se observaron desaplomes de muro, filtraciones en baños y equipamiento con artefactos quirúrgicos discordes a la normativa sanitaria. En Rancagua, pese a la periodicidad del mantenimiento, se dio cuenta de la irregularidad en muros y pavimentos, desaplomes y filtraciones de aguas lluvias en los módulos de mujeres y lactantes. En Santiago Uno, no obstante existir mantenimiento constante de las instalaciones, se apreciaron similares irregularidades. El Informe de la Comisión relata que, en Valdivia, el penal presentaría grietas y fisuras, saturación de humedad, ineficiente evacuación de aguas lluvias, filtraciones, desprendimientos de pavimento y anegación. Finalmente, en Puerto Montt también se observaron fisuras y grietas, desprendimientos y saturación de aguas lluvias. Además, los establecimientos de Iquique, Valdivia y Puerto Montt fueron puestos en marcha de manera definitiva sin atender a las observaciones efectuadas por los funcionarios expertos, vulnerando así las normas de procedimiento contenidas en las Bases de Licitación.

A las precarias condiciones técnicas en la infraestructura se suma la desafortunada calidad de los servicios entregados por las concesionarias. En cuanto a la alimentación, pese a señalarse existir regularidad general en el cumplimiento de la obligación de entrega de alimentos, se constataron distintas y graves anomalías que merman su cabal observancia. Se observa que en Alto Hospicio el hacinamiento impediría realizar adecuadamente la entrega de alimentos. En Santiago Uno se constató la existencia de reclamos por atrasos en la entrega de la alimentación a funcionarios e internos, entrega de alimentos en estado de fermentación, descomposición o con insectos, incumplimiento en la preparación y entrega de dietas, falta de manipuladores de la Concesionaria para la entrega del servicio, porcionamiento inadecuado, aseo deficiente, alteraciones de régimen de diabéticos o, incluso, ausencia de cumplimiento en el servicio en distintos módulos.<sup>47</sup> En el *Grupo 3*, el Informe advierte que, dado que Gendarmería no lleva a cabo la labor de fiscalizar la entrega oportuna de alimentación, no existen registros que permitan confirmar el cumplimiento de esta obligación por parte de la concesionaria.<sup>48</sup> Además, aunque no incluido en los Informes, la prensa da cuenta de las denuncias que habrían realizado los funcionarios de Gendarmería por la aparición de gusanos y otros elementos extraños en la comida en la cárcel de

---

<sup>46</sup> Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2007. p. 42.

<sup>47</sup> Informe de Contraloría (nota 25). Anexo 5.

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 23.

Puerto Montt.<sup>49</sup> Sobre el aseo y control de plagas, algunos de los penales acumulan basura y desperdicios en lugares no habilitados para ello, como accesos de visitas y garitas de vigilancia, y presentan un deficiente nivel de limpieza general.<sup>50</sup> Sobre la atención médica, particular gravedad presentó el examen de la situación del equipo médico de Santiago Uno. De acuerdo con el análisis de su situación laboral, los cuatro profesionales habrían estado contratados tanto por la concesionaria como por el Hospital Penitenciario de Gendarmería, ejerciendo labores simultáneas en ambos recintos, durante imposibles jornadas de trabajo. Se suma a ello que las concesionarias, a la fecha de elaboración del Informe de la Comisión, no habrían implementado el sistema electrónico de la ficha clínica por preso y no existirían registros certeros sobre la atención médica recibida por la población reclusa.<sup>51</sup> Sobre los servicios de lavandería, en general, se informa de una subutilización de los recursos y, con ello, de un perverso desincentivo al equipamiento en ropa de cama. El testimonio del reverendo Luis Egaña, capellán de la cárcel de Rancagua, es explicativo: “La concesionaria solo entrega dos frazadas porque es el peso que puede lavar por cada interno”.<sup>52</sup>

Sobre la rehabilitación y la reinserción, los avances en este camino son inciertos. El Informe de Contraloría señala no constar coordinación con Gendarmería en la elaboración de fichas técnicas asociadas a cada preso ni existir espacios suficientes para instalar a los profesionales para el desarrollo de sus programas de reinserción.<sup>53-54</sup> Tampoco, en ninguno de los penales concesionados, existiría una medición de los recursos destinados a este aspecto.<sup>55</sup> Sobre los programas en particular, se observa un incumplimiento de las Bases de Licitación; las infracciones van desde la omisión en la dictación de los talleres como en el déficit de participación de la población reclusa.<sup>56</sup> Tampoco se conocen evaluaciones independientes que den cuenta de un aumento en las posibilidades de reinserción de internos alojados en cárceles concesionadas.<sup>57</sup> Por lo tanto y a la fecha, no es posible determinar fehacientemente si la población penal recluida en

---

<sup>49</sup> Cárcel de Puerto Montt en la polémica tras aparición de gusanos y otros elementos extraños en la comida. Información disponible en <http://www.biobiochile.cl/2010/02/25/carcel-de-puerto-montt-en-la-polemica-tras-aparicion-de-gusanos-y-otros-elementos-extranos-en-la-comida.shtml> [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012].

