

Judith Resnik

**GLOBALIZACIÓN(ES), PRIVATIZACIÓN(ES), CONSTITUCIONALIZACIÓN, Y
ESTATIZACIÓN: LOS ÍCONOS Y LAS EXPERIENCIAS RELACIONADAS CON LA
SOBERANÍA EN EL SIGLO XXI.**

*JUDITH RESNIK (Yale Law School)
resnik@yale.edu*

Resumen: ¿Qué pueden ofrecer los Estados constitucionales democráticos que no puedan ofrecer las empresas multinacionales y la gobernanza mundial? Una respuesta a esta pregunta, que surge de resoluciones recientes de los tribunales de Israel y la India, es la policía y el encarcelamiento; dos actividades que constitucionalmente no pueden tercerizarse a proveedores externos.

La articulación de un derecho antiprivatización es novedosa, sin embargo, existe un largo historial de actividades reconocidas como propias del Estado que distribuyen beneficios entre sectores públicos y privados sin distinción de clases. La policía y las prisiones —junto con los tribunales como su conducto— no suelen figurar en la lista de “derechos sociales”, pero deberían hacerlo, ya que son servicios brindados por el gobierno cuyo objetivo es garantizar la seguridad tanto de los ciudadanos como del Estado.

La historia de estos servicios es una hoja de ruta hacia la estatización, la constitucionalización, la privatización y la globalización, ya que las interacciones entre ciudadanos, gobierno y terceros brindaron contenido a las funciones de la policía, jueces y oficiales penitenciarios. Estos actores, a su vez, llegaron a personificar el Estado. Durante el siglo XX, las constituciones y las convenciones internacionales impusieron nuevos límites a la policía, los jueces y las prisiones al reconocer a las personas sometidas a su autoridad como titulares de derechos.

Sin embargo, si las instituciones de vigilancia, confinamiento y control son las únicas relaciones obligatorias que tienen los gobiernos, entonces los Estados constitucionales democráticos se distinguen de las organizaciones corporativas y transnacionales únicamente por su capacidad para legitimar la imposición de la violencia. Para que la soberanía constitucional se una a la privatización y a la globalización como sustento de las metanarrativas del siglo XXI, es necesario ofrecer algo más que prohibición y castigo. Para ello, es necesario traducir las grandes ambiciones del siglo XX -igualdad y dignidad- en instituciones que posean la envergadura otorgada a la policía, los tribunales y las prisiones. Es necesario que otras funciones infraestructurales se desempeñen como actividades estatales en las que participen los ciudadanos y el Estado y, a través de las cuales, se desarrollen normas colectivas. Un ejemplo de ello son los servicios postales, reconocidos en aproximadamente cuarenta constituciones, que asignan al gobierno responsabilidades o protegen la confidencialidad del correo. Sin embargo, el correo también se encuentra en riesgo de perder su identidad como plataforma pública en manos del Estado que ofrece un servicio dentro y fuera de las fronteras.

Judith Resnik

Abstract: What can democratic constitutional states offer that multinational corporations and global governance cannot? One answer, coming from recent decisions by courts in Israel and India, is policing and incarcerating, held to be activities that could not be constitutionally outsourced to third-party providers.

The articulation of an anti-privatization right is novel, but the activities it recognizes as belonging to the state have a long track record of distributing benefits across class lines to both public and private sectors. Police and prisons—along with courts as the conduit—are not often listed as “social rights” but ought to be, for they are government-provided services aiming to make both the citizenry and the state secure. The history of these services is a road-map to statization, constitutionalization, privatization, and globalization, for the interactions among citizens, government, and third parties gave content to the roles of police, judge, and prison official. These actors in turn came to personify the state. During the twentieth century, constitutions and international conventions imposed new constraints on police, judges, and prisons when those subject to their authority gained recognition as rights holders.

Yet if institutions of surveillance, confinement, and control are the only obligatory relationships that governments have, democratic constitutional states distinguish themselves from corporate and transnational organizations solely through their unique capacity to legitimate the imposition of violence. For constitutional sovereignty to join privatization and globalization as sustaining twenty-first century metanarratives entails offering more than prohibition and punishment. To do so requires translating the great ambitions of the twentieth century—equality and dignity—into legible institutions with the gravitas associated with police, courts, and prisons. Other infrastructure functions need to be elaborated as state-based activities in which citizen and state partake and through which collective norms develop. Exemplary are postal networks, inscribed in some forty constitutions that allocate government responsibilities for or protect the confidentiality of the post. Yet, postal services are now also at risk of losing their identity as state-supported public platforms offering universal services within and across borders.

Forma de citar: Resnik, J. (2024). Globalización(es), privatización(es), constitucionalización, y estatización: los íconos y las experiencias relacionadas con la soberanía en el siglo XXI. *Prisiones. Revista digital del Centro de Estudios de Ejecución Penal*, 2 (6), 21-66.

Recibido: 24-10-2024 | Versión final: 30-01-2025 | Aprobado: 05-02-2025 | Publicado en línea: 14-02-2025



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Judith Resnik

GLOBALIZACIÓN(ES), PRIVATIZACIÓN(ES), CONSTITUCIONALIZACIÓN, Y ESTATIZACIÓN: LOS ÍCONOS Y LAS EXPERIENCIAS RELACIONADAS CON LA SOBERANÍA EN EL SIGLO XXI.¹

Judith Resnik²

I. "Ización".

La globalización y la privatización, a pesar de que refieren a dos procesos de cambio que operan en contextos diversos, codifican dos grandes metanarrativas que marcan una nueva visión del status quo. Dado que estas son las palabras propuestas para los ensayos que conmemoran los diez años de I-CON, la cuestión se centra en la relación entre la globalización y la privatización con el Estado, un lugar de autoridad constituido por leyes e instituciones, por prácticas ecológicas y culturales, por un territorio que delimita los parámetros de su poder y por su propia comunidad imaginada. El desarrollo del constitucionalismo añade otra capa, autorizando simultáneamente la acción del Estado e imponiendo restricciones a la forma en que éste puede gobernar.

El sufijo "ización" ha pasado a formar parte de tantas palabras inglesas que ha perdido la connotación que una vez tuvo, utilizado para identificar los esfuerzos destinados a crear una identidad estatal tras la colonización (Barnhart, 1995). En el siglo XX, el término "indianización" se utilizó para describir la política británica que buscaba "aumentar el número de indios nativos elegidos para la asamblea legislativa en la India" con el fin de lograr una "transferencia de autoridad a los ciudadanos nativos" (Barnhart, 1995, p. 548). En la década de 1950, su uso se empleó en "Egipcianización" y "Nigerianización", seguido de "Vietnamización" cuando Estados Unidos intentó reclutar vietnamitas para continuar con los esfuerzos anticomunistas en Indochina (Barnhart, 1995).

La "ización" también opera sobre lo "privado" y lo "global" para captar la direccionalidad de los movimientos de poder, y sobre lo "público" y lo "nacional" para desplazar funciones y atribuciones del Estado (sea un gobierno constitucional o no) hacia otros lugares. Las empresas privadas, que atraviesan las fronteras nacionales, se encargan de proveer algunos servicios (como la gestión de cárceles, la vigilancia policial, el arbitraje, la administración de puertos, el suministro de combatientes, la educación, la provisión de vivienda o los servicios

¹ Publicación original: Resnik, J. (2013). Globalization(s), privatization(s), constitutionalization, and statization: Icons and experiences of sovereignty in the 21st century, I-CON, 11(1), pp. 162–199, disponible <http://icon.oxfordjournals.org/>.

Traducido al español por Guido Campos Moreno, Martin Crosch, María Victoria Dominguez, Lourdes Irina Vázquez y Sofía Vilches. Corregido por Lourdes Irina Vazquez. Revisión general a cargo de Ramiro Gual.

² Agradezco a Dennis Curtis, Susanne Baer, Aharon and Erika Barak, Seyla Benhabib, Richard Brooks, Daniela Caruso, Aparna Chandra, Jonathan Curtis-Resnik, Rashi Fein, Cristiane Galvao, Vicki Jackson, John Langbein, Miguel Maduro, Daniel Markovits, Thomaz Pereira, Michel Rosenfeld, Kim Scheppele, Peter Schuck, Reva Siegel, Elinor Slater, Brian Soucek, Patrick Weil y todos los participantes en el Workshop de la Facultad de Yale por los intercambios sobre estas ideas. A Camilla Tubbs, Michael Vanderheijen y Sarah Kraus por los consejos de investigación. A Efy Michaely por la documentación sobre litigios. A Laura Beavers, Caitlin Bellis, Edwina Clarke, Gloria Gong, Brian Holbrook y Matthew Letten por su investigación emprendedora y perspicaz. Y a Norman Dorsen, cuya enseñanza e investigación innovadoras allanaron el camino hacia la fundación de I-CON.

Judith Resnik

sanitarios) que, si bien históricamente han sido identificados como actividades del Estado, en la actualidad se han vendido a empresas multinacionales que anuncian sus servicios como más flexibles y competentes que los de los gobiernos.

A diferencia de la era Westfaliana, caracterizada por fronteras físicas claramente delineadas, actualmente la privatización y la globalización flotan libres de los límites de lo material. Su interacción magnifica la conectividad a través de modos operativos compartidos que traspasan las fronteras geográficas. Pero ¿quién comparte qué con quién? ¿Qué identidades se construyen y cómo se forman las empresas conjuntas? A diferencia de los Estados constitucionales, la globalización y la privatización convierten la acción en anónima y ambigua, haciendo opacos los mecanismos y los resultados de las transferencias. Las nuevas sedes no se encuentran totalmente localizadas, tanto por los caprichos sobre que se considera “privado” y que “global”, como por el difuso y, a veces limitado, acceso a la información en estos ámbitos (Sassen, 2006).

De hecho, la amplia literatura que ofrece diversas evaluaciones de la innovación, la importación, las utilidades y los impactos distributivos de la privatización y la globalización, las considera (conjunta y separadamente) como agentes erosivos de la soberanía de los Estados, al mismo tiempo que están integradas en los Estados y son producidas a través de ellos (Ip, 2010; Hamann y Ruiz Fabri, 2008; Walker, 2008; Caruso, 2006; Stark, 2000). La privatización y la globalización pueden ser creadas o aprobadas normativamente (ya sea mediante decreto del poder ejecutivo, legislación, tratado, contrato o subvención); pueden crear instituciones legales (produciendo un número cada vez mayor de organizaciones transnacionales, que atraen a actores de los estados nación y del sector privado -Cassese, 2010; Stephan, 2011; Resnik, Civin y Frueh, 2008); pueden estar impregnadas por la ley (como en el caso del desarrollo por parte de entidades privadas de normas transnacionales incorporadas a las obligaciones nacionales -Stewart y Ratton Sánchez Badin, 2011- y la estructuración de sistemas constitucionales transnacionales -Stone Sweet, 2009), pueden evadir la ley (tal como las empresas que cruzan las fronteras para escapar de los regímenes reguladores) y pueden ir en contra de la ley (tal como las redes terroristas o de drogas -Scheppele, 2007).

En cuanto a la relación con las constituciones, “lo global” ha pasado a desempeñar un papel importante en el discurso. Se postula que las constituciones son tanto objeto como agente en los debates sobre adaptación, aislamiento, compromiso, pluralismo, trasplante, homogeneización, fragmentación, migración, universalismo y cosmopolitismo (Jackson, 2010; Maduro, 2012; Frankenberg, 2010; Resnik, 2006; Johnston y Powles, 2004; Lindhal, 2011; Rosenfeld, 2011). La jurisprudencia aborda cuestiones de constitucionalismo transnacional, por ejemplo mediante la fundación de I-CON, lanzada en 2003 “para cubrir una necesidad creada por la reciente tendencia hacia la globalización de las normas constitucionales” (Dorsen y Rosenfeld, 2003)³ y reiterada en 2010 cuando se realizó el pase del cetro editorial de I-CON (Weiler, 2010).

Por el contrario, la privatización no ha sido un tema muy tratado en los debates constitucionales, y los intentos ocasionales de solicitar una revisión judicial para limitar la privatización han sido generalmente rechazados. Como comentó un comparativista

³ Una revista jurídica que (por lo menos) lo deja en claro con su nombre. Ver, Kanwar & Singh, 2010.

Judith Resnik

(convocado para oponerse a un recurso de inconstitucionalidad contra una cárcel privada en Israel), las funciones que eran “componentes esenciales del gobierno eran cuestiones de preferencia política, económica y social (...) que, en una democracia, deben dejarse a la elección del electorado” (Jowell, 2006, p. 30).⁴ Además, opinó que, dada la historia de las actividades que se desplazan entre el gobierno y el sector privado, cualquier búsqueda esencialista de las funciones básicas del gobierno es poco aconsejable.⁵

Algunas decisiones rompen el silencio constitucional sobre la privatización. Una de ellas, es el fallo dictado por el Tribunal Supremo de Israel en 2009 en un caso cuyo nombre (*Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance*) no da ninguna pista de que su objeto sean las prisiones⁶. En 2004, el Parlamento israelí licitó una prisión “privada” con 800 camas, gestionada por una empresa con ánimo de lucro bajo la obligación de rendir cuentas y cumplir con la normativa gubernamental. El litigio supuso un intercambio constitucional global entre partes privadas y estatales que compararon el grado de privatización israelí con los modelos inglés, francés y estadounidense⁷. La empresa que había ganado la licitación para el contrato incluía inversores de varios países⁸, y las partes contrarias ofrecieron

⁴ La Corte Suprema israelí luego decidió HCJ 2605/05 *Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance* [2009] (Isr.), https://elyon1.court.gov.il/files_eng/05/050/026/n39/05026050.n39.htm [en adelante, Academic Center, como referencia a su traducción en inglés y con los nombres de los jueces y párrafos citados].

⁵ Jowell señaló que ciertas actividades, como la “policía y defensa” sumado a “prerrogativas reales” de los poderes de common law de la Corona, tales como la creación de tratados, la investigación penal y la disolución del parlamento, bien podrían ser potestades centrales de los gobiernos (2006, p. 29-31).

⁶ En *Academic Center* la Corte Suprema israelí también hizo referencia a una sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, la cual había defendido un “modelo de ‘privatización parcial’” de una prisión. Véase *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia N. 2004-10492 del 28 de septiembre de 2004*, disponible en

http://200.91.68.20/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS&nValor1=1&nValor2=309611&strTipM=T. Algunas otras cortes han lidiado con desafíos en la privatización de servicios. Por ejemplo, la Corte Constitucional alemana requirió supervisión judicial sobre los efectos de la privatización en los trabajadores que habían sido empleados estatales. Véase *Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 1 BvR 1741/09, 25 de enero de 2011*, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/01/rs20110125_1bv174109.html. Otras cortes han rechazado la revisión judicial de las privatizaciones, relacionado con el desarrollo económico. Véase, por ejemplo, *Delhi Science Forum v. Union of India and Another*, AIR 1996 SC 1356 (donde se rechazó la impugnación a una política de telecomunicaciones que permitía la entrada del sector privado).

⁷ Una entidad “privada” —la Academic Center of Law and Business— “actuando como peticionante público” (acompañado por un ex director del Servicio Penitenciario israelí y luego por un prisionero) desafió una promulgación legislativa de 2004 que autorizaba una prisión privada. Esta universidad “privada” de derecho es innovadora por sí sola, en tanto previo a la fundación de otra entidad en 1994 (el Interdisciplinary Center), solo se podía acceder a la educación jurídica mediante universidades parcialmente financiadas por el Estado, que imponía un límite a las matrículas. La configuración del litigio también refleja la predisposición de Israel para aceptar a los litigantes “privados” con legitimación para presentar tales demandas.

⁸ A.L.A Management and Operations, una empresa israelí con inversores no israelíes, “fue integrada con el propósito específico de ofertar”. Dicha empresa construyó un nuevo establecimiento cerca de Beer-Sheba para 800 presos; luego de la decisión, el edificio fue vendido al Servicio Penitenciario israelí. Ver, Harding, 2012.

Judith Resnik

declaraciones de expertos jurídicos sobre las leyes de Francia, Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁹

El Tribunal Supremo de Israel, por su parte, realizó su propio “análisis comparativo” para abordar “el fenómeno de la privatización de las prisiones en todo el mundo”.¹⁰ Tras estudiar la jurisprudencia de diversos países y varias teorías políticas, los magistrados concluyeron que la privatización, como política interna, era constitucionalmente lesiva ya que la legislación que aprobaba la prisión violaba la dignidad humana y la libertad de los presos, expresamente protegidas por una de las Leyes Fundamentales de Israel. La “novedad” de un “derecho constitucional contra la privatización” ha suscitado anteriormente comentarios en las páginas de I-CON.¹¹

Esta es una decisión en la que vale la pena detenerse más de una vez para analizar, no solo lo que se prohibió (que empresas privadas realicen una actividad que el tribunal definió como intrínsecamente violatoria de los derechos humanos de los detenidos),¹² sino que también sugiere *lo que sí podría* privatizarse, que son muchas otras funciones del Estado. El tribunal afirmó que su sentencia se basaba en la cuestión de los derechos individuales de las personas privadas de la libertad y no en un análisis estructural de lo que constituye el “núcleo duro de los poderes soberanos” que no puede delegarse “en empresas privadas”¹³ a pesar de que la decisión identificaba implícitamente el encarcelamiento como una función gubernamental de este tipo.

Una identificación explícita de otra actividad -la policial- como una de las “funciones esenciales del Estado” e indelegable procede del Tribunal Supremo de la India.¹⁴ En 2011, en el caso *Sundar v. Chattisgarh*, dicho tribunal sostuvo que la designación por parte del Estado de Chattisgarh de “agentes especiales de policía” o “SPO” (a quienes el tribunal denominó “grupo de vigilancia civil armada” enviado para contrarrestar un movimiento de “insurgencia maoísta/naxalita”) infringía los derechos constitucionales de aquellas personas, así como los derechos de otros miembros de la sociedad. La selección de “jóvenes” con

⁹ Jeffrey Jowell, consultado por el Ministro de Finanzas israelí, ofreció una “perspectiva comparativa” de las “jurisdicciones investigadas” en el Reino Unido, Sudáfrica y la Convención Europea de Derechos Humanos. Concluyó que la privatización de las cárceles, bajo la normativa de dichos países, no confería una “función ejecutiva esencial sobre un actor no estatal” ni constituía una “ofensa a la dignidad humana y la libertad personal de los prisioneros” (2006, p. 7–11).

¹⁰ *Academic Center*, 57, 61 (Beinisch).

¹¹ Medina (2010) refirió la decisión como la primera en la historia israelí en anular un “cuerpo legislativo completo” en lugar de declarar inválido una porción.

¹² “La potestad de encarcelar implica una continua violación a los derechos humanos”. *Academic Center*, en la introducción, 21–22 (Beinisch). La Presidente del Tribunal Supremo también señaló que, si bien no se habían planteado ante el Tribunal los problemas que se desprenden de otras formas de privatización, diversas funciones, como el nombramiento de un particular para enjuiciar, ejecutar sentencias judiciales y dotar de personal a centros psiquiátricos, “no estaban tan estrechamente relacionadas con las funciones intrínsecamente soberanas del Estado... [como] aquellas que involucran la gestión y el funcionamiento de una prisión”.

¹³ *Academic Center*, 63 (Beinisch).