<sup>50</sup> Informe de Contraloría, (nota 25). pp. 30-31.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>52</sup> Informe de la Comisión Especial Investigadora, (nota 24) p. 94.

<sup>53</sup> Informe de Contraloría, (nota 25). pp. 35-42.

<sup>54</sup> La división de funciones aquí muestra su peor cara. La falta de coordinación entre las empresas concesionarias y la administración penitenciaria ha derivado en dificultades de identificación de los internos, ausencia de registro del número de reclusos y falta de control sobre ingresos y egresos en la instalación. En el mismo sentido, Martínez, Fernando y Espinoza, Olga, (nota 7), p. 10.

<sup>55</sup> Informe de Contraloría, (nota 25). p. 57.

<sup>56</sup> Así por ejemplo, en Alto Hospicio, al curso “Aseo Industrial I” impartido el año 2008 solo asistieron cuatro presos, siendo de diez presos el mínimo de asistencia requerido. Informe de Contraloría, (nota 25) p. 39.

<sup>57</sup> Informe de Contraloría, (nota 25). pp. 39 y ss.

las instalaciones concesionadas logra, luego del cumplimiento de su condena, una efectiva inserción en la sociedad.<sup>58</sup> Se suma a estos problemas que, como observa la Comisión Investigadora, el diseño de la infraestructura y la precariedad de las condiciones de vida en los penales concesionados habrían dado origen a un modo de vida ajeno a la sociabilidad carcelaria, circunstancia que habría dado motivo de la ola de suicidios en la cárcel de Rancagua (19 intentos de suicidio, de los cuales 7 se concretaron), Alto Hospicio y Huachalalume.<sup>59</sup>

Al constatarse las condiciones físicas y operacionales de los recintos concesionados se cierne una sombra de duda sobre la efectividad de la labor de supervisión de los Inspectores Fiscales. En palabras de la Comisión Investigadora: “la reincidencia de algunas observaciones efectuadas en fiscalizaciones anteriores, demuestran insuficiencia de los controles aplicados por las Inspecciones Fiscales y sus Asesorías para detectar oportunamente defectos o inobservancias en los planes de autocontrol de las concesionarias”.<sup>60</sup> Acto seguido, constatadas las irregularidades en la labor de supervisión, tanto Contraloría como la Comisión Investigadora afirmaron poder configurarse responsabilidad por falta de probidad respecto de los Inspectores Fiscales involucrados.<sup>61</sup> Con esto se vuelve relevante el debate sobre el rol que debe tener la fiscalización estatal respecto de las prestaciones públicas proveídas por el sector privado. Según algunos, las falencias de la gestión privada pueden ser subsanadas mediante una adecuada labor de control y supervisión por parte de las agencias públicas.<sup>62</sup> Sin embargo, a ello se ha respondido que la viabilidad de una adecuada gestión fiscalizadora es altamente improbable; los recursos generalmente se destinan a nuevas inversiones y obras, sin existir incentivos para mantener una labor constante de monitoreo; la fiscalización es difícil de implementar dada la diversidad de actividades que se llevan a cabo en un recinto penal; expone al sistema a la corrupción o soborno de los funcionarios

---

<sup>58</sup> El listado de falencias suma y sigue. En particular y analizados de manera pormenorizada, el informe dio cuenta de impresentables desórdenes financieros y administrativos de las concesionarias, incumplimiento o retardo en los reintegros, ausencia de registros, inexistente control sobre el equipamiento estándar, entre otras. Informe de Contraloría, (nota 25) pp. 41 y siguientes.

<sup>59</sup> Al respecto, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. (nota 46) p. 44. Informe de la Comisión Especial Investigadora. (nota 24) p. 102.

<sup>60</sup> Informe de la Comisión Especial Investigadora. (nota 24) p. 46.

<sup>61</sup> *Ibid.*, La responsabilidad podría configurarse a partir de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

<sup>62</sup> Así, por ejemplo, en un persuasivo análisis, Martha Minow propone una fuerte labor de fiscalización en caso de privatizar la provisión de servicios educacionales, penitenciarios y sociales, con el propósito de contrarrestar los peligros de la intervención privada. Minow, Martha. “Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion”. *Harvard Law Review* Vol. 116 N° 1229, 2003. p. 1242.

públicos; y se enfrenta con la posibilidad de que las concesionarias se muestren reacias a entregar información transparente y fidedigna.<sup>63</sup>