¹⁴ *Sundar y otros v. Chattisgarh*, (2011) 7 S.C.C. 547, 73 [en adelante *Sundar*]. El caso fue presentado por partes “privadas”: un sociólogo y un historiador, así como un ex ministro del gobierno. Se trataba de los nombramientos efectuados en virtud de la ley de 2007 de Chattisgarh relativa a los agentes de policía especiales (SPO), que el tribunal comparó con la Ley de Policía de la India de 1861, que también autorizaba a reforzar las fuerzas policiales estatales con fuerzas especiales.

Judith Resnik

escasa formación para ser SPO menoscababa la dignidad de los nombrados, violaba su igualdad al darles menos formación que a los policías empleados por el Estado, y los privaba a ellos y a los demás de su libertad, al poner en peligro sus vidas.¹⁵ De este modo, el Estado había incumplido sus “obligaciones positivas” de “proteger los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, y en algunos casos incluso de los no ciudadanos, y de lograr para la población de la India condiciones en las que se proteja su dignidad humana y se les permita vivir en fraternidad”.¹⁶

El Tribunal indio sancionó a Chattisgarh por permitir a empresas multinacionales la explotación de sus recursos naturales y, de esa forma, exacerbar las disparidades de riqueza que alimentaron los disturbios¹⁷. La “política de privatización” de Chattisgarh lo había “incapacitado, real e ideológicamente, para dedicar sus recursos financieros adecuados a la creación de la estructura necesaria para controlar el descontento social desatado”.¹⁸ El tribunal también expresó su “profunda consternación” por el hecho de que la Unión de la India hubiera desatendido sus obligaciones constitucionales de supervisar la actuación policial del Estado.¹⁹ La obligación de la India de garantizar la seguridad de sus ciudadanos (mediante una policía profesional “debidamente entrenada y adecuadamente equipada”) es una obligación que no puede “renunciarse o cumplirse mediante la creación de cuadros temporales con distintos grados de autonomía”.²⁰

¿Cuál es el atractivo de calificar ciertos servicios como “gubernamentales”? Uno de los principales desafíos conceptuales de siglos pasados fue cómo legitimar la autoridad para perseguir objetivos colectivos. Cuando Dios y la monarquía dejaron de ser suficientes, la provisión de “paz y seguridad” se convirtió en pilar de la soberanía, que se manifestó a través del desarrollo de estructuras administrativas para vigilar, juzgar y castigar. Los regímenes democráticos ofrecían otra base, la soberanía popular, en la que la relación entre el ciudadano y el Estado legitimaba a los gobiernos a imponer la violencia en sus propias poblaciones. Las constituciones —democráticas y no democráticas— codificaban tanto esa autoridad como sus límites.

Los movimientos igualitarios del siglo XX, que desplazaron el centro de atención del nacionalismo al autogobierno democrático, agregaron otro estrato mediante la incorporación de obligaciones en constituciones antiguas y la redacción de otras nuevas que incluyeran a

¹⁵ *Sundar y otros v. Chattisgarh*, (2011) 7 S.C.C. 547, 23, 41, 60–64 (citando los artículos: 14. Igualdad ante la ley, 21. Protección de la vida y de la libertad personal y el preámbulo de la Constitución de la India).

¹⁶ *Id.*, 41.

¹⁷ *Id.*, 9, 12-14.

¹⁸ *Id.*, 53, 4-20.

¹⁹ *Id.*, 41.

²⁰ El Tribunal puso un límite a la Ley de Policía de Chattisgarh de 2007 restringiendo el papel de los SPO. El tribunal también ordenó que India dejara de financiar el uso indebido de los SPO, que el Estado recuperara las armas entregadas y que garantizara de forma directa la seguridad adecuada. *Id.*, 73- 75. Una cuestión diferente son los requisitos que el gobierno puede imponer a quienes emplea. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha anulado una ley estatal que prohibía a los no ciudadanos ser miembros de su colegio de abogados, mientras que ha confirmado una ley estatal que exigía a los profesores de las escuelas públicas ser ciudadanos y no extranjeros con residencia permanente. Ver la comparación entre *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973) y *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979).

Judith Resnik

todas las personas, independientemente de su raza, etnia y género, en el círculo de los titulares de derechos (Joerges & Singh Ghaleigh, 2003). Las aspiraciones de los Estados se ampliaron a medida que las constituciones desarrollaban una serie de derechos que iban más allá de la seguridad. La Constitución de la India, por ejemplo, protege el derecho a la educación y el acceso a la asistencia legal, por otro lado, varias constituciones de América Central y del Sur incorporaron derechos medioambientales. Sin embargo, los problemas de su aplicación persisten al igual que las desigualdades radicales que plantean nuevos desafíos para legitimar la acción colectiva y ampliar las oportunidades por encima de las diferencias de clase.

Muchas de las tareas que históricamente se han asociado con la soberanía —hacer la guerra, cobrar impuestos y legislar— pueden sentirse alejadas de grandes sectores de la población, ya sea porque las actividades tienen lugar en el extranjero, involucran a un pequeño grupo de personas, son esporádicas o se concentran en un único lugar, como en la ciudad en la que se asienta una legislatura. En cambio, las instituciones en las que los soberanos han confiado la vigilancia y el control, como la policía, tribunales y prisiones, convierten la figura abstracta del gobierno en una presencia material, personificando al Estado y demostrando su capacidad para proveer bienes y servicios, paz y seguridad, que representan utilidades tanto para el sector privado como para el público. De ahí que una parte de este comentario se dedique a describir cómo estas actividades ayudaron a crear el Estado, se convirtieron en artefactos del Estado y sirvieron de trampolín para el desarrollo de normas sobre el Estado.²¹

A través de millones de intercambios, en las esquinas de las calles y en el interior de los tribunales y las prisiones, se han configurado reglas que expresan valores sobre la relación entre gobernados y gobierno²². Las prácticas en estas instituciones producen normas e ideologías que hacen que palabras como “policía”, “juez” y “director de la prisión” sean inteligibles y estén cargadas de expectativas de comportamiento. En muchas épocas, esas normas autorizaban el poder autocrático; las jerarquías de estatus hacían que algunas personas sufrieran abusos en las calles, fueran marginadas en los tribunales y maltratadas en las cárceles, ya que los personajes de policía, juez y guardiacárcel encarnaban un control inhóspito y a menudo opresivo.

Más recientemente, las constituciones democráticas han añadido atributos que instituyen a estos agentes estatales como responsables y obligados. Los mandatos constitucionales actualmente enmarcan los intercambios y exigen que los funcionarios capacitados traten a las personas (sospechosos, detenidos, litigantes, testigos) con dignidad. Además, en el plano infraconstitucional, densas reglamentaciones (como los códigos de procedimiento penal y civil y los manuales de policía) formalizan y estructuran estas interacciones, aun cuando el contenido de las obligaciones sigue siendo objeto de intenso desacuerdo y los fracasos en la práctica son habituales. También se están desarrollando nuevos modelos, recogidos en expresiones como “policía comunitaria”, “justicia terapéutica” y “centros correccionales residenciales”.

²¹ Este trabajo se suma así a otros y profundiza las narrativas de financiación estatal más allá del paradigma fiscal-militar. Véase por ejemplo, Pincus & Robinson, 2016; Hindle, 2002.

²² Una visión comparativa que permite vislumbrar la riqueza de la actividad, la atención y la regulación de los tribunales, se observa en el ensayo *Ordinary Proceedings in First Instance* (Kaplan et al, 1984).

Judith Resnik

Ya ha sido trazada la relación entre el mantenimiento del orden y la formación del Estado que convirtió al agente de policía en “el representante más visible del Estado”,²³ al igual que las tendencias contemporáneas a privatizar y globalizar el mantenimiento del orden (Sklansky, 1999; Nadelman, 1993). En este punto, basándome en otros trabajos (Hindle, 2002) y contemplando las contribuciones hechas por los tribunales y por las prisiones al desarrollo estatal, busqué realizar una apreciación de la longevidad de estas instituciones como fuentes de expresiones de soberanía y de la novedad de sus actuales obligaciones constitucionales. A continuación, me centraré en los esfuerzos por privatizar estos servicios y en las implicancias que trae aparejada la idea de que las funciones policiales, judiciales y penitenciarias no son constitucionalmente delegables completamente en el sector privado ni transferibles a la esfera global.²⁴

La insistencia de los Tribunales Superiores de la India y de Israel de que la policía y las cárceles privadas violaban la constitución de cada país, torna exigible la obligación estatal de dotar de personal a determinadas instituciones. Aunque no suelen considerarse “derechos sociales”, la policía, los tribunales y las prisiones son servicios prestados por el gobierno que deben añadirse a la lista donde suelen ubicarse los derechos a la educación, la salud y el trabajo (Barak-Erez & Gross, 2007). Estos derechos sociales más antiguos están integrados en el esfuerzo más amplio por generar un entorno seguro en el que las instituciones políticas y económicas puedan funcionar y prosperar. La policía, los tribunales y las prisiones han llegado a parecer tan naturales para el gobierno que pasan desapercibidos por requerir importantes compromisos estatales de apoyo a los servicios cotidianos. Las infraestructuras que las legislaturas han financiado para mantener estas funciones (con intervenciones ocasionales del poder judicial y la supervisión de funcionarios del ejecutivo) iluminan las formas en que se podría dar contenido a los derechos sociales de más reciente creación. Estos ejemplos incitan a preguntarse qué otros derechos estructurales deberían integrarse en las actividades de bienestar político-social de los Estados democráticos.

Mi argumento es que estas formas de interacciones identitarias se *convierten* en funciones estatales al situarlas fuera del ámbito de la provisión total por parte de terceros, incluso cuando, como ejemplifican los Tribunales Supremos israelí e indio, la decisión de externalizar puede ser el producto de una toma de decisiones democrática. Es necesario construir otros derechos de este tipo —no esencializarlos, sino *crearlos*— para que las personas puedan experimentar a los Estados democráticos como recursos vitales que facilitan el debate colectivo sobre la importancia de la identidad estatal y produzcan beneficios intergeneracionales por encima de las diferencias de clase y raza. La construcción de relaciones entre el Estado y los ciudadanos a través de experiencias que van más allá de la vigilancia de Michel Foucault (incluso cuando están reglamentadas por normas

²³ Palmer atribuyó el auge de la actividad policial al temor a los disturbios civiles; su relato identifica el desarrollo de la actividad policial como un esfuerzo político por garantizar control civil, en contraste con control del delito (1988, p. 7–11). Véase también Beattie, 2001.

²⁴ La distinción entre las normas internacionales de derechos humanos y su aplicación a escala nacional y local está bien definida. Lo “global” puede producir su propia policía, tribunales y prisiones, pero la escala y las realidades de su existencia material sitúan a los individuos en tiempo y en espacio y, por tanto, es probable que los Estados (aunque no necesariamente con su configuración actual) sigan garantizando estas funciones y (como sostengo en este ensayo) muchas otras. Véase al respecto Benhabib, 2011.

Judith Resnik

constitucionales) confiere a los Estados una identidad basada en algo más que el control y ofrece a los individuos otro rol además del de clientes.

Los desafíos son muchos, entre ellos si se pueden establecer criterios normativos para identificar los servicios que los Estados deben prestar. El Tribunal Supremo de Israel, al insistir en que basaba su sentencia en los derechos fundamentales de los detenidos, trató de evitar las dificultades —dentro de un sistema político, por no decir a escala mundial— de articular tales criterios.²⁵ Algunos juristas constitucionalistas también han pensado si corresponde determinar una función como “atributo esencial” del gobierno²⁶. Tantas actividades han sido y son una mezcla de acción pública y privada que decidir cuándo aplicar la etiqueta de “acción estatal” genera mucha doctrina. Incluso cuando hablamos hoy en día de “holandeses” e “ingleses” como autoridades coloniales, gran parte del ejercicio de esa forma de “soberanía” —incluida la vigilancia policial, el encarcelamiento y los tribunales— fue llevada a cabo por “empresas privadas”, apoyadas por el Estado, tales como las Compañías Holandesas e Inglesas de las Indias Orientales (Keay, 1991).

Por lo tanto, mi foco no está en la búsqueda empírica de la “esencia” atemporal del Estado, sino en la cuestión normativa sobre qué es lo que nosotros — mediante políticas constitucionales democráticas— queremos que sea una función del Estado en este siglo, tanto a nivel internacional como dentro de un gobierno concreto. “¿Por qué un Estado constitucional?” -podría ser la respuesta y es sin duda el desafío que plantea la globalización y la privatización. Una respuesta abreviada es que los Estados siguen ofreciendo oportunidades de autogobierno; que, en el último siglo, los Estados constitucionales democráticos han generado nuevos derechos a la igualdad y la dignidad para grupos de personas que durante mucho tiempo estuvieron excluidos, y que los Estados constitucionales aspiran a una distribución justa de las oportunidades al tiempo que mantienen su compromiso con la libertad y la seguridad personal. Este conjunto de preocupaciones no es algo que la globalización pueda ofrecer y en lo que la privatización tenga algún interés.²⁷

Pero este conjunto de aspiraciones es relativamente nuevo y potencialmente frágil. Dado que ahora se asume la vitalidad de la globalización y de la privatización, la carga de la justificación se ha desplazado hacia el Estado, que necesita explicarse a sí mismo como

²⁵ El nivel de independencia de los estados miembros de la Unión Europea para definir su propia identidad estatal fue una cuestión central en la decisión de la Corte Constitucional Alemana al analizar el Tratado de Lisboa. El Tribunal Constitucional enumeró aspectos de la vida política como el derecho penal, la policía, la política fiscal militar, la familia, las comunidades religiosas, la escuela y la educación, que son tan fundamentales para cada Estado miembro que, en ausencia de acuerdo estatal, no pueden ser invalidados por la UE. Véase Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 2 BvE 2108, 30 de junio de 2009, 251–252, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

²⁶ La famosa secuencia en Estados Unidos, que deriva de un debate sobre si la ley nacional puede aplicarse a los gobiernos estatales, se observa en *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), y *García v. San Antonio Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985). Ver en general, Tribe, 1977.

²⁷ Selya Benhabib (2012) explora las aspiraciones a una ciudadanía global y la distinción entre sujetos constitucionales y subjetivos en su reseña de Michel Rosenfeld's *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (2010). Mi argumento no es que las actividades institucionales sean fijas, como ejemplifican los debates sobre la relación entre los Estados miembros y Europa, incluida la decisión sobre el Plan de Estabilidad Económica. Véase por ejemplo, Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 2 BvR 1390/12, Sept. 12, 2012, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2012/09/rs20120912_2bvr139012en

Judith Resnik

forma organizativa deseable. La cuestión es si la “constitucionalización” a la que se dedica I-CON puede ofrecer una ideología competidora o complementaria suficientemente sólida (Guehenno, 2000; Cohen, 2004; Karnouh, 2002; Alexander, 2005). Para hacerlo (y unirse así a la privatización y la globalización como metanarrativas del siglo XXI) se requiere algo más que insistir en que la singularidad del Estado constitucional reside en la prohibición y el castigo.

¿Qué más hay? Las constituciones, las convenciones internacionales y las prácticas sociales son los recursos que hay que extraer para enriquecer los relatos. Las constituciones detallan una serie de aspiraciones y asumen compromisos jurídicos que luego se le pueden exigir a un Estado, aunque su contenido varíe con el tiempo y su aplicación se produzca a través de la “realización progresiva” (tomando prestada la terminología de la Constitución sudafricana).²⁸ Así pues, las respuestas a las preguntas —qué ofrecen/deben ofrecer los Estados constitucionales que no puedan ofrecer las empresas multinacionales y la gobernanza mundial— se obtienen en parte a través de los métodos utilizados por los tribunales israelíes e indios, que intentan interpretar sus respectivas leyes constitutivas en el contexto de preceptos y advertencias internacionales.

Estos escasos casos sobre derechos constitucionales antiprivatización son radicalmente ambiciosos y, sin embargo, demasiado escasos. Estas sentencias insisten en la provisión estatal y, por tanto, en la aplicación judicial de esta forma de derecho social. Dado que, en muchos órdenes sociales, la obligación afirmativa de mantener la paz y la seguridad a través de la policía y las prisiones no se cumple y pone en peligro a las personas y las comunidades, la revisión judicial (en el contexto de la privatización y en otros) es admirablemente innovadora. Pero si la policía y las prisiones, junto con los tribunales como conducto, son los únicos lugares en los que se expresa la identidad del Estado, entonces los Estados constitucionales se distinguen de las formas corporativas únicamente por su capacidad única para legitimar la violencia.

La policía, los tribunales y el encarcelamiento no deberían ser los únicos ejemplos de funciones tan entrelazadas con la identidad del Estado y tan personalmente experimentadas por los individuos que deban ser asumidas predominante o exclusivamente por el Estado en lugar de por intermediarios privados. Los Estados constitucionales necesitan resolver más problemas colectivos que regular la violencia, y más estructuras institucionales que la policía, los tribunales y las prisiones para expresar su compromiso con sus valores y desarrollar relaciones recíprocas con su población. Mi interés se centra en identificar otras facetas estructurales de la gobernanza que puedan entenderse -ya sea dentro de un Estado nación determinado o a escala transnacional- como derechos que deben apreciarse por su utilidad colectiva a la hora de generar identidad y afiliación al Estado constitucional.

Intento liberar a los derechos sociales convencionales como la educación, la salud y la vivienda de su condición de excepción y de los debates sobre si están sujetos a la aplicación judicial o dependen de otros medios de aplicación (Young, 2012; Fredman, 2008; Gráinne de Búrca & de Witte, 2005). Lo hago en parte esbozando que la prestación estatal de servicios más allá de la autodefensa no es un artefacto novedoso de las constituciones del

²⁸ Constitución de Sudáfrica de 1996, artículos 26(2) (vivienda) y 27(2) (Asistencia sanitaria, alimentos, agua, y seguridad social).

Judith Resnik

siglo XX, sino que viene de hace tiempo. La policía, los tribunales y las prisiones son anteriores a la nomenclatura de los “derechos sociales”, pero todos ellos están al servicio del derecho a la seguridad que contribuyó a la identidad estatal y llegó a integrarse en ella. La intervención judicial en estas instituciones (limitada y no siempre eficaz) también se ha convertido en algo habitual.

Si se examinan otras facetas de las constituciones, se encuentran ejemplos de servicios como el transporte, las tierras públicas y la protección del medio ambiente, que también son actividades de infraestructura a través de las cuales los individuos pueden sentirse parte de un Estado, facilitando el crecimiento de las capacidades individuales y colectivas. Concluyo con un breve análisis de una obligación codificada en algunas constituciones, y a la que no se suele hacer referencia bajo la rúbrica de derechos (sociales o de otro tipo), la de proporcionar servicios postales universales y otras formas de comunicación. Estos servicios, que se encuentran tanto en las constituciones antiguas como en las nuevas, ejemplifican la prestación estatal de apoyo a los programas privados y nacionales y expresan la obligación del gobierno de prestar una asistencia equitativa y respetuosa.