#### **d) Costos por preso y sobrepoblación en las cárceles concesionadas**

Los contratos de concesión contemplaron que el Estado efectuase el pago de subsidios de tipo fijo y variable por determinado período, al cabo del cual puede retomar la administración del penal. Los subsidios fijos tienen el propósito de financiar los costos de construcción y operación, mientras que el subsidio indicador de pago variable contempla pagos de acuerdo con el número de internos que pernoctan en la instalación. De las reglas del mecanismo de pagos se siguen conclusiones elementales. Sea cual fuere el número de internos, el Estado siempre deberá entregar a la concesionaria un monto fijo, razón por la cual, a los ojos de los intereses fiscales, siempre será conveniente mantener el número máximo de internos permitido por instalación. Lo contrario significa una subutilización de la inversión estatal. A los ojos de la concesionaria, mientras mayor sea el número de internos, mayor será el pago por subsidio variable, razón que incentiva la retención de internos por penal y, como correlato, desincentiva su liberación.<sup>64</sup> El fenómeno, apunta Eric Schlosser, sería equivalente a la lógica de la industria hotelera: tal como un hotel, la cárcel tiene fuertes incentivos para tener reservadas todas sus habitaciones y para alentar a cada huésped a permanecer tanto como sea posible.<sup>65</sup> El aliciente es aún más intenso si se considera que, de acuerdo con las Bases de Licitación, el Estado chileno debe pagar una multa de 100 UTM diarias cuando la

---

<sup>63</sup> Al respecto, White, Ahmed: “Rule of law and the limits of sovereignty: the private prison in jurisprudential perspective”, *The American Criminal Law Review*. Vol. 38 N° 1. 2001, p. 136 y p. 140. Aman Jr., Alfred C.: “Privatization, prisons, democracy, and human rights: The need to extend the province of administrative law”, *Indiana Law* 33, 2005, p. 528. Legal Studies Research Paper Series. p. 533 y ss. Sobre la situación en Chile, se ha sostenido que el acceso a información pública no es un deber que se restrinja a órganos públicos, sino que incluiría a todo órgano cuya función estuviera asociada al interés público: “La función pública no debe confundirse con la función estatal, ya que en Chile son múltiples los casos en que, mediante concesiones, empresas privadas ejecutan fines propios del Estado, por lo que también ejercen una función pública. Tal es el caso, por ejemplo, de las cárceles concesionadas”. Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010. p. 148. Aún así, el hermetismo en el funcionamiento de las prisiones es considerado un problema estructural a todo sistema carcelario. Al respecto, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. (nota 46) p. 52.

<sup>64</sup> Del testimonio del capellán Luis Egaña se desprende que los internos encuentran restringida su posibilidad de solicitar salida dominical, toda vez que, según relata, la concesionaria pierde dinero por cada interno diario que se ausenta de la unidad. Informe de la Comisión Especial Investigadora. (nota 24) p. 94.

<sup>65</sup> Schlosser, Eric: *The Prison-Industrial Complex*, [En línea] Atlantic Monthly, 1998. Disponible en <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1998/12/the-prison-industrial-complex/4669> [Visitado por última vez el 12 de noviembre de 2012]. Por lo demás, la concreción de estos intereses, según algunos, traería consigo una amplia variedad de estrategias y maniobras políticas orientadas a influir en el gobierno y/o en el Congreso con el fin de generar decisiones favorables a los intereses privados.

población penal excede en un 120% la capacidad de la instalación. En los hechos, el exceso de reclusos en el año 2008 derivó en el pago, por parte del Ministerio de Justicia, de una compensación por multas ascendente a \$ 346.511.900.<sup>66</sup> Al año 2008, época en que se presentó el Informe de Contraloría, el siguiente habría sido el detalle respecto de los costos totales, mensuales y diarios por preso en cada una de las instalaciones de los Grupos 1 y 3.

**TABLA 1: COSTOS TOTALES, MENSUALES Y DIARIOS POR PRESO.  
AÑO 2008<sup>67</sup>**

Concesión	Establecimiento penitenciario	Costo neto por penal en pesos	N° promedio de internos año 2008	Costo mensual promedio por interno en pesos <sup>68</sup>	Costo diario promedio por interno en pesos
Grupo 1	Alto Hospicio	9.176.264.823	1.724	443.555	14.583
	La Serena	8.572.093.941	1.521	469.652	15.441
	Rancagua	8.476.829.116	1.870	377.755	12.419
	<b>Totales G1</b>	<b>26.225.187.880</b>	<b>5.115</b>	<b>427.259</b>	<b>14.046</b>
Grupo 3	Santiago Uno	9.423.887.932	3.017	260.300	8.558
	Valdivia	6.776.650.750	988	571.580	18.792
	Puerto Montt	6.576.561.270	862	635.785	20.903
	<b>Totales G3</b>	<b>22.777.099.952</b>	<b>4.867</b>	<b>389.992</b>	<b>12.821</b>
	<b>Totales generales</b>	<b>49.002.287.832</b>	<b>9.982</b>	<b>409.088</b>	<b>13.449</b>

<sup>66</sup> Informe de Contraloría, (nota 25) p. 3. El cuerpo del informe sostiene: “Lo anterior deja en evidencia que Gendarmería no adoptó las medidas pertinentes para evitar dicha población, en resguardo del interés fiscal”. La situación de Gendarmería en este caso cierra la duda sobre la necesaria coordinación de competencias entre el personal de Gendarmería y los Juzgados de Garantía (encargados de la ejecución penal) y sobre las razones por las cuales Gendarmería omite su deber de traslado (las respuestas pueden ir desde la mera negligencia, pasando por las dificultades operativas de traslado hasta la sospecha de soborno por parte de las concesionarias). El detalle se encuentra en el Anexo 1 del Informe de Contraloría (nota 25).