Más arriba, he añadido el sufijo “-ización” a la palabra constitucional, uniéndome así a otros que utilizan el término para captar cómo los preceptos constitucionales se han hecho endémicos dentro y fuera del Estado. El término señala el papel dinámico de las constituciones a la hora de identificar y proteger las relaciones entre los ciudadanos y el Estado (Siegel, 2012; Klabbers, Peters & Ulfstein, 2009; Rittberger & Schimmelfennig, 2007; Cass, 2005). Utilizo “estatización” como recordatorio tanto del linaje reciente como de la continua evolución de los Estados nación. Estas palabras (incómodas hasta que se naturalizan, se introducen en las búsquedas de Google y son aceptadas por el corrector ortográfico de Microsoft) reconocen hasta qué punto el Estado y su proyecto constitucional están en perpetuo movimiento, cambiando la forma de entender qué papel desempeñan y pueden desempeñar los Estados en el florecimiento humano.

El término estatización es también un recordatorio de que las prácticas que antes eran privadas o transnacionales se han convertido en facetas de los Estados, ya sea para ser convertidas mediante la voluntad política en actividades consideradas intrínsecas o para pasar a ser opcionales. Las fuerzas policiales, los tribunales y las prisiones son ejemplos fundamentales de que, durante el siglo XX, han crecido en extensión y alcance a la vez que se sometían a las limitaciones de la Constitución. La crónica de la invención de estas tradiciones (Hobsbawm & Ranger, 1983) suscita reflexiones sobre qué otras infraestructuras podrían convertirse en emblemáticas para que la vigilancia y el control de las poblaciones no sean los únicos emblemas de identidad del Estado.

II. Estatización: el desarrollo de la autoridad soberana nacional para juzgar y castigar.

La coerción estatal —la violencia— es fundamental para la ejecución de sentencias. Ya sea que una medida correctiva detenga a una persona, exija el cumplimiento de un contrato, el pago de una suma de dinero, la transferencia de bienes, el sustento de familias o

Judith Resnik

la disolución de relaciones, la autoridad respaldada por el estado irrumpe vidas y negocios.²⁹ Una manera de trazar el desarrollo de un estado es mapear la expansión institucional de sus capacidades para juzgar y castigar. En igual sentido, rastrear las restricciones impuestas por los sistemas jurídicos —nacionales y transnacionales— a los tribunales y prisiones ilumina el camino de la constitucionalización en el mundo.

Juzgar y castigar son artefactos políticos antiguos, reemplazados desde hace mucho tiempo por nuevas configuraciones. Los soberanos de la Mesopotamia, Egipto, Palestina, Grecia y Roma, dependían de la ejecución pública de sus sentencias para sostener su potestad de imponer el orden (Slanski, 2012; Manning, 2012). El aparato jurisdiccional era el contrapunto diario de los momentos más dramáticos de la creación soberana, tales como la adquisición de territorio mediante pactos o conquistas (Fraade, 2012). Los primeros juicios no eran informales en lo que respecta al proceso y lugar, sino que contaban con roles asignados a los litigantes, testigos y juristas y los actos, realizados ante una audiencia, se registraban en arcilla, piedra y papiro. Estos intercambios interpersonales, estructurados y públicos, consolidaban los nacientes poderes soberanos. Estas actividades comunales interdependientes eran una forma de lo que Joseph Manning describió como “justicia conectiva”, haciendo referencia al objetivo que existía en Egipto de unir los “mundos divino y humano” (Manning, 2012, p. 114, basándose en Assmann, 2002). El término puede generalizarse para reflejar las funciones de resolución de disputas al anclar afiliaciones entre individuos y sus gobernantes.

Prácticas similares ocurrieron en la Europa medieval, algunos historiadores identifican a los tribunales como los “primeros gobiernos municipales” establecidos para proteger mercados y territorios mediante la resolución de disputas, y que luego adquirieron funciones administrativas adicionales (Nicholas, 1997, examinando el “folk moot” de Londres, el “alderman” en Dinamarca, el “scabini” de los Países Bajos, los “jurés y échevins” en Francia, el “rat” o consejo en Alemania, y varias otras configuraciones de gremios, ciudadanos, concejales y asambleas). Le siguieron los espacios físicos — así como el esfuerzo por organizar esos lugares— y los juicios pasaron a realizarse en espacios cerrados. Para finales del siglo XII, los líderes de las ciudades europeas habían construido centros cívicos para complementar las plazas centrales, iglesias y residencias privadas utilizadas para asuntos comunales (Tittler, 1991). La existencia de una ciudad se manifestaba a través de esta “autoconfiguración cívica” (Nevola, 2000) con un ayuntamiento (o casa consistorial, Rathaus o palacio cívico) “claramente diseñado para dominar” su entorno (Norman, 1995; Tittler, 1991, p. 32). Por supuesto, la resolución estatal de conflictos nunca fue la única forma; en ese momento (tal como ahora) eran comunes las resoluciones privadas —a través de familias, religiones y alianzas comerciales—, aunque dependían, para su cumplimiento (más allá de la autogestión), del reconocimiento de los soberanos que controlaban la legitimidad del uso de la violencia.

El castigo también fue fundamental para el desarrollo de la identidad de los soberanos. Los historiadores de la Inglaterra medieval describen “algún tipo de prisión” como una “parte

²⁹ El debate sobre la privatización de la “externalización de la violencia” se ha centrado en la privatización de la policía, las sanciones penales y las fuerzas armadas. Véase, por ejemplo, Harel, 2011; Dickinson, 2010; Dolovich, 2005; Sklansky, 1999. Esa “violencia” debería incluir mecanismos más amplios mediante los cuales el Estado impone su autoridad.

Judith Resnik

natural del equipamiento de cada ciudad", con instalaciones de este tipo "escondidas en el sótano o el ático de cada casa gremial del siglo XV" (Tittler, 1991, p. 123, citando a Pugh, 1968). Sin embargo, los malos olores, junto con el deseo de que los ayuntamientos evitaran cualquier vinculación con las detenciones (y su contaminación metafísica), llevaron a segregar el encarcelamiento en estructuras independientes (Tittler, 1991, p. 125) -cárceles, construidas como alojamientos temporales para albergar diversas personas marginadas, como imputados y deudores (Lounsbury, 2005).

La nomenclatura refleja la diversificación de los servicios soberanos. Palabras como "tribunal", "palacio de justicia" y "prisión" no formaban parte del vocabulario en ese entonces, del mismo modo que el comercio, la religión, la potestad de juzgar y el gobierno no eran actividades segregadas. Los "ayuntamientos", un término especializado, albergaban tanto salas para la celebración de juicios como también los juegos de pesas utilizados como estándares oficiales para los comerciantes.³⁰ Las estructuras separadas y diseñadas específicamente para que jueces (laicos o profesionales) resolvieran disputas (tribunales) y para alojar a los detenidos por largos períodos (prisiones) entraron en escena y se incorporaron a diccionarios en los siglos posteriores (Peters, 1995; Spierenburg, 1984; Langbein, 1976).

La forma no solo sigue a la función, sino también a los fondos, y la prosperidad económica creó oportunidades para que los gobiernos pudieran hacer más. Cuando las comunidades podían financiar la construcción de ayuntamientos monumentales, prisiones con varias celdas y pagarle al personal, las estructuras de madera dieron paso (literalmente, en algunos casos) a edificaciones de ladrillo, piedra y metal (Lounsbury, 2005, p. 238-256). En el siglo XVI, el Parlamento inglés, que recurría más al encarcelamiento que algunos de sus homólogos europeos, ordenó la construcción de casas de corrección en cada condado (Tittler, 1991, p. 126-128).³¹ Al otro lado del Atlántico y siglos después, el Congreso de los Estados Unidos, tras la Guerra Civil, comenzó a financiar edificios denominados "Tribunal de los Estados Unidos" (a menudo también "y Oficina de Correos"), y, en 1896, el Congreso autorizó la construcción de la primera prisión federal construida específicamente a dichos efectos (Hershberger, 1979).

Durante los siglos XVIII y XIX, los tribunales evolucionaron de ser edificios de una sola sala a grandes estructuras, y pasaron a ser considerados símbolos de los gobiernos nacionales³². Estas edificaciones representaban no solo nuevas formas de soberanía, sino también el poder político de especialistas en proceso de profesionalización: arquitectos,

³⁰ La "revolución métrica" llegó después. Véase Scott, 1998.

³¹ La litigación desempeñó un papel fundamental al proporcionar oportunidades para que los individuos participaran en el Estado y para la interacción entre las autoridades locales y centrales (Hindle, 2002, p. 66-145).

³² Echar un vistazo doscientos años atrás, resalta los cambios. En los Estados Unidos, en 1850, ningún edificio de propiedad del gobierno federal tenía el nombre de "courthouse" (tribunal) en su puerta. Mientras que los gobiernos locales y estatales ya habían financiado estructuras construidas específicamente para este propósito, los menos de cuarenta jueces federales dispersos por el país no necesitaban un edificio propio. En contraste, para 2010, más de 850 jueces federales estaban autorizados para trabajar en cientos de tribunales federales, así se denominaban, que se unieron a los miles de tribunales estatales y locales en todo el país. Véase Resnik, 2012. Sobre la importancia política de la construcción de tribunales nacionales, regionales e internacionales, véase Resnik & Curtis, 2011.

Judith Resnik

abogados, jueces y administradores municipales. Las reglas dentro de los tribunales y prisiones reflejaban ideas sobre los roles de los funcionarios y las relaciones entre el estado y los ciudadanos. Las salas de los tribunales elevaron al juez a un papel protagónico en el estrado, marcaron la creciente autoridad de abogados y administradores al situarlos frente a la barra, acogieron a los jurados en aquellas jurisdicciones que autorizaban su participación, y relegaron a la audiencia a la parte trasera.

El término "penitenciaría", comenzó a utilizarse durante el siglo XIX (Spierenburg, 1991). En Francia, a Claude Nicolas Ledoux se le atribuye la "idea original" de construir una prisión "totalmente independiente del tribunal" (Pech, 2000). John Howard y Jeremy Bentham presionaron a Inglaterra para que asegurara la soledad de los criminales convictos y les exigiera trabajos forzados como medio para asegurar su rehabilitación. Bentham propuso un método de implementación -el "Panóptico" (una estructura circular con un módulo de control en el centro), diseñado (pero nunca construido) para que los reclusos pudieran ser observados, día y noche, desde el centro. La pesadilla foucaultiana era que los reclusos nunca sabrían si, o cuándo, estaban siendo observados -lo que Bentham justificaba como un medio para fomentar la autodisciplina. ("Cuanto más estrictamente somos vigilados, mejor nos comportamos", Bentham 2001). Bentham también fue partidario de prisiones gestionadas por particulares ("Lo haría todo mediante *contrato*", Bentham, 1843a, p. 48), con o sin fines de lucro.

Pero la forma de privatización de Bentham también era enfáticamente pública, basada en lo que él llamaba "publicidad", que, en el contexto de las prisiones (y de "todas las instituciones públicas"), significaba acceso ilimitado a la información sobre las instituciones y libros contables abiertos para permitir que el "gran *comité abierto* del tribunal del mundo" (Bentham, 1843b, p. 46; ver también Rosen, 1983; Resnik, 2011a) evaluara lo que ocurría. Además, Bentham defendía la vigilancia no solo de quienes estaban sometidos a la detención estatal, sino también de los legisladores y jueces. ("Sin publicidad, todos los demás controles son insuficientes: en comparación con la publicidad, todos los demás controles carecen de importancia", Bentham, 1843c, p. 355). De este modo, Bentham representa el puente hacia los movimientos de soberanía popular que reformaron las prácticas de la policía, los tribunales y las prisiones, y que impulsaron la creación de otras instituciones nacionales e internacionales.

III. La constitucionalización de la policía, las detenciones y los tribunales.

Así como los palacios de justicia son estructuras gubernamentales que ahora se dan por sentado, lo mismo se presume del sistema de resolución judicial moderno, como si los tribunales siempre hubieran estado obligados a estar abiertos al público, a estar compuestos por jueces independientes con el poder de evaluar la equidad de las normas bajo las cuales operan, y a ofrecer acceso igualitario a todas las personas. Asimismo, hoy en día, la idea de que la policía debe respetar los derechos de los imputados y que a las personas privadas de su libertad, sea en centros de detención públicos o privados, se le deben asegurar ciertas condiciones mínimas en respeto de la dignidad humana parece común, incluso si no siempre resulta así en la práctica.

Sin embargo, estas restricciones no son naturales, sino que fueron creadas a través de movimientos políticos y sociales durante los últimos tres siglos. Así, lo esbozado

Judith Resnik

anteriormente sobre el desarrollo de la estatalización mediante la construcción del aparato estatal de comisarías, tribunales y prisiones se debe complementar con un esbozo de los intercambios globales que transformaron las interacciones dentro de cada institución- *inventando* personificaciones del poder estatal con límites constitucionales.

Durante el Renacimiento, se invitaba al público a presenciar espectáculos de juicio y castigo. Sin embargo, mientras que sí atestiguaban el poder, el público no poseía la autoridad para contradecirlo. Con el tiempo, sin embargo, nuevas teorías de soberanía alteraron las prácticas de juzgamiento y castigo. Los “ritos” se convirtieron en “derechos”, mientras que aspectos del juicio se hacían obligatoriamente públicos; los jueces se convirtieron en actores independientes; y -en las últimas décadas- todas las personas se convirtieron en participantes elegibles y los imputados adquirieron el estatus de titulares de derechos.

La Carta de 1676 de la Colonia Inglesa de West New Jersey estipulaba que “en todos los tribunales públicos de justicia para juicios de causas civiles o penales, cualquier persona o personas... puede ingresar libremente y asistir” (Carta o Leyes Fundamentales de West New Jersey, reimprimadas en Perry, 1959). Un siglo después, los nuevos estados en América del Norte tomaron este precepto en serio, ya que en muchas de sus constituciones se incluyeron las palabras “todos los tribunales serán abiertos”³³ y cláusulas que prometían recursos contra daños a la propiedad y contra las personas. Esos documentos regulaban el proceso de selección de jueces, la duración de sus cargos, los procedimientos que debían seguir y la publicación de opiniones. Se requería a los estados que hicieran el servicio de resolución de disputas accesible a las comunidades locales. Las utilidades eran interactivas, ya que los tribunales integraban la identidad estatal al dar la bienvenida a partes privadas que buscaban la ejecución de acuerdos y protección de la propiedad.

La novedad de los derechos de acceso y la potestad de juzgar a los jueces y, en consecuencia, al gobierno, que adquirió la ciudadanía generaron una transformación radical. A medida que los espectadores se convirtieron en participantes activos (o “auditores”, como describió Bentham su objetivo de que, al presidir un juicio el juez también estuviera “bajo juicio” (1843c, p. 355-356), los tribunales se convirtieron en uno de los muchos lugares que contribuyeron a lo que los teóricos del siglo XX llamaron la “esfera pública” diseminando información que moldeaba la opinión pública sobre el desempeño de los gobiernos (Habermas, 1991; 1996). Los tribunales no sólo aportaban a la esfera pública, sino que también se transformaron en espacios de interés cuando los jueces, que se habían posicionado como empleados leales, adquirieron la condición de actores independientes, facultados a juzgar el mismísimo poder que los revistió de autoridad.

Durante mucho tiempo la litigación ha representado una importante demanda popular por servicios estatales. Sin embargo, fue recién en el siglo XX que todas las personas adquirieron el derecho de ocupar diferentes roles en los tribunales -litigantes, testigos, jurados, abogados y (aún más recientemente) jueces. Los principios constitucionales de igualdad de trato se interpretaron de forma tal que confirieron a los reclamantes el derecho a ser escuchados y tratados con dignidad, sin importar su raza, clase, grupo étnico y género. El carácter público de las interacciones entre ciudadanos y el estado sirvió como una plataforma para visibilizar los conflictos en torno a qué derechos debían garantizar los

³³ Por ejemplo, Constitución de Connecticut de 1818, art. I, 12. Ver al respecto, Resnik, 2011b.

Judith Resnik

gobiernos y cómo debían ser tratados los individuos. En respuesta, la elaboración de leyes constitucionales y estatutarias reestructuró la vida familiar, respondió contra la violencia doméstica, reformuló las protecciones para empleados y consumidores, y reconoció derechos indígenas y civiles.

Las normas constitucionales, plasmadas en documentos nacionales y globalizadas a través de convenciones internacionales, también cambiaron las ideas sobre lo que los tribunales debían garantizar. La frase "un juicio justo" apareció en el siglo XX y se convirtió en el criterio para evaluar si determinado proceso penal, civil o administrativo cumplía con las exigencias de justicia. La codificación transnacional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 resumió las nuevas aspiraciones de igualdad y democracia de los procesos judiciales: "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley" (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, art. 14).

Los datos sobre las tasas de uso ofrecen un pantallazo de la cantidad de intercambios en los que los ciudadanos se encontraban con empleados del gobierno que brindaban respuestas (o eran impermeables) a sus necesidades. Las cifras de Estados Unidos son ilustrativas. En el siglo XXI, los tribunales estatales manejan anualmente alrededor de cuarenta millones de casos civiles y penales -excluyendo casos de tráfico, juveniles y de familia (National Center for State Courts, 2011). Las cifras de Europa también muestran un uso expandido, observando no sólo las demandas, sino también la creciente inversión de recursos públicos y privados en los sistemas legales (Consejo de Europa, 2010; Hadfield, 2010; Hodges, Tulibacka & Cogenaver, 2010). Las altas tasas de reclamos—a menudo leídas como problemáticas—deberían celebrarse como indicadores del grado en que los gobiernos, las personas y las entidades corporativas recurren a la ayuda estatal y creen que serán escuchados. Los tribunales también se han convertido en canales para servicios sociales que abarcan más que la resolución de conflictos. Los nombres —"tribunales de salud mental", "tribunales de familia", "tribunales de veteranos", "tribunales de drogas"—demuestran los esfuerzos por proporcionar remedios más amplios que la mera transferencia de dinero o personas, al incorporar trabajadores sociales y profesionales de la salud mental.

Esta expansión de las áreas de intervención estatal también alcanzó al derecho penal -abarcando desde las fuerzas policiales, hasta el proceso penal y el encarcelamiento. Nuevamente podemos tomar a Estados Unidos como un ejemplo (Lacey, 2008; Resodihardjo, 2009). Entre las décadas de 1930 y 1980, la población penitenciaria se encontraba relativamente estable, en 1983 por ejemplo, había 440,000 personas encarceladas.³⁴ Sin embargo, para 1997 la población penal había crecido a 1.6 millones (Kessler, 2000) y esa década llegó a incluir más de 2.3 millones de personas, con otros 5 millones bajo supervisión.³⁵ En términos fiscales, los gobiernos federal y estatales dedicaron más de \$65 mil millones por año a las prisiones y lugares de detención en general; para los estados, estos montos representaban alrededor del siete por ciento de sus ingresos generales (Kirchhoff,

³⁴ Las cifras provienen del Bureau of Justice Statistics (Oficina de Estadísticas de Justicia), <https://bjs.ojp.gov/>.

³⁵ Ver los informes de *The Pew Charitable Trusts: One In 100: Behind Bars In America* 5 (2008) y *One In 31: The Long Reach of American Corrections* (2009), disponibles en <https://www.pewtrusts.org/>.

Judith Resnik

2010). California, cuyas cárceles para el año 2011 se encontraban inconstitucionalmente sobrepobladas, destinó alrededor de una décima parte de su presupuesto operativo a las prisiones, superando así los recursos invertidos en educación superior.³⁶

Aunque los Estados Unidos han superado a la mayoría de los países en tasas de encarcelamiento, otros países también están aumentando su capacidad carcelaria.³⁷ El negocio de la construcción de prisiones está “en auge”,³⁸ ya que los diseños profesionales de “instalaciones de justicia” trascienden las fronteras nacionales. El “complejo industrial penitenciario” aloja una población cuya posibilidad de empleo depende de los centros correccionales, incluye sindicatos de personal correccional que defienden el trabajo, fabricantes que buscan comercializar sus productos y empresarios confiados en que las inversiones en el alojamiento de presos pueden generar ganancias.

No obstante, todas estas actividades poseen restricciones, ya que las fuerzas policiales, las prisiones y el poder judicial se encuentran sujetos a normas constitucionales que, en reconocimiento de la dignidad humana, ponen límites a la autoridad del estado para infligir ciertas formas de castigo. Tal como explicó la Corte Suprema de India en su fallo *Sundar* que prohibió que el estado designara fuerzas policiales privadas, “el constitucionalismo moderno postula que nadie que detente el poder tendrá el derecho de perpetuar la violencia del estado... fuera del marco de la ley, y sin el debido respeto por la dignidad humana inherente a cada individuo”.³⁹ Como detalló dicho tribunal, estos compromisos internacionales relativos a las detenciones tomaron forma después de la Segunda Guerra Mundial. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impuso la obligación de que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10). Posteriormente, las Naciones Unidas promulgaron los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, e incluyeron a la atención médica⁴⁰. La constitución de Sudáfrica de finales del siglo XX impone obligaciones específicas: “Toda persona que sea detenida, incluyendo todo prisionero condenado, tiene el derecho: (...) a condiciones de detención que sean compatibles con la dignidad humana, incluyendo al menos el disfrute y provisión, a cargo del Estado, del alojamiento adecuado, alimentación, material de lectura y tratamiento médico”.⁴¹

³⁶ Véase *Brown v. Plata*, 131 S. Ct. 1910 (2011). También J. Sterngold. *Prisons' Budget to Trump Colleges?*, nota publicada en el San Francisco Chronicle, el 21 de mayo de 2007 y disponible en <https://www.sfgate.com/education/article/Prisons-budget-to-trump-colleges-No-other-big-2559362.php>

³⁷ En Francia, se habían construido 13.000 nuevas camas hacia finales del siglo XX (Jodry & Zulberty, 2000, p. 109–117). Los Países Bajos también experimentaron una expansión, aunque en una escala más pequeña (Van Hulten, 2000, p. 118-122). Ver Lacey, 2008.

³⁸ Véase McConville, 2000, p. 1. En los Estados Unidos, más de 770,000 personas trabajaban en 2008 en el “sector correccional”, en contraste con aproximadamente 880,000 empleados en “todo el sector de la fabricación de automóviles en EE.UU.” en 2008 (Kirchhoff, 2010, p. 1).

³⁹ *Sundar and Others v. Chattisgarh*, (2011) 7 S.C.C. 547, párrafo 3. Muchos otros países también han insistido en los derechos constitucionales de los prisioneros. Véase por ejemplo, por Alemania, Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 14 de marzo de 1972, 33 y *Entscheidungen Des Bundesverwaltungsgerichts* [BGerfGE], 1.

⁴⁰ Principios Básicos para el Tratamiento de los Prisioneros, Res. 5/111 de la Asamblea General, principio 9, Documento de la ONU A/RES/45/111. (14 dic. 1990).

⁴¹ Constitución de Sudáfrica, 1996, artículo 35(2). Estos derechos no son derogables, artículo 37(5)(c).

Judith Resnik

En Estados Unidos, los límites constitucionales al encarcelamiento evolucionaron a través de la reinterpretación de los textos más antiguos. Antes de la década de 1960, los tribunales sostenían que las autoridades penitenciarias tenían un poder discrecional ilimitado. Sin embargo, las horribles descripciones de los reclusos que decían ser alimentados con harina y agua, azotados y dejados sin atención médica llevaron a los jueces, presionados por defensores de los derechos de las personas privadas de su libertad, a concluir que “los prisioneros no renuncian a todos sus derechos constitucionales al ingresar a la prisión”⁴². Los jueces interpretaron los requisitos constitucionales del “debido proceso” y las prohibiciones sobre “castigos crueles e inusuales” para analizar las condiciones de confinamiento, para excluir ciertos niveles de violencia, condiciones insalubres e “indiferencia deliberada ante necesidades médicas conocidas”⁴³. Los jueces emitieron órdenes estructurales con el objetivo de exigir un mínimo de seguridad e higiene. Asimismo, los tribunales reivindicaron los derechos contra requisas y confiscaciones irrazonables y contra la autoincriminación, así como también establecieron restricciones sobre el trato de la policía a los imputados. La decisión de 1966 en el caso *Miranda v. Arizona* ganó reconocimiento global como una forma abreviada de protección contra la policía coactiva.⁴⁴

Sin embargo, tal como lo demuestra la erosión del caso *Miranda* y el “debate” sobre la tortura tras el 11 de septiembre, una historia constitucional progresista que elabore criterios para la legitimidad de la acción estatal es una narrativa demasiado simple. Las prisiones son otro ejemplo. Al mismo tiempo que los mandatos constitucionales estructuraban las interacciones dentro de las cárceles para frenar ciertas prácticas degradantes, Estados Unidos proponía un nuevo tipo de prisión, la “supermax”. Este modelo se caracterizaba por minimizar los riesgos de fuga y violencia mediante un diseño que imponía un aislamiento extremo y prolongado (Morris, 2000, p. 98-108; Resnik, 2010).⁴⁵ La Corte Suprema de los Estados Unidos no ha prohibido esa forma de confinamiento, pero sí ha requerido ciertos requisitos procesales previo al alojamiento. La Corte Suprema de los Estados Unidos mediante voto unánime explicó que las condiciones en la supermax de Ohio colocaban a los detenidos en celdas de “7 por 14 pies, durante 23 horas al día” y que las “puertas de metal sólido” aseguraban la privación de “casi cualquier estímulo ambiental o sensorial y de casi todo contacto humano”. Dado que estas condiciones “atípicas” producen una “afectación significativa”, la Constitución exigió que los funcionarios garanticen una audiencia informal sin derecho a confrontar ni ofrecer testigos.⁴⁶

⁴² *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539, 555 (1974). Un comentario paralelo proviene de la Corte Suprema de la India. “Siempre que se violen los derechos fundamentales... en perjuicio de cualquier prisionero, el mandato de la Corte prevalecerá, atravesando muros de piedra y barrotes de hierro”. *Sobhraj v. Superintendent*, (1979) 1 S.C.R. 512 (India).

⁴³ Véase por ejemplo, *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976).

⁴⁴ Véase por ejemplo, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Salduz v. Turkey*, 36391/02 Eur. Ct. H.R. (2008), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-89893%22%5D%7D>; *Ambrose v. Harris* (2011) UKSC 43, ¶¶ 50–54 (U.K.).

⁴⁵ Para 2005, se estimaba que más de 25,000 personas estaban alojadas en tales unidades.

⁴⁶ Véase *Wilkinson v. Austin*, 545 U.S. 209 (2005).

Esta forma de confinamiento ha generado preocupaciones a nivel transnacional, con interrogantes sobre si constituye tortura o trato inhumano o degradante según el Art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Véase por ejemplo, *A.B. v. Russia*, 1439/09 Eur. Ct. H.R. (2010), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-143909%22%5D%7D>

Judith Resnik

IV. El embrollo de la(s) privatización(es), el impacto de la globalización y el mercado del encarcelamiento.

Ya esbozados los conceptos de estatización y constitucionalización, continuaré con la globalización y la privatización. Si bien la amplia regulación pública de la policía, los tribunales y las prisiones es reciente, las formas privadas de estos servicios no lo son. En el siglo XVIII, los guardias que cobraban honorarios prestaban servicios a demanda a los centros de detención; los Estados entregaban a los convictos bajo contrato de leasing y los transportaban para que trabajaran en las colonias. Tanto la compañía británica como la neerlandesa de las indias orientales y occidentales gestionaba la policía, las cárceles y los tribunales (Chandra Patra, 1962; Parrillo, 2013; White, 2001). En la actualidad, los Estados permiten que se presten servicios privados de policía, a veces contratando fuerzas privadas “especiales”, y reservando a empresas privadas la construcción y gestión de las prisiones.

Estas diversas actividades me llevan a sugerir una forma mixta para desentrañar la mélangue analítica dentro de la(s) privatización(es) que va desde limitar el acceso público a cambiar el significado de qué puede regular y ejecutar lo “privado” y lo “público”. La privatización de las cárceles que Foucault refirió fue la decisión soberana de trasladar la imposición del castigo, antes exhibido en las plazas públicas, a lugares fuera del alcance del público, con el fin de expandir el poder del Estado y, a la vez, evadir la supervisión popular (Foucault, 1977, p. 7-9). La privatización de una cárcel en Israel permitió a una empresa con fines de lucro gestionar dicha prisión bajo el requisito de someterse a la supervisión estatal y cumplir con sus regulaciones. La privatización de los tribunales, que se detallará más adelante, fue en parte consecuencia de un movimiento paralelo que trasladó la actividad judicial de las salas de juicio a las oficinas y despachos judiciales, donde si bien el acceso público a los procesos y sus resultados era limitado, los acuerdos de mediación adquirían fuerza legal. Otra forma de privatización de los tribunales fue el arbitraje obligatorio, que transfirió la función de juzgar a actores privados habilitados para imponer resoluciones que también serían ejecutables.

De manera más general, durante la segunda mitad del siglo XX, diversas funciones se trasladaron del gobierno al sector privado, bajo el supuesto de que éste último era más eficaz que el Estado en términos de gestión e innovación (Drucker, 1969; Starr, 1988). A finales de la década de 1970, la Primera Ministra británica Margaret Thatcher impulsó, de manera célebre, la privatización de la (atinadamente denominada) British Petroleum Company a través de una oferta “pública” del cinco por ciento de las acciones de la empresa a inversores privados, a la cual le sucedió una desinversión total.⁴⁷

[100964%20\(holding%20that%20three%20year%20term%20of%20solitary%20confinement%20for%20prisoner%20violated%20Art.%203%22%7D}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%5C%2001-110267%5D%7D). Allí se sostiene que un periodo de tres años de confinamiento solitario para un prisionero viola el Art. 3. de la convención. *Amhad v. U.K.*, 24037/07 11949/08 36742/08 66911/09 67354/09 Eur. Ct. H.R. (2012), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%5C%2001-110267%5D%7D}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%5C%2001-110267%5D%7D). Se concluye que la extradición a los Estados Unidos no estaba excluida debido al aislamiento impuesto en las prisiones federales.

⁴⁷ Germà Bel rastreó el término hasta las políticas del gobierno nazi, que privatizó algunas de las actividades que habían sido gestionadas por el gobierno para obtener apoyo del sector empresarial (2006, p. 189).

Judith Resnik

British Petroleum es un ejemplo irónico de privatización, ya que pone de manifiesto la interrelación entre los mercados “privados” y los soberanos “públicos”, donde el prefijo “ización” —nacionalización y privatización— oscila de un lado a otro. Las inversiones públicas han sido esenciales para el éxito de British Petroleum, mientras que Gran Bretaña y la corporación se desplegaron por todo el mundo. Durante el primer cuarto del siglo, el gobierno británico negoció para que la empresa obtuviera derechos exclusivos de petróleo en lo que entonces era Persia (Bamberg, 1994, p. 522; Ferrier, 1982, p. 10-13 y 538-542). El resultado, denominado Anglo-Iranian Oil Company, se unió a una competencia colonialista (y ocasionalmente en alianza) con la Royal Dutch-Shell y con la Standard Oil, con sede en los Estados Unidos (Bamberg, 2000). La nacionalización de la industria petrolera de Irán a principios de la década de 1950 puso fin a esa estructura, que fue reemplazada por la entidad llamada British Petroleum Company, que Thatcher privatizó y que ahora opera bajo el nombre de BP. En respuesta, la compañía invirtió recursos en programas del Reino Unido, y financió una importante expansión de un prestigioso museo inglés al sumarle el “The Tate” al “Tate Modern”. El nombre de la exposición inaugural, *RePresenting Britain 1500–2000*,⁴⁸ puede interpretarse como una referencia al arraigo mutuo de lo público y lo privado en la identidad británica.

Thatcher se transformó en la primer ministro en enarbolar la causa de retirar al gobierno de las empresas de las que había sido propietario -una experiencia que se replicó en otros países europeos. Dado que Estados Unidos no poseía empresas comerciales para vender, su versión de la privatización implicó transferir actividades (como el sistema penitenciario, la justicia, la educación, la obra pública, los programas de beneficios sociales y las pensiones) que durante los siglos XIX o XX pertenecieron a los gobiernos locales, estatales o federales hacia proveedores privados, financiados en su totalidad o en parte con fondos públicos (Donahue, 1989) conservando (en algunos casos) diversos grados de control respecto de políticas e implementación (Freeman & Minow, 2009; Verkuil, 2007; Donnelly, 2007).

Como ilustra el ejemplo de BP, la interacción entre lo público y lo privado puede ser sutil, al igual que lo es la relación entre la privatización y el Estado. Una terminología alternativa, “re-privatización”, reconoce que algunas actividades, que alguna vez fueron privadas, pueden convertirse en públicas y luego regresar al sector privado (Bel, 2006, p. 187). El término “desnacionalización” es otra expresión que, supuestamente, Margaret Thatcher consideraba poco atractiva por sus connotaciones (Bel, 2006, p. 192). Sin embargo, la privatización puede implicar desnacionalización cuando las empresas son entregadas a inversores o supervisores extranjeros. La cárcel privada de Israel tenía inversores extranjeros. De manera similar, el brazo inversor de Kuwait intentó adquirir British Petroleum pero fue bloqueado y una propuesta para privatizar los servicios portuarios en Estados Unidos cayó al revelarse que los compradores provenían de Dubái (Mostaghel, 2007).

Un tema que se relaciona es la capacidad de los emprendedores privados para incidir en las agendas públicas. Los proveedores privados de cárceles lograron expandir su mercado exitosamente, diversificar las formas de supervisión ofrecidas y hacer lobby a favor de un

⁴⁸ La empresa se renombró BP, y en 2010 se asoció con Luisiana cuando las rupturas de plataformas petroleras desfiguraron la costa del Golfo de los Estados Unidos. Véase al respecto, *Our History*, BP. <https://www.bp.com/en/global/corporate/who-we-are/our-history.html>.

Judith Resnik

incremento en las detenciones. Por ejemplo Inglaterra, un "líder global" (Donnelly, 2007, p. 65)⁴⁹, comenzó por contratar a un proveedor privado para construir una cárcel, luego recurrió al mercado privado para la gestión y propiedad de cárceles existentes y para brindar servicios tanto durante el proceso como después de dictar sentencia (Donnelly, 2007, p. 66). En Estados Unidos, la década de 1980 marcó el surgimiento de la Corrections Corporation of America (CCA) y la Wackenhut Corrections Corporation, la división de una empresa de seguridad global que, en 2003, se convirtió en el Grupo GEO. En menos de una década, estas dos compañías pasaron a controlar el 75 por ciento del mercado de cárceles privadas en los Estados Unidos (Dolovich, 2005, p. 459). Puesto en cifras, para el 2011, las cárceles privadas albergaban a una fracción pequeña pero en crecimiento de la población -alrededor del 8 por ciento (más de 125,000 personas) de presos en cárceles del país (Kirchhoff, 2010, p. 22).⁵⁰

Para ese entonces, el Grupo GEO se describía a sí mismo como el "principal proveedor diversificado del mundo de servicios privatizados de corrección, detención y tratamiento", al ofrecer cárceles, centro de detención para menores e inmigrantes, supervisión privada de libertades condicionales, tratamiento residencial, centros psiquiátricos y monitoreo electrónico bajo un "modelo de *continuidad del cuidado*" para sus "clientes en todo el mundo"⁵¹. GEO ilustra cómo la privatización y la globalización están entrelazadas; el resultado de su negocio transnacional en 2011 generó un ingreso superior a los \$1.6 mil millones, un aumento del "27 por ciento" en comparación con las ganancias del año anterior.⁵²

Sin embargo, ese crecimiento "lamentablemente... no alcanzó" los objetivos de la empresa; una carta a los accionistas explicó que una "realineación política y legal en el tratamiento de los presos de baja seguridad, sin precedentes en California, desde el estado hacia los condados ha resultado en la baja de varios centros de GEO que contaban con contratos con el Estado de California, los que están siendo comercializados activamente con agencias federales y de los condados que creemos poseen una necesidad significativa de cupos para la detención y corrección".⁵³ De manera similar, CCA informó en 2005 que "el nivel de demanda de nuestros establecimientos(...) podría verse afectado negativamente por(...) la flexibilización de las condenas y sentencias o por la despenalización de ciertas actividades que en la actualidad están prohibidas por nuestras leyes penales".⁵⁴

⁴⁹ Jowell describió el sistema inglés, y ligó la externalización de las prisiones a la Ley de Justicia Penal de 1991. Jowell, 2006, p. 40–45.

⁵⁰ El gobierno federal era el "cliente más importante de las prisiones privadas" (Kirchhoff, 2010, p. 24).

⁵¹ *The Geo Group, Inc., 2011 Annual Report*, pp. 2-3, disponible en https://materials.proxyvote.com/Approved/36159R/20120302/AR_120114/document.pdf. Véase también *The Law Office Of The Southern Center For Human Rights, Profiting On The Poor: A Report On Predatory Probation Companies In Georgia* (2008), disponible en http://www.schr.org/files/profit_from_poor.pdf.

⁵² Ver el informe de Geo Group mencionado, página 3. El 13% de su trabajo es "internacional", página 1, y tiene 65 instalaciones en los Estados Unidos (página 6); cuatro en Australia, una en Sudáfrica, y dos en el Reino Unido (páginas 10-11).

⁵³ Mismo informe, página 2.

⁵⁴ Ver el informe de 2005 de *Corrections Corporation of America*, Form 10-K, página 21, disponible en <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1070985/000095014406001892/g99938e10vk.htm>. Véase también Alexander, 2010.

Judith Resnik

A raíz de esto, los proveedores de cárceles privadas se unieron con algunos funcionarios públicos y sindicatos de personal penitenciario para apoyar políticas de detención, incluidas las que implicaban el confinamiento de inmigrantes (Dolovich, 2005, p. 523-532)⁵⁵. El informe presentado por el presidente de GEO a los accionistas en 2011 encontró consuelo en las “fuertes tendencias fundamentales y el aumento de la demanda de cupos (...) a nivel federal, las iniciativas relacionadas con la aplicación de las leyes fronterizas continúan generando demanda a gran escala de instalaciones rentables”.⁵⁶ Además, como importante contribuyente de algunos legisladores de Florida, GEO estuvo cerca de obtener un mandato legislativo en dicho estado con el fin de exigir prisiones privadas en varias áreas.⁵⁷

Como ilustra este ejemplo, la privatización a menudo acude a emprendedores con fines de lucro (en contraposición con los sin fines de lucro), mientras que los gobiernos (junto con asociaciones como las religiosas y las universidades) se encuentran impulsados por otros objetivos. Sin embargo, los gobiernos tienen presupuestos, aspiran a superávits y a generar o ahorrar dinero.⁵⁸ Por lo tanto, como lo demuestra el litigio sobre la prisión israelí, la privatización puede ser menos una crítica al gobierno que un elogio indirecto, reflejando que la demanda de un particular servicio gubernamental puede superar la capacidad de producción. La privatización es una manera de complementar, y a veces expandir, los recursos públicos que, como cuestión política, solo pueden ponerse a disposición mediante la transferencia del trabajo a actores privados. Además, la privatización de actividades podría aliviar las cargas presupuestarias, permitiendo al Estado ofrecer más o diferentes servicios. Asimismo, a lo largo del tiempo, los gobiernos han permitido que los empleados generen ganancias y financien su trabajo a través de la emisión de facturas directamente a los destinatarios/clientes en lugar de salarios. En ocasiones esa relación económica directa motivó a los proveedores a ser más atentos con la ciudadanía en tanto cliente (Parrillo, 2013).