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>68</sup> Baste hacer notar que en Chile, al año 2008, el salario mínimo ascendía a \$ 159.000 para los trabajadores mayores de 18 años y hasta los 65. Esto es, en algunos penales la inversión por preso resultó ser tres veces superior al ingreso mínimo de un trabajador en el medio libre. Disponible en <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/uno-de-julio-%20rige-salario-minimo> [Última visita realizada el día 23 de noviembre de 2012].

### 3. Entre afinar el sistema y reemplazarlo

Los exámenes de la Contraloría y la Comisión Investigadora concluyeron en un juicio implacable: los fines políticos del programa de concesiones desconocieron las necesidades técnicas de su implementación y una visión global del problema carcelario. Es por ello que una de las soluciones que se propuso a esta improvisación generalizada fue la de reformar el sistema de concesiones en el sentido de mejorar el diseño de los proyectos, fortalecer las facultades fiscalizadoras y precisar los estándares técnicos de la concesión.<sup>69</sup> Las recomendaciones fueron recibidas conforme. El año 2010 fue promulgada la Ley 20.410, que vino a implementar distintas modificaciones en este sentido. En general, la reforma dio lugar a la restricción del ámbito de las renegociaciones y su revisión por terceros independientes; la modificación de las reglas de procedimiento de las comisiones arbitrales, imponiendo la tramitación y fallo de acuerdo con las reglas de los árbitros de derecho; y la creación de un Consejo de Concesiones y un Panel Técnico encargado de la revisión técnica y económica del desarrollo de la concesión.<sup>70</sup> La amplia recepción de las críticas a las concesiones y la pronta reforma legal de la que fueron objeto revelan que los reajustes buscaron perpetuar la lógica del sistema en pos del mismo objetivo inicial: lograr una mayor expansión de la infraestructura carcelaria a un menor costo, contando con la participación de empresas particulares. Así, pese a haber tenido un desempeño cuestionable, se le brindó al sector privado una nueva oportunidad para demostrar su capacidad de coadyuvar a los propósitos punitivos estatales. La maquinaria del Estado penal chileno reacomodaba los engranajes de su socio privado mediante la normativización de la actividad.

En cuanto a los planes del actual gobierno, a inicios de 2010 el Ministerio de Justicia y el MOP suscribieron un Segundo Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, el cual incluía la construcción de cinco nuevos penales bajo la modalidad de concesión, ubicados en las ciudades de Calama, Copiapó, Valparaíso, Chillán y Temuco. A la cuenta del 21 de mayo del año 2010,

---

<sup>69</sup> Informe de la Comisión Especial Investigadora. (nota 24) p. 103.

<sup>70</sup> Además, y como una medida particularmente apreciada en el ámbito académico, el año 2009 el Ministerio de Justicia convocó un consejo intersectorial denominado “Consejo para la Reforma Penitenciaria”, instancia que propuso modificaciones orgánicas y funcionales al sistema penal. Entre las propuestas que consagra el informe están “fortalecer la institucionalidad del sistema penitenciario, mejorar el sistema alternativo a la prisión de libertad, favorecer la reinserción social en los recintos penitenciarios y en la fase pospenitenciaria, racionalizar el uso de la privación de libertad, fomentar la existencia de controles externos en la ejecución penal y, finalmente, otorgar continuidad a las intervenciones con jóvenes que pasan del sistema penal adolescente al adulto”. CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA. “Recomendaciones para una nueva política penitenciaria”. Santiago. Marzo de 2010. p. 5. Pese a que algunos lo consideran un referente en la materia, es difícil determinar la influencia que este informe haya tenido en las recientes decisiones gubernamentales. El informe del Consejo para la Reforma Penitenciaria se encuentra disponible en [http://cesc.uchile.cl/Informe\\_CRPenitenciaria.pdf](http://cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf) [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012].

Sebastián Piñera afirmaba: “Respecto del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, se contará con diez establecimientos penitenciarios en operación, de los cuales cuatro se ejecutarán en este período, correspondiendo a una inversión total de aproximadamente 135 mil millones de pesos, en más de 165 mil metros cuadrados de construcción y otorgando más de seis mil 700 nuevas plazas. En total, las diez cárceles fueron proyectadas para alcanzar más de 16 mil 500 nuevas plazas al actual sistema penitenciario, cubriendo un 34 por ciento del total de población condenada e imputada”.<sup>71</sup> Ya a fines del año 2010, los proyectos del *Grupo 4*, que incluiría los complejos penitenciarios Talca y Santiago Dos, se encontraban en etapas de diseño y licitación.<sup>72</sup>

No obstante esta breve reconciliación de la alianza público-privada, a inicios del año 2011 el gobierno de Sebastián Piñera anunció un desvío en la trayectoria de este modelo, congelando los proyectos contemplados en el plan de concesiones 2010-2014. El nuevo programa de Reforma al Sistema Penitenciario, aún no publicado oficialmente, contempla que la labor de construcción de infraestructura penitenciaria sea recuperada por las agencias estatales y deje de estar en manos del sector privado. El intento por explicar esta retractación del convenio público-privado de construcción de concesiones carcelarias constituye una tarea compleja en la que cabe detenerse.

En agosto del año 2010, el Ministro de Justicia de en ese entonces, Felipe Bulnes, viajó de manera reservada a Nueva York a “buscar nuevas ideas que ayudaran a resolver la crisis carcelaria”, visitar recintos penitenciarios y entrevistarse con la consultora norteamericana Altegrity Risk International.<sup>73</sup> Dicho sea de paso, la peregrinación a la Meca de la industria carcelaria no es una novedad; políticos provenientes de todas partes del mundo asisten para iniciarse en las políticas penales estadounidenses.<sup>74</sup> Ya en noviembre del año 2010, el gobierno chileno anunció la suscripción de un contrato con Altegrity para cumplir las labores de diagnosticar la situación de la población penal en Chile y la infraestructura penitenciaria, revisar los planes de operación y explotación de cada unidad penal y elaborar planes para “la construcción de nuevos edificios, más

---

<sup>71</sup> Mensaje Presidencial. Año 2010. p. 268 y siguientes. El mensaje se encuentra disponible en <http://www.gobiernodechile.cl/media/2010/05/JUSTICIA.pdf> [Última visita realizada el 23 de noviembre de 2012].

<sup>72</sup> Unido a estas medidas sobre el sistema de concesiones, el gobierno el día 15 de octubre del año 2010 anunció un paquete de 11 medidas para mejorar las condiciones de encarcelamiento. Entre ellas, entregar colchones y frazadas a los internos, mejorar la alimentación y la infraestructura sanitaria, aumentar las horas de desencierro, mejorar la reacción médica y el control de los internos, perfeccionar el sistema de visitas, fortalecer la asesoría espiritual de los internos, mejorar las condiciones de liberación, potenciar los Centros de Educación y Trabajo (CET) y mejorar la seguridad al interior de los penales. En Frühling, Hugo: “Breve resumen del año 2010”. *Debates Penitenciarios* 15, 2011. p. 8.

<sup>73</sup> “El reservado viaje a Nueva York de Bulnes que inspiró el Plan Cárceles” Diario El Mercurio, Santiago, Domingo 24 de abril de 2011, Cuerpo D, “Reportajes”, p. 2.

<sup>74</sup> Wacquant. Loïc: *Castigar*. (nota 11) p. 352.

flexibles, inteligentes e integrados”.<sup>75</sup> El convenio con la consultora se celebró mediante el sistema de contratación directa, esto es, prescindiendo del correspondiente proceso de licitación, y habría tenido un costo de US\$ 3.600.000.<sup>76</sup> En particular, sostengo que esta contratación armoniza con la fascinación de las autoridades chilenas por las políticas de ley y orden norteamericanas y contribuye el proceso de consolidación del nuevo negocio de los así llamados expertos de seguridad. No está de más apuntar que el presidente de Altegrity inc., William Bratton, fue jefe del departamento de policía de Nueva York durante la alcaldía de Rudolf Giuliani, encargado de aplicar la mundialmente conocida política de “tolerancia cero”.<sup>77</sup>

Siguiendo con la cronología, el día 8 de diciembre de 2010, la cárcel de San Miguel, ubicada en la ciudad de Santiago, fue azotada por un incendio que terminó con la vida de 81 internos. La catástrofe fue considerada un “nuevo y crudo llamado de atención respecto de las pésimas condiciones de habitabilidad, convivencia y seguridad en las que se encuentran las personas privadas de libertad en Chile”,<sup>78</sup> generando una inmediata reacción de las autoridades en la línea de anunciar la construcción de nuevas unidades penales y la implementación de cárceles modulares.<sup>79</sup> Tras el incendio, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sesionó para investigar los hechos que le dieron origen, presentándose ante ella el Ministro Felipe Bulnes. El Ministro declaró ante la Comisión haber evaluado

---

<sup>75</sup> La información sobre el anuncio se encuentra disponible en <http://www.minjusticia.gob.cl/es/noticias-ministro/350.html> [Última visita realizada el 23 de noviembre de 2012].

<sup>76</sup> Decreto N° 868 de 12 de noviembre de 2010 y Decreto N° 270 de 21 de abril de 2011.

<sup>77</sup> La información se encuentra disponible en, <http://articles.latimes.com/2010/jan/28/business/la-fi-bratton28-2010jan28> [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012]. Como señala Wacquant: “Tras haber sido despedido por Rudolph Giuliani (que consideraba excesiva la popularidad de su jefe de policía en relación a la suya), Bratton se convirtió en <asesor internacional en seguridad urbana> para vender mejor su experiencia y sus conocimientos en todo el planeta, y fue convocado por políticos de todas partes ansiosos por demostrar públicamente su determinación de luchar contra el crimen”. Wacquant, Loïc, *Castigar*. (nota 11) p. 367.

<sup>78</sup> Se suma a esto los efectos del devastador terremoto del día 27 de febrero del año 2010 que produjo daños severos en la infraestructura carcelaria y “agravó las precarias condiciones de habitabilidad en las cárceles nacionales”. Sobre ambas catástrofes: Frühling, Hugo. “Breve resumen” (nota 72).