⁵⁵ Ver *Associated Press, Immigrants Prove Big Business for Prison Companies*, *Usa Today*, 2 de Agosto de 2012, disponible en <http://usatoday30.usatoday.com/news/nation/story/2012-08-02/immigration-prison/56689394/1>.

A qué nivel la defensa privada afecta las agendas puede ser difícil de medir; el impacto puede variar según qué actores institucionales compartan los objetivos de un grupo particular de emprendedores (Volkh, 2008; 2010).

⁵⁶ Nuevamente del Informe 2011 del Geo Group, página 2.

⁵⁷ Steve Bousquet, *Prison Privatization Dies in Senate*, *Tampa Bay Times*, 15 de Feb., 2012, disponible en <https://www.tampabay.com/news/publicsafety/crime/prison-privatization-dies-in-senate-21-19/1215438/>.

⁵⁸ Un ejemplo prominente en los Estados Unidos fue el interés en el desarrollo económico de New London, Connecticut, comprendida como una "municipalidad en dificultades" (según el Estado de Connecticut); la ciudad expropió terrenos próximos a donde Pfizer Inc., una importante corporación farmacéutica, estaba construyendo una instalación de investigación. El objetivo era crear áreas para caminar a lo largo del frente marítimo y para restaurantes y tiendas con el fin de revitalizar la ciudad. Los propietarios de tierras objetaron la expropiación, argumentando que no era para un "uso público", como lo exige la Constitución de los Estados Unidos. En 2005, en una decisión de cinco a cuatro, la Corte Suprema no estuvo de acuerdo, fallando que el uso propuesto estaba suficientemente destinado al "bienestar general" a efectos de la constitución federal. *Kelo v. City of New London*, 545 U.S., p. 469 (2005). Esta decisión se basó en parte en el respeto a las evaluaciones estatales y locales sobre lo que constituía un uso público. El juez Thomas, en su voto en disidencia, propuso una definición más estrecha que dependía de lo que el público poseía o podía utilizar como su propiedad, como carreteras, parques, ferrocarriles y canales, p. 505 y 512 (J. Thomas, en disidencia).

Judith Resnik

Otro conjunto de debates se centra en si una empresa cuya *razón de ser* es el ánimo de lucro, altera la naturaleza o la demanda de los servicios prestados y si las opciones de precios para los destinatarios generan injusticias distributivas -todas cuestiones que los economistas calificarían como externalidades negativas. La decisión del Tribunal Supremo de Israel se opuso a la existencia de un mercado de prisiones. La mercantilización, razonaron los jueces (uno de ellos invocando directamente a Kant⁵⁹), fomenta una "actitud irrespetuosa"⁶⁰ que desnaturaliza la condición humana de los prisioneros. La detención no podía estar "motivada por consideraciones económicas de ganancias y pérdidas" porque autorizar a una corporación privada a "mantener a seres humanos tras las rejas mientras obtiene un beneficio económico de su encarcelamiento" era un insulto a la dignidad de los reclusos.⁶¹

Una inquietud específica en lo que a la equidad respecta, es permitir que algunos reclusos gocen de mejores servicios si se autoriza el comercio. La privatización puede representar un ataque neoliberal a la acción colectiva al transferir poder a entidades que, mediante precios y accesos diferenciados, disminuyan los aspectos asistencialistas y redistributivos de los servicios prestados por el Estado (Cossman & Fudge, 2002). Michel Sandel comenzó su libro *What Money Can't Buy* con un ejemplo de una prisión en California que ofrecía a los delincuentes no violentos una "mejora de su celda a \$82 por noche" para obtener un alojamiento más tranquilo (2012, p. 3). La decisión en el caso *Sundar* brindó argumentos de distribución paralelos en contra de la figura del poder policial en manos privadas, al considerar que socavaba la obligación del Estado de garantizar que toda su población estuviera igualmente protegida.⁶²

Los tribunales ofrecen otro modelo para explorar las diversas formas que adopta la privatización, su impacto en las agendas políticas y su efecto en las imágenes y expectativas sobre los actores gubernamentales. En muchas jurisdicciones las disputas "privadas" representan el mayor caudal de expedientes, ya que millones de personas en conflicto recurren a los tribunales para la resolución de disputas "públicas" (Hazard & Scott, 1988). Los litigantes con recursos económicos invierten grandes sumas de dinero en abogados que argumentan ante los jueces sobre el significado de la ley (Hadfield, 2011). En algunas jurisdicciones, las obligaciones constitucionales de los tribunales abiertos y las normas de equidad otorgaron subsidios estatales a los litigantes con menos recursos (como "defensores públicos" para imputados penales indigentes, exenciones de tasas de presentación o de transcripción, y asistencia legal civil) y condujeron a un largo debate en torno a cómo asignar y racionar los servicios legales y judiciales.

Al igual que con las prisiones, también se están realizando esfuerzos para convertir ciertas funciones judiciales en un servicio por encargo y reducir los subsidios estatales. En épocas anteriores, los tribunales protegían su "monopolio" sobre la resolución de disputas de forma "celosa" y resolvían que la desinversión en el poder jurisdiccional era contraria a la

⁵⁹ *Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance*. Del voto del juez Arbel: "Como dijo el filósofo Immanuel Kant, una persona no debe ser tratada únicamente como un medio para lograr objetivos externos, ya que esto implica una violación de su dignidad...".

⁶⁰ Véase los votos de Beinisch (apartados 33 y 38), Rivlin (1), Procaccia (16), Grunis (1), Naor (1), Arbel (2), Joubran (1) y Havut (1).

⁶¹ Del voto de Beinisch, apartados 37 y 39.

⁶² Caso *Sundar*, apartado 12. Véase también Sklansky, 2011.

Judith Resnik

“política pública” (Macneil, 1992). Un ejemplo ilustrativo fue la doctrina del derecho consuetudinario que hacía inaplicables los contratos que comprometían a las partes a utilizar el arbitraje en caso de disputas. Además, fomentar la conciliación privada estaba fuera del alcance de los juristas comisionados por el Estado.

Hoy en día, en contraste, jurisdicciones tales como los Estados Unidos hacen cumplir las obligaciones arbitrales, incluso ante las protestas de que estas derivan en ventajas injustas que imponen términos no negociados (Resnik, 2011b, p. 112-118). Las leyes autorizan a tomadores de decisiones privados (“jueces de alquiler”), a dictar sentencias vinculantes y ejecutables (Nagaraj, 2007). Muchos países adoptan la “resolución alternativa de disputas” (ADR por sus siglas en inglés), tal como lo ilustra la directiva de Europa de 2008 al insistir en que sus estados miembros desarrollen programas de mediación para disputas transfronterizas, socavando, de manera discutible, los derechos a una audiencia justa protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos.⁶³

Se presentan varios argumentos, y muy diversos, a favor de quitar el poder de juzgar de las manos del Estado (Hensler, 2003; Menkel-Meadow, 2000; Resnik, 1995). Uno de ellos sostiene que el ADR es una respuesta subóptima a la sobrecarga sistémica, producida porque los gobiernos no pueden atender a todos los que buscan utilizar sus tribunales. Otro argumento enfatiza tanto los costos económicos inmediatos de los procesos públicos, como también los efectos que parecen frenar los intercambios económicos y sociales productivos. Se argumenta que las formas alternativas de resolución son más precisas, menos costosas, más productivas y amigables. Por otro lado, la defensa de la privatización a veces se vincula con movimientos en torno a la justicia restaurativa y el empoderamiento comunitario, que son críticos del adversarialismo producido por procedimientos complejos, la dependencia de abogados y los conflictos públicos. Otro apoyo proviene de los “demandados recurrentes” (tanto privados como públicos) que ven la transparencia de los tribunales abiertos como perjudicial para las prácticas comerciales y las políticas de gobernanza, y por lo tanto, lograron modificar las reglas para restringir el acceso (Galanter, 1974).

Tanto en los Estados Unidos como en el Reino Unido, la privatización ha reformulado las actividades dentro de los tribunales al disminuir las ocasiones de observación y participación pública en los procesos judiciales. Muchos jueces trabajan en salas de conferencias fuera de la mirada del público y funcionan como gestores de conflictos (Roberts, 2009; Resnik, 1982). La idea de qué hace un juez ha cambiado. La mediación y la conciliación, que alguna vez fueron normativamente “extrajudiciales”, han sido reasignadas a los jueces, ahora instruidos para resolver conflictos, muchas veces sin acceso público al proceso o al resultado (Garth, 1993)⁶⁴. Para el año 2011, el gobierno del Reino Unido (que había sido un líder global en la facilitación de “camino hacia la justicia” a través de la asistencia legal y los tribunales administrativos -Genn, 1999-) decretó que había demasiados litigios “innecesarios”, y en consecuencia, presionó a los litigantes para que mediaran y llegaran a un acuerdo, recortó significativamente la asistencia legal y adoptó una política que buscaba que los litigantes civiles absorbieran los costos del litigio (aparte de los gastos de

⁶³ Véase Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Art. 1, 2008 D.O. (L 136) 3; También, Shipman, 2011.

⁶⁴ Véase también *Salem Advocate Bar Association v. Union of India (UOI)*, AIR 2003 SC 189.

Judith Resnik

infraestructura judicial) bajo un modelo de tarifas por servicios prestados (Genn, 2012). Las tasas de casos llevados a juicio han disminuido en ambos lados del Atlántico. Para el 2010, en los tribunales federales de Estados Unidos, solo dos de cada cien casos civiles presentados llegaban a juicio -fenómeno descrito como "la desaparición del juicio" (Resnik & Courtis, 2011, p. 306-314; Galanter, 2004).

En resumen, las potestades de los diferentes funcionarios públicos que engloban desde la policía, la acusación y el castigo hasta el proceso civil, se han construido, reformulado y ahora están siendo revisadas nuevamente. Si alguna vez fue "creíble hablar como si el estado monopolizara" las funciones de mantener el orden, hacer cumplir la ley penal e imponer responsabilidad civil, hoy en día ya no es así (Sklansky, 2011, p. 116- 120).⁶⁵ La privatización de lo que durante el siglo XX se convirtió en una función "pública" de resolución de disputas —tanto penal como civiles—es ahora un fenómeno global que limita la interacción pública entre los ciudadanos y el estado, incluso cuando el poder del estado (al estilo de Foucault) podría expandirse.

Además de afectar la naturaleza del trabajo que realizan los funcionarios públicos y sus agendas, las privatizaciones pueden ser, aunque no lo sean intrínsecamente, un medio para eludir la regulación pública. El grado de supervisión es contingente, tal como sugieren algunos términos como "tercerización", "descentralización" y "delegación". Mientras que lo "privado" a veces marca un ámbito fuera del alcance estatal, algunas privatizaciones son parciales, como al tercerizar la infraestructura pero mantener el control operativo, o a la inversa, manteniendo la operación de la infraestructura y delegando la gestión de servicios. En ocasiones, la privatización puede aumentar la capacidad y la autoridad del gobierno.

La privatización de Thatcher incluyó la creación de nuevas agencias regulatorias (Starr, 1988, p 18). Esta dependencia de la Unión Europea en entidades privadas para establecer estándares fue vista como un mecanismo para generar cohesión mediante la superación de las diferencias entre los estados miembros (Donnelly, 2007, p. 71). Los debates sobre la asistencia médica en los Estados Unidos sugieren una variedad de modelos: el gobierno como quien paga las facturas de los ciudadanos que reciben atención médica de proveedores privados, como quien compra en nombre de los consumidores, alterando así las opciones del mercado, o como proveedor directo de servicios. En las cárceles privadas, los dueños y el personal penitenciario vendrían a ser los contratistas privados, mientras que los reclusos, detenidos por orden del Estado, son mantenidos en su mayoría por el erario público y, en algunas jurisdicciones, también mediante multas y otras cargas impositivas cobradas directamente a los reclusos.

La legislación penitenciaria de Israel de 2003, anulada por su Corte Suprema, ofreció otra opción. El estatuto "mejoró" el "modelo inglés" al exigir que los empleados y dueños adoptaran los mismos procedimientos para cachear y disciplinar a los presos⁶⁶ y estuvieran

⁶⁵ Además, las "compañías militares privadas" (o "PMCs", por sus siglas en inglés), al igual que la policía privada, son parte de industrias "cada vez más multinacionales" (Sklansky, 1999, p. 1182).

⁶⁶ La legislación también ordenó al proveedor privado a garantizar "el bienestar y la salud de los detenidos, y tomar medidas durante el encarcelamiento que ayuden a su rehabilitación después de su liberación, incluyendo capacitación laboral y educación". Ley de Enmienda de la Ordenanza de Prisiones (n.º 28), 5764-2004, § 128.12.

Judith Resnik

sujetos a los mismos estándares legales que el gobierno.⁶⁷ El Estado mantenía el poder de nombrar al personal, controlar la asignación de los prisioneros, monitorear el lugar y revocar el contrato.⁶⁸ Además, los sistemas jurídicos podrían imponer tanto restricciones ex post como ex ante (una "ley pública de privatización") para exigir que los gobiernos que contemplaran la privatización de funciones proporcionaran información detallada de las opciones y costos, así como también otorgaran derechos de participación a la ciudadanía en la toma de decisiones (Barak-Erez, 2010; 2011).

En consecuencia, podemos decir que el grado de supervisión pública depende de cómo se estructure la transferencia, cuánta discrecionalidad permitan los servicios y qué mecanismos de responsabilidad se implementen. Como dijo un experto ante la Corte Suprema de Israel, bajo la Ley de Derechos Humanos, *Human Rights Act (HRA)* (por sus siglas en inglés) adoptada en el Reino Unido, "cualquier persona(...) cuyas funciones sean de naturaleza pública" debe actuar de acuerdo con la HRA; además, la HRA determinó que la administración de las prisiones era una función pública, independientemente de quién las gestionara.⁶⁹ También opinó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había "establecido que los derechos fundamentales protegidos en la Convención" eran "exigibles contra entidades privadas" cuando "el estado hubiera mantenido un alto nivel de responsabilidad para su regulación".⁷⁰

Además, como ilustra el ejemplo de la resolución de conflictos administrada por jueces, no debe asumirse que la actividad "pública" garantice transparencia, publicidad y reglamentación. A nivel más general, muchas políticas constitucionales restringen, en diferentes grados, los actos del poder ejecutivo y legislativo, al mismo tiempo que la inmunidad soberana protege a los gobiernos de ciertas formas de responsabilidad a la que los actores privados pueden estar sujetos (Pfander, 2003). Un determinado sistema jurídico puede —como en el caso de la legislación israelí respecto de las cárceles privadas— imponer el mismo grado de responsabilidad a actores privados que a actores públicos. Por el contrario, como concluyó la Corte Suprema de los Estados Unidos, los funcionarios y empleadores privados, a diferencia de los funcionarios públicos, no deberán responder por violaciones de derechos ocurridas dentro de cárceles privadas.⁷¹ De hecho, los avances legales en Estados

⁶⁷ Caso *Academic Center*, párrafo 6 (jueza Beinisch); Ley de Enmienda de la Ordenanza de Prisiones (n° 28), 5764-2004, § 128.11(3)(1).

⁶⁸ Del mismo voto, párrafo 5, al discutir la Ley de Enmienda de la Ordenanza de Prisiones (n.º 28), 5764-2004, arts. 128.32–128.35.

⁶⁹ Jowell (2006, p. 52-54), citando la Ley de Derechos Humanos de 1998 (art. 6.3.b), describió el sistema sudafricano como similar (y de igual manera sin plantear "dificultades constitucionales") porque la "responsabilidad legal" de los actores privados era la misma que la de los actores públicos para esta "función pública", tal como lo establece la Constitución de Sudáfrica, que considera a cualquier persona que realice una función pública como un órgano del Estado (2006, p. 73, citando la Constitución de Sudáfrica, 1996, art. 239).

⁷⁰ Jowell (2006, p. 131-132), citando *Costello-Roberts v. United Kingdom*, 19 Eur. H.R. Rep. 112 (1993); *Van der Musselle v. Belgium*, 6 Eur. H.R. Rep. 163 (1983); *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, 1 Eur. H.R. Rep. 617 (1976). Véase también *Kotov v. Russia*, 54522/00 Eur. Ct. H.R. (2012) -disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-110023%22%5D%7D>]- donde se discute cuándo un Estado puede ser considerado responsable bajo la Convención por los actos de una empresa o una persona privada.

⁷¹ Presos federales detenidos en cárceles privadas no pueden demandar directamente basándose en la Constitución de los Estados Unidos contra las compañías que son dueñas de la prisión ni

Judith Resnik

Unidos son un ejemplo de la desconstitucionalización de las prisiones. Esto se debe a que las sentencias judiciales dejan la toma de decisiones cada vez más a discreción de las autoridades penitenciarias, tanto públicas como privadas.

Ahora, dejando atrás el paisaje variado de las privatizaciones, me detendré en sus justificaciones. Los aficionados generalmente opinan sobre los servicios públicos. Acusan al Estado de ser un gestor fallido que es demasiado burocrático, inflexible y poco experto para garantizar la calidad de servicios en una variedad de ámbitos. La competencia es el antídoto, al permitir mayor eficiencia mediante la creación de más opciones y diferentes formatos para la prestación de servicios. Una literatura gerencial defiende las ventajas estructurales de los mercados privados que derivan de su mayor capacidad de monitorear la lealtad de los agentes al perseguir los objetivos de sus principales (Trebilcock & Iacubucci, 2003).

En cuanto al éxito de las privatizaciones, se realizan afirmaciones empíricas, respecto de los servicios, la supervisión, la producción de recursos y las ganancias (Dilulio Jr., 2003). Por ejemplo, mejorar la eficiencia depende, en parte, de la capacidad de los nuevos proveedores para acceder a mercados específicos y generar así responsabilidad a través de la competencia (Donahue, 1989, p. 4 y 22). Sin embargo, algunos mercados pueden ser difíciles de ingresar; las cárceles, por ejemplo, requieren grandes inversiones de capital, y es un mercado que por el momento no ha sido ocupado por una gran variedad de proveedores. Además, el debate sobre el impacto de la privatización de las cárceles ilustra los desafíos de valorar las demandas enfrentadas en relación a las eficiencias comparativas. Algunos argumentan que las cárceles privadas son iguales o mejores que las estatales en términos de condiciones y costos.⁷² Otros creen que existen pocas reducciones de costos por prisionero y se preocupan de que los ahorros, si es que existen, sean el resultado de poner en compromiso la seguridad y los programas ofrecidos (Blumstein, Cohen y Seth, 2008; Timor, 2006). También se plantea otro tipo de costo: que la delegación al sector privado socava la legitimidad de las sanciones estatales (Dolovich, 2005, p. 4). Los debates sobre los tribunales privados generan otra pregunta: si exigir a los litigantes que utilicen arbitrajes y otras formas de resolución alternativa de conflictos (ADR, por sus siglas en inglés) es menos costoso y más generador de resoluciones exitosas.