<sup>79</sup> La información se encuentra disponible en, <http://www.edicionesespeciales.elmercurio.com/destacadas/detalle/index.asp?idnoticia=20101216589552&idcuerpo=574> [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012]. Nótese aquí una previsible coincidencia. Cuando Ricardo Lagos, en su mensaje presidencial del año 2001, realizó la promesa de construir de diez nuevas unidades penales, el día anterior la cárcel de Iquique había sido objeto de un incendio de proporciones. En la tragedia murieron 26 internos y 140 quedaron heridos. Información de la prensa disponible en “Nuevo incendio en cárcel de Iquique” Diario El Mercurio, Santiago, 22 de mayo de 2001. Disponible en, <http://www.emol.com/noticias/nacional/2001/05/22/55505/nuevo-incendio-en-carcel-de-iquique.html> [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012].

el sistema de concesiones y haber descubierto en él la imposibilidad de dar solución efectiva a la necesidad de contar con la infraestructura y las plazas suficientes para hacer frente a la sobrepoblación.<sup>80</sup> De este modo, el gobierno da cuenta ante el parlamento de su alerta por el sistema de concesiones. En sus palabras: “Esto hay que detenerlo. Es mejor que el Estado se haga cargo de construir lo que debe construir, por lo menos, en esta área”.<sup>81</sup>

Meses después, en abril del año 2011, en concordancia con las señales del Ministro, el gobierno anunció que sus proyectos en torno a la matriz carcelaria adoptarían una nueva modalidad. El denominado “Plan Cárceles” incluiría la creación de 11 mil nuevas plazas para internos, aumentando en 30% la capacidad de las cárceles y disminuyendo en un 15% los índices de sobrepoblación. En cuanto a los fondos de inversión, las sumas que se anunciaron son estratosféricas. US\$ 320 millones para cuatro nuevas cárceles, US\$ 40 millones para la remodelación y ampliación de penales existentes y US\$ 50 millones para la terminación de la cárcel de Antofagasta.<sup>82</sup> Y, como fuera advertido más arriba, una diferencia radical: la implementación de un nuevo modelo mixto bajo el cual la etapa de construcción operará en el carácter de obra pública, siendo financiada vía inversión directa por el Estado mientras su ejecución es licitada entre diversas empresas constructoras.<sup>83</sup> En duras cuentas, el anuncio delata la necesidad de una eficacia que las concesionarias no pudieron cumplir. La escasa rentabilidad de las inversiones, el rezago en las construcciones y el progresivo aumento de las tasas de encarcelamiento han motivado al gobierno a desandar el camino de la asociación público-privada.

Las actitudes frente a esta decisión fueron diversas. El director de Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública A.G. (Copsa) de la época, Clemente Pérez, acusó el golpe y afirmó: “Sería un gran retroceso construir como obra pública fiscal los recintos que se había pensado

---

<sup>80</sup> Acta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. (nota 27) p. 7 y siguientes.

<sup>81</sup> Acta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. (nota 27) p. 31.

<sup>82</sup> Información disponible en,

<http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CD8QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.latercera.com%2Fnoticia%2Fnacional%2F2011%2F04%2F680-358378-9-los-principales-cambios-que-contempla-el-plan-de-carceles-del-gobierno.shtml&ei=rlu-UM6KHafXigLkLYGQBg&usq=AFQjCNG74LugKI9tSqr2I5jDOLuozYiXw> [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012]. Llamativamente, la página del gobierno no contiene ningún documento oficial al respecto y entrega menos información que la prensa, <http://www.gob.cl/noticias/2011/04/14/cuatro-nuevos-recintos-penitenciarios-contempla-plan-de-carceles-presentado-por-el-presidente-pinera.htm> [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012].

<sup>83</sup> En esto, un matiz: la labor de provisión de servicios continuaría operando bajo la modalidad de concesión.

concesionar”.<sup>84</sup> La reacción de la entidad va de la mano con las expectativas de haber seguido operando bajo la modalidad de concesión.<sup>85</sup> Otros, por su parte, ven en este programa un paso hacia una “nueva línea de defensa de los intereses colectivos por sobre los particulares”, ya que con esta redirección de la agenda de la infraestructura pública, el gobierno, atreviéndose por fin a enfrentar los intereses de los empresarios concesionarios, toma las riendas de sus inversiones y renueva su capacidad de promover el bien común.<sup>86</sup>

#### 4. Notas finales: la racionalidad punitiva del sistema

El modelo de libre mercado, instaurado en Chile durante la dictadura, heredado y perpetuado por los gobiernos de la Concertación, impulsó la participación del sector privado y redujo la presencia del Estado en servicios tradicionalmente proveídos por el sector público, relegando –en principio– al Estado a un rol de agente regulador. El Primer Programa de Concesiones Penitenciarias aquí analizado ha sido una de sus manifestaciones.

Ahora bien, al año 2012, un gobierno de derecha, bloque vinculado al favorecimiento de la participación privada, desaloja al sector privado y promueve el retorno del Estado.<sup>87</sup> Ante este panorama, surge la duda ¿cómo es que un gobierno de derecha, inspirado en ideales neoliberales, revive la expansión del Estado? ¿Es este un quiebre en las políticas de ejecución penitenciaria? Al respecto, valgan la pena tres prevenciones.