V. La constitucionalización de la(s) privatización(es).

Los tribunales han recibido pocas impugnaciones directas a las privatizaciones, y la Corte Suprema israelí “asumió que no existe ningún impedimento constitucional para la privatización de la gran mayoría de los servicios prestados por el Estado” (Dolovich, 2005, p. 462-471). En cuanto a las cárceles privadas, los pocos debates judiciales, aparte del de Israel,

individualmente contra agentes penitenciarios y solo pueden buscar respuesta basando sus reclamos en las leyes estatales. Ver *Minneci v. Pollard*, 132 S. Ct. 617 (2012); *Correctional Services Corp. v. Malesko*, 534 U.S. 61 (2001). En este sentido, la privatización puede aumentar la autoridad del estado (al tener el poder inicial de juicio sobre el encarcelamiento) mientras diluye la responsabilidad del Estado. Véase White, 2001, p. 138.

⁷² Richard Harding, quien fue el "Inspector Autónomo de Servicios de Custodia en Australia Occidental de 2000 a 2008" argumentó que las prisiones privadas habrían mejorado la "estructura interna (sin rendición de cuentas)" de Israel, tal como había ocurrido, en su opinión, en el Reino Unido (2012, p. 141 y 143).

Judith Resnik

han respaldado en general la práctica.⁷³ Como opinó un juez de apelaciones de los Estados Unidos, un preso sólo tenía un “interés jurídicamente protegido en la conducta de su guardia [y] no en la identidad de este último”.⁷⁴ Por ende, si se lo compara con una norma constitucional transnacional sobre la meta-reivindicación de la privatización o la instanciación concreta del encarcelamiento privado, se habría avalado la legislación israelí.

Sin embargo, después su análisis a nivel mundial, el tribunal israelí hizo un estudio de su propia Ley Básica sobre la Dignidad Humana y la Libertad para autorizar la revisión judicial e invalidar la ley.⁷⁵ Para ello, los jueces analizaron la garantía estatal de derechos humanos fundamentales que permitía violaciones si se “adecuan a los valores del Estado de Israel, están promulgadas con un fin adecuado y en una medida no superior a la necesaria” (artículos 1A, 8 de la ley israelí de Dignidad Humana y Libertad) -una prueba que invitaba a un análisis de proporcionalidad.

La resolución no se basó en una investigación empírica sobre si las cárceles públicas funcionaban bien o —como han argumentado los analistas expertos— si las cárceles privadas eran mejores que los servicios básicos prestados por el sector público.⁷⁶ De hecho, un juez en su voto refirió que, incluso cuando las cárceles privadas mejoraran la experiencia carcelaria con respecto a las del sector público, la privatización sería ilegal porque los prestadores privados perjudicarían intrínsecamente los derechos humanos de los reclusos en un grado mayor al que lo harían los prestadores públicos.⁷⁷ Además, el único juez disidente describió las condiciones penitenciarias como “escalofrantes”. El hacinamiento había

⁷³ Jeffery Jowell opinó que la “larga historia de privatización de industrias y externalización de funciones gubernamentales” en el Reino Unido no había sido significativamente cuestionada, y dado que las prisiones tenían “un mínimo nivel de responsabilidad política y legal”, cualquier impugnación al respecto “probablemente fracasaría” (2006, p. 7). Además, en la práctica, no había surgido “ninguna crítica” de que una prisión privada fuera “menos efectiva que una prisión administrada por el estado”. De manera similar, Sudáfrica también había privatizado diversas actividades, incluidas las prisiones, y la jurisprudencia hasta la fecha sugería que la externalización no es “de ninguna manera inconstitucional” (Jowell, 2006, p. 8).

James Blumstein (2006), de los Estados Unidos, afirmó de manera similar que “en un contexto u otro, las Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos para los circuitos Quinto, Sexto, Séptimo, Noveno y Décimo han rechazado reclamos de que las prisiones operadas de manera privada violan la Constitución de los Estados Unidos”. Además, como se señaló, la Corte Suprema de Israel hizo referencia a una decisión de Costa Rica que respaldaba una forma de privatización de las prisiones (Caso *Academic Center*, párrafo 22 del voto de la jueza Naor).

⁷⁴ *Pischke v. Litscher*, 178 F.3d 497, 500 (7th Cir. 1999). El tribunal de apelaciones describió el desafío a las prisiones privadas como “totalmente frívolo” y señaló que no podía “pensar en ninguna... disposición de la Constitución que pudiera ser violada por la decisión de un estado de confinar a un prisionero condenado en una prisión propiedad de una empresa privada en lugar de una del gobierno”.

⁷⁵ Caso *Academic Center*, párrafos 35 y 36 del voto de la jueza Beinisch.

⁷⁶ Blumstein, Cohen & Seth (2008, p. 466) citan el ahorro promedio que genera un estado al introducir prisiones privadas entre los \$13 y \$15 millones. Blumstein (2006, p. 24) señala los ahorros en costos y otros beneficios económicos a partir de las prisiones privadas. Adicionalmente, véase Timor (2006, p. 82-88) donde se encuentra poca evidencia que respalde los beneficios o daños de las prisiones privadas.

⁷⁷ *Academic Center*, voto de la jueza Procaccia, párrafo 18. En su opinión, debido a que “la empresa privada” no podría haber “internalizado la doctrina de los balances en el ejercicio del poder soberano”, confiar “la autoridad coercitiva soberana a un concesionario privado” causaría más daño a la dignidad humana de los reclusos (párr. 49).

Judith Resnik

producido una falta de espacio, saneamiento, ventilación, atención médica y programas que daban lugar a violaciones de los “derechos básicos de las personas” como “algo habitual”.⁷⁸

La decisión del tribunal israelí, en cambio, se fundamentó en otro tipo de percepción empírica -basada en que la decisión del Estado de sancionar no está completa con la sentencia, sino que continúa cuando el personal toma decisiones sobre a quién buscar, cómo clasificar y si imponer o no segregación administrativa.⁷⁹ Así, a diferencia de la afirmación académica de que la privatización socava la legitimidad social de la sanción,⁸⁰ el tribunal se centró en la legalidad de los actores privados que continuamente toman decisiones sobre la sanción a instancias del Estado.

Por lo tanto, algunas personas podrían haber llegado a la conclusión de que el carácter incontrolable de esos numerosos juicios discrecionales hacía que la representación/ relación principal fuera inevitablemente incompleta. Sin embargo, el tribunal no se embarcó en un análisis del fracaso de la representación, sino que insistió (citando a Rousseau y Locke) en que la creación de la propia relación de representación violaba el contrato social.⁸¹ Conceder a la empresa privada actividades estatales que limitan la libertad personal ocasiona una “violación del derecho constitucional a la libertad personal más allá de la violación que surge de la propia reclusión”.⁸² Dado que la detención “implica necesariamente una grave violación de los derechos humanos”,⁸³ sólo los organismos estatales podían hacerlo.

¿Qué tipo de derecho constitucional estableció la Corte Suprema israelí? Dado que el fundamento de la decisión fue la irrelevancia de las diferencias de calidad en las condiciones de las cárceles públicas y privadas, el derecho no impacta en la igualdad ni en las inquietudes distributivas que rodearon la decisión *Sundar* de la India sobre la policía privada. Además, dado que el poder legislativo había conservado la potestad de inspeccionar, dar de baja e

⁷⁸ *Academic Center*, en su voto, el juez Levy observó que los proveedores privados podrían quizás hacerlo mejor (párr. 3 y 4). Véase también Harding (2012, p. 142). En su opinión, las prisiones de Israel estaban en una "grave y continua violación de todos los estándares internacionales, de todos los estándares nacionales israelíes y de todas las expectativas de decencia". En 2012, el Tribunal Constitucional de Alemania consideró un desafío a una ley de Hessen que colocaba a los criminales mentalmente enfermos, confinados involuntariamente, en instituciones que, aunque de propiedad estatal, eran entidades corporativas con personal privado. El tribunal respaldó la disposición en parte porque tenía el potencial de mejorar la "calidad del internamiento". Véase Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 2 BvR133/10, 18 de enero de 2012, https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20120118_2bvr013310.html

⁷⁹ *Academic Center*, votos de las juezas Beinisch (párr 2, 12, 26, 37, 67) y Procaccia (párr. 2 y 8). La violación del derecho a la libertad "es infligida por la parte que gestiona y opera la prisión donde el recluso está detenido, y por los empleados de esa parte, cuyo propósito principal es asegurar que el recluso cumpla debidamente el término de encarcelamiento al que ha sido condenado" (Beinisch, párr. 25). Los ejemplos incluían "el poder de ordenar que un recluso... sea mantenido en aislamiento administrativo por un máximo de 48 horas", "aprobar el uso de la fuerza razonable para llevar a cabo" una requisita corporal, y prohibir que un recluso se reuniera con un abogado en particular (Beinisch, párr. 26).

⁸⁰ Ver Sigler, 2010. Michael Walzer también ha argumentado que la "defensa democrática del derecho a castigar" depende de que el Estado asegure que los actores estatales, actuando en su capacidad representativa, traten a los ciudadanos detenidos de manera igualitaria y equitativa (1985, p. 10-12).

⁸¹ *Academic Center*, votos de los jueces Beinisch (p. 23), Arbel (p.2), Rivlin (p. 1), Procaccia (p. 1), Havut (p. 1 y 2), Naor (p. 29) y Levy (p. 12 y 13).

⁸² *Academic Center*, voto de la jueza Beinisch (párr. 33).

⁸³ *Academic Center*, voto de la jueza Beinisch (párr. 10).

Judith Resnik

imponer normas a la cárcel, la sentencia no se basaba en la garantía del debido proceso contra las decisiones arbitrarias. Aunado a ello, al vincular su decisión a los derechos personales de los detenidos, el tribunal no creaba un compromiso colectivo con la libertad que exigiera parsimonia por parte de un sistema político en su sanción, evitando crear incentivos para que las empresas privadas obtuvieran beneficios mediante la búsqueda de un número cada vez mayor de detenidos (Dolovich, 2005, p. 515-518). En cambio, el tribunal fundamentó que los detenidos tienen derecho a que el propio Estado les proporcione directamente el servicio único de privar a las personas de su libertad y dignidad.⁸⁴ Tomando prestada una formulación arendtiana, el derecho a tener derechos se convirtió en un derecho a que sólo el Estado les quitara esos derechos.

El juez disidente no estaba de acuerdo con lo que él describió como la insistencia en que el “derecho social” de proteger la dignidad de los reclusos sólo podía lograrlo el sector público.⁸⁵ Sostuvo que la mayoría estaba equivocada porque, si bien el Estado tenía un “papel central” en el cumplimiento de esa protección, tanto los prestadores privados como los públicos podían brindar “el derecho a condiciones penitenciarias adecuadas”, y el sector privado podía hacerlo mejor que el sector público.⁸⁶ Su interpretación de que proporcionar condiciones adecuadas a los reclusos tiene “aspectos de un derecho social” refleja las características asistencialistas de las cárceles (gestionadas por actores públicos o privados), que albergan y mantienen a las personas recluidas contra su voluntad.

La resolución de disputas financiada por el Estado, es decir los tribunales, también puede clasificarse como un derecho social (así como un derecho político y civil, si se opta por utilizar los términos de T.H. Marshall, 1949) dado que los tribunales distribuyen las oportunidades de resolución de conflictos y, hoy en día, deben hacerlo de forma respetuosa con la dignidad y la igualdad de los participantes. Asimismo, según lo antedicho, los Estados han llegado a subvencionar tanto las infraestructuras como a algunos de los usuarios, no sólo para responder a sus necesidades, sino también para legitimar a los tribunales aumentando su capacidad para hacer cumplir las leyes y garantizar la seguridad de las relaciones económicas e interpersonales. Asimismo, tanto las normativas nacionales como los convenios internacionales organizan ahora estas funciones mediante la imposición de requisitos como el trato digno a los detenidos y las audiencias públicas ante jueces independientes e imparciales para los litigantes.⁸⁷ La decisión de 2011 que tomó la Corte Suprema de la India, según la cual los ciudadanos tienen derecho a una policía proporcionada por el Estado “adecuadamente capacitada (...) y debidamente equipada”, añade la labor policial a la lista de actividades que los Gobiernos han llegado a garantizar de forma habitual.⁸⁸

⁸⁴ Bajo la Ley Fundamental de Israel, la dignidad no es absoluta; su apartamiento es permitido bajo un análisis de proporcionalidad (Art. 1,8). Esta concepción contrasta con la visión alemana, en la que la dignidad se entiende como un derecho absoluto (Baer, 2009).

⁸⁵ *Academic Center*, voto del juez Levy (párr. 2).

⁸⁶ *Academic Center*, voto del juez Levy (párr. 2 y 4). Además, resaltó que dado que la prisión aún no estaba en funcionamiento, el fallo era prematuro.

⁸⁷ Véase por ejemplo, PIDCP, art. 9(3); Principios Básicos sobre la Independencia de la Judicatura, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento del delincuente, Milán, 26 de agosto–6 de septiembre de 1985, Documento de la ONU A/CONF.121/22/Rev.

⁸⁸ *Sundar y otros v. Chattisgarh*, (2011) 7 S.C.C. 547.

Judith Resnik

El hecho de que los Estados otorguen a la policía, los tribunales y al servicio penitenciario la condición de derechos sociales abre esa caracterización más allá de las restricciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que se centra en las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y garantizar que sus poblaciones dispongan de vivienda, educación, medios de subsistencia, seguridad social y salud. Una vez que los derechos a la seguridad y a la resolución de disputas, implementados a través de la policía, los tribunales y el servicio penitenciario se incluyen en esta combinación, incluso las constituciones (como la de los Estados Unidos) que evidencian estar desprovistas de obligaciones asistencialistas pueden interpretarse como que tienen obligaciones distributivas, aunque ni los presos ni los acusados (en la justicia penal o civil) se ofrezcan voluntariamente a usarlas.⁸⁹

Por lo tanto, además de situar la sentencia de la Corte israelí en el nivel de los derechos personales, ésta pertenece al ámbito de lo estructural. La Corte Suprema israelí hizo lo que había pretendido evitar; identificó una faceta del “núcleo duro de los poderes soberanos” que no puede transferirse ni delegarse.⁹⁰ La Corte Suprema de la India reconoció expresamente que lo había hecho, al concluir que la policía no podía “despojarse ni liberarse mediante la creación de cuadros temporales con diversos grados de control estatal”.⁹¹ Por lo tanto, ambos derechos contra la privatización, con fundamento en los tribunales, encuadran en lo que he denominado “estatización”, es decir, la necesidad de que las políticas se creen a sí mismas a través de servicios institucionales que impliquen relaciones entre el ciudadano y el Estado y que produzcan identidad para ambos.

Además, estos dos dictámenes generan la obligatoriedad de las acciones no sólo para el Estado, sino también para sus ciudadanos, que deben ser recíprocos. La Corte Suprema israelí se centró en la autoridad única que posee el Estado de violar los derechos a la libertad y a la dignidad, aunque también podría haber explicado que los detenidos y presos están obligados particularmente *ante el Estado*, y no ante entidades corporativas, a obedecer las órdenes policiales y a asumir el castigo impuesto. La interacción (incluso en condiciones como las de máxima seguridad, que aíslan a los presos de otros seres humanos) exige que el Estado interiorice las tareas punitivas y que los individuos sirvan (en sentido literal) directamente al Estado para enmendar la transgresión de las normas colectivas.

Estos diversos intercambios podrían caracterizarse como una forma de “justicia conectiva”, término utilizado al principio para referirse a la acción de dictar sentencia en el antiguo Egipto -aquí redistribuido para describir las órdenes (compartidas por los ciudadanos y el Estado) de cumplimiento de las normas conductuales. La “conexión” tiene hoy una valencia psicológica que alimenta teorías políticas que imaginan a los estados en términos comunitarios, democráticos y feministas. Su aplicación a la detención deja claro que las conexiones pueden ser complejas y hostiles. Utilizo la expresión para evocar un denso conjunto de interacciones (en estos contextos, entre la policía, litigantes, jueces, funcionarios

⁸⁹ Mientras que la Constitución de los Estados Unidos generalmente se considera como carente de tales derechos (véase por ejemplo, Michelman, 2008), algunos comentaristas han identificado obligaciones de bienestar en la Constitución de los Estados Unidos o han considerado que las distinciones entre los tipos de derechos no son útiles. Véase por ejemplo, Tushnet, 2008 y West, 1994.

⁹⁰ *Academic Center*, voto de la jueza Beinisch (párr. 63).

⁹¹ *Sundar y otros v. Chattisgarh*, (2011) 7 S.C.C. 547.

Judith Resnik

gubernamentales y detenidos) en el caso inmediato y, cuando se realiza en público o de manera transparente, permitiendo debates sobre las normas de gobierno (Post y Siegel, 2007). En este sentido, los derechos contra la privatización se convierten en derechos colectivos a la identidad estatal y de los ciudadanos (a diferencia de la legitimidad o la naturaleza de las sanciones) forjados a través del funcionamiento de instituciones como la policía, los tribunales y las cárceles. Las privatizaciones, por lo tanto, no solo socavan los derechos personales de los individuos, sino que también diluyen las oportunidades para construir relaciones dentro del estado y hacia él.

Los estudiosos tienen desconcierto sobre la inteligibilidad de la soberanía en el siglo XXI. En Estados Unidos, los movimientos políticos pretenden deslegitimar las capacidades del Estado y desactivar sus funciones asistencialistas, mientras que en Europa, el riesgo del fracaso de sus ambiciones acecha los intercambios contemporáneos. Mi opinión no es que la soberanía del Estado vaya a desaparecer rápidamente; de hecho, resurgen formas de nacionalismo, algunas de ellas virulentas. Más positivamente, los Estados democráticos constitucionales han sido los pilares para la elaboración de nuevas formas de derechos que, sólo en las últimas décadas, abarcan a todas las personas. Así pues, la energía dedicada a explorar la fenomenología de la privatización y la globalización debe ir acompañada de esfuerzos por construir el contenido de la soberanía constitucional para limitar su xenofobia y hacerla legible y generadora.

La historia y las prácticas de la policía, la justicia y el sistema penitenciario, expuestas anteriormente, brindan información sobre algunos de los atributos que hacen que los servicios estatales sean reconocibles, arraigados y duraderos. Los tres sirven al Estado, a la vez que son útiles para los individuos y las empresas, que se sienten más seguros en sus personas y transacciones gracias al control estatal. Los tres crean oportunidades para encuentros que forjan identidades, tanto colectivas como individuales (por ejemplo, sospechoso o víctima, litigante, detenido, juez, alcaide, policía). Para terminar, analizaré algunos aspectos de los regímenes constitucionales que exigen compromisos entre el ciudadano y el estado que no sean las detenciones policiales, las presentaciones ante los tribunales y el cumplimiento de las penas de prisión. Algunos son específicos de un determinado sistema político y otros se encuentran en muchas constituciones, lo que permite intercambios transnacionales sobre su contenido.