En primer lugar, las preguntas parten con un pie forzado. En la esfera penal ya no son distinguibles los proyectos políticos de derecha e izquierda. Tanto en Chile como en el mundo, ambos bloques han avalado proyectos de expansión del brazo penal del Estado dirigidos por un norte punitivo que se articula como

---

<sup>84</sup> La declaración (retirada de la página web de la asociación) se encuentra ahora disponible en <http://www.plataformaurbana.cl/archive/2011/04/13/gobierno-alista-anuncio-de-plan-para-construir-cinco-nuevas-carceles/> [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012].

<sup>85</sup> Herman Chadwick, al año 2009 en el editorial del diario El Mercurio afirmaba “...no es sólo una necesidad, sino un deber del Estado continuar con el impulso a la concesión de cárceles para solucionar el drama que hoy se vive en las penitenciarías...”. “Cárceles concesionadas: un deber del Estado”, Diario El Mercurio. 15 de junio de 2009. Cuerpo A “Editorial”.

<sup>86</sup> Alberto Texido: “La evolución silenciosa de las concesiones: nuevas directrices en la colaboración público-privada”. *Plataforma Urbana*. Abril. 2011. Disponible en, <http://www.plataformaurbana.cl/archive/2011/04/19/la-evolucion-silenciosa-de-las-concesiones-nuevas-directrices-en-la-colaboracion-publico-privada/#more-25254> [Visitado por última vez el 23 de noviembre de 2012].

<sup>87</sup> Vale la pena prevenir que el nuevo modelo anunciado por el gobierno excluye al sector privado solo en las etapas de diseño y construcción de los recintos penitenciarios, mientras que una amplia provisión de servicios permanecerá en manos privadas. El problema en esta ambivalencia (de excluir a los privados de la construcción, pero conservarlos como aliados en la operación) es que pareciera importar poco que el sector privado haya sido ineficiente en la provisión de servicios a la población reclusa; lo que confirma nuestra tesis sobre los reales intereses del gobierno.

una fuerza desvinculada de posiciones políticas. En palabras de David Garland, “[l]ejos de haber una diferenciación de posturas en materia de política criminal, lo que realmente ha sucedido en las décadas de 1980 y 1990 es el empobrecimiento del debate y una llamativa convergencia de propuestas políticas entre los principales partidos políticos”.<sup>88</sup> En segundo lugar, podría suponerse que el precario desempeño del sector privado en el desarrollo del Primer Programa de Concesiones Penitenciarias es el mejor argumento del gobierno para detener la política de concesiones. Dicho de otra manera, si el sector privado ha demostrado ser ineficaz, entonces es natural que el Estado decida volver a hacerse cargo. Si este fuera el argumento, entonces la política de desmantelamiento del Estado chileno debiese revertirse a muchos otros niveles. En este sentido, el sector privado ha sido ineficaz en políticas chilenas de educación y vivienda y no hay señales de que el Estado proponga volver a recuperar estos terrenos. Por lo tanto, el retorno del Estado a la labor de construcción de los penales es no solo un síntoma de la ineficacia de los privados, sino de la mayor preocupación del Estado en fortalecer su brazo penal.<sup>89</sup> En tercer lugar, un análisis más suspicaz del rol del Estado neoliberal debiese llevarnos a afirmar que, en la esfera penal, el Estado nunca queda relegado al rol de mero agente regulador, ni aun mediando la intervención del sector privado. En efecto, delegar la operatividad de la ejecución de la pena en privados no significa debilitar al poder punitivo estatal que la delega (como en el caso de la exitosa experiencia de privatización carcelaria en Estados Unidos) como tampoco sustraer a los privados de la actividad carcelaria significa que el gobierno cese sus pretensiones de expansión punitiva (como en el caso del fracaso del sistema de concesiones carcelarias en Chile). Según Ahmed White, el fenómeno correspondería a una simultánea expansión de la soberanía estatal, acompañada de una fusión o interpenetración completa de las esferas privada y pública, dada por una extravagante e insidiosa acumulación de poder estatal en un contexto en que dicho poder se ha desplegado de una manera extensa e irracional.<sup>90</sup>

En definitiva, la decisión se explica atendiendo a la racionalidad punitiva que la dirige. Los gobiernos chilenos, desde los años noventa en adelante, han promovido la expansión de la maquinaria carcelaria y este gobierno no es la excepción. La diferencia es que ahora se ha optado por un modelo en sincronía con el fortalecimiento del poder de castigar, prescindiendo de la participación de un sector privado que no estuvo a la altura de las necesidades punitivas. Las palabras de Bernard Harcourt resultan ilustrativas: “[E]l desarrollo carcelario ha sido facilitado –no causado, aunque sí hecho posible– por la racionalidad de la penalidad neoliberal; debido a que, por una parte, se asume la legitimidad y

---

<sup>88</sup> Garland, David: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005. p. 50. El fenómeno también se encuentra descrito en Jesús María Silva Sánchez. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda edición, Madrid, Editorial Civitas, 2001.