Los ejemplos más obvios provienen de las constituciones que imponen deberes al especificar la prestación estatal de lo que se han convertido en abanderados del discurso de los derechos sociales —como la educación, la salud y la seguridad social— a los que se da forma institucional a través de escuelas públicas, hospitales, servicios de atención sanitaria y oficinas administrativas, y que convierten a los individuos en estudiantes, pacientes y receptores. En algunas jurisdicciones, estos servicios se han convertido en accesorios del Estado (“The National Health” es la abreviatura en Inglaterra) que permiten al Estado desempeñar sus propias competencias (o la falta de ellas). En la actualidad, estas instituciones son objeto de esfuerzos de privatización que ponen en peligro las oportunidades de experimentar al Estado como proveedor de sustento.⁹²

⁹² Un ejemplo frecuentemente citado es Sudáfrica, que forjó su nueva identidad en obligaciones de “respetar, proteger, promover y cumplir los derechos en la Carta de Derechos” (véase *South Africa v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC), citando la Ley de Vivienda) y para permitir el florecimiento individual

Judith Resnik

Otra serie de derechos de infraestructura son los llamamientos que hacen muchas constituciones para que se garantice un “medio ambiente sano”.⁹³ En ocasiones, estos compromisos van acompañados de la obligación de trabajar a escala transnacional para proteger el medio ambiente “global” o “internacional”⁹⁴. Pasando de las prescripciones nacionales a las internacionales, el PIDESC es el ejemplo más destacado, aunque otros convenios internacionales también instan a los Estados a facilitar el florecimiento de sus poblaciones. Un ejemplo es el mandato de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW- por sus siglas en inglés) que establece que las partes permitan a las mujeres y a los hombres participar plenamente en todas las facetas de la vida “política, social, económica y cultural” y adopten, cuando sea necesario, “medidas apropiadas” -formas de lo que se conoce como “acciones afirmativas” en el lenguaje constitucional de Estados Unidos y “discriminación positiva” en Europa- para alcanzar estos objetivos.⁹⁵

Los mecanismos para generar identidad y relaciones también pueden provenir de obligaciones impuestas por el gobierno a los ciudadanos. El voto obligatorio ofrece un modelo. Australia, junto con otros veinte países, exige que sus ciudadanos acudan a las urnas y se inscriban para votar.⁹⁶ La norma australiana es una ley, complementada por una normativa constitucional que establece que el derecho al voto, como cuestión de estructura (“nosotros, el pueblo”), es tanto un derecho universal como un deber.⁹⁷ Si los empleados públicos (en lugar de las empresas privadas) reciben a los ciudadanos que deben votar con regularidad, la actividad genera otra oportunidad de “ver” el Estado y participar en él. Otra obligación que fomenta relaciones es formar parte de un jurado, lo que requiere que los ciudadanos actúen como jueces ad hoc y trabajen juntos para dictar sentencias consensuadas.⁹⁸ La tributación

al reconocer derechos como el de tener un hogar (Constitución de Sudáfrica, 1996, capítulo 1, § 7,2). Estas obligaciones están sujetas a revisión judicial, la cual toma en cuenta los recursos limitados y se basa en la aplicación del estándar constitucional de “realización progresiva”. *South Africa v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC), párr. 13.

Otro ejemplo, menos destacado, proviene de las enmiendas a las constituciones de Arkansas, California, Colorado, Georgia y Kansas, que autorizan a los estados a pagar pensiones para reconocer el servicio de ciertos empleados del servicio civil y atender las necesidades de las personas mayores (Sterett, 1997, p. 350-351). También se podría incluir la visión de Alemania sobre los deberes estatales de proteger la vida, que resultan en servicios de asesoramiento y salud (incluidas las interrupciones del embarazo) para las mujeres embarazadas, como una especie de derecho social (Siegel, 2012). Véase en términos generales Scheppele, 2004.

⁹³ Véase por ejemplo, Constitución de la República de Chad art. 47 (1996); Constitución Política de Columbia [C.P.] art. 79; Constitución de Finlandia, § 20 (2000). Véase en términos generales May & Daly, 2009.

⁹⁴ Véase por ejemplo, Constitución de la República de Gambia, § 215(1) (1996); Constitución de la Cuarta República de Ghana, § 36(9) (1992).

⁹⁵ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 3 y 4, 3 de septiembre de 1981, 1249 U.N.T.S. 13.; véase también arts. 10, 11, 13; además Kessler-Harris, 2003.

⁹⁶ Téngase en consideración la nota titulada *The Case for Compulsory Voting in the United States* y publicada en 121 Harv. L. Rev. 591, 592 (2007).

⁹⁷ Roach v. Electoral Commissioner [2007] HCA 43 (Austl.).

⁹⁸ Tanto las constituciones estatales como la federal garantizan el derecho a juicios con jurado. En contraste, el art. 125 de la Constitución Española permite a los ciudadanos “participar en la administración de justicia a través de la institución del jurado”. Véase Jimeno-Bulnes, 2011. Las

Judith Resnik

también podría concebirse como una práctica de interacciones recíprocas, construidas a través de ejemplos como los gobiernos que colocan carteles anunciando que las nuevas construcciones o determinados servicios representan “dinero de los impuestos” puestos a trabajar.

El ejemplo más común (y complejo) es el militar; la Constitución alemana de 1949 obligaba a sus ciudadanos a realizar el servicio nacional,⁹⁹ y muchos países tienen homólogos legales, aunque a veces dirigidos a un subconjunto (como el requisito estadounidense de que los hombres, aunque no las mujeres, se inscriban en el servicio militar obligatorio). El servicio a la patria es recíproco, en el sentido de que el Estado proporciona a quienes lo prestan educación, salud y formación. Por ende, el servicio nacional puede ser una oportunidad interclasista e interétnica para formar asociaciones entre ciudadanos y con el Estado.

Las redes de comunicación subvencionadas por el Estado ofrecen un tipo diferente de oportunidad que, en lugar de los periodos concentrados de servicio nacional o de jurado, permiten a una amplia gama de individuos tener un contacto regular pero breve -a menudo en público- con funcionarios del gobierno que les ayudan a realizar negocios privados y públicos. La versión del siglo XVIII fue el correo, un conducto inicial para la globalización que se convirtió en objeto de tratados internacionales pioneros en la década de 1870: la “Unión Postal Universal”. La versión actual es un organismo especializado de las Naciones Unidas que coordina los servicios en todo el mundo.¹⁰⁰ Más de cuarenta constituciones tratan los temas de correo y comunicaciones, ya sea para asignar autoridad en las federaciones entre los gobiernos estatales y nacionales o para proteger la confidencialidad de los intercambios.¹⁰¹ Sin embargo, al igual que el derecho contra la privatización, los servicios postales rara vez son objeto de decisiones constitucionales o incluso de teoría política.¹⁰²

Sin embargo, los fundadores de muchos países consideraron que las redes de comunicación eran fundamentales. Un ejemplo es la Constitución de Estados Unidos, que

propuestas de “días de deliberación”, en los que los ciudadanos se reúnen para discutir políticas, son otro ejemplo de construcción institucional. Véase Ackerman & Fishkin, 2004.

⁹⁹ *Grundgesetz Fur Die Bundesrepublik Deutschland [Grundgesetz] [Gg] [Ley Fundamental]*, 23 de Mayo de 1949, Art. 12(a)(2). Aunque esta disposición permanece en la Constitución, quedó sin efecto debido a la Ley de Enmienda del Servicio Militar (2011), que eliminó el servicio militar obligatorio.

¹⁰⁰ Véase el Tratado sobre la Formación de una Unión Postal General, 9 de octubre de 1874, 19 Stat. 577, enmendado por la Unión Postal Universal, 21 de marzo de 1885, 25 Stat. 1339; <https://www.upu.int>.

Freeman (1947) describió a la Unión Postal Universal como “el primer organismo internacional cuyo secretariado permanente tenía más que el poder de recopilar información. Se le asignaron funciones ejecutivas en la liquidación de cuentas y se le encargó ofrecer opiniones sobre disputas entre los miembros”.

¹⁰¹ Véase la base de datos *Oceana Constitutions of the Countries of the World Database*, <https://www.oceanalaw.com/> (términos de búsqueda “post office” y “postal”) (última visita el 31 de julio de 2012).

¹⁰² En 2009, el Tribunal Supremo de Brasil respondió a una acción declaratoria que buscaba declarar la invalidez de una ley promulgada antes de la Constitución de 1988, que otorgaba un monopolio estatal sobre ciertas formas de correo. Una mayoría, al discutir el rol del correo como un servicio público y no solo como una actividad económica, ratificó la ley, destacando el juez Barbosa que un servicio postal subsidiado desempeña un papel en la producción de la identidad nacional. Véase S.T.F., ADPF 46/DF, Relator: Min. Eros Grau, 8.5.2009, <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>. La opinión, emitida en agosto de 2009, fue publicada el 26 de febrero de 2010.

Judith Resnik

facultaba al Congreso nacional a “establecer oficinas de correos y caminos postales”.¹⁰³ Mediante la Ley de Correos de 1792, y muchas leyes posteriores, el Congreso amplió el sistema que Benjamín Franklin había dirigido antes de la Constitución. La función de construcción nacional era evidente; James Madison elogió al correo como vehículo para la circulación de periódicos no censurados y subvencionados que (esperaba) promovieran la “opinión pública” (Madison, 1791). Siglos después, el Congreso codificó ese propósito al reconocer también los vínculos con el comercio. La Ley de Política Postal de 1958 explicaba que su subvención tenía por objeto “unir más estrechamente al pueblo estadounidense, promover el bienestar general y el progreso de la economía nacional”.¹⁰⁴ La Ley de Reorganización Postal de 1970 exigía la prestación de “servicios postales que unan a la Nación a través de la correspondencia personal, educativa, literaria y comercial de la gente”, prestados a través de “servicios postales a todas las comunidades”.¹⁰⁵

Durante unos doscientos años, el gobierno federal financió edificios de oficinas de correos que sirvieron como lugares de reunión en aldeas de todo el país, creó oportunidades de empleo para los jefes de correos (y, con el tiempo, mujeres administradoras de correos) y el personal administrativo, inventó los servicios de reparto a domicilio y subvencionó el intercambio de información mediante tarifas especiales para determinadas formas de publicación. Después de la Guerra de Secesión, el gobierno federal financió importantes proyectos de construcción en las afueras de Washington DC. Estas combinaciones de “Oficina de Correos de Estados Unidos y Palacio de Justicia” generaron una “presencia federal” en ciudades de todo el país (Craig, 1984). Como “la mayor y más antigua empresa pública de la nación”,¹⁰⁶ el correo se mantuvo gracias a la legislación que le otorgaba el monopolio del correo gubernamental y, en las últimas décadas, le obligaba expresamente a prestar un “servicio universal en todo el país”.¹⁰⁷ Casi todas las personas “en todos los rincones del país” pueden enviar “a un costo razonable y con un esfuerzo razonable” cartas y documentos que se entregarán “en un plazo razonable y con casi total seguridad” (Campbell, 2008, p. 21). En 2008, más de 200.000 millones de envíos circulaban anualmente por el sistema postal federal (Accenture, 2008).¹⁰⁸

La obligación del servicio postal universal es una aspiración y una responsabilidad. Además, el Sistema Postal de Estados Unidos funcionaba con límites en cuanto al tipo de servicios auxiliares que puede prestar, y tiene obligaciones onerosas con los miembros actuales y pasados de su plantel. Los retos económicos actuales ponen en tela de juicio la longevidad del Sistema Postal de Estados Unidos (al momento de escribir este artículo, se acercaba la falta de pago de las pensiones adeudadas por parte de las oficinas postales). Así pues, la participación del gobierno como conducto de intercambios no censurados y subvencionados es cada vez menor. En 2009, existían 13.000 oficinas de correos menos que

¹⁰³ Constitución de los Estados Unidos, art. 1, § 8, cl. 7.

¹⁰⁴ Ley de Política Postal de 1958, Pub. L. No. 85-426, § 102, 72 Stat. 134, 134.

¹⁰⁵ Ley de Reorganización Postal, Pub. L. No. 91-375, § 101(a), 84 Stat. 719, 719 (1970); véase también Ley de Mejora Postal y Rendición de Cuentas, Pub. L. No. 109-435, 120 Stat. 3198 (2006).

¹⁰⁶ *United States Postal Serv. v. Flamingo Indus. (USA), Ltd.*, 540 U.S. 736, 739 (2004).

¹⁰⁷ *United States Postal Serv. v. Flamingo Indus.*, p. 741.

¹⁰⁸ Los objetivos gubernamentales de servicio universal son comunes; muchos países y la Unión Europea tienen mandatos similares para garantizar intercambios asequibles.

Judith Resnik

en 1951, y se están produciendo aún más recortes.¹⁰⁹ Incluso cuando la Corte Suprema consideró que el Servicio Postal era inseparable de Estados Unidos a efectos de las leyes antimonopolio,¹¹⁰ algunos analistas lo describieron como un “espiral mortal”, que explicaban que estaba causado por una mezcla de tecnología y proveedores privados (Stevens, 2002).

El colapso de los servicios postales estatales socava el impacto distributivo y comunitario que proporciona el sector público. Quienes abogan por recortar las subvenciones nacionales a Correos no acompañan esas propuestas con peticiones de apoyo gubernamental para que Internet sea accesible a todas las personas. Además, aunque las protestas de las comunidades rurales y los sindicatos de empleados de correos frenaron algunos recortes, la imagen del gobierno a través de sus oficinas de correos se está desvaneciendo. Estados Unidos reubicó las “oficinas de correos” abriendo puestos de venta de estampillas dentro de shoppings y otros comercios (Kosar, 2012). Y en la medida en que el encuentro es virtual, los usuarios ahora buscan en Google “USPS.com”, en lugar de “USPS.gov”.

La conectividad es definitoria de la globalización, y los pilares del sector privado — Facebook, Google y Fed-Ex, entre otros— se han hecho famosos por proporcionar redes que generan identidades y beneficios para esas instituciones. Muchas personas no necesitan al Estado para comunicarse entre sí. Aunque algunas personas necesitan la subvención. Y el Estado necesita que la gente recurra a él —.gov— como fuente y como recurso que, en virtud de constituciones que insisten en la igualdad y la dignidad, es un prestador universal redistributivo de algunos servicios.

El servicio postal es una combinación de consorcio de empresas públicas y privadas que, al igual que los servicios de justicia civil y penal, obligan a establecer interacciones que pueden redundar en beneficio para el Estado y los individuos. Los beneficiarios no son una generación ni se centran en un único grupo identificable. Además, en siglos anteriores, la aplicación de garantías constitucionales para un servicio postal sin barreras creó nuevas instituciones: las oficinas de correos en cada aldea se situaban junto a la policía, los tribunales y las cárceles como la personificación de los servicios diarios prestados por el Estado en los que diversas personas compartían espacio, prácticas y obligaciones. Y muchas de esas transacciones se llevaban a cabo (según las órdenes de Bentham) en lugares abiertos al público.

Estas instituciones requieren recursos estatales, pero no son independientes de la forma (capitalista, socialista y comunista) que adopte el sistema económico de un país. Todas ofrecen oportunidades para que el Estado trabaje con su ciudadanía. Si no están completamente tercerizadas, todas permiten que el Estado sea comprendido, visto, experimentado, comprometido, criticado y reformado. Estas instituciones son producto de la imaginación constitucional, que dio forma a iconos de soberanía cuando cayeron las

¹⁰⁹ Ver el informe *Restoring the Financial Stability of the U.S. Postal Service: What Needs to Be Done?: Hearing Before the Subcomm. Fed. Workforce, Postal Service, and the District of Columbia, 111th Cong.* (25 de Marzo, 2009), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111hrg50649/htm> (testimonio de Dale Goff, Presidente de la Asociación Nacional de empleados de correo de Estados Unidos).

¹¹⁰ Caso *Flamingo Industries, Ltd.*, 540 U.S., pág. 746.

Judith Resnik

monarquías. Las identidades públicas de la policía, los tribunales, las cárceles y los servicios postales más amables están tambaleándose.

Las vulnerabilidades del sistema de correos públicos, como el paso a la policía privada, el carácter público cada vez menor de los tribunales y las cárceles con fines de lucro, socavan una narrativa progresista que va de la estatización a la constitucionalización y que instala criterios duraderos de legitimidad gubernamental e insiste en la responsabilidad y un trato igualitario que es insistentemente redistributivo. Al celebrar un decenio de I-CON, las preguntas constitucionales que vendrán son: qué instituciones (antiguas y nuevas) marcarán, en las próximas décadas, las utilidades, los compromisos y la generatividad de los estados democráticos.

Referencias

- Accenture (2008). *Postal Universal Service Obligation (Uso) International Comparison: International Postal Liberalization—Comparative Study Of Us And Key Countries* 13. Accenture.
- Ackerman, B. & Fishkin, J. (2004). *Deliberation Day*. Yale University Press.
- Alexander, M. (2010). *The New Jim Crow: Mass Incarceration In The Age Of Colorblindness*. New Press.
- Alexander, J. (2005). “Globalization” as Collective Representation: The New Dream of a Cosmopolitan Civil Sphere. *Int. J. Pol. Culture Soc’y*, 19.
- Anderson, B. (1983), *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Verso.
- Assmann, J. (2002). *The Mind In Ancient Egypt*. Metropolitan Books.
- Baer, S. (2009). Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism. *U. Toronto L.J.*, 59.
- Bamberg, J. (2000). *British Petroleum And Global Oil 1950–1975: The Challenge Of Nationalism*. Cambridge University Press.
- Bamberg, J. (1994). *The History Of The British Petroleum Company, Volume 2: The Angloiranian Years, 1928–1954*. Cambridge University Press.
- Barak-Erez, D. (2011). The Private Prison Controversy and the Privatization Continuum. *Law & Ethics Hum. Rts. Rev.*, 5.
- Barak-Erez, D. (2010). Three Questions of Privatization. En *Comparative Administrative Law* (S. R. Ackerman & P. Lindseth eds.). Elgar Publishing.
- Barak-Erez, D. & Gross, A. eds. (2007). *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Bloomsbury Academic.
- Barnhart, R. (1995). *The Barnhart concise Dictionary of Etymology: the Origins of American English Words*. H. W. Wilson Co.
- Beattie, J.M. (2001). *Policing and Punishment in London 1660–1750*. Oxford University Press.
- Bel, G. (2006). The Coining of “Privatization” and Germany’s National Socialist Party. *J. Econ. Persp.*, 20.
- Benhabib, S. (2012). Reseña de Michel Rosenfeld’s *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (2010). *Cardozo L. Rev.*, 33.
- Benhabib, S. (2011). *Dignity in Adversity: Human Rights in Troubled Times*. John Wiley and Sons.

Judith Resnik

- Bentham, J. (2001). *Writings on the Poor Laws*. Oxford University Press.
- Bentham, J. (1843a). Panopticon or the Inspection- house. En *The Works of Jeremy Bentham* (John Bowring ed.). Tait.
- Bentham, J. (1843b). Constitutional Code. En *The Works of Jeremy Bentham* (John Bowring ed.). Tait.
- Bentham, J. (1843c). Rationale of Judicial Evidence. En *The Works of Jeremy Bentham* (John Bowring ed.). Tait.
- Blumstein, J. (2006). Opinión sobre caso *HCJ 2605/05 Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance* (Israel, 23 de agosto de 2006).
- Blumstein, J., Cohen, M. & Seth, S. (2008) Do Government Agencies Respond to Market Pressures? Evidence from Private Prisons. *Va. J. Soc. Policy & L.*, 15.
- de Búrca, G. & de Witte, B. (2005). *Social Rights In Europe*. Oxford Academic.
- Campbell, J. (2008). Universal Service Obligation: History and Development of Laws Relating to the Provision of Universal Postal Services. En *Postal Regulatory Commission, Report on Universal Postal Service and the Postal Monopoly*. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=4515822>.
- Caruso, D. (2006). Private Law and State-Making in the Age of Globalization. *N.Y.U. J. Int'l L. & POL*, 39.
- Cass, D. (2005). *The Constitutionalization Of The World Trade Organization*. Oxford Academic.
- Cassese, S. (2010). *When Legal Orders Collide: the Role of Courts*. Global Law Press.
- Cohen, J. (2004). Whose Sovereignty? Empire Versus International Law. *Ethics & Int'l Affairs*, 18(3).
- Consejo de Europa (2010). *European Judicial Systems—Edition 2010 (Data 2008): Efficiency And Quality Of Justice*. Council of Europe Publishing Editions.
- Cossman, B. & Fudge, J. (2002). *Privatization, Law, And The Challenge To Feminism*. Toronto University Press.
- Craig, L. (1984). *A Federal Presence: Architecture, Politics, And Symbols In U.S. Government Building*. MIT.
- Dilulio, J. (2003). Government by Proxy: A Faithful Overview. *Harv. L. Rev.*, 116.
- Dickinson, L. (2010). *Outsourcing War And Peace: Preserving Public Values In A World Of Privatized Foreign Affairs*. Yale University Press.
- Dolovich, S. (2005). State Punishment and Private Prisons, *Duke L.J*, 55.
- Donahue, J. (1989). *The Privatization Decision: Public Ends, Private Means*. The Basic Books.
- Donnelly, C. (2007). *Delegation Of Governmental Power To Private Parties: A Comparative Perspective*. Oxford Academic.
- Dorsen, N & Rosenfeld, M. (2003). Note to Readers. *Int'l J. Const. L.(I.CON)*, 1.
- Drucker, P. (1969). *The Age Of Discontinuity: Guidelines To Our Changing Society*. Harper & Row.
- Ferrier, R. (1982). *The History Of The British Petroleum Company, Volume 1: The Developing Years, 1901–1932*. Cambridge University Press.
- Foucault, M. (1977). *Discipline And Punish: The Birth Of The Prison*. Pantheon Books.
- Fraade, S. (2012). Violence and Ancient Public Spheres: A Response. *Yale J.L. & Human*, 24.

Judith Resnik

- Frakenberg, G. (2010). Constitutional Transfer: The Ikea Theory Revisited. *Int'l J. Const. L (I.CON)*, 8.
- Fredman, S. (2008). *Human Rights Transformed: Positive Rights And Positive Duties*. Oxford Academic.
- Freeman, H. (1947). International Administrative Law: A Functional Approach to Peace. *Yale L.J.* 57.
- Freeman, J. & Minow, M. eds. (2009). *Government By Contract: Outsourcing And American Democracy*. Harvard University Press.
- Galanter, M. (2004). The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, 1(3).
- Galanter, M. (1974). Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Rev.*, 9.
- Garth, B. (1993). From Civil Litigation to Private Justice: Legal Practice at War With the Profession and its Values. *Brook. L. Rev.*, 59.
- Genn, H. (2012). What is Civil Justice For? Reform, ADR and Access to Justice. *Yale J. L. & Hum*, 24.
- Genn, H. (1999). *Paths To Justice: What People Do And Think About Going To Law*. Hart Publishing.
- Guéhenno, J. M. (2000). *The End Of The Nation State*. University of Minnesota Press.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts And Norms: Contributions To A Discourse Theory Of Law And Democracy*. MIT Press.
- Habermas, J. (1991). *The Structural Transformation Of The Public Sphere: An Inquiry Into A Category Of Bourgeois Society*. MIT Press.
- Hadfield, G. (2011). The Dynamic Quality of Law: The Role of Judicial Incentives and Legal Human Capital in the Adaption of Law. *J. Econ. Behavior & Org.*, 79.
- Hadfield, G. (2010). Higher Demand, Lower Supply? A Comparative Assessment of the Legal Resource Landscape for Ordinary Americans. *Ordham Urban L.J.*, 37.
- Hamann, A. & Ruiz Fabri, H. (2008). Transnational Networks and Constitutionalism. *Int'l J. Const. L (I.CON)*, 6.
- Harding, R. (2012). State Monopoly of "Permitted Violation of Human Rights": The Decision of the Supreme Court of Israel Prohibiting the Private Operation and Management of Prisons. *Punishment & Society*, 14.
- Harel, A. (2011). Outsourcing Violence? *Law & Ethics Of Hum. Rights*, 5.
- Hazard, G. & Scott, P. (1988). The Public Nature of Private Adjudication. *Yale L. & Policy Rev.*, 6.
- Hensler, D. (2003). Our Courts, Ourselves: How The Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System. *Penn St. L. Rev.*, 108.
- Hershberger, G. (1979). The Development of the Federal Prison System. *Fed. Probation*, 43.
- Hindle, S. (2002). *State and Social Change in Early Modern England 1560–1640*. Palgrave.
- Hobsbawm, E. & Ranger, T. eds. (1983). *The Invention Of Tradition*. Cambridge University Press.
- Hodges, C., Tulibacka, M. & Cogenaver, S. eds. (2010). *The Costs And Funding Of Civil Litigation: A Comparative Perspective*. Hart Publishing.

Judith Resnik

- Ip, E. (2010). Globalization and the Future of the Law of the Sovereign State. *Int'l J. Const. I. (I.CON)*, 8.
- Jackson, V. (2010). *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press.
- Jimeno-Bulnes, M. (2011). Jury Selection and Jury Trial in Spain: Between Theory and Practice. *Chi. Kent. L. Rev.*, 86.
- Jodry, J. F. & Zulberty, M. (2000). Prisons in Europe: France. En *Prison Architecture: Policy, Design, And Experience* (L. Fairweather & S. McConville eds.). Taylor and Francis.
- Joerges, C. & Singh Ghaleigh, N. eds. (2003). *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and Its Legal Traditions*. Hart Publishing.
- Johnston, A. & Powles, E. (2004). The Kings of the World and Their Dukes' Dilemma: Globalisation, Jurisdiction and the Rule of Law. En *Globalisation and Jurisdiction* (P. Slot & M. Bulterman eds). Kluwer Law International.
- Jowell, J. (2006). Opinión del caso *Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance*. HCJ 2605/05.
- Kanwar, V. & Singh, P. (2010). The Globalization of Legal Knowledge. *Jindal Global L. Rev.*, 2.
- Kaplan, B. et al (1984). Ordinary Proceedings in First Instance. *International Encyclopedia of Comparative Law*, 16.
- Karnoouh, C. (2002). On the Genealogy of Globalization. *Telos*, 124.
- Keay, J. (1991). *The Honorable Company: a History of The English East India Company*. Harper Collins.
- Kessler, J. (2000). Prisons in the USA: Cost, Quality and community in Correctional Design. En *Prison Architecture: Policy, Design, And Experience* (L. Fairweather & S. McConville eds.). Taylor and Francis.
- Kessler-Harris, A. (2003). In Pursuit of Economic Citizenship, *Soc. Pol.*, 10.
- Kirchhoff, S. 2010). *Economic Impacts Of Prison Growth*. Congress Research Service.
- Klabbers, J., Peters, A. & Ulfstein, G. (2009). *The Constitutionalization Of International Law*. Oxford Academic.
- Kosar, K. (2012). *The U.S. Postal Service: Common Questions About Post Office Closures*. Congressional Research Service.
- Lacey, N. (2008). *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge University Press.
- Langbein, J. (1976). The Historical Origins of the Sanction of Imprisonment for Serious Crime. *J. Legal Studies*, 5.
- Lindahl, H. (2011). The Boundaries of Legal Orders in a Postnational Setting: Conceptual, Normative, and Institutional Issues. En *The Law of the Future and the Future of Law* (S. Muller, S. Zouridis, M. Frishman & L. Kistemaker eds.). Torkel Opsahl Academic EPublisher
- Lounsbury, C. (2005). *The Courthouses Of Early Virginia: An Architectural History*. University of Virginia Press.
- Macneil, I. (1992). *American Arbitration Law: Reformation, Nationalization, Internationalization*. Oxford Academic.

Judith Resnik

- Madison, J. (1983). Public Opinion, National Gazette, 19 de Diciembre de 1791. En *Papers Of James Madison* (R. Rutland & T. Mason eds). University of Virginia Press.
- Maduro, M. (2012). Three Claims of Constitutional Pluralism. En *Constitutional Pluralism. The European Union and Beyond* (M. Avbelj & J. Komárek eds.). Hart Publishing.
- Manning, J. G. (2012). The Representation of Justice in Ancient Egypt. *Yale J.L. & Human*, 24.
- Marshall, T. H. (1949). *Citizenship and Social Class*, in *Class Citizenship And Social Development*. University Press.
- May, J. & Daly, E. (2009). Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide, *Or. Rev. International L.*, 11.
- McConville, S. (2000). The Architectural Realization of Penal Ideas. En *Prison Architecture: Policy, Design, And Experience* (L. Fairweather & S. McConville eds.). Taylor and Francis.
- Medina, B. (2010). Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization. *Int'l J. Const. L. (I.CON)*, 8.
- Menkel-Meadow, C. (2000). Mothers And Fathers Of Invention: The Intellectual Founders Of ADR. *Ohio St. J. On Disp. Resol.* 16.
- Michelman, F. (2008). Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away. *International J. Const. L. (I.CON)*, 6.
- Morris, N. (2000). Prisons in the USA: Supermax—the Bad and the Mad. En *Prison Architecture: Policy, Design, And Experience* (L. Fairweather & S. McConville eds.). Taylor and Francis.
- Mostaghel, D. (2007). Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport?, *Alb. L. Rev.*, 70.
- Nadelman, E. (1993). *Cops Across Borders*. Penn State University Press.
- Nagaraj, S. (2007). Comentario a Marriage of Family Law and Private Judging in California. *Yale L.J.*, 116.
- National Center for State Courts (2011). *Examining The Work Of State Courts: An Analysis Of 2009 State Court Caseloads* 3. Disponible en https://www.courtstatistics.org/_data/assets/pdf_file/0024/29805/2009-EWSC.pdf
- Nevola, F. (2000). Per Ornato Della Città: Siena's Strada Romana and Fifteenth-Century Urban Renewal. *Art Bull*, 82.
- Nicholas, D. (1997). *The Growth Of The Medieval City: From Late Antiquity To The Early Fourteenth Century*. Longman.
- Norman, D. ed. (1995). *Siena, Florence, y Padua: Art, Society and Religion, 1280–1400*. Yale University Press.
- Palmer, S. (1988). *Police and Protest in England and Ireland 1780–1850*. Cambridge University Press.
- Parrillo, N. (2013). *Against the Profit Motive: The Salary Revolution in American Government, 1780–1940*. Yale University Press.
- Patra, A. C. (1962). *The Administration Of Justice Under The East-India Company In Bengal, Bihar And Orissa*. Asia Publishing House.

Judith Resnik

- Pech, J. P. (2000). Aix-En-Provence-Le Palais Monclar: onstruire un palais dans une prison. En *La Nouvelle Architecture Judiciaire: Des Palais De Justice Modernes Pour Une Nouvelle Image De La Justice*. La documentation française.
- Perry, R. ed. (1959). *Sources of Our Liberties*. American Bar Foundation.
- Peters, E. (1995). Prison Before The Prison: The Ancient And Medieval Worlds. En *The Oxford History Of The Prison: The Practice Of Punishment In Western Society* (N. Morris & D. Rothman eds.). Oxford Academic.
- Pfander, J. (2003). Government Accountability in Europe: A Comparative Perspective. *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 35.
- Pincus, S. & Robinson, J. (2016). Wars and State-Making Reconsidered: The Rise of the Interventionist State. *Annales. Histoire, Sciences Sociales-English Edition*, 71 (1).
- Post, R. y Siegel, R. (2007). Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harv. Civ. Rights-Civ. Liberties L. Rev.*, 42.
- Pugh, R. (1968). *Imprisonment In Medieval England*. Cambridge University Press.
- Resnik, J. (2012). Building the Federal Judiciary (Literally and Legally): The Monuments of Chief Justices Taft, Warren, and Rehnquist. *Ind. L.J.* 87.
- Resnik, J. (2011a). Bring Back Bentham: “Open Courts”, “Terror Trials”, and Public Sphere(s). *Law & Ethics Hum. Rts*, 5.
- Resnik, J. (2011b). Fairness in Numbers: A Comment on AT&T v. Concepcion, Wal-Mart v. Dukes, and Turner v. Rogers. *Harv. L. Rev.*, 125.
- Resnik, J. (2010). Detention, the War on Terror, and the Federal Courts: An Essay in Honor of Henry Monaghan. *Colum. L. Rev.*, 110.
- Resnik, J. (2006). Law’s Migration: American Exceptionalism, Dialogues, and Federalism’s Multiple Ports of Entry. *Yale L.J.* ,1564.
- Resnik, J. (1995). Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio St. J. On Disp. Resol.*, 10.
- Resnik, J. (1982). Managerial Judges. *Harv. L. Rev.*, 96.
- Resnik, J., Civin, J. & Frueh, J. (2008). Ratifying Kyoto at the Local Level: Sovereignism, Federalism, and Translocal Organizations of Governmental Actors TOGAs. *Ariz. L. Rev.*, 709.
- Resnik, J. & Curtis, D. (2011). *Representing Justice: Invention, Controversy And Rights In City-States And Democratic Courtrooms*. Yale University Press.
- Resodihardjo, S. (2009). *Crisis and Change in The British and Dutch Prison Services: Understanding Crisis Reform Processes*. Taylor and Francis.
- Rittberger, B., Schimmelfennig, F. (2007). *The Constitutionalization Of The European Union*. Taylor & Francis.
- Roberts, S. (2009). “Listing Concentrates the Mind”: The English Civil Court as an Arena for Structured Negotiation. *Oxford J. L. Stud.*, 29.
- Rosen, F. (1983). *Jeremy Bentham And Representative Democracy: A Study Of The Constitutional Code*. Clarendon Press.
- Rosenfeld, M. (2011). The Challenges of Constitutional Ordering in a Multilevel Legally Pluralistic and Ideologically Divided Globalized Polity. En *The Law of the Future and the Future of Law* (S. Muller, S. Zouridis, M. Frishman & L. Kistemaker eds.). Torkel Opsahl Academic EPublisher

Judith Resnik

- Sandel, M. (2012). *What Money Can't Buy: The Moral Limits Of Markets*. Farrar, Straus and Giroux.
- Sassen, S. (2006). *Territory, Authority, Rights: from Medieval to Global Assemblages*. Princeton University Press.
- Scheppele, K. (2007). The Post- 9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency. En *The Migration of Anti-Constitutional Ideas* (S. Choudhry ed.). Cambridge University Press.
- Scheppele, K. (2004). A Realpolitik Defense of Social Rights. *Tex. L. Rev.*, 82.
- Scott, J. (1998). *Seeing Like A State: How Certain Schemes To Improve The Human Condition Have Failed*. Yale University Press.
- Shipman, S. (2011). Compulsory Mediation: The Elephant in the Room. *Jus. Quart.*, 30.
- Siegel, R. (2012). The Constitutionalization of Abortion. En *The Oxford Handbook Of Comparative Constitutional Law* (Michel Rosenfeld & Andras Sajó eds.). Oxford Academic.
- Sigler, M. (2010). Private Prisons, Public Functions, and the Meaning of Punishment. *Fla. St. U. L. Rev.*, 38.
- Sklansky, D. (2011). Private Policing and Human Rights. *Law & Ethics Hum. Rts.*, 5.
- Sklansky, D. (1999). The Private Police, *UCLA L. REV.*, 46.
- Slanski, K. (2012). The Law of Hammurabi and Its Audience. *Yale J.L. & Human*, 24.
- Spierenburg, P. (1991). *The Prison Experience: Disciplinary Institutions and Their Inmates In Modern Europe*. Rutgers University Press.
- Spierenburg, P. ed. (1984). *The Emergence Of Carceral Institutions: Prisons, Galleys And Lunatic Asylums 1550–1900*. Erasmus University of Rotterdam.
- Stark, B. (2000). Women and Globalization: The Failure and Postmodern Possibilities of International Law. *Vand. J. Transnat'l L.*, 33.
- Starr, P. (1988). The Meaning of Privatization. *Yale J. L. & Policy*, 6.
- Stephan, P. (2011). Privatizing International Law. *Virginia Law and Economics Research*, Paper No. 2011-02, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1780468> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1780468>.
- Sterett, S. (1997). Serving the State: Constitutionalism and Social Spending, 1860s–1920s. *L. & Soc. Inq.*, 22.
- Stevens, N. (2002). *Postal Service Financial Problems And Stakeholder Proposals*. Report for Congress.
- Stewart, R. & Ratton Sanchez Badin, M. (2011). The World Trade Organization: Multiple Dimensions of Global Administrative Law. *Int'l J. Const. L. (I.CON)*, 9.
- Stone Sweet, A. (2009). Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes. *Ind. J. Global L. Studies*, 16.
- Timor, U. (2006). Privatization of Prisons in Israel: Gains and Risks. *Isr. L. Rev.*, 39.
- Tittler, R. (1991). *Architecture And Power: The Town Hall And The English Urban Community, 1500–1640*. Oxford University Press.
- Trebilcock, M. & Iacubucci, vE. (2003). Privatization And Accountability. *Harv. L. Rev.*, 116.
- Tribe, L. (1977). Unraveling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services. *Harv. L. Rev.*, 90.

Judith Resnik

- Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review And Social Welfare Rights In Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press.
- Van Hulten, P. (2000). Prisons in Europe: The Netherlands. En *Prison Architecture: Policy, Design, And Experience* (L. Fairweather & S. McConville eds.). Taylor and Francis.
- Verkuil, P. (2007). *Outsourcing Sovereignty: Why Privatization Of Government Functions Threatens Democracy And What We Can Do About It*. Cambridge University Press.
- Volokh, A. (2010). Privatization, Free- Riding, and Industry- Expanding Lobbying. *International Rev. L. & Econ.*, 30.
- Volokh, A. (2008). Privatization and the Law and Economics of Political Advocacy. *Stan L. Rev.*, 60.
- Walker, N. (2008). Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders. *Int'l J. Const. L. (I.CON)*, 6.
- Walzer, M. (1985). At McPrison and Burglar King It's... Hold the Justice. *New Republic*.
- Weiler, J. (2010). Passing the Baton: A Manifesto. *Int'l J. Const. L. (I.CON)*, 8.
- West, R. (1994). *Progressive Constitutionalism: Reconstructing The Fourteenth Amendment*. Duke University Press.
- White, A. (2001). Rule of Law and the Limits of Sovereignty: The Private Prison in Jurisprudential Perspective. *Crim. L. Rev.*, 38.
- Young, K. (2012). *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford Academic.

Judith Resnik