<sup>89</sup> Vid Supra, p. 2.

<sup>90</sup> WHITE, Ahmed: “Rule of Law” (nota 63). p. 112-113.

competencia del gobierno en la arena penal y, por otra parte, se presume que el gobierno no debiera interpretar ningún otro papel”.<sup>91</sup> En definitiva, la expansión de la infraestructura penitenciaria vuelve a manos del Estado, el cual, con inversiones colosales, busca llevarla a cabo de manera eficaz. Con esto Chile, de manera paulatina, impulsa la hipertrofia del Estado penal, instándolo a reforzar su intervención en el terreno carcelario. De seguirse por el mismo recorrido, este trabajo solo puede confiar en estar promoviendo un debate que se encuentra aún lejos de agotarse.

---

<sup>91</sup> Traducción personal. Texto original en inglés: “*These carceral developments have been facilitated by- not caused by, but made possible by- the rationality of neoliberal penalty: by, on the one hand, the assumption of government legitimacy and competence in the penal arena, and, on the other hand, the presumption that the government should not play a role elsewhere*”. Harcourt, Bernard: *The Illusion*, (nota 11) pp. 202-203.

## BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ACTA DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA: 358ª Legislatura. Sesión 57ª Ordinaria de 21 de diciembre de 2010.
- ❖ AMAN, Alfred: “Privatization, prisons, democracy, and human rights: The need to extend the province of administrative law”, *Indiana Law* 3, 2005. Legal Studies Research Paper Series.
- ❖ ARELLANO, Jaime: “Reforma Penitenciaria: El caso del programa de concesiones en infraestructura penitenciaria en Chile”. En: Seminario Justicia y Gobernabilidad Democrática del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Ministerio de Justicia de Chile, 2003, Santiago, Chile.
- ❖ AUSTIN, James y COVENTRY, Gary: “Emerging Issues on Privatized Prisons” U.S Department of Justice, 2001.
- ❖ BITRAN, Eduardo y VILLENA, Marcelo: “El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile: Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional”. *Estudios Públicos* 117, 2010.
- ❖ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.  
\_\_\_\_Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2007.
- ❖ CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA: “Recomendaciones para una nueva política penitenciaria”. Santiago. Marzo de 2010.
- ❖ 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
- ❖ DOLOVICH, Sharon: “State punishment and private prisons”, *Duke Law Journal* Vol. 55 n° 3. 2005.
- ❖ ENGEL, Eduardo, FISCHER, Ronald, GALETOVIC, Alexander, HERMOSILLA, Manuel: “Renegociación de concesiones en Chile”, *Estudios Públicos* 113, 2009.
- ❖ ESPINOZA, Olga y MARTÍNEZ, Fernando: “Cárceles concesionadas en Chile: ¿El camino a la privatización?” *Debates Penitenciarios* 9, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. 2009.
- ❖ FIGUEROA, Juan Eduardo: “El arbitraje en los contratos de concesión de obras públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos”. *Gaceta Jurídica* 350. 2009.
- ❖ FREI, Jorge: “Seminario regional. Sistema penitenciario concesionado: desafíos y realidades regionales”. Gobierno de Chile-Ministerio de Justicia, 2009, Rancagua, Chile.
- ❖ FRÜHLING, Hugo: “Breve resumen del año 2010”. *Debates Penitenciarios* 15, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, 2011.
- ❖ GARLAND, David: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- ❖ HARCOURT, Bernard: *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- ❖ INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA SOBRE EL PROCESO DE CONCESIONES CARCELARIAS: Cámara de Diputados, 2008.
- ❖ INFORME N° 291/09. División Auditoría Administrativa Área Administración General y Defensa Nacional de la Contraloría de la República.
- ❖ MINOW, Martha: “Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion”. *Harvard Law Review* Vol. 116 N° 1229, 2003.

- ❖ PRATT T. y MAAHS J.: “Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research”, *Crime and delinquency*, Vol. 45 n° 3. 1999.
- ❖ SCHICHOR, David: “Private prisons in perspective: some conceptual issues”, *The Howard Journal*, Vol. 37 N°1, 1998.
- ❖ SCHLOSSER, Eric: *The Prison-Industrial Complex*, [En línea] Atlantic Monthly, 1998.
- ❖ SERVICE EMPLOYEES INTERNATIONAL UNION. “Sodexo’s Global Prison Work: Stop the Cycle of Rewarding a Bad Player”. Septiembre 2010.
- ❖ SILVA, SÁNCHEZ, Jesús María: “*La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”. Segunda ed., Madrid, Editorial Civitas, 2001.
- ❖ TEXIDO, Alberto: “La evolución silenciosa de las concesiones: nuevas directrices en la colaboración público-privada”. *Plataforma Urbana*. Abril. 2011.
- ❖ WACQUANT, Loïc: *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, 2010.
- ❖ WHITE, Ahmed: “Rule of law and the limits of sovereignty: the private prison in jurisprudential perspective”, *The American Criminal Law Review*. Vol. 38 N°1, 2001